

**ASPECTOS PROCESALES DE LAS RECLAMACIONES DE ABUSIVIDAD DEL
IRPH EN JUICIOS ORDINARIOS Y EJECUTIVOS: UNA PERSPECTIVA
PRÁCTICA**

Manuel Fernández Baena
Abogado ICA Málaga

Fecha de publicación: 9 de junio de 2020

La sentencia de 3 de marzo de 2020 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea vino a resolver la cuestión, ampliamente debatida en nuestro ordenamiento jurídico, relativa a la corrección del índice de referencia I.R.P.H. en la relación entre bancos y consumidores. De manera inmediata, y desde posturas radicalmente diferentes, se produjeron una serie de artículos doctrinales sobre la cuestión que ponían de manifiesto, según la posición que se mantuviese con la cuestión, las bondades que presentaba la sentencia, lo que motiva que la misma pueda ser entendida como favorable a los consumidores o a la banca. Examinada con un mayor distanciamiento la sentencia en cuestión, mucho más farragosa de lo que nos tenía acostumbrado el Tribunal comunitario, es conveniente tener en consideración algunos aspectos de la misma.

Se hace necesario partir de la consideración de que el Tribunal Supremo ya había declarado en su sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, que el índice era legal y, en consecuencia, no podía ser considerado abusivo, puesto que procedía de una disposición legal. Esa respuesta debe enmarcarse en la cuestión planteada al Alto Tribunal, puesto que la obligación de los tribunales de justicia no es otra sino dar respuesta a aquello que le ha sido planteado por las partes y lo que era objeto de dicho litigio se enmarcaba, esencialmente, en si el método de cálculo establecido reglamentariamente era un método legal o si el mismo se enmarcaba en un conjunto de operaciones que venían a perjudicar al cliente. En esos términos, más allá de cualquier otra consideración, la cuestión iba destinada al fracaso porque lo que era objeto de litigio no eran si mecanismos a través de los cuales el adherente consumidor podía conocer su carga económica y jurídica, sino si la utilización de un índice de referencia, por su mecanismo de cálculo, legalmente establecido, era o no abusivo, ya que se trataba de una norma administrativa que había alcanzado firmeza y, en consecuencia, había devenido en inatacable.



Así las cosas, el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona eleva al Tribunal de la Unión una cuestión prejudicial en la que formula un planteamiento diferente a aquel que había sido resuelto por el Alto Tribunal, lo que va a tener varios efectos de incidencia en el foro que merecen ser examinados.

A este efecto parece necesario partir de una consideración esencial que parece haber sido pasado por alto en los distintos comentarios habidos sobre la repetida resolución. La sentencia en cuestión resulta compleja por cuanto que el Tribunal de la Unión ha aprovechado la ocasión para incidir más sobre los aspectos de la Directiva en la legislación de los Estados miembros que en la propia cuestión que le era planteada: la adecuación de determinados aspectos del ordenamiento jurídico español al marco normativo europeo; sólo así se explican, como veremos, la referencia que se hace de forma reiterada al artículo 4, 2 de la Directiva o la remisión al juez nacional sobre la consideración de si, atendiendo al marco que configura, la cláusula en cuestión es o no abusiva.

Se ha comentado profusamente la referencia que se hace a que debe ser el juez nacional el que debe resolver la cuestión de la abusividad o no de la aplicación del índice de referencia, todo ello al amparo del artículo 1, 2 de la Directiva, lo que ha sido interpretado como que se devuelve el problema a los Tribunales españoles, o a los de cada estado, la cuestión de si dicha aplicación es o no abusiva, por cuanto que existe normativa administrativa que, de forma imperativa, establece su uso. Creo que no es así y que lo hace el Tribunal no es dejar desamparados a los jueces al momento de resolver la cuestión, sino precisamente todo lo contrario, si enmarcamos la sentencia en cuestión en su ámbito correcto.

En la Unión Europea concurren múltiples ordenamientos jurídicos con plena autonomía normativa dentro del marco que establece la Unión. Esta cuestión permite a cada Estado, dentro de ese marco normativo, disponer los criterios que considere más ajustados a sus particulares intereses, de tal forma que, respetando el marco normativo común, pueda establecer uno o varios índices de referencia para determinar el precio, cuyo cálculo, como no puede ser de otra manera, debe venir establecido normativamente, permitiendo a las empresas del sector correspondiente elegir aquel que más convenga a sus intereses. Este es el criterio de funcionamiento de la Unión y es el que debe ser considerado para el entendimiento de la resolución.

Lo que hace el Tribunal es determinar que si en un Estado sólo hay previsto un índice de referencia por su normativa interna, éste, necesariamente, deberá ser entendido como imperativo en ese Estado; pero si, como ocurre en nuestro país, conviven diferentes índices de referencia, no puede entenderse que ninguno de ellos tenga carácter imperativo



por cuanto que el predisponente era libre para elegir entre uno u otro. En consecuencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por un lado, está diciendo que, efectivamente, el Tribunal Supremo tenía razón al determinar que la forma de calcular un índice de referencia aprobada reglamentariamente no podía considerarse, por esta sola causa, como susceptible de abusividad, pero que, como quiera que en nuestro ordenamiento jurídico conviven diferentes índices de referencia, no puede entenderse que ninguno de ellos sea imperativo y, en consecuencia, es procedente entrar a examinar si su utilización, por diferentes motivos, ha podido incurrir en abusividad; **en definitiva, está permitiendo a los Tribunales españoles comprobar si en la utilización del índice se ha incurrido en abusividad, diferenciando entre lo que es la forma de cálculo del IRPH y lo que es su incorporación al préstamo como índice de referencia, que es lo que deberá ser examinado.**

Entra, a renglón seguido, el Tribunal a examinar si, como le era planteado por el Juzgado proponente aun cuando la posición del Estado español no era controvertida al reconocer su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 4, 2 de la Directiva es o no aplicable en cuanto que el índice es determinante del precio. Esta cuestión es ilustrativa de lo que venimos afirmando sobre los efectos de la sentencia en cuestión puesto que siendo innecesario resolver la cuestión tras el aquietamiento de la demandada el Tribunal se pronuncia, lo que es indicativo de que el Tribunal de la Unión ha utilizado la cuestión prejudicial para realizar un conjunto de indicaciones cuyo destinatario no son las partes en litigio sino el conjunto de los miembros de la Unión.

Más relevante es la cuestión de determinar si, una vez considerado que puede examinarse la abusividad de la que la cláusula por la que se establece el índice, se deja al arbitrio judicial la conclusión correspondiente o si, por el contrario, ofrece criterios que deben seguirse para alcanzar esa conclusión, aspectos que son los que, de cara al foro, deberán ser tomados en consideración en orden a la prosperabilidad o no de la acción que se ejercite.

En este sentido, se han venido propugnando por la doctrina que ha interpretado la sentencia, a falta de lo que se resuelva por los Tribunales españoles, la utilización de dos referencias: 1.- la facilidad del adherente para conocer su modo de cálculo, que, pacíficamente, se suele admitir atendida por la mera remisión al B.O.E. en el título correspondiente; 2.- la información facilitada al adherente por la entidad de crédito de la evolución del índice y, en su caso, su comparación con otros índices, extremo en el que se coincide que será el que se utilice para alcanzar la pretendida abusividad. En mi opinión, aun cuando la sentencia parece apuntar a esos dos exclusivos ámbitos, la respuesta del Tribunal es más compleja de lo que, de un primer vistazo, puede parecer y, de cara al foro, existen distintas cuestiones que deben atenderse.



Todo el sistema de contratación con condiciones generales y del derecho tuitivo, en definitiva, se sustenta sobre la idea del **cumplimiento normativo**, exigencia capital en una delegación del poder normativo en el predisponente, más aún si el sector afectado se encuentra amplia y detalladamente disciplinado. No puede entenderse como solución bastante la consideración de que la remisión al B.O.E. supla la obligación que la normativa sectorial impone a las entidades de crédito, porque esa remisión se hace a un aspecto muy concreto de una norma muy extensa y compleja (Anexo VII de la Circular 8/1990 de Banco de España), no al conjunto de la misma, sobre todo teniendo en consideración que el destinatario de la misma, a los efectos en que está dispuesta, no es el adherente ni la entidad de crédito, sino el propio Banco de España, a quien compete la fijación con arreglo a ese criterio.

Dentro de ese cumplimiento normativo existen un conjunto de obligaciones aparejadas a la contratación hipotecaria que, más allá de la específica cuestión de la corrección o no del índice, están en inmediata relación con el mismo. En este sentido será necesario comprobar si la contratación se ha llevado a efecto con arreglo a las previsiones específicas de las Circulares 8/1990 y 5/2012 de Banco de España y las Órdenes de 5 de mayo de 1.994 y EHA 2889/2011, en función del momento en que se concertó el préstamo, que, de no haber sido atendidas, pueden determinar el carácter abusivo de la cláusula. Es a esto, más que a cualquier otra cuestión, a lo que debe atenderse.

De otro lado, si consideramos que lo que el Tribunal determina es la facilidad del adherente para conocer su modo de cálculo y ese adherente tiene que revestir la condición de consumidor medio (normalmente informado y razonablemente atento), sobre la que la sentencia es reiterativa, basta la lectura no ya de la Circular 8/1990 sino tan sólo de su Anexo VII, para comprobar que la comprensión del índice excede de esa exigencia. Será legal, pero no es comprensible o, al menos, no lo es para alguien normalmente informado y razonablemente atento, especialmente si a ello se une el más que reconocido desequilibrio (in)formativo en materia financiera.

En todo caso, esa remisión a la repetida Circular permitirá conocer cuál sea la fórmula de determinación del índice, **pero de ninguna manera permite conocer la carga económica y jurídica que va a soportar el prestatario adherente.**

Por otro lado, la referencia que se hace a la evolución histórica del índice en los dos últimos años, recogida en la sentencia como consecuencia de la previsión de la Circular 8/1990 y la Orden de 5 de mayo, en qué ámbito debió facilitarse, en el **folleto informativo**, en la negociación del contrato o, como muchas veces ocurría, en la propia notaría al momento de la firma. La Circular no lo aclara, si bien en su norma Sexta hace



referencia al mismo; sin embargo, el artículo 3 de la Orden sí indica que debió entregarse en el primer momento un folleto informativo cuyo contenido será el recogido en el Anexo I de la propia Orden, en el que, precisamente, se dispone esta obligación, luego la pregunta básica será se hizo o no entrega del folleto informativo. Si no se hizo, es evidente que se produjo abusividad; pero, si se entregó el folleto, qué ocurre.

Confirmada la entrega del folleto, no pueden tampoco darse por superadas las exigencias normativas de la cláusula en cuestión, pues el Tribunal de la Unión nos recuerda dos elementos determinantes de la abusividad de la cláusula: la **buena fe** y el **justo equilibrio de las prestaciones de las partes**, recogidos ambos por el artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007 y su antecedente normativo, la Ley 26/1984, elementos que deben ponerse en conexión necesaria con un aspecto esencial, a tenor de las previsiones de nuestro ordenamiento jurídico, con un particular recogido tangencialmente por la sentencia, **el desequilibrio informativo**.

Cuando se habla de la facilidad del adherente para conocer el modo de cálculo se hace referencia a un elemento meramente formal, más aproximado a la denostada práctica de hacer transcribir manualmente la cláusula correspondiente del préstamo con garantía hipotecaria que a la finalidad de la legislación tuitiva. **La cuestión esencial no es esa, sino determinar si se han dado al adherente prestatario los elementos necesarios para conocer cómo afectará ese índice a su carga económica y jurídica y, a tal efecto, comprobar si, de un lado, cumplió correctamente la entidad con su carga normativa; y, de otro, si con ese cumplimiento se pudo superar el desequilibrio informativo, desplegándose por parte de la entidad acorde con la buena fe y el justo equilibrio de las mutuas prestaciones.** A tal fin pueden ser de auxilio alguna de las consideraciones que realiza nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia 149/2020, de 4 de marzo, particularmente las relativas a la carga legal que incumbe al banco predisponente.

La utilización del índice IRPH no es, por tanto, abusiva *per se*, pero sí puede ser abusiva atendiendo a los mecanismos en virtud de los cuales ha sido incorporada al contrato e impuesta al adherente o, simplemente, no merecer el amparo jurisdiccional pretendido al haberse desatendido la carga normativa que incumbía al predisponente.

Cuestión distinta es la relativa a los efectos que deben producirse de considerar y declarar abusiva la cláusula en cuestión y dar respuesta a la cuestión deviene esencial atendiendo a las previsiones de los artículos 6 y 7 de la Directiva y a la posición mantenida por el legislador español, a diferencia de otros países de nuestro entorno, de mantener silencio sobre este extremo, remitiéndose a las previsiones decimonónicas del Código Civil, pues no puede considerarse efectiva una sanción civil en la que el predisponente, en el peor de



los casos, percibe el precio de mercado y no el precio pactado, pues, en definitiva, sólo se le está obligando a ajustar su conducta a lo legalmente establecido, sin que se empleen medios efectivos para que, en lo sucesivo se abstenga de continuar con la utilización de cláusulas abusivas.

MARTÍNEZ ESPÍN señala tres requisitos en relación con los efectos que deben tomarse en consideración en relación con la supresión de la cláusula: su carácter abusivo, la imposibilidad de supervivencia del contrato sin dicha cláusula y las consecuencias perjudiciales para el consumidor. Sobre el carácter abusivo de la cláusula, me remito a lo ya expuesto en la consideración de que si no se ha atendido a la carga normativa en la contratación la cláusula debe entenderse abusiva.

Por cuanto se corresponde con la posibilidad de supervivencia del contrato sin dicha cláusula se parte de la consideración de que el interés constituye un elemento esencial del contrato, objeto del mismo para el predisponente, y, en consecuencia, al amparo del artículo 1.261 del Código Civil al perderse un elemento esencial del contrato el mismo no podría subsistir; sin embargo, en los contratos de préstamo hipotecario a los que es de aplicación la previsión discutida, la cuestión de que el tipo de interés sea el precio del contrato no me parece correcta y no me lo parece por distintas razones:

- 1ª.- Porque el precio del contrato para el adherente prestatario no es el interés, sino la T.A.E., es decir, el conjunto de gastos aparejados al contrato, de los cuales el tipo de interés pactado puede ser el más relevante, pero no es el único, en consecuencia, no puede pasar a considerarse el objeto del contrato, sino uno de los elementos que lo integran.
- 2ª.- Porque el negocio de la contratación hipotecaria con consumidores lleva aparejados una serie de contratos que, directa o indirectamente, tiene su origen en el mismo. ¿Qué sentido tiene que se regulen los productos vinculados al contrato de crédito inmobiliario si no es el de que los mismos también suponen un interés del predisponente?
- 3ª.- Porque aun cuando se considere generalmente que el interés es un elemento esencial del contrato, el Código de Comercio (Artículos 312 y 314), como el Civil (Artículo 1.740), contemplan el préstamo sin interés, al que sólo consideran si se ha pactado, debiendo ponderarse que ambas previsiones se establecieron bajo el principio básico de la autonomía de la voluntad de ambos contratantes en un sistema en el que la contratación con condiciones generales ni se contemplaban ni se encontraban reguladas.



A mi modo de ver, el contrato de préstamo con garantía hipotecaria puede subsistir perfectamente sin la estipulación de intereses, puesto que nuestro ordenamiento jurídico permite sin problema alguno el préstamo sin intereses, el predisponente ha podido establecer otras cláusulas distintas que integran el precio del contrato y que no desaparecen por la exclusión de la cláusula o haber vinculado al contrato otras prestaciones o servicios por los que se obtiene beneficio.

En cuanto a la última cuestión, relativa al eventual perjuicio para el consumidor en cuanto a la supresión de la cláusula si con la misma debe darse por resuelto el contrato, creo que el resultado puede ser más perjudicial para el predisponente que para el adherente, si se quiere llegar a una solución unitaria de proceder a decretar la nulidad de todo el contrato.

Los préstamos con garantía hipotecaria se han diseñado en nuestro país de tal forma en que durante los cinco primeros años del contrato se atiende a destinar el importe de la cuota abonada al pago de los intereses y sólo un pequeño importe de la misma al pago del capital, de tal manera que éste se reduce mínimamente durante esos primeros años. Si se tiene en consideración que el IRPH dejó de tener vigencia en nuestro Derecho el 1 de noviembre de 2.013, la conclusión es sencilla, la totalidad de las cantidades satisfechas al banco durante este período de tiempo, ya por capital ya por intereses, deberán minorarse del capital pendiente de pago; pero no sólo ésto, también habrán de computarse a estos efectos las cantidades satisfechas en concepto de comisión y las cantidades aparejadas a otros pagos realizados al banco por gastos y comisiones resultantes de otros productos vinculados, puesto que el efecto de la nulidad del contrato no es otro que la devolución de las mutuas prestaciones (artículos 1.303 y 1.306-2ª del Código Civil) y estas se “aceptaron” como consecuencia de ese contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

La declaración de la nulidad de la totalidad del préstamo no puede ser, en consecuencia, el efecto de la declaración de la abusividad de la cláusula, aunque fuesen los más deseables para el adherente en cuanto que el capital prestado se verá sensiblemente reducido y, en el peor de los casos, accederá a un nuevo préstamo con garantía hipotecaria con un conjunto de derechos y beneficios de los que no disponía al momento de la contratación del que ha sido declarado nulo.

Por otro lado, hemos de tener en consideración que en los préstamos con garantía hipotecaria la estipulación del IRPH Cajas, objeto de la sentencia, van acompañadas de otros índices establecidos en la misma forma pero cuya abusividad no puede declararse afectada por la Sentencia del Tribunal de la Unión, pues sólo acometió ese índice y no los otros legalmente previstos con idéntica denominación genérica (IRPH Bancos e IRPH entidades) cuyo importe, en términos globales, podría dar como resultado efectivo para el adherente, como se dice vulgarmente, que el efecto fuese el de lo comido por lo servido.



En este sentido, la sentencia que comentamos recuerda, de manera insistente, en las previsiones de los artículos 6 y 7 de la Directiva, que exigen que la declaración de abusividad no lleve aparejada para el predisponente una sanción **efectiva**, por lo que el efecto de esa abusividad no puede consistir en la sustitución de una modalidad de IRPH por otra, pues, en tal caso, no se produciría una respuesta efectiva que incentivase al predisponente a abstenerse en lo sucesivo de hacer uso de cláusulas abusivas, desoyendo el mandato del legislador comunitario. En muchas de los préstamos que nos ocupan, junto a las previsiones alternativas al IRPH se han incluido referencias al Euribor y éste ha devenido, por ley y por uso bancario, en el tipo comúnmente utilizado, por lo que entiendo que ya sea por ser contemplado como alternativo ya por ser el que ha alcanzado mayor aceptación, dicho sea con las oportunas reservas, es el que debe imponerse en la determinación de la cantidad que deba restituirse al prestatario ante los efectos perjudiciales que pueden derivarse de la resolución del contrato, aun cuando ésta pueda devenir en muchos casos, por los motivos expresados, en la sanción más eficaz y más beneficiosa para el prestatario adherente.

Existen, para concluir, varias cuestiones de cara al foro que han sido propuestas y de las que, por diferentes razones, discrepo.

Se habla en algunos casos de la conveniencia de acudir a la reclamación previa al banco siguiendo las previsiones del Real Decreto Ley 1/2017. Entiendo que seguir los postulados de esa norma no es correcto. La previsión en cuestión está destinada a un supuesto muy específico, el de las cláusulas suelo (basta con leer su título o su artículo 1) y establece un procedimiento a seguir sobre unas bases bien definidas, otorgando un beneficioso plazo a las entidades de crédito para aquietarse o no a lo solicitado por el cliente, cuyo resultado estamos viendo en la saturación de los Juzgados especiales creados con ocasión de las mismas. Son contados los casos en los que las entidades de crédito se avinieron en ese procedimiento, provocando la formulación de ingentes reclamaciones que cargaron al consumidor con una doble carga, la de seguir el procedimiento y, posteriormente, la necesidad de acudir al auxilio judicial para, en el acto de la audiencia previa, verse forzados a reconocer la abusividad de la cláusula y a avenirse a aquello que pudieron solventar sin generar la carga procesal ocasionada. Se trata de una exigencia que no debería imponerse a la vista de la experiencia. Reclamar previamente, sí, por supuesto y confiriendo un plazo razonable, pero en ningún caso vernos abocados a los trámites y plazos contemplados en el Real Decreto Ley y más aún sin conocer cuáles van a ser los efectos que se van a aparejar a la abusividad en términos generales. En las cláusulas suelo, clientes y entidades de crédito tenían bien determinado que lo que se eliminaba era el sobreprecio que ocasionaba la previsión sobre la acotación mínima, que en el caso del IRPH no se produce.



Por otro lado, la cuestión relativa al plazo. Nada impide que quien haya soportado la carga económica del IRPH, una vez reintegrada la totalidad del préstamo, pueda pretender y obtener el amparo de su declaración de abusividad, pero hay que tener presente que bien puede ocurrir que, antes o después, se considere que es de aplicación el plazo del artículo 1.301 del Código Civil y que, transcurrido el mismo desde la fecha de dictado de la sentencia,

se deberá atender a la previsión del artículo 1.309 del mismo cuerpo legal, por lo que, ad cautelam, la acción debería ejercitarse en el plazo de cuatro años contados desde el 3 de marzo de 2.020, teniendo en consideración que el plazo es de caducidad y que la mera reclamación extraprocésal no produce efectos de interrupción del mismo.

Finalmente, a la vista de la sentencia en cuestión, qué debemos tener en consideración y qué debemos pedir del Juzgado, ante la falta de otras resoluciones que clarifiquen la problemática planteada.

A mi entender, **las reclamaciones que se efectúen no deberán realizarse**, en ningún caso, **de forma colectiva**. Al igual que sucedía con las cláusulas suelo, no cabe generalizar que la previsión del IRPH es abusiva per se, sino que habrá de examinarse, caso por caso, si se ha atendido por el predisponente a la carga normativa que le venía impuesta y cómo la ha atendido.

Habrà de **reclamarse previamente a la entidad** que se posicione sobre la abusividad de la cláusula, requiriéndola para que, caso de admitirla, proponga la cantidad que corresponda y, si fuese el caso, facilite copia del expediente seguido para la contratación.

En función de ese pronunciamiento, o de la ausencia del mismo, puede ser procedente la **práctica de Diligencias Preliminares** si el cliente no dispone de documentación bastante al efecto, interesando del Juzgado que se requiera su entrega. La procedencia y necesidad de las mismas puede y debe justificarse desde la necesidad de conocer si se ha dado cumplimiento a la carga normativa impuesta a la entidad, pudiendo encuadrarse bien en el supuesto 2º del número 1 del artículo 256 de la Ley de trámites o, alternativamente, análogicamente, en el supuesto previsto por el número 5º-bis del mismo precepto.

Mayor complejidad puede presentar la demanda, especialmente atendiendo a dos cuestiones: la documentación que debe adjuntarse necesariamente y la prueba que nos incumbe.

Documentalmente, habrán de acompañarse, de forma necesaria la propia escritura de hipoteca y, si de esta no resultase que la finalidad del préstamo era la de consumo o la de



adquisición de la finca hipotecada, los particulares que permitan acreditar tal circunstancia, pues nada impide que el préstamo haya sido concertado a otros efectos y que la garantía exigida haya sido la vivienda habitual u otra de idéntica naturaleza para destinar su importe a fines profesionales o empresariales, o a la inversa, es decir, que se haya hecho recaer la garantía sobre bienes afectos a la actividad pero con una finalidad de consumo, por ejemplo, sufragar los costes ocasionados por enfermedad. Junto a la escritura y particulares señalados, es necesario justificar, aunque sólo sea a los efectos de unas eventuales costas, haber requerido previamente a la entidad y, caso de haberse propuesto y/o practicado diligencias preliminares, el resultado de las mismas.

Algún autor, MANRIQUE DE LARA JIMENEZ, ha propuesto la conveniencia de aportar con la demanda un **informe pericial** justificativo de la cantidad que se pretende; sin embargo, discrepo de su posición. A diferencia del supuesto de la cláusula suelo, en el que la cantidad que debía ser reintegrada se encontraba claramente determinada por la diferencia entre lo que se había pagado y lo que debería haberse abonado, con los efectos sobre la llamada aceleración del préstamo, en los supuestos afectados por el índice IRPH esa comparación no es posible, por cuanto que, al menos al día de la fecha, no podemos determinar si la decisión de los Tribunales será la de afectar a todo el contrato con sus efectos extensivos a productos vinculados o si será la sustitución por otro índice previsto por el propio contrato y, en su caso, cuál de ellos, o si esa integración de la cláusula se realizará con referencia al Euribor.

En materia de **prueba**, deben tenerse en consideración dos circunstancias que determinan su carga. Por un lado, si de la documentación aportada se desprende claramente la condición de consumidor del actor, operará en su favor la inversión de la carga probatoria, desplazándola a la entidad de crédito a la que incumbirá demostrar que atendió a la carga normativa que le correspondía; por otro, pese a la reticencia de muchos Tribunales a su utilización y amparo, debe recordarse que el número 7 del artículo 217 de la Ley de trámites dispone el principio de la facilidad probatoria y siendo obligación ex lege de las entidades de crédito conservar los particulares de la actividad crediticia que desarrollan, esa facilidad probatoria impone que, en caso de imposibilidad de aportar determinados documentos, corresponda a la entidad de crédito su aportación al proceso.

Uno de los principales problemas a los que nos enfrentamos los profesionales del foro al momento de redactar la demanda es qué debo suplicar al Juzgado para el éxito de la pretensión encomendada. Aun cuando pudiera ser suficiente que la pretensión se concretase en la mera declaración de abusividad de la cláusula que ampara el índice IRPH, por cuanto que el legislador comunitario y el Tribunal de la Unión han establecido de forma clara y terminante que el Juez debe extender de oficio los efectos aparejados a dicha declaración, no está de más que, en el ejercicio de nuestra pretensión, acompañemos



a la declaración de abusividad de aquellos particulares que, según el caso concreto, puedan corresponder, ya que no es lo mismo considerar que el contrato no puede subsistir sin la cláusula en cuestión que consideremos que, siendo posible dicha subsistencia, podamos ampararnos en las previsiones supletorias recogidas o que tengamos que acudir a las previsiones normativas y de uso bancario para proponer un índice alternativo a los contemplados en el título, precisamente por generar los mismos efectos que la previsión pactada lleva aparejados. **Esta es la verdadera remisión que el Tribunal de la Unión hace a los Tribunales españoles: el Juez debe determinar cuál va a ser el efecto de la abusividad de la cláusula IRPH y sólo una vez determinado ese efecto podrá concretarse la cantidad que debe ser reintegrada al prestatario.**

Esta posición choca, en apariencia, con las previsiones contenidas en el artículo 219 de la Ley procesal, en cuanto que del mismo parece desprenderse que debe fijarse el importe que se pretende en la demanda. Una lectura detenida del precepto nos pone de manifiesto que esa conclusión es errónea. Lo que el precepto impone es que, alternativamente, se fije una cantidad o se fije la forma en la que la misma deberá determinarse. Si desconocemos cuál va a ser el criterio del Tribunal en cuanto a la integración de la cláusula o la resolución del contrato, no es posible su determinación específica, pero sí puede indicarse, al hilo de cada eventual pretensión, cuál sea la forma en que debe determinarse, es decir, para el caso de que se decrete la nulidad del contrato, la diferencia entre lo efectivamente abonado y el principal del préstamo, contabilizando las cantidades satisfechas por todos los conceptos (comisiones, gastos, productos vinculados ...); para el caso de su sustitución por un índice de los previstos en la escritura o por otro legal o de uso bancario, la diferencia entre lo efectivamente abonado y lo que resulte de la aplicación de dicho índice. No es culpa de la parte, ni de su Letrado, la situación de vacío normativo y el desconocimiento del criterio que por esta circunstancia adopte o pueda adoptar el Tribunal.