



Roj: **STS 1623/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1623**

Id Cendoj: **28079110012022100328**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **26/04/2022**

Nº de Recurso: **2330/2018**

Nº de Resolución: **327/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 303/2018,**  
**STS 1623/2022**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 327/2022**

Fecha de sentencia: 26/04/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 2330/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/04/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE ASTURIAS SECCION N. 7

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 2330/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 327/2022**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 26 de abril de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos por Dña. Genoveva y D. Javier, representados por la procuradora D.ª Pilar Lana Álvarez, del turno de oficio, bajo la dirección letrada de D. Claudio Alabau Hernández, contra la sentencia núm. 45/2018, de 31 de enero, dictada por la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Asturias, en el recurso de apelación núm. 641/2017, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 764/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Gijón, sobre condiciones generales de la contratación (cláusula de sustitución del índice IRPH tras su desaparición). Ha sido parte recurrida Caixabank S.A., representada por el procurador D. Miguel Ángel Montero Reiter y bajo la dirección letrada de D. Jesús Riesco Milla.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.ª Pilar Lana Álvarez, en nombre y representación de D. Javier y D.ª Genoveva, interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixabank S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

"1º) Se declare la NULIDAD de la cláusula que establece la perduración de la aplicabilidad al préstamo del ultimo tipo de interés nominal anual que haya sido posible calcular, en el caso de interrupción durante un lapso de tiempo superior a dos meses de la publicación del Índice de Referencia Sustitutivo y por ello la inmediata cesación en su aplicación.

"Condenando a la entidad demandada, a devolver a mis mandantes el total de las cantidades cobradas en aplicación del tipo de interés nominal anual, desde que dejare de aplicarse el IRPH Cajas y el CECA pactados, más los intereses legales correspondientes y devengados desde cada una de las cuotas cobradas indebidamente en virtud de la cláusula declarada nula desde cada cobro hasta su efectiva devolución.

"SUBSIDIARIAMENTE, para el caso de considerar que es necesario fijar un índice de referencia, un tipo de interés, solicitamos sean sustituidos por el Euribor, estableciendo, de esta forma, como tipo de interés variable del préstamo, el Euribor más el diferencial pactado en la hipoteca para los índices sustitutivos (apartado TERCERO. Bis. D, 0%). Condenando a la entidad demandada, a devolver a mis mandantes la diferencia entre el interés nominal anual aplicado, desde que dejare de aplicarse el IRPH Cajas y el CECA pactados, y el Euribor más el diferencial pactado en la hipoteca para los índices sustitutivos (apartado TERCERO. Bis. D, 0%), más los intereses legales correspondientes y devengados desde cada una de las cuotas cobrados indebidamente en virtud de la cláusula declarada nula desde cada cobro hasta su efectiva devolución.

"2º) Se declare la NULIDAD de la cláusula de los intereses de DEMORA y que establezca como consecuencia el cese de la aplicación de la misma.

Condenando a la entidad demandada, a devolver a mis mandantes el total de las cantidades cobradas en aplicación de la referida Cláusula y al abono de los intereses legales devengados desde cada cobro hasta su efectiva devolución.

"3º) Condenando a la entidad demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones, así como a las consecuencias legales devengadas de cada uno de dichos pronunciamientos, y a la expresa condena en costas."

2.- La demanda fue presentada el 12 de octubre de 2016 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Gijón, se registró con el núm. 764/2016. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Ignacio Sánchez Avello, en representación de Caixabank S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda y la condena en costas a los demandantes.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Gijón dictó sentencia n.º 168/2017, de 31 de julio, con la siguiente parte dispositiva:

"Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora D.ª Pilar Lana Álvarez, en nombre y representación de D. Javier y D.ª Genoveva, contra la entidad mercantil "Caixabank, S.A.", representada por el Procurador D. Ignacio Sánchez Avello (sustituido por su oficial habilitada D.ª Lorena Sánchez Sáinz), debo acordar y acuerdo lo siguiente:

"1º) Se declara nulo, por abusivo, el pacto Tercero bis, apartado C, en la parte del mismo que establece que "La interrupción a su vez, durante un lapso de más de dos meses de la publicación del índice de Referencia

Sustitutivo, implicará la perduración de la aplicabilidad al préstamo del último tipo de interés nominal anual que haya sido posible calcular", de la escritura pública con garantía hipotecaria suscrita el 10 de noviembre de 2005 ante el Notario de Gijón D. Carlos León Matorras, con el número 2107 de su protocolo y año.

"2º) Se condena a "Caixabank, S.A." a devolver a los codemandantes las cantidades por ella cobradas en aplicación de interés nominal anual antecitado desde la desaparición efectiva y cese de aplicación de los índices IRPH Cajas y CECA pactados, más los intereses legales generados por dichas cantidades en concepto de intereses contados desde la fecha de cada pago hasta la efectiva devolución de lo debido.

"3º) Se declara la nulidad, por abusivo, del pacto Sexto referido a intereses de demora, expulsándose dicha cláusula del contrato.

"4º) Se impone a la demanda condenada, además al pago de las costas causadas".

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Caixabank S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Asturias, que lo tramitó con el número de rollo 641/2017 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 31 de enero de 2018, cuya parte dispositiva establece:

"SE ESTIMA EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sánchez Avello, en representación de la entidad CAIXABANK, S.A., contra la sentencia dictada en fecha 31 de julio de 2017 en los autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 764/2016, tramitados en el Juzgado de Primera Instancia Número CUATRO de Gijón y, en consecuencia, SE REVOCA PARCIALMENTE en el único sentido de declarar que, a partir del 1 de septiembre de 2014 es de aplicación imperativa el IRPH de Entidades de Crédito para el cálculo del interés variable en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre los litigantes el 10 de noviembre de 2005. Condenando a la entidad demandada a abonar a los demandantes la diferencia entre el interés nominal anual cobrado por ella, desde la fecha de su aplicación, y el índice referencial IRPH Entidades calculado conforme determina la citada Disposición Adicional, más los intereses legales devengados desde cada una de las cuotas cobradas en aplicación del pacto declarado nulo hasta su efectivo pago. Confirmando dicha resolución en cuanto al resto de los pronunciamientos. Sin hacer pronunciamiento expreso respecto de las costas causadas en esta segunda instancia".

#### **TERCERO .-** *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- La procuradora D.ª María Pilar Lana Álvarez, en representación de D. Javier y D.ª Genoveva , interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"Primero.- Al amparo del art. 469.1.2º LEC, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, se ha infringido el principio de la prohibición de *mutatio libelli*, artículo 412 de la LEC.

"Segundo.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, art. 469.1.2º LEC, las normas de congruencia de la sentencia del art. 218, todos de la LEC, en relación con la violación del principio de congruencia respecto de las sentencias. Caixabank, en la contestación a la demanda, únicamente solicitó la desestimación de las pretensiones de la demanda y no la integración del contrato mediante la aplicación de la DA. 15ª, de la Ley de Emprendedores."

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Vulneración de la Jurisprudencia TJUE y posteriores sentencias del Tribunal Supremo, en relación a las consecuencias que tiene la declaración de NULIDAD de las cláusulas del contrato, en especial, respecto a la imposibilidad de integración del contrato.

"Segundo.- Por vulneración de lo establecido en la Ley de Emprendedores 14/2013 de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, por ser una norma inferior a 5 años.

La Sentencia recurrida establece que es de aplicación la DA. 15 de la Ley de Emprendedores, y por lo tanto, corresponde la aplicación del índice de referencia IRPH Conjunto de las entidades."

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 3 de febrero de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D. Javier y D.<sup>a</sup> Genoveva frente a la sentencia de 31 de enero de 2018, en el rollo de apelación n.º 641/2017 dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 764/2016 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 4 de Gijón."

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Al no solicitarse por las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el 20 de abril de 2022, en que tuvo lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Resumen de antecedentes

1.- El 10 de noviembre de 2005, D. Javier y Dña. Genoveva suscribieron con la Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona (actualmente, Caixabank S.A.) un contrato de préstamo hipotecario a interés variable, referenciado al índice IRPH Cajas y como índice sustitutivo al IRPH Entidades, en el que constaba la siguiente cláusula (tercera bis, apartado C-3º):

"La interrupción, durante un lapso de tiempo superior a dos meses de la publicación del Índice de Referencia Sustitutivo, implicará la perduración de la aplicabilidad al préstamo del último tipo de interés nominal anual que haya sido posible calcular".

2.- La Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, suprimió el tipo de referencia principal (IRPH Cajas "tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por cajas de ahorro") y el tipo de referencia sustitutivo (CECA "tipo activo de referencia de las cajas de ahorro").

Como consecuencia de ello, la entidad prestamista activó la cláusula antes transcrita y comenzó a aplicar al préstamo un tipo nominal del 4,046% anual (tipo de referencia de 3,796%, más un diferencial del 0,25%), al ser el último tipo aplicado en el contrato durante la subsistencia de los índices suprimidos.

3.- Los Sres. Javier y Genoveva presentaron una demanda contra Caixabank en la que solicitaron la declaración de nulidad por abusiva de la mencionada cláusula, al considerar, resumidamente, que comportaba la conversión de un préstamo hipotecario con interés variable en uno con un interés fijo, lo que les perjudicaba por no poder beneficiarse de las bajadas de los tipos de interés. Asimismo, solicitaron la nulidad por abusiva de la cláusula de intereses moratorios.

4.- Previa oposición de la parte demandada, la sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda, declaró la nulidad de las dos cláusulas controvertidas y condenó a la demandada a devolver las cantidades cobradas como consecuencia de la aplicación de la relativa a la desaparición del índice sustitutivo.

5.- Recurrida la sentencia de primera instancia por la entidad prestamista, la Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación, en el único sentido de declarar que, a partir del 1 de septiembre de 2014, resultaba de aplicación imperativa el IRPH de Entidades de Crédito para el cálculo del interés variable en el contrato suscrito entre las partes; y condenar a la demandada a abonar a los demandantes la diferencia entre el interés nominal anual cobrado por ella, desde la fecha de su aplicación, y el índice referencial IRPH Entidades calculado conforme determina la citada Disposición Adicional, más los intereses legales devengados desde cada una de las cuotas cobradas en aplicación del pacto declarado nulo hasta su efectivo pago.

6.- Los demandantes han interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal y un recurso de casación.

### Recurso extraordinario por infracción procesal

#### SEGUNDO.- Primer motivo de infracción procesal. *Mutatio libelli*

##### Planteamiento:

1.- El primer motivo de infracción procesal, formulado al amparo del art. 469.1. 2º LEC, denuncia la infracción del art. 412 LEC, al no respetarse la prohibición de *mutatio libelli* o cambio de pretensión.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que en la contestación a la demanda la demandada no solicitó la aplicación de la Disposición Adicional 15ª de la Ley de Emprendedores, sino que dicha pretensión la introdujo en su recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

##### Decisión de la Sala:

1.- En nuestro Derecho Procesal Civil, la prohibición del cambio de pretensión (*mutatio libelli*) se encuentra en el art. 412 LEC ("Prohibición del cambio de demanda y modificaciones admisibles"), en relación con los arts. 400 ("Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos") y 426 ("Alegaciones complementarias y aclaratorias") de la misma Ley.

Esta prohibición de cambio de demanda o de contestación es uno de los efectos de la litispendencia en sentido amplio, como estado procesal, y tiene como sentido último la proscripción de la indefensión (por todas, sentencia 389/2016, de 8 de junio, y las que en ella se citan).

2.- Al imputarse este defecto procesal a la formulación del recurso de apelación, debe tenerse en cuenta que el art. 456.1 LEC establece:

"En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación".

Conforme a este ámbito objetivo, no hay inconveniente en que el recurso de apelación se incluya una pretensión de estimación parcial de la demanda cuando en la contestación se postuló su desestimación íntegra. Máxime si dicha pretensión tiene su fundamento en la aplicación de una previsión legal.

3.- Como consecuencia de lo cual, este primer motivo de infracción procesal debe ser desestimado.

#### **TERCERO.- Segundo motivo de infracción procesal. Incongruencia**

##### *Planteamiento:*

1.- El segundo motivo de infracción procesal se formula al amparo del art. 469.1. 2º LEC, por infracción del art. 218 LEC, en relación al deber de congruencia.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente aduce, sintéticamente, que no existe correlación entre la pretensión de la parte demandada en su contestación a la demanda y lo resuelto por la sentencia, puesto que Caixabank había solicitado la desestimación de la demanda y la Audiencia Provincial opta por la aplicación de un índice sustitutivo.

##### *Decisión de la Sala:*

1.- Este segundo motivo supone la reiteración, desde otro prisma, de la alegación efectuada en el primer motivo.

2.- Como hemos declarado en múltiples resoluciones (por todas, sentencia 580/2016, de 30 de julio), la congruencia exige una correlación entre los pedimentos de las partes, oportunamente deducidos, y el fallo de la sentencia, teniendo en cuenta la petición y la causa de pedir. Desde ese punto de vista, si la pretensión de la parte demandada era la desestimación de la demanda, su estimación parcial no supone incongruencia.

3.- Además, debe tenerse en cuenta que el tribunal no está vinculado incondicionalmente por la fundamentación jurídica alegada por las partes, puesto que el segundo párrafo del art. 218.1 LEC dispone que:

"El Tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes".

El límite de esta facultad del tribunal de aplicar las normas jurídicas pertinentes es la no alteración de la causa de pedir (STC 9/1998, de 13 de enero, y las que en ellas se citan; y sentencia de esta sala 52/2018, de 1 de febrero), lo que no sucede en este caso, pues se da respuesta a la petición de nulidad de la abusividad de la cláusula y sus consecuencias jurídicas. Por el contrario, la Audiencia Provincial no podía ignorar que existía una previsión legal sobre la desaparición del índice de referencia que, una vez anulada la cláusula, resultaba de aplicación preceptiva.

4.- En su virtud, el segundo motivo de infracción procesal también debe ser desestimado.

#### **Recurso de casación**

#### **CUARTO.- Primer motivo de casación. Prohibición de integración de los contratos con consumidores**

##### *Planteamiento:*

1.- El primer motivo de casación denuncia la infracción de la jurisprudencia del TJUE en cuanto a la prohibición de integración de los contratos con consumidores tras la declaración de nulidad de una cláusula abusiva,

contenida en las SSTJUE de 30 de abril de 2014, 17 de marzo de 2016, 14 de junio de 2012, 30 de mayo de 2013 y 21 de enero de 2015.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que una vez que se declaró que la cláusula litigiosa era abusiva el contrato debería haber subsistido sin interés remuneratorio, sin que la Audiencia Provincial pudiera integrarlo mediante la aplicación de otro índice de referencia.

*Decisión de la Sala:*

1.- Es cierto que, conforme a la jurisprudencia del TJUE que se cita en el motivo, una vez que el juez declara el carácter abusivo de una cláusula, debe excluir su aplicación, puesto que el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, impone que tales cláusulas "no vincularán al consumidor" (por todas, sentencias de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 73; de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 77; y de 26 de marzo de 2019, *Abanca Corporación Bancaria y Bankia*, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 53).

Pero también lo es que esa misma jurisprudencia permite que se pueda sustituir la cláusula abusiva por una disposición de Derecho nacional supletoria cuando concurren dos requisitos: en primer lugar, que la inaplicación de la cláusula declarada abusiva implique, conforme al Derecho nacional, la anulación del contrato en su totalidad y, en segundo lugar, que la anulación de dicho contrato exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.

Más en concreto, la STJUE de 3 de marzo de 2020 (C-125/18), dictada en un caso de un contrato de préstamo hipotecario a interés variable con el índice de referencia IRPH, permite expresamente la sustitución de ese índice por el previsto en la Disposición Adicional 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (en lo sucesivo, Ley de Emprendedores), al declarar que:

"Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales".

2.- En este caso, concurren ambas circunstancias: (i) la anulación del contrato en su totalidad sería perjudicial para el consumidor, pues perdería la posibilidad de devolver el préstamo en el amplio plazo pactado y tendría que reintegrar el capital de una sola vez; y (ii) el contrato de préstamo bancario de dinero objeto de litigio es oneroso y esa onerosidad es su causa, puesto que el banco es un prestamista profesional que celebra el contrato con ánimo de lucro, por lo que el contrato no puede subsistir sin su precio, que son los intereses remuneratorios. Cuando en un contrato de préstamo se pacta la existencia de intereses remuneratorios, dicha retribución forma parte del elemento esencial del contenido contractual que, a su vez, es la base del consentimiento prestado. La causa del contrato oneroso de préstamo bancario de dinero celebrado entre las partes viene conformada tanto por la entrega del capital como por el interés remuneratorio, por lo que para decidir sobre la subsistencia del contrato ha de atenderse a su objeto y causa en su conjunto ( STJUE de 15 de marzo de 2012, C-453/10, *Perenièová y Pereniè*).

La propia parte recurrente reconoce que el interés es consustancial a esta modalidad de préstamo cuando argumenta que el banco le perjudicó al sustituir el interés variable por uno fijo (en los términos literales de la cláusula controvertida).

3.- Como consecuencia de ello, el primer motivo de casación debe ser desestimado.

**QUINTO.- Segundo motivo de casación. Sustitución del índice de referencia tras su desaparición**

*Planteamiento:*

1.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción de la Disposición Adicional 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Emprendedores.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, sintéticamente, que las previsiones de la mencionada Disposición Adicional no se correspondían con las del supuesto enjuiciado.

*Decisión de la Sala:*

1.- La Disposición Adicional 15ª de la Ley de Emprendedores, establece:

"Régimen de transición para la desaparición de índices o tipos de interés de referencia.

"1. Con efectos desde el 1 de noviembre de 2013 el Banco de España dejará de publicar en su sede electrónica y se producirá la desaparición completa de los siguientes índices oficiales aplicables a los préstamos o créditos hipotecarios de conformidad con la legislación vigente:

- a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos.
- b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros.
- c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros.

"2. Las referencias a los tipos previstos en el apartado anterior serán sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato.

"3. En defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado "tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España", aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo.

La sustitución de los tipos de conformidad con lo previsto en este apartado implicará la novación automática del contrato sin suponer una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita.

"4. Las partes carecerán de acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo o crédito como contrapartida de la aplicación de lo dispuesto en esta Disposición".

2.- En contra de lo que se afirma en el motivo, el supuesto al que se refería el contrato tenía encaje en la Disposición transcrita, puesto que la desaparición del índice equivale a su suspensión durante un periodo de tiempo superior a dos meses.

Y lo que ha resuelto la Audiencia Provincial no supone integrar el contrato, con detrimento del efecto disuasorio de la declaración de abusividad, sino aplicar una disposición legal sustitutoria específicamente prevista *ad hoc*, en los términos admitidos por el TJUE, no solo de manera general, sino incluso para el caso concreto de los contratos de préstamo hipotecario a interés variable referenciados al índice IRPH. Así lo declara expresamente la antes citada STJUE de 3 de marzo de 2020:

"65 En el caso de autos la cláusula controvertida establece que el cálculo del tipo de interés variable se basará en el IRPH de las cajas de ahorros. No obstante, de la documentación de que dispone el Tribunal de Justicia resulta que este índice legal, previsto por la Circular 8/1990, fue reemplazado, en virtud de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de 2013, por un índice sustitutivo que el Gobierno español califica de "supletorio". En efecto, sin perjuicio de la comprobación que lleve a cabo el juzgado remitente, la disposición adicional citada establece que se aplicará dicho índice sustitutorio en defecto de otro acuerdo diferente entre las partes del contrato.

"66 En este contexto, en el supuesto de que el juzgado remitente constatará, en primer lugar, el carácter abusivo de la cláusula controvertida; en segundo lugar, que el contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal no podría sobrevivir sin tal cláusula, y, en tercer lugar, que debido a la anulación del contrato el demandante en el litigio principal quedaría expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, podría reemplazar la cláusula controvertida por el índice sustitutivo contemplado en la Ley 14/2013, siempre que pueda considerarse que con arreglo al Derecho nacional el referido índice tiene carácter supletorio".

#### **SEXTO.- Costas y depósitos**

1.- La desestimación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación conlleva que deben imponerse a los recurrentes las costas causadas por ellos, según determina el art. 398.1 LEC.

2.- Asimismo, dicha desestimación comporta que deba ordenarse la pérdida de los depósitos constituidos para su formulación, conforme previene la Disposición Adicional 15ª, apartado 9, LOPJ.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido  
:



**1.º-** Desestimar los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por D. Javier y Dña. Genoveva contra la sentencia núm. 45/2018, de 31 de enero, dictada por la Audiencia Provincial de Asturias (sección 7ª), en el recurso de apelación núm. 641/2017.

**2.º-** Imponer a los recurrentes las costas de tales recursos y ordenar la pérdida de los depósitos constituidos para su formulación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ