



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho.

Trabajo de Fin de Grado

Grado en DERECHO.

**Las Sentencias del TS de 12 de
noviembre sobre el IRPH y sus
precedentes.**

Presentado por:

Miriam Bachiller Camacho

Tutelado por:

Vicente Guilarte Gutiérrez

Valladolid, 15 de julio de 2021

RESUMEN:

En este Trabajo de Fin de Grado, del ámbito del Derecho Civil se concreta en el análisis de las diversas Sentencias del TS de 12 de noviembre sobre el IRPH, en un análisis de las relaciones contractuales que se dan entre una entidad financiera y el consumidor que adquiere un servicio de préstamo hipotecario.

El objetivo principal es analizar, dentro de los elementos del préstamo hipotecario, la naturaleza de las cláusulas de la hipoteca, especialmente, su consideración como abusivas desde la perspectiva de los desequilibrios, impactos y efectos que se producen por las prácticas que realizan las entidades financieras en el momento de su negociación y formulación.

Además, se ha incidido de forma específica en el análisis de la calificación jurídica del tipo de interés IRPH como cláusula abusiva, tras la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

PALABRAS CLAVE: Contrato de préstamo hipotecario, Hipoteca, Cláusulas abusivas, Cláusulas IRPH, Sentencias.

ABSTRACT:

In this Final Degree Project, in the field of Civil Law, it is specified in the analysis of the various Judgments of the Supreme Court of November 12 on the IRPH, in an analysis of the contractual relationships that exist between a financial institution and the customer who contracts a mortgage.

The main goal of this work is to analyze, within the elements of the mortgage loan, the nature of the mortgage clauses, especially, their consideration as abusive from the perspective of the imbalances, impacts and effects that are produced by the practices carried out by financial institutions at the time of negotiation and formulation.

In addition, there has been a specific impact on the analysis of the legal classification of the IRPH interest rate as an abusive clause, following the recent ruling of the Court of Justice of the European Union.

KEY WORDS: Mortgage loan contract, Mortgage, Abusive Practices, IRPH Clause, Judgment.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.	5
2. PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.	8
2.1 Concepto de préstamo hipotecario.	8
2.2 Cuestiones acerca de la relación jurídica entidad de crédito y cliente.	9
2.2.1 Elementos del contrato.	9
2.2.2 Aspectos relacionados con el interés.	12
2.2.3 La elección del tipo de interés.	15
2.2.4 La tasa anual equivalente (TAE).	17
2.2.5 El Euribor y otros índices referenciales.	18
2.2.6 La formalización del préstamos hipotecario.	19
3. CAUSA DE LA STJUE DEL 3 DE MARZO DE 2020.	21
3.1 Índice IRPH y los antecedentes fácticos de la resolución del TJUE.	21
3.2 Análisis de la STJUE de 3 de marzo de 2020.	24
3.3 Efectos de la Sentencia.	39
4. PRONUNCIAMIENTOS MÁS RECIENTES DE LOS JUZGADOS Y AUDIENCIAS PROVINCIALES.	41
4.1 Sentencias que declaran el carácter abusivo de la cláusula IRPH.	41
4.2 Sentencias que no acogen la abusividad de la cláusula IRPH.	52
5. IRPH: ANÁLISIS DE STS DEL 12 DE NOVIEMBRE SOBRE TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.	56
5.1 Análisis de STS del 12 de noviembre.	56
5.1.1 Sentencia Número 595/2020, de 12 de noviembre.	57
5.1.2 Sentencia Número 596/2020, de 12 de noviembre.	71
5.1.3 Sentencia número 597/2020, de 12 de noviembre.	76
5.1.4 Sentencia número 598/2020, de 12 de noviembre.	80
5.2 Análisis de la STS del 12 de noviembre desde una perspectiva crítica.	83
5 CONCLUSIONES FINALES.	90

6 REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....93

1. INTRODUCCIÓN.

En la actualidad, la mayoría de los contratos celebrados entre grandes empresas y un consumidor se realizan a través de los contratos de adhesión y esto está generando un enorme problema ya que el consumidor debe asumir todas y cada una de las cláusulas impuestas por el empresario. Uno de los sectores que está funcionando bajo esta política es el sector financiero debido a que en los últimos años el mercado financiero es más complejo ya que introduce productos financieros complicados y se debe tener en cuenta que otro de los factores que afecta a este sector es la globalización de estos instrumentos. Estos problemas nos llevan a que estos productos financieros se presenten en contratos de adhesión.

Estos contratos de adhesión a veces contienen cláusulas que son de difícil entendimiento para el consumidor medio y que requieren ser aclaradas, siendo necesaria una información clara y precisa para que pueda ser entendido por cualquier persona. Estos contratos además han supuesto que la falta de información sea un problema para el entendimiento de dicho contrato y que solo los empresarios deben solucionar, si ellos no intentan corregir estos problemas tendremos que acudir a la vía judicial.

El derecho de información del consumidor siempre debe ser respetado por el empresario así se precisa en el art. 8.d) TR LGDCU: *“es un derecho básico del consumidor y usuario la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute”*. Además este derecho de información debe estar presente tanto antes de la celebración contractual (fase precontractual) como después de esta (fase de ejecución o consumación del contrato), debe ser una información constante, el consumidor no puede verse desinformado en ningún momento del proceso de contratación.

Este deber de información para los empresarios, derecho para los consumidores, no es un asunto baladí porque además de tener su ratio legis en el art.8 TR LGDCU se encuentra como un principio rector dentro de la Constitución, concretamente en su artículo 51, donde se otorga a los poderes públicos la

misión de *“garantizar la defensa de los consumidores, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”* así como *“promover la información y educación de los consumidores”*¹.

El problema que se puede apreciar es que cuando se unen los contratos de adhesión y esta falta de información surge una desigualdad entre el empresario y el consumidor, perjudicando gravemente a este último. Este problema se agrava cuando estamos hablando de contratos de productos financieros ya que entra en juego la capacidad de entendimiento y conocimiento económico de los consumidores.

Los contratos financieros son los que más problemas han originado ya que en determinadas ocasiones las cláusulas que se presumen abusivas son relativas a su objeto principal o al precio, por tanto, su abusividad solo puede ser considerada si no supera un doble control de transparencia² para que el consumidor conozca la carga que realmente está suponiendo el contrato celebrado³. Este doble control es diferente al que deben superar el resto de cláusulas declaradas abusivas por otra razón distinta al objeto del contrato o elementos principales como el precio. La abusividad de una cláusula viene determinada por la superación de tres controles: un control de incorporación o transparencia (requisitos formales), una interpretación de las cláusulas y un control de contenido. Sin embargo este último control no es válido para las cláusulas abusivas que tengan su razón en el objeto del contrato o elementos principales de este; por eso, se aplica ese doble control de transparencia que será explicado posteriormente.

Hay dos asuntos importantes centrados en la inclusión de una cláusula abusiva en el contrato: las famosas cláusulas suelo, ya resuelto por el TJUE, y las cláusulas que contienen el Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios

¹ CARLOS LASARTE *“Manual sobre protección de consumidores y usuarios”* 7ª Edición, UNED Dykinson S.L p. 92-97.

² MARTIN PÉREZ J.A, *“Contratos con consumidores: mecanismos de defensa frente a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”*, Estudios sobre consumo. Directora María Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS, 2012 p. 313.

³ DE TORRES PEREA, J.M, *“Nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario. En especial, sobre la idoneidad de su impugnación mediante el ejercicio de la acción de cesación”*, Revista Jurídica Valenciana, Núm. 2, 2014, p. 30.

IRPH), concretamente las que versan el eje central de este presente trabajo, las Sentencias del TS de 12 de noviembre sobre el IRPH.

Estos son las dos cuestiones que vamos a analizar aunque existen algunas más como la cláusula de vencimiento anticipado, cláusulas que exigen garantías desproporcionadas, renovación de contrato sin el cliente, etc...

Hay que tener en cuenta, que dentro de este ámbito, para su análisis es fundamental el estudio de doctrina y jurisprudencia así como la legislación concreta sobre la materia.

En los contratos celebrados con consumidores es común la contratación seriada mediante condiciones generales de la contratación. Debido al carácter predispuesto de este tipo de contratación, resulta esencial el control que por parte de los órganos judiciales puedan realizar sobre las cláusulas que configuren su contenido. Estas cláusulas determinan los derechos y obligaciones de las partes, pudiendo provenir dichas estipulaciones de lo impuesto por la ley, de la voluntad de las partes conforme a lo permitido por la normativa aplicable, o por pactos surgidos simplemente por la autonomía de los contratantes sin que tengan un reflejo legal. En base a esto, se ha discutido cuál sería el límite de este control a realizar por los jueces y tribunales cuando dichas cláusulas reflejan disposiciones normativas, ya sean imperativas, facultativas, o supletorias.

Por ello, el objeto de este trabajo es realizar un estudio de la jurisprudencia europea acerca de la posibilidad de control por parte del juez de este tipo de cláusulas, determinando así el alcance de esta facultad de control y dónde se encontrarían los límites, siendo de especial relevancia para determinar esta cuestión la interpretación que se realice del artículo 1.2 de la Directiva 93/13 de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE núm. 95, de 21 de abril de 1993). Recoge dicho precepto: *“Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva.”*

Así, importancia tiene este asunto en la práctica judicial, especialmente en cuestiones tan actuales como son los contratos de préstamos hipotecarios, donde muchas de sus cláusulas se han sometido —y se siguen sometiendo— a debate, y teniendo en cuenta, como sabemos, que es obligación de todos los juzgados y tribunales examinar de oficio el clausulado de los contratos con consumidores, con el fin de detectar la existencia de cláusulas abusivas, además de la posibilidad de su examen a instancia de parte, ya sea mediante un procedimiento declarativo, o ante una oposición a una ejecución planteada.

2. PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.

2.1 Concepto de préstamo hipotecario.

La adquisición o compra de una vivienda adquiere importancia para cualquier persona por la cuantía económica que supone y la necesidad habitual de recurrir a la financiación mediante préstamos que, a su vez, genera efectos futuros sobre las rentas de las personas solicitantes⁴.

Estos efectos suscitan la necesidad de disponer de información y conocimiento de los clientes que pretenden acceder a concertar un préstamo hipotecario con las entidades financieras. Información que le permita realizar comparativas de las diferentes ofertas en el mercado sobre préstamos hipotecarios que puedan resultarles más beneficiosos para la viabilidad y sus intereses personales.

El concepto de préstamo hipotecario, según la terminología mercantil, definimos el préstamo hipotecario como la operación financiera por la cual un prestatario, que será el cliente de la entidad bancaria, obtiene una cuantía dineraria de la que requiere por parte de la entidad, que será la parte prestamista de la operación de préstamo hipotecario. El prestatario beneficiado del préstamo, se

⁴ En relación al tanto por ciento de los ingresos que se obtienen y que deben ser destinados para la financiación de la hipoteca, muchos expertos en la materia indican que el porcentaje más coherente que se debe destinar de ser en torno al 30% o 35%.

obliga a la devolución del préstamo concedido a través de las cuotas bancarias, en los términos y plazos previstos en el contrato, y que son de obligado cumplimiento para el prestatario. En virtud de este contrato de préstamo, surge, además, un derecho de carácter real e indivisible del prestamista sobre los bienes inmuebles del propietario en caso de incumplimiento de los términos pactados⁵.

La finalidad esencial que tiene el préstamo hipotecario es posibilitar al prestatario adquirir un inmueble para su propiedad, sin perjuicio de otros posibles fines (construcción, ampliaciones, etc.).

2.2 Cuestiones acerca de la relación jurídica entidad de crédito y cliente.

Después de precisar el concepto del préstamo hipotecario, en este apartado se va a tratar el conjunto de elementos que engloban este tipo de contrato.

2.2.1 Elementos del contrato.

Como elementos personales que figuran en el contrato de préstamo hipotecario debemos hacer mención al prestamista y al prestatario. El prestamista es la entidad que entrega la cantidad de dinero a la otra parte del contrato que lo ha solicitado, a cambio de su devolución en el tiempo incluyendo un interés. El prestatario es la persona que, como contrapartida por la cantidad de dinero recibida por el prestamista, se compromete con éste a efectuar la devolución de la cantidad económica en el plazo y término previsto en el contrato que se formaliza⁶.

⁵ Roca Sastre, Derecho hipotecario, Editorial Bosh (2008).

⁶ Definiciones del Diccionario financiero de Kredito24.

Para formalizar el contrato, jurídicamente, es requisito que ambas partes tienen que estar en condiciones facultativas de poder firmar lo estipulado en el contrato. o, dicho de otro modo, que no se encuentren incapacitados para la firma del mismo, situación que haría que el contrato careciera de validez.

Respecto a los elementos técnicos no referimos de forma específica al capital, la cuota que afecta al préstamo, la amortización, el plazo estipulado, los intereses y las comisiones.

Todos estos elementos, como veremos a continuación, afectan al desarrollo del préstamo hipotecario entre las dos partes contractuales.

A) Capital.

Debemos entender por capital la cantidad económica que presta la entidad al particular con el cual concreta la operación. El capital constituye la suma del capital prestado más los intereses que corresponden a pagar en el plazo convenido a través de las cuotas. Respecto al capital máximo al que se podrá optar en la búsqueda de la financiación, éste depende de una serie de factores:

1.- Por un lado, necesariamente los ingresos disponibles de los prestamistas. Lo más común y recomendado es que la cuota mensual correspondiente al préstamo no supere el 30 o 40% respecto a los ingresos mensuales netos.

2.- También se ha de considerar el valor de la vivienda. Por lo general, las entidades apuestan por financiar hasta el 80% del valor de tasación de la vivienda, y alrededor de un 60% si se tratase de una segunda vivienda.

B) Cuota.

Un segundo elemento técnico del préstamo hipotecario es la cuota. La cuota es el importe que un determinado cliente paga a la entidad con la cual contrae la hipoteca. Lo habitual es que las cuotas sean de carácter mensual, pero bien es cierto, que se puede estipular otras temporalidades del pago⁷.

⁷ Ruiz De Velasco y Del Valle, Manual de derecho mercantil. Comillas. Edición 3. (2003).

En la actualidad, existen diferentes simuladores hipotecarios que prestan un gran servicio, ya que permiten conocer con anterioridad el importe de las cuotas referidas al pago correspondiente de la hipoteca. Su funcionamiento es básico y asequible para los usuarios, ya que consiste simplemente en introducir una serie de datos como pueden ser el precio de la propia vivienda, el plazo previsto de devolución de hipoteca o los intereses correspondientes.

C) Amortización.

Como tercer elemento técnico debemos mencionar la amortización. Ésta consiste en un procedimiento caracterizado por la devolución por el particular del dinero prestado por parte de la entidad, a través de desembolsos económicos por parte del cliente de manera parcial o periódica y que está incluida en la cuota.

La amortización suele ser de tipo anticipada, es decir que la devolución del capital se va produciendo temporalmente antes del vencimiento del plazo final del contrato efectuado por las partes. Así pues, la amortización total de la hipoteca se produce en el momento en el que se ha devuelto la totalidad del capital prestado. Cabe destacar que lo común y habitual es que en cada cuota quede pagado una parte del capital que esté pendiente de pago más los respectivos intereses, que varían en función del tipo de préstamo contratado.

D) Plazo.

El cuarto elemento técnico que conforma el contrato de préstamo hipotecario es el plazo, que podemos definir como el periodo de tiempo establecido para la devolución del capital y de los respectivos intereses pactados en el contrato de préstamo hipotecario.

Por lo general, el plazo máximo para establecer una hipoteca es de 30 años. El plazo tiene efectos importantes para el particular pues dependiendo de la duración tiene impacto en el precio final de la adquisición de la vivienda, ya que, a mayor plazo, la cuota temporal incluye mayor proporción de pagos de interés⁸.

⁸ Broseta Pont, Manual de Derecho Mercantil. Editorial Técnicos (1983).

E) Intereses.

Respecto a los intereses debemos decir que son el “precio” por el capital que nos han prestado y que se debe de pagar en la respectiva cuota, en función del capital que quede pendiente y el tipo de interés pactado. Cabe destacar que el tipo de interés puede ser fijo, en el caso de que no varíe durante el transcurso del préstamo o, por el contrario, puede ser variable si varía en algún determinado momento. Este elemento es el que permite diferenciar entre hipotecas a tipo fijo e hipotecas a tipo variable, las cuales se abordan posteriormente.

F) Comisiones.

Las comisiones es el último elemento técnico que forma parte del contrato de préstamo hipotecario. Las comisiones son cantidades económicas que cobran las entidades por la realización de diversos servicios asociados a la formalización del contrato hipotecario.

La gran parte de las entidades financieras cobran comisiones en los préstamos hipotecarios, como puede ser comisión de apertura, de amortización total o parcial, etc. Si bien es cierto algunas entidades han optado por eliminar las comisiones, pero verdaderamente en la práctica son escasas las entidades que no incluyen comisiones en los contratos de préstamo estipulados con los clientes. La cuestión de las comisiones está siendo objeto análisis jurídico por los tribunales en relación a la ilicitud del cobro de las mismas por las entidades financieras.

2.2.2 Aspectos relacionados con el interés.

Como ya se ha mencionado anteriormente el tipo de interés se trata del precio que cobra (interés) a una determinada entidad financiera por la concesión del préstamo hipotecario a la otra parte, es decir, el cliente. En este apartado nos centramos en el interés.

El tipo de interés se expresa como un porcentaje y se encuentra referido a un determinado espacio de tiempo, normalmente con temporalidad anual. Determina el coste financiero para el consumidor por la deuda contraída con la entidad bancaria, por lo que su pago queda incluido en la respectiva cuota.

Es conveniente realizar una precisión. A veces, se utiliza la expresión “tipo de interés” e “interés” como palabras sinónimas. Sin embargo, es importante resaltar que cuando hablamos de tipo de interés se expresa en un tanto por ciento, mientras que cuando nos referimos a interés hacemos referencia a la cantidad dineraria total a pagar por intereses y, por tanto, no se mide en tanto por ciento, sino que se mide en unidades de carácter monetario (normalmente en euros).

El tipo de interés cobra notoria importancia desde la perspectiva de las entidades financieras, ya que mediante esta variable se pueden medir el riesgo que afrontan con sus clientes. En este sentido, es una compensación que toman las entidades por la posible incertidumbre al que se enfrentan al conceder un préstamo ante el riesgo de que no se efectúe la devolución del capital prestado. Obviamente, esto quiere decir que cuanto menor sea el riesgo de la operación financiera, las entidades financieras posibilitarán una mayor flexibilidad para la reducción del tipo de interés.

En el préstamo hipotecario, existen dos cuestiones de importancia que nos permiten valorar el posible riesgo de la operación y que afectan directamente sobre el tipo de interés, estas son:

1.- Por un lado, está la calidad de la garantía, que engloba diferentes factores como pueden ser la calidad crediticia que ostenta el cliente solicitante del préstamo, posibles avales que incluya, seguros que aporte, etc.

2.- Por otro, hay que considerar el plazo de vencimiento, ya que influye de manera directa en relación con el riesgo que adquiere la operación de préstamo hipotecario, pues, como resulta lógico, cuanto más prolongado temporalmente sea el plazo de amortización del préstamo, existirá un mayor riesgo y posibilidad de que pueda darse o producirse un acontecimiento sobrevenido que cuestione y ponga en duda el cumplimiento de lo fijado en el contrato entre cliente y entidad.

Por tanto, podemos concluir que el tipo de interés debería de ser menor cuanto menor sea el plazo acordado para la amortización de la deuda.

El sistema español del mercado hipotecario presta diferentes modalidades referidas al tipo de interés, las cuales son:

A) Préstamos a interés fijo:

El préstamo de interés fijo se caracteriza porque el interés estipulado permanece de manera constante durante la vida del préstamo, sin verse afectado por variación alguna. Dicho de otro modo, independientemente de que suban o bajen los tipos de interés en el mercado de valores, el cliente pagará siempre la misma cantidad.

Esta modalidad de préstamo a interés fijo tiene como principal ventaja la seguridad al prestatario, ya que queda protegido en el caso de una posible subida del tipo de interés que no lo afectaría. Aunque, por contrapartida, tampoco podría beneficiarse en las coyunturas bajistas favorables que puedan incidir en los referentes utilizados para determinar los tipos de interés a aplicar (como la situación que se ha producido en los últimos años). En definitiva, esta modalidad se desconecta de los cambios del mercado.

B) Préstamos a interés variable:

En esta modalidad, el tipo de interés queda revisado en los plazos previstos en el contrato entre la entidad y el cliente. Por lo general, los plazos en los que se revisa el tipo de interés suelen ser de seis o de doce meses.

Para el proceso de efectuar la revisión del tipo de interés el procedimiento consiste en vincular a un índice de referencia el tipo de interés, y se le suma un margen o diferencial, de manera que así se incorpora la medida de riesgo del cliente y que ha sido asumida por la entidad, con efectos del posible aumento o disminución en el pago correspondiente de los intereses derivados del préstamo.

La ventaja de esta modalidad, en parte ya referida, es permitir la posibilidad que el prestatario pueda beneficiarse con motivo de una bajada de los tipos de

interés, aunque corre el riesgo de que pueda darse una subida de los tipos de interés que dé lugar a un encarecimiento de la cuota a pagar y se vea el cliente visiblemente perjudicado por esta subida.

C) Préstamos a tipo de interés mixto:

Otra de las fórmulas o modalidades utilizadas son los préstamos a tipo de interés mixto.

Este tipo de préstamos tienen la particularidad de que cuentan con un periodo inicial durante un determinado tiempo en el cual el interés a pagar por el cliente permanece fijo, sin sufrir variación alguna y una vez transcurrido ese tiempo pueden darse dos posibilidades distintas:

1.- Que el tipo de interés pase a ser de carácter variable ajustándose a la realidad actual del mercado que haya en ese momento.

2.- Que la entidad y el prestatario negocien de nuevo esa parte contractual y acuerden un nuevo tipo de interés fijo. Podemos decir que, con esta modalidad, se combinan tanto las ventajas e inconvenientes de ambas modalidades de tipos de intereses (fijo y variable), ya que los riesgos que pueden derivarse quedan de manera más diluida, debido a que los plazos o periodos estipulados se ven acortados.

2.2.3 La elección del tipo de interés.

Es este apartado profundizaremos sobre aspecto más concreto que se derivan de las diferentes modalidades del tipo interés que se aplique al préstamo hipotecario, también de las repercusiones que pueden tener desde la perspectiva del cliente (negativas o positivas).

Inicialmente contextualizamos algunos aspectos relevantes del mercado hipotecario. En nuestro ámbito, es el Banco Central Europeo (BCE) quien se

encarga de regular el tipo de interés correspondiente dentro de la eurozona⁹. El objetivo principal que tiene el BCE es asegurar la estabilidad de precios del sistema financiero con el propósito de que la inflación no supere el límite establecido del 2%¹⁰.

Esta intervención regulatoria tiene significación pues al fijar el tipo de interés oficial que emite el BCE afecta a los tipos de interés que ofertan las entidades prestadoras. Las oscilaciones a la baja o al alza del precio oficial del dinero general una cadena que afecta al cliente final de la hipoteca.

Las hipotecas de tipo variable son las más contratadas en España¹¹. En esta modalidad la cuota a pagar inicial suele ser más asequible debido a que la cuantía económica que se requiere pagar en la mensualidad inicial es menor también. Otra ventaja es que en esta modalidad el préstamo permite prolongarse más en el tiempo, es decir, que se dispone de más tiempo para efectuar la devolución total. Por último, las comisiones que se imponen a los clientes suelen ser menores si las comparamos con las restantes modalidades de préstamo.

Las desventajas están referidas a la ya indicada por la tipología de la modalidad, modificación en el tiempo del tipo de interés aplicado y de forma complementaria por que los plazos de amortización tienden a ser mayores con respecto a los plazos de amortización de la hipoteca de tipo de interés fijo.

En la Modalidad de tipo de interés fijo, indicábamos la estabilidad en el tiempo del tipo de interés, esto permite un análisis fiable sobre la provisión de recursos a destinar, así como la posibilidad (en contraste con una posible tendencia alcista del tipo de interés) puede beneficiar el coste económico final de la adquisición de la vivienda. Si bien, también, las cuotas de carácter mensual tienden a ser mayores, sobre todo durante los primeros años que da comienzo el préstamo hipotecario. Por otro lado, cuando los clientes contratan hipotecas de préstamo

⁹ Artículo 282 del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE número 83, de 30 de marzo de 2010.

¹⁰ Art. 127 del 282 del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

¹¹ Según el Instituto Nacional de Estadística, el 54,7% de las hipotecas sobre viviendas se constituye a tipo variable y el 45,3% a tipo fijo.

fijo, las entidades bancarias tienen a añadir comisiones de apertura considerablemente elevadas.

Como conclusión, una vez referidas las distintas modalidades y criterios para su elección, debe valorarse por cada consumidor de manera individual la modalidad del tipo de interés que más le beneficie y que se adapte mejor a su situación actual y futura en términos de disponibilidad económica. La elección conlleva, sin duda riesgos, pues opera en el contexto del mercado financiero y en el contexto económico y laboral que pueda incidir en los particulares.

2.2.4 La tasa anual equivalente (TAE).

En este apartado planteamos la Tasa Anual de Equivalencia (TAE), un elemento que adquiere importancia en préstamo hipotecario y en relación con el interés a aplicar, puesto que indica el coste o precio que los usuarios deben de pagar a las entidades por la concesión del préstamo.

El antecedente que se utilizaba para obtener el coste de una operación de préstamo era la TIN, si bien quedó en desuso ya que no tenía en cuenta aspectos tan relevantes como el plazo del préstamo y las diferentes comisiones que afectaban al mismo, limitando el conocimiento del coste total.

El regulador (Banco de España) estableció (1990) un indicador que aportase con certeza el valor monetario total que un cliente debe devolver a la entidad bancaria por la concesión de un préstamo. Constituye, por tanto, un avance en la transparencia en los contratos de préstamos hipotecarios y facilita un conocimiento comparativo más efectivo para los clientes al unificar todos los elementos que van a afectar a los costes de devolución del préstamo.

Técnicamente, la TAE, es una magnitud que se expresa de manera porcentual¹² y que expresa el valor real que toma la operación de préstamo hipotecario, el coste

¹² Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. BOE. núm. 261.

del préstamo en cuestión y también el rendimiento, al incluir en su cálculo los gastos y comisiones aplicados por la entidad¹³.

El valor informativo al que nos hemos referido se potencia mediante la obligación que tienen las entidades de dar publicidad e incluirlo en la información aportada a los clientes¹⁴.

Concluimos indicando que la TAE es la manera más eficaz de informar del precio real y verdadero del coste de la operación financiera de préstamo entre entidad y cliente, de manera que engloba el conjunto de prestaciones y contraprestaciones que se dan entre el prestamista y el prestatario dentro de la relación contractual que tienen¹⁵.

2.2.5 El Euribor y otros índices referenciales.

Una vez determinada la modalidad del tipo de interés se deberá optar o aceptar el índice de referencia que va a afectar al préstamo. Índices reconocidos por el Banco de España. En este apartado haremos referencia a los principales índices en el actual sistema financiero español.

El índice más utilizado en los préstamos hipotecarios con interés variable es el Euribor (aplicado desde 1999). Se obtiene mediante el cálculo del tipo de medio de interés establecido en las diferentes operaciones financieras que se llevan a cabo entre los principales bancos europeos de la zona euro y se gestiona su publicidad a través de una agencia especializada de noticias financieras (Reuters)¹⁶.

El segundo índice es el IRPH que será objeto de un análisis detallado en los siguientes apartados por ser objetivo de su consideración en relación con la

¹³ Castillo Delgado, Análisis del sistema financiero y procedimientos de cálculo. Aranzadi (2012).

¹⁴ Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios. BOE núm. 246, de 11 de octubre de 2010.

¹⁵ Garbajosa Chaparro, Productos, servicios y activos financieros: Manual. Aranzadi. (2010).

¹⁶ Se trata de una agencia de noticias con sede en el Reino Unido encargada de suministrar información a medios de comunicación y mercados financieros.

problemática surgida respecto al carácter de cláusula abusiva que se ha estimado por su utilización.

Otros índices de referencia son el IRS, con un carácter más estable (menos fluctuante), calculado mediante la media de tipos de interés diarios negociados y proyectados en una perspectiva a cinco años. Con menor relevancia, también se utiliza índices calculados respecto al tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública, o el tipo medio de los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años para adquisición de vivienda libre. El MIBOR es un indicador de referencia de ámbito español referido a un interés de los préstamos interbancarios.

Un aspecto relevante sobre los diferentes índices de referencia es la polémica jurídica que se ha ocasionado como consecuencia de las prácticas realizadas por las entidades financieras al incorporar cláusulas que, posteriormente, han sido consideradas como prácticas abusivas y que han generado un perjuicio considerable para los clientes.

2.2.6 La formalización del préstamos hipotecario.

Para la realización del contrato de préstamo hipotecario se requieren un conjunto de formalismos y pautas para su perfeccionamiento. A continuación, enumeraremos las pautas que deben seguirse para la formalización del préstamo:

1. Formalizar la solicitud del cliente. A través de la solicitud se manifiesta la voluntad del cliente de iniciar el proceso para contratar un préstamo hipotecario para un fin justificado que por lo general, será para adquirir una vivienda, así como la indicación de la necesidad de financiación que requiere.

2. Análisis de viabilidad. La entidad procede a analizar las condiciones personales y de solvencia del cliente, para lo que requerirá la aportación inicial de documentación asociada (Documentos como Documento Nacional de Identidad, estado civil, información acerca del Registro de la Propiedad, nóminas, avales, etc.).

3. Tasación de la vivienda. Esta acción es sumamente importante para determinar la cantidad que se somete al préstamo, ya que, por lo general, las entidades no acostumbran a financiar préstamos más allá del 80% del valor real de la vivienda.
4. Determinación de garantías. La entidad de crédito puede estimar la solicitud al cliente de garantías que vayan dirigidas a minimizar el riesgo de la operación.
5. Negociación de cláusulas. Las partes contractuales negocian el conjunto de cláusulas que van a constituir el contenido del préstamo hipotecario, especialmente, aspectos relevantes como amortización, plazo, tipo de interés, etc., de manera que tanto entidad como cliente concluyan un acuerdo sobre estas cláusulas que afectan a la operación.
6. Valoración del cliente. Está referido al conocimiento del cliente de los términos que afectan al préstamo hipotecario, posibilitando el análisis comparativo con otras ofertas de mercado hipotecario.
7. Formalización y validez del contrato. Cuando ambas partes han alcanzado un acuerdo en lo referente al préstamo, ese acuerdo será entregado ante notario de manera que haga efectiva la escritura pública.
8. Generación y pagos de tributos y servicios asociados. Posteriormente se derivan una serie de tributos en base a esta escritura como son el IVA, Impuesto de actos documentados, tasas de notaría, etc. Así como se abonarán los gastos pertinentes que recaen sobre los clientes por los servicios y actuaciones llevadas a cabo por las entidades.
9. Registro público de préstamo hipotecario. Se procederá a inscribir la hipoteca en el Registro de la Propiedad.

3. CAUSA DE LA STJUE DEL 3 DE MARZO DE 2020.

3.1 Índice IRPH y los antecedentes fácticos de la resolución del TJUE.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el pasado 3 de marzo de 2020 (EDJ 2020/513105¹⁷) concluyó un asunto de suma importancia en relación con la evolución del índice IRPH, frente al resto que toma como referencia el Euribor, este tribunal terminó declarando que los consumidores podrán acudir a los tribunales a los efectos de que se declare la abusividad de la cláusula en que correspondientes escrituras de constitución de la hipoteca contiene el referido índice, en definitiva, dictó sentencia por a partir de la cual los jueces españoles podrían proceder a la anulación de una hipoteca en relación con el IRPH si estos consideran que es abusiva.

Para entender el contexto en el que nos encontramos es preciso hacer hincapié en qué consiste el IPH y las diversas consecuencias que han producido para los prestatarios consumidores afectados, por ello vamos a centrarnos en los antecedentes fácticos que motivaron a dictar esta resolución, al precedente que a su respecto supusieron las conclusiones del Abogado General, al contenido de la propia STJUE que consolida la doctrina.

Por lo tanto, el IRPH (Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios), es uno de los tipos aplicados para remunerar los préstamos con garantía hipotecaria, los cuales son concedidos por las diversas entidades de crédito de nuestro país, España. Su denominación técnica es la de “Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre”, resultando que hasta el 1 de noviembre de 2013 concurrían hasta tres modalidades diferentes de IRPH, las cuales son:

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de marzo de 2020, en el asunto C-125/18 -EDJ 2020/513105-, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona, mediante auto de 16 de febrero de 2018, recibido en el Tribunal de Justicia ese mismo día, en el procedimiento entre Marc Gómez del Moral Guasch y Bankia, S. A.

- IRPH Bancos→ medida de los préstamos a tres años concedidos por las entidades.
- IRPH Cajas de ahorro→ su cálculo depende de las ofertas hipotecarias de las respectivas cajas de ahorro.
- IRPH Entidades conjunto de entidades (consistente en un promedio de los dos anteriores) y se calcula teniendo en cuenta por tanto todas las entidades.

Pero desde la fecha señalada dejó de publicarse por el Banco de España el IRPH Bancos y el IRPH Cajas, sustituidos en los préstamos referenciados a cualquiera de estos tipos, por el IRPH de Entidades de Crédito más un diferencial.

No obstante, cabe destacar como característica de estos índices es que siempre han destacado por ser más elevados que el Euribor (índice que normalmente se usa en relación a la remuneración de las hipotecas), haciendo hincapié que la gran diferencia de estos índices es muy significativa a partir de 2009, dado especial relevancia en los años 2012 y 2013.

Dada la crisis de 2007 y por la eliminación de los tres índices de referencia¹⁸ (IRPH Cajas, IRPH Bancos y el CECA) por su falta de transparencia se fue produciendo los diversos procesos de reestructuración bancaria, fusiones y ventas de las cajas de ahorros a otras entidades.

Esta eliminación de los tres índices de referencia, produjo consecuencias:

Por un lado, quedo reflejado que una vez transcurrido un año de la entrada en vigor de esta orden y su normativa de desarrollo es cuando se produce la desapareciendo definitiva de estos indicadores, es decir, siempre y cuando se aprobara el régimen transitorio aplicable a los préstamos que por el mismo se encontraban afectados. Por otro lado, estos índices cabe destacar que devana de ser índices oficiales¹⁹.

¹⁸ El Ministerio de Economía y Hacienda aprobó la conocida Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios -EDL 2011/235486.

¹⁹ Artículo 27 de la Orden EHA7289972011-EDL 2011/235486.

Posteriormente, la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y a su internacionalización -EDL 2013/178110-²⁰ resultó establecido el “régimen de transición para la desaparición de índices o tipos de interés de referencia” que, no obstante, no entraría en vigor hasta el 1 de noviembre de 2013, en definitiva, unos seis meses después de la fecha límite dispuesta en la ya mencionada Orden EHA/2899/2011 -EDL 2011/235486-. Este régimen transitorio disponía la sustitución de “índices o tipos de interés de referencia” por el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España (o IRPH Conjunto de Entidades), estableciendo, además, que “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”.

En relación con todo esto, el pleito originador de la controversia que ahora nos ocupa, determinante de la STJUE de 3 de marzo de 2020 -EDJ 2020/513105-, principió con anterioridad a que la Sala Civil de nuestro Tribunal Supremo dictara la STS, 1ª, Pleno, 14 de diciembre de 2017 -EDJ 2017/254198-²¹, por la que resultaron frenadas las reclamaciones de consumidores fundadas en el supuesto carácter abusivo de la cláusula que referenciaba el tipo de interés variable al IRPH Conjunto de Entidades. Y, precisamente, como consecuencia de la STS de 14 de diciembre de 2017, resultó que el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona planteó una cuestión prejudicial ante TJUE, interesando del máximo intérprete del ordenamiento jurídico comunitario que respondiera a una serie de cuestiones vinculadas con:

- El ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 -EDL 1993/15910-, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y, en particular, sobre si la cláusula que referencia el tipo de interés variable al IRPH Cajas -al resultar dicho índice regulado por una disposición administrativa- puede ser objeto de tutela por

²⁰ Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y a su internacionalización -EDL 2013/178110.

²¹ STS, 1ª, Pleno, 14 de diciembre de 2017 -EDJ 2017/254198-, ES: TS: 2017:4308. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

el juez nacional o si, diversamente, queda excluido del control judicial en virtud del artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE.

- La compatibilidad con los artículos 4.2 y 8 de la Directiva 93/13/CEE de la invocación por parte de un órgano jurisdiccional nacional de la excepción al control del carácter abusivo de una cláusula cuando se trata de cláusulas que constituyen el objeto principal del contrato, y cuando dicho artículo no ha sido transpuesto expresamente al ordenamiento jurídico nacional.
- La proyección de los deberes informativos de la entidad financiera para con el cliente y las consecuencias de su incumplimiento.
- Acerca de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula que contiene la referenciarían del tipo de interés variable al IRPH Cajas.

Cabe añadir, que por su parte otros juzgados y tribunales, como la Audiencia Provincial de Almería y el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Reus, al igual que el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona, por esta misma materia han planteado cuestiones prejudiciales ante el TJUE que se encuentran todavía pendientes de sentencia.

3.2 Análisis de la STJUE de 3 de marzo de 2020²².

Tras un considerable tiempo a la espera del pronunciamiento por parte del TJUE en relación a la ilicitud de las cláusulas IRPH y su posible consideración como cláusulas abusivas, el pasado 3 de marzo del 2020 se pronunció al respecto, sobre un asunto que afectaba a las entidades españolas con contratos de préstamo hipotecarios fijados y estipulados con sus clientes beneficiarios del préstamo con cláusulas IRPH.

Con este pronunciamiento el TJUE ha plasmado certezas en relación a esta cuestión, habiendo sentado las bases para el tratamiento jurídico que deben

²² EDJ 2020/513105.

tomar el conjunto de los numerosos asuntos que versan sobre las cláusulas IRPH y su contenido abusivo en la práctica.

Esta sentencia emerge en respuesta de las cuestiones prejudiciales que fueron planteadas por el Juzgado de Primera Instancia nº28 de Barcelona²³, entrando a valorar la posible nulidad de una cláusula tipo IRPH, por su supuesto contenido abusivo en el contrato de préstamo hipotecario efectuado entre la entidad Bankia y un cliente. La sentencia nos deja una serie de consideraciones que debemos comentar a continuación.

En primer lugar, debemos de comentar que las entidades bancarias de España se postularon afirmando que no se podía entrar a valorarse el contenido abusivo de la cláusula IRPH, amparándose en lo estipulado en el ordenamiento jurídico. Sin embargo, en este sentido el TJUE afirma claramente que el IRPH que incorporan las entidades no es fruto de una disposición o, dicho de otro modo, las entidades no estaban en la obligación de incluir el IRPH en sus contratos de préstamos con los clientes, de manera que desmonta la postura de alegación tomada por las entidades.

Por otra parte, el TJUE hace referencia también a la Directiva 93/13, concretamente en su art. 5, indicando que para la imposición de cualquier cláusula contractual se debe de obrar con una explicación clara, de forma que el cliente quede suficientemente informado de las condiciones de la cláusula en cuestión, velando siempre por la transparencia que se requiere.

En esta sentencia también se realiza una completa valoración en relación con la transparencia que ofrece la entidad al cliente, y atendiendo a lo estipulado en las normas nacionales, todas las entidades bancarias deben informar debidamente al conjunto de sus clientes acerca del desarrollo que iba cobrando el IRPH y cómo éste iba a afectar a sus hipotecas con el fin de que, el cliente gozara de toda aquella información relativa a la aplicación del índice que le afectaba en su hipoteca. En relación a esta cuestión de carácter informativa acerca de la evolución cambiante del IRPH, las entidades afirmaban que no recaía sobre ellas la obligación de aportar información a los clientes en el transcurso del contrato de préstamo hipotecario, que solo sería necesario en el momento anterior a la firma

²³ Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo (Gran Sala), número 125/18 de 3 de marzo de 2020.

del contrato entre el cliente. Que, como hemos explicado anteriormente, la información con la que se dotaba al usuario del préstamo por parte de las entidades no era veraz y completa.

La última cuestión prejudicial que se plantea en este pronunciamiento del TJUE versa sobre las posibles consecuencias que puedan derivar de la consideración como abusiva la cláusula IRPH en virtud del art. 6.1 y art.7.1 de la Directiva 93/13. En este sentido en TJUE plantea dos hipótesis sobre los cuales debe actuar el juez nacional. La primera de ellas es que se declare la nulidad de la cláusula IRPH y no quede sustituido ese índice referencial por otro índice de los reconocidos por el Banco de España. En tal caso, la entidad que ha incorporado la cláusula de IRPH en el contrato de préstamo hipotecario, se encontraría en la obligación de prestar la devolución al cliente de su préstamo del conjunto de los intereses suscitados a tenor de este índice referencial y a partir de ese momento, no podrá aplicarse ningún tipo de interés alternativo, a no ser que así se haya estipulado previamente en el contrato de préstamo hipotecario inicial entre la entidad bancario y el cliente.

La segunda opción puede ser la declaración de nulidad de la cláusula IRPH, pero en este caso, si se consolida la sustitución del índice referencial del IRPH por otro índice diferente como pudiera ser el caso del Euribor. En caso de efectuar esta opción, se daría lugar a recalcular la cuantía hipotecaria con el nuevo índice referencial sustituto, dando lugar por parte de las entidades bancarias a devolver el conjunto de las cantidades suscitadas por el IRPH a los clientes. Este caso será el que más aplicación tenga en la práctica, dando lugar a la sustitución del IRPH por el Euribor.

Por lo tanto, después de las previas matizaciones indicadas, cabe hacer hincapié en que el Tribunal de Luxemburgo que ante esto declara:

- La cláusula que regula el índice IRPH se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 -EDL 1993/15910-, toda vez que no le es de aplicación el artículo 1.2 de la misma, por el que se establece que las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no estarán sometidas a las disposiciones de la

Directiva 93/13. Esto es así porque "... la Orden Ministerial, de 5 de mayo de 1994, no obligaba a utilizar en los préstamos a tipo de interés variable un índice de referencia oficial, entre los que se incluye el IRPH de las cajas de ahorros, sino que se limitaba a fijar los requisitos que debían cumplir los «índices o tipos de interés de referencia» para que las entidades de crédito pudieran utilizarlos". El tribunal declara que "el citado precepto establece la exclusión de tales cláusulas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, exclusión que es de interpretación estricta (...). Pero tal exclusión requiere que concurren dos requisitos: la cláusula contractual debe reflejar una disposición legal o reglamentaria y esta disposición debe ser imperativa (...). Y así, la sentencia declara que: "Para determinar si concurren los mencionados requisitos, el Tribunal de Justicia ha declarado que incumbe al juez nacional comprobar si la cláusula contractual de que se trata refleja normas de Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes de manera imperativa, con independencia de su elección o normas de naturaleza dispositiva y, por tanto, aplicables con carácter supletorio, es decir, cuando las partes no hayan pactado otra cosa (...)". En atención a lo expuesto, la Sala concluye que no nos hallamos ante una norma imperativa, declarando al respecto lo siguiente: "... la Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 8, debe interpretarse en el sentido de que los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con independencia de la transposición del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro...". Considera la Sala que el referido examen "... ha de comprender, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario que estipule la retribución del correspondiente préstamo mediante intereses que se calculan según un tipo variable, la obligación, no solo de que la cláusula considerada sea comprensible para el consumidor en un plano formal y gramatical, sino también de que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las

consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras (...)".

- La cláusula de las hipotecas que incluye como índice de referencia el IRPF, debe superar el doble control de transparencia para no ser declarada nula por un tribunal español, y ello a tenor de la previsión contenida en la Directiva 93/2013/CEE -EDL 1993/15910-, cuyos artículos 4º y 5º exigen una redacción clara y comprensible del texto de la cláusula para el consumidor. Desde esta consideración la resolución sienta doctrina sobre el índice IRPH y declara que el IRPH de las cajas de ahorros no es un índice legal o reglamentario de obligada aplicación por los bancos que, por lo tanto, no estaban obligados a incluirlo en las hipotecas concertadas con los consumidores. El Tribunal de Luxemburgo viene a reponer el criterio de que el doble control de transparencia de esta cláusula se aplica incluso en el caso de que el Estado miembro no haya transpuesto a su legislación la Directiva 93/2013, concretamente su artículo 4, apartado 2 de la Directiva. Al respecto se declara que: *"Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa (...) La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible"*.
- Considera el TJUE que es necesario que la cláusula que se incluya en el préstamo hipotecario como índice del tipo de interés pueda calcularse para toda la vida del préstamo, y en el supuesto de no ser así, los elementos necesarios para poder realizar el cálculo del índice IRPH de las Cajas de Ahorros deben de ser de fácil comprensión para cualquier persona, al estar publicados en la Circular 8/1990 -EDL 1990/14470-, publicada, a su vez, en el BOE. Y es que la exigida claridad en la citada cláusula permitirá al cliente

bancario titular del préstamo hipotecario entender cómo se calcula el índice, según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, y que, en el contrato de préstamo hipotecario que ha dado lugar a la sentencia del TJUE, ese índice se redondeaba por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en el 0,25 %.

- Por otro lado, y en relación a que comprende exclusivamente la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión la competencia del TJUE, en este caso de la Directiva 93/13, corresponde únicamente al órgano judicial remitente llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que cabe destacar que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo. Siendo más concretos, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de sucesos que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trate, se hubiera comunicado al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. Con esto, se quiere decir, que desempeñan un papel decisivo en tal apreciación, entre otras circunstancias, la relativa a si las cláusulas están redactadas de forma que sean claras y comprensibles, de manera que permitan a un consumidor medio evaluar tal coste, debiéndose sancionar la falta de mención en el contrato de préstamo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato.

- Pertinentemente a los efectos del señalado análisis, el Tribunal, considera la circunstancia de que los elementos principales en relación al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultan fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, esto lo justifica indicando que ello figuraba en la Circular 8/1990 –EDL 1990/14470- publicada, a su vez, en el BOE. De esta manera, se permite a un consumidor razonablemente atento comprender que el referido índice se calculaba según

el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades.

- Además, la Sentencia precisa que resulta pertinente, a los efectos de evaluar la transparencia de la cláusula controvertida la circunstancia de que, según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal²⁴, las entidades de crédito estuvieran obligadas a informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible. Por otra parte, esta información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés.

En definitiva, el juzgado nacional que conoce del asunto debe comprobar si en el momento y antecedentes a la celebración del contrato de préstamo hipotecario el banco prestamista cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información al cliente consumidor establecidas por las leyes y reglamentos españoles. Y es que las entidades de crédito, están y estaban obligadas a realizar el control de transparencia de incorporación de la citada cláusula al contrato, a tenor de la legislación nacional vigente en la fecha de celebración del contrato, en la cual los bancos y financieras estaban obligadas a informar a los consumidores de productos bancarios, del último valor disponible y de cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años anteriores a la celebración de los contratos de préstamo hipotecario. De esta manera, mediante el conocimiento y manejo de la indicada información, el usuario de los servicios financieros podría tener una información esencial sobre las consecuencias de la aplicación del índice IRPH, para poder comparar entre el cálculo del IRPH de las cajas

²⁴ Anexo VII de la Circular 8/1990 -EDL 1990/14470-.

de ahorros y otros índices del tipo de interés aplicables a su hipoteca, entre ellos el Euribor.

- Considera asimismo el TJUE que el juez competente para conocer de este caso "*... podría reemplazar la cláusula controvertida por el índice sustitutivo contemplado en la Ley 14/2013 -EDL 2013/178110-, siempre que pueda considerarse que, con arreglo al Derecho nacional, el referido índice tiene carácter supletorio*", si bien siempre y cuando concurren los requisitos siguientes: el carácter abusivo de la cláusula controvertida; que el contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal no pudiera sobrevivir sin tal cláusula; y que debido a la anulación del contrato el demandante en el litigio principal pudiera quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales.

En definitiva, la sentencia no se opone a que el juez nacional en su resolución pueda sustituir la cláusula abusiva del incide IRPH de la hipoteca por otra más equilibrada a tenor de la Directiva 93/2013 -EDL 1993/15910-, a los efectos de evitar anular todos los contratos que contengan ese tipo de cláusulas y reemplazarlas por otras que impongan al contrato un equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes para restablecer la igualdad entre el contratante consumidor y el empresario. Y en el caso de que no se pudiera sustituir la cláusula abusiva por el juez, esto obligará al juzgador a anular todo el contrato, con la consecuencia para el consumidor de que tendría que devolver al banco prestamista las prestaciones recibidas, es decir, el importe del capital prestado. Para el supuesto de préstamos hipotecarios, la anulación conllevaría, en caso de no poderse devolver el capital por el consumidor, que el banco podría exigir el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, lo que en muchos casos sería imposible para consumidor, resultando que la declaración de nulidad de la cláusula por abusiva penalizaría al consumidor más que al propio prestamista, que seguiría incluyendo en sus contratos este tipo de cláusulas abusivas sin posibilidad de defensa para el consumidor.

- Además, el Tribunal razona que, con carácter general, "*cuando el juez nacional ha declarado la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un*

contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 -EDL 1993/15910- debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma de Derecho nacional que permite al juez nacional integrar dicho contrato modificando el contenido de esa cláusula (...)". No obstante, la Sala precisa que, "en una situación en la que un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se opone a que el juez nacional, en aplicación de principios del Derecho de los contratos, suprima la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización (...)"

- A su vez, el STJUE declara también que: "En el caso de un préstamo, tal anulación podría tener, en principio, el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y, por esa razón, penalizaría a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca (...)", para concluir que "(...), procede considerar que, en una situación en la que un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva que se refiere a un índice legal de cálculo del tipo de interés variable aplicable al préstamo, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 -EDL 1993/15910- no puede interpretarse en el sentido de que se opone a que el juez nacional, con el fin de evitar la nulidad del contrato, sustituya esa cláusula por un índice establecido como supletorio por el Derecho nacional, en la medida en que la anulación del contrato exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales (...)"

Por lo tanto, en relación con todo esto se puede indicar una serie de conclusiones que establece la STJUE y que caben destacar:

Por un lado, la cláusula IRPH está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 -EDL 1993/15910-, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Y con referencia a esta cuestión conviene tener en cuenta la posición de las entidades bancarias acerca de que el índice IRPH, al estar previsto en una norma administrativa, quedaba fuera del control de abusividad, pues sobre este particular el TJUE precisa que la referencia al IRPH de las Cajas de Ahorros no es el resultado de una disposición legal o reglamentaria imperativa, de manera que los bancos no se encontraban obligados a incluirlo en sus préstamos hipotecarios. Todo ello, y sin perjuicio de que el juzgado remitente verifique tal circunstancia, resulta que la cláusula se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE.

También hay que resaltar que los Tribunales españoles están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiera al objeto principal del contrato, independientemente de la trasposición del artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE -EDL 1993/15910- al ordenamiento jurídico. Sobre esta cuestión, la Sala declara que el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE incorpora asimismo la exigencia de redacción clara y comprensible que se contiene en su artículo 4, lo cual permite deducir que la previsión será de aplicación, en cualquier caso, también cuando una cláusula se encuentre comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva e incluso en el supuesto de que el Estado miembro de que se trate no haya traspuesto esta disposición. Para el supuesto de la cláusula IRPH que incluye una referencia a un tipo de interés variable cuyo valor exacto no puede determinarse en un contrato de préstamo para toda la vigencia del contrato, los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las Cajas de Ahorro deben ser fácilmente asequibles a cualquier persona, toda vez que figuraban en la Circular 8/1990, publicada en el BOE. Conviene volver a resaltar que la señalada circunstancia posibilitaba al consumidor el entender que el índice debía calcularse según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo asó los diferenciales y gastos aplicados

por tales entidades, y que, en el contrato de préstamo hipotecario en cuestión, ese índice se redondeaba por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en el 0,25%. Por otro lado, resulta asimismo idóneo a los efectos del control de transparencia el dato de que, según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración de contrato, las entidades de crédito se encontraban obligadas a informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH de las Cajas de Ahorro durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible, pues esta información proporcionaría al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas de la aplicación del índice y hubiera sido un término útil de comparación entre el cálculo del IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés.

Por otro lado, la cláusula IRPH cumplirá la exigencia de transparencia siempre que resulte comprensible tanto formal como gramaticalmente, y si permite que el consumidor medio, normalmente informado, pueda comprender el funcionamiento del modo de cálculo y de valorar sus consecuencias económicas. Así, el Juez nacional considera si los elementos principales para el cálculo del tipo de interés son fácilmente asequibles para cualquier persona, y por otro lado, si se proporcionó información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo interés. Sobre este particular la Sala considera que, no obstante la prohibición general de integración de los contratos, cuando un contrato entre profesional y consumidor no puede subsistir, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE no se opone a que el juez nacional, suprima la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional cuando la declaración de nulidad obligue al juez a anular el contrato en su totalidad y deje expuesto al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales. Y es que el TJUE tiene declarado en reiteradas ocasiones que la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional resulta plenamente justificada a la luz de la finalidad de la Directiva 93/13/CEE, toda vez que pretende sustituir el equilibrio formal entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas. Y es que de no permitirse la sustitución de una cláusula

abusiva constriñéndose al juez a anular el contrato, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse. Así, en el supuesto de préstamos, la anulación determinaría la necesidad de la inmediata exigibilidad del pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que pudiera exceder de la capacidad económica del consumidor, y por tal razón, resultaría más penalizado el prestatario que el prestamista, que no iba a resultar disuadido de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca.

Finalmente, añadir, que la Directiva 93/13 no se opone a que, en caso de declaración de nulidad de la cláusula IRPH, 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 realmente perjudiciales, sobre este aspecto, el TJUE considera que el índice IRPH, previsto por la Circular 8/1990 -EDL 1990/14470-, fue reemplazado, en virtud de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de 2013 -EDL 2013/178110-, por un índice sustitutivo que el Gobierno español calificó de “supletorio”, y por tal motivo, sin perjuicio de la comprobación que pueda verificar el juzgado remitente, la disposición establece que se aplicará dicho índice sustitutorio en defecto de otro acuerdo diferente entre las partes del contrato. En este ámbito, en el caso de que el juez remitente comprobara tanto el carácter abusivo de la cláusula controvertida, como la circunstancia de que el contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal no podría sobrevivir sin tal cláusula, y también el dato de que, debido a la anulación del contrato, el demandante en el litigio principal quedaría expuesto a concretas consecuencias especialmente perjudiciales, podría reemplazar la cláusula controvertida por el índice sustitutivo contemplado en la Ley 14/2013 -EDL 2013/178110-²⁵, siempre y cuando pueda considerarse que, de conformidad con el Derecho nacional, el señalado índice tiene carácter supletorio.

²⁵ Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización -EDL 2013/178110-, publicada en el BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013.

Para concluir este análisis de esta sentencia del TJUE, podemos considerar que tiene una connotación muy positiva para aquellos clientes perjudicados por la inclusión de cláusula IRPH en sus contratos de préstamo hipotecario, pues abre la puerta a nuevas reclamaciones de clientes perjudicados, así como las reclamaciones efectuadas que se encuentren ya vigentes, puedan entenderse por parte de los jueces, como una práctica abusiva y se hagan velar por los derechos e intereses de los consumidores.

Cabe hacer mención para concluir el análisis de esta sentencia, la opinión²⁶ de Fernando Pantaleón²⁷, el cual indica:

- En primer lugar, indica que no cabe entender que el TJUE ha descalificado en ella a la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo 669/2017, de 14 de diciembre, por el hecho de que aquel ha declarado que lo dispuesto en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 no obsta a que la cláusula IRPH esté ciertamente incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. La razón que indica por la cual no se ha producido tal descalificación de que la Excm. Sala Primera no declaró lo contrario en su referida Sentencia de 14 de diciembre de 2017. Fue el Juzgado núm. 38 de Barcelona el que dio la equivocada impresión que así había sido, al plantear como lo hizo la cuestión prejudicial.

- También indica, en relación al juicio sobre la transparencia material de la cláusula IRPH, el TJUE confirma algo que el Abogado General había dejado ya bien claro en sus Conclusiones: que de ninguna manera cabe trasladar a este caso exigencias de transparencia material semejantes a las que se habían requerido, entre nosotros, en materia de cláusulas suelo o de hipotecas multidivisa, que son grupos de casos totalmente diferentes. Basta -dice el Tribunal de Justicia- que el consumidor estándar (“un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”)

²⁶ Opinión Fernando Pantaleón, Almacén de derecho: <https://almacenederecho.org/la-sentencia-del-tribunal-de-justicia-sobre-la-clausula-irph-12-comentarios-a-vuelapluma>.

²⁷ Catedrático en Derecho Civil desde 1986, consultor senio a Uría Menéndez desde 2018. Ha sido magistrado en la Sala Primera del TS (2015-2016 y es vocal permanente de la Sección Civil de la Comisión Nacional de la Codificación.

hubiera tenido, al tiempo de contratar, fácil acceso por un lado a los elementos esenciales de cálculo del IRPH, y por otro a información sobre la evolución en el pasado de dicho índice.

En su opinión, indica que nadie con uso de razón se le ocurre que el TJUE fuera a incurrir en el monumental absurdo de imponer para la cláusula IRPH requisitos de transparencia material que no estaría cumpliendo, para empezar y coetáneamente, la cláusula Euribor.

- En relación a la evolución en el pasado del IRPH, este autor indica que aunque haya existido confusión, que de ninguna manera el Tribunal de Justicia indica que esa información haya tenido que ser proporcionada por cada entidad financiera a cada específico consumidor prestatario en el momento de celebración de cada correspondiente contrato de préstamo. Hace relación que es suficiente con que dicha información se haya publicado por las entidades financieras tal y como prescribían, para la evolución del índice durante dos últimos años anteriores, la Orden de 5 de mayo de 1994 y la Circular 8/1990.
- A su vez, indica que no se podría concluir que una cláusula del IRPH fuera abusiva por el mero hecho de que un Juez o Tribunal español indicara que en relación con la cláusula IRPH no se cumplen las exigencias de transparencia material en un caso concreto. Como ha dicho reiteradamente el TJUE, ello sólo abriría la puerta al juicio sobre la abusividad, o no, de la cláusula conforme a los parámetros de los artículos 3.1 y 4.1 de la Directiva 93/13. Por tanto, en la hipótesis de que un Juez o Tribunal español llegase a la conclusión de que, respecto de la cláusula IRPH, no se cumplieron las exigencias de la transparencia material, debería continuar preguntándose si dicha cláusula causó, o no, contra las exigencias de la buena fe objetiva y en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato de préstamo.
- Hace indicación de que la Sentencia de 14 de diciembre de 2017 no pueden ser entendidas en el sentido de que la Sala Primera del Tribunal Supremo haya negado que la cláusula IRPH entre en el ámbito de aplicación de la

Directiva 93/13 con base en lo dispuesto en el apartado 2 de su artículo 1. Lo que con toda claridad quieren expresar aquellas frases es que la cláusula IRPH no puede considerarse abusiva conforme a los parámetros de los artículos 3.1 de dicha Directiva y 82.1 TRLGDCU. Por todo ello, la valoración sobre si, respecto de la cláusula IRPH, se cumplieron, o no, las exigencias de transparencia material se revela finalmente irrelevante, puesto que no puede conducir en modo alguno a una conclusión final de abusividad de la repetida cláusula.

- Este autor, por tanto, resalta con carácter de gran relevancia que tras la Sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020, litigar sobre la transparencia material de la cláusula IRPH solo puede servir, a aquellos que busquen litigar masivamente al solo objeto de litigar masivamente, sin importarles el desastre que eso pueda conllevar para el funcionamiento eficiente del servicio público de la administración de justicia.
- Además indica que, incluso para la hipótesis de que un Juez o Tribunal español llegase a concluir que la cláusula IRPH no cumplió las exigencias de transparencia material y, además, causó en detrimento del consumidor, y contra las exigencias de la buena fe objetiva, el importante desequilibrio de derechos y obligaciones que requieren los artículos 3.1 de la Directiva 93/13 y 82.1 TRLGDCU, la Sentencia del TJUE no solo que -a fin de evitar el absoluto absurdo de que el contrato de préstamo sobreviviese con interés remuneratorio igual a cero- dicho Juez o Tribunal podría sustituir el índice IRPH por otro índice legal establecido como supletorio en Derecho español, sino que esa sustitución pudo ya producirse en virtud de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, que sustituyó el IRPH de las cajas de ahorro por el denominado IRPH-Entidades.

3.3 Efectos de la Sentencia.

A raíz de la sentencia del TJUE, numerosos juristas se han manifestado en torno a este pronunciamiento, estimando que acertadamente muchos clientes perjudicados ya habían empezado a imponer acciones de carácter judicial en relación al índice IRPH contra sus respectivas entidades bancarias. Sin embargo, la otra gran parte de los clientes estaban a la espera del pronunciamiento del TJUE para dar lugar a interponer la reclamación. A raíz de esta sentencia, muchos clientes se animarán a reclamar a sus entidades al ver que sus pretensiones si pueden llegar a verse satisfechas por un juez.

Con motivo de la intensificación de las demandas por cláusulas IRPH por los clientes que se prevé a raíz del pronunciamiento del TJUE, ha comenzado a plantarse la posibilidad de someter estas cuestiones ante una autoridad independiente.

ASUFIN (Asociación de Usuarios Financieros), ha afirmado que el número de préstamos hipotecarios con vinculación al IRPH es cercano a un millón, habiendo generado de media aproximadamente 25.000 euros de pérdidas por hipoteca afectada.

Como efectivamente se prevé que ocurra, si las reclamaciones comienzan a efectuarse, inevitablemente se ocasionará un colapso en los tribunales, que, a fin de cuentas, generará más perjuicio a los consumidores que verán como sus pretensiones se irán prolongando en el tiempo. Es por esta razón por la que se aboga por la creación de una Autoridad Judicial Independiente que permita una mayor rapidez, eficacia y protección al conjunto de los consumidores afectados por la abusividad de la cláusula IRPH en sus contratos con las entidades financieras.

Estas pretensiones de los clientes se van viendo alcanzadas en las primeras sentencias posteriores al pronunciamiento del TJUE en relación al IRPH, en donde vemos como los jueces comienzan a anular el IRPH como índice referencia, dando lugar a su sustitución por el Euribor. Esta sustitución del índice del IRPH por el Euribor se justifica en base a que se considera éste último como más beneficioso para el cliente del préstamo hipotecario.

Una sentencia a destacar es la del 4 de marzo del Tribunal de Primera Instancia de Burgos, curiosamente un día después del pronunciamiento por parte del TJUE. En esta sentencia, se concluye de la misma manera que el TJUE, afirmado la ausencia de transparencia por parte de la entidad, en este caso CaixaBank, con el cliente en la inclusión de la cláusula IRPH, considerando que el cliente en cuestión no llega verdaderamente a comprender el alcance de someter su contrato de préstamo al IRPH como índice de referencia.

En esta sentencia, el juez estima que la entidad en este caso, tiene la obligación de calcular nuevamente el préstamo como si el tipo de interés Euribor se hubiese aplicado desde el comienzo del préstamo hipotecario, y con la obligación de restituir la diferencia económica resultante al cliente perjudicado. El pronunciamiento que emite el juez de Burgos, como vemos, ampara su decisión a raíz de la sentencia emitida del día anterior por el TJUE.

Por otro lado, la Sentencia Juzgado de Primera Instancia número 6 de Lleida de 8 de marzo de 2020, en la cual nuevamente considera el juez que la cláusula incorporada por la entidad, en este caso en Banco Santander, no supera la transparencia que requiere dar al cliente que efectúa el préstamo y al igual que la sentencia anterior, se requiere recalcular la hipoteca en base al índice referencial del Euribor, con la respectiva devolución correspondiente al cliente.

En definitiva, el pronunciamiento del TJUE pone la cuestión ante los jueces españoles, pero sentado las bases de cómo analizar la transparencia de las cláusulas abusivas relacionadas con el IRPH, así como valorar su posible nulidad con el fin de paliar el claro perjuicio causado a los clientes de las entidades bancarias en nuestro país.

4. PRONUNCIAMIENTOS MÁS RECIENTES DE LOS JUZGADOS Y AUDIENCIAS PROVINCIALES.

Con posterioridad al dictado de la STJUE de 3 de marzo de 2020 -EDJ 2020/513105-, nuestros tribunales han venido emitiendo resoluciones en sentido no siempre coincidente con la doctrina sentada por el Tribunal de Luxemburgo. Seguidamente, por orden cronológico, reseño algunos de los pronunciamientos más significativos, haciendo referencia tanto a Sentencias que declaran el carácter abusivo como aquellas que no.

4.1 Sentencias que declaran el carácter abusivo de la cláusula IRPH.

- Sentencia núm. 393/2020, de 4 de marzo, del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Burgos -EDJ 2020/518998²⁸→ esta Sentencia se declara nula, por falta de transparencia, la cláusula de IRPH contenida en la escritura y se sustituye por el Euribor, concluyéndose que: “En el caso de autos, la cláusula 3 bis. 3 de la Escritura de Préstamo Hipotecario, evidencia ausencia de información detallada y pormenorizada, que no permite que un consumidor pueda llegar a comprender la forma de cálculo del índice de referencia adoptado ni del sustitutivo, aunque tales tipos de referencia estén legalmente permitidos; pues de la prueba practicada, no se acredita, correspondiendo la carga de la prueba a la entidad demandada, que ésta suministrara a la parte actora información específica relativa al alcance o funcionamiento de este tipo de referencia en virtud de la cual la actora pudieran valorar si le interesaba el préstamo con este tipo de referencia o un préstamo referenciado al Euribor, que era lo habitual en el momento de la constitución del préstamo con garantía hipotecaria, ni tampoco figura información sobre la evolución histórica del tipo de referencia, en comparación con el Euribor. En consecuencia. La entidad bancaria demandada no suministró información suficiente a los actores para que éstos pudieran comprender el alcance económico y jurídico de la cláusula. No se cuenta

²⁸ Sentencia núm. 393/2020, de 4 de marzo, del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Burgos -EDJ 2020/518998-. Procedimiento 773/2018. Roj: SJPI 3/2020 - ECLI: ES: JPI: 2020:3.

con la declaración de la actora, habiendo declarado el testigo que no recuerda la operación, ni si el IRPH en el momento de la formalización del préstamo era superior o inferior al Euribor. Y en la propia Oferta Vinculante, que no ha sido firmada por los demandantes, figura el índice de referencia IRPH enmarañado en la cláusula Tercera. Por ello, procede declarar la nulidad por falta de transparencia de la cláusula pacto 3º bis de la Escritura de Préstamo Hipotecario de fecha 2 de agosto de 2005”.

- Sentencia núm. 227/2020, de 9 de marzo, del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Lérida -EDJ 2020/520365²⁹→ en la que se declara lo siguiente:"(...) Los demandantes depusieron en Sala que no recordaban negociaciones previas con el banco, y además, no se les explicó la diferencia entre el índice de referencia Euribor ni IRPH, así como la evolución anterior de éste. Los empleados de la entidad bancaria propuestos como testigos no aportaron claridad al asunto, puesto que uno de ellos a causa de una enfermedad posterior perdió memoria y no recordaba la contratación con los actores, y el otro empleado no recuerdo a los actores ni la contratación de la hipoteca con ellos. Si tenemos en cuenta la inversión de la carga de la prueba del artículo 82.2 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios -EDL 2007/205571-, por la que se impone la carga de la prueba sobre una posible negociación e información al empresario, nada se ha probado sobre la información previa facilitada al prestatario. La Jurisprudencia europea (...) exige que para dar cumplimiento a las exigencias de buena fe y equilibrio amparadas en la Directiva 93/13/CEE -EDL 1993/15910- en los contratos celebrados entre consumidor y profesional, el Bando o entidad financiera correspondiente debe facilitar información que facilite a un consumidor medio la comprensión de las consecuencias jurídicas y económicas que supone referenciar el interés variable de su préstamo hipotecario al índice de referencia IRPH. Y esta información, específicamente, alude a una explicación completa sobre el método de cálculo empleada para obtener tal índice de referencia, así

²⁹ Sentencia núm. 227/2020, de 9 de marzo, del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Lérida -EDJ 2020/520365-. Procedimiento 366/2019. Roj: SJPI 5/2020 - ECLI: ES: JPI: 2020:5.

como un estudio de la evolución que tal índice había tenido con anterioridad a la firma del contrato. La demandada arma su defensa a la legalidad del IRPH por tratarse de un índice de referencia oficial, recogido en legislación nacional y controlada por el Banco de España. Sin embargo, y a pesar de lo anterior, como ha señalado el TJUE, debe de superar un control de transparencia material, el cual en el caso presente no se ha probado por el empresario. Lo anteriormente expuesto, conduce a declarar la nulidad del pacto tercero bis de la escritura de préstamo litigiosa, en el cual se pactó que el índice de referencia aplicado para el cálculo de los intereses fuera el IRPH". La Juzgadora, por cuanto se refiere a los efectos de la nulidad de la cláusula relativa al IRPH, declara que: "Sobre esta cuestión, la sentencia C-125/2018 del TJUE -EDJ 2020/513105- establece que: "67. Por consiguiente, procede responder a la tercera cuestión prejudicial 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". En la descrita situación resulta procedente, en consecuencia, que las partes se restituyan recíprocamente cuantas obligaciones hayan satisfecho como consecuencia de la escritura pública litigiosa, y en tanto aquélla no supone la desaparición de la obligación inicial, lo procedente será la sustitución del índice IRPH por el índice de referencia EURIBOR, con la restitución de los intereses indebidamente cobrados por la entidad bancaria al no haberse aplicado el índice Euribor, más los intereses devengados desde cada uno de los cobros indebidos, que se determinará en ejecución de sentencia".

-Sentencia núm. 498/2020, de 8 de abril, del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Guadalajara³⁰→ en la que se señala, al abordar el “análisis jurídico y jurisprudencial de la cláusula objeto de declaración de nulidad en la presente litis, el Índice de Referencia de los Préstamos Hipotecarios, cabe indicar que la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, la cual, actualmente se encuentra derogada, habilito al Banco de España para definir un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a intereses variables. En cumplimiento de dicha habilitación, la Circular 5/1994 del Banco de España, de 22 de julio estableció como oficiales los siguientes índices:

- Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisiciones de vivienda libre concedidos por los bancos (el IRPH Bancos).
- IRPH como”... la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario”. Y se precisa que: “Tal y como considera razonable la STJUE de 3 de marzo de 2020, en el supuesto de Litis, de la documental aportada a las actuaciones no se desprenden que la entidad financiera demandada haya informado a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible. Tal información hubiera podido dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituye un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés.

³⁰ Sentencia núm. 498/2020, de 8 de abril, del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Guadalajara. Procedimiento 765/2017.

Para concluir que: “Así pues, y en caso de autos , no se considera que para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Recordemos que en el presente caso la única prueba que existe es la documental por reproducida ya que la entidad bancaria no pudo facilitar datos de la persona que comercializó el préstamo para que depusiera como testigo y la respuesta de la AEAT tampoco es relevante al objeto debatido. En atención a lo expuesto procede declarar la nulidad de la cláusula de IRPH adoptado en el préstamo de litis y de su sustitutivo, por incumplimiento de la normativa comunitaria sobre transparencia en los términos expuestos, de conformidad con la STUJE de 3 de marzo de 2020 -EDJ 2020/513105-”.

- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 17 de Palma de Mallorca, número 582/2020, de 20 de abril -EDJ 2020/529979³¹→declara la nulidad de la cláusula de IRPH. A tal efecto la Juzgadora declara que: "En el caso de litis la cláusula de índice de referencia tiene este tenor literal: "Índice de Referencia Adoptado. Es el "tipo medio de los Préstamos Hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorros" que se publica por el Banco de España con periodicidad mensual en el Boletín Oficial del Estado". Fijándose como índice de referencia sustitutivo: "No obstante, en el supuesto de que en la fecha establecida para el cálculo del tipo de interés nominal anual correspondiente a cada período de interés de la segunda fase, hubiese transcurrido más de dos meses sin que el Índice de Referencia Adoptado se hubiese publicado en el BOE, se adoptará como Índice de Referencia el "Tipo activo de referencia de las Cajas de

³¹ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 17 de Palma de Mallorca, número 582/2020, de 20 de abril -EDJ 2020/529979-; Procedimiento 1089/2018.

Ahorro"³², índice que se publica por el dicho Banco con periodicidad mensual en el Boletín Oficial del Estado". Se parte de la consideración de esta cláusula como condición general de la contratación. Como ya ha manifestado en numerosas ocasiones el TS desde la STS de 9 de mayo de 2013 -EDJ 2013/53424- (referente a la cláusula suelo), los requisitos para ser condición general de la contratación son los siguientes: a) Contractilidad: se trata de "cláusulas contractuales", que se ha incluido en el contrato por voluntad de los contratantes y no por acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión. b) Predisposición: la cláusula ha de estar preredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros. c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes (suele ser el empresario al consumidor, pero la LCGC no se aplica sólo en el ámbito de la relación entre empresario y consumidor), de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato no pueda obtenerse más que mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula. La conocida fórmula "take it or leave it". d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos con la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse. Frente a las cláusulas negociadas individualmente se utilizan en la llamada contratación en masa o seriada. Aunque resulte lógico que una cláusula que afecta al objeto principal del contrato, como es el interés remuneratorio (el precio de la operación), se incluya como una condición particular, es posible que una cláusula que se refiere al objeto principal del contrato se haya incluido en el clausulado general y se configure como una condición general de la contratación (...). En este sentido han resuelto tanto el TS como el TJUE. Y, no constando que en el caso de autos, fuera negociada individualmente, debe considerarse que tiene tal cualidad de condición general, en tanto que reúne todos y cada uno de los requisitos necesarios para su calificación como tal (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad). No se utilizó la expresión abreviada IRPH, siglas que más allá de su reciente popularidad a través de la difusión en los medios de comunicación de la cuestión prejudicial elevada ante el TJUE, distaban de ser conocidas para el ciudadano medio en este país, no obstante tampoco se define con precisión dicho índice de referencia, sino que nos

³² Se define en el Anexo VIII de la Circular 8/90 del Banco de España -EDL 1990/14470-.

hallamos ante una cláusula que establece que la definición de ese índice está en una Circular, es decir, es una cláusula con remisión normativa, no considerada válida como información precontractual o contractual por pacífica jurisprudencia, ya que se obliga a que el contrato contenga perfectamente definidos los elementos del mismo y las fórmulas de cálculo, especialmente los elementos esenciales y las cláusulas complejas u oscuras, sin que sea válida la remisión normativa para que sea el consumidor el que se informe del funcionamiento de dicha cláusula mediante su propia búsqueda de información, fuera del contrato. Cabe destacar asimismo, la especial complejidad y dificultad que presenta este índice IRPH tanto al tenor de su fórmula matemática de cálculo, como por su peculiar configuración (incluye comisiones y además gasto del cliente, y se calcula por una media no ponderada) presenta una complejidad de comprensión para el consumidor medio que lo hace idóneo como elemento o componente susceptible del control de transparencia y, por tanto, de las exigencias derivadas para el profesional de facilitar, activamente, una información adecuada y comprensible de su aplicación y funcionamiento en el contrato de préstamo ofertado. El profesional que configura condiciones generales que inciden sobre elementos esenciales se le exige un plus de información, o de exigencia de transparencia, que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga jurídica y económica que les supondrá concertar el contrato, sin necesidad, desde la asimetría de información existente, de realizar por el mismo un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. De ahí que esta exigencia comporte que el elemento que presenta cierta complejidad sea objeto de una información principal y comprensible en la formación y perfección del contrato. Para cumplir con esta exigencia de información el profesional puede recurrir a diversos parámetros de comprensibilidad del elemento en cuestión, sin que, en principio, haya un listado taxativo o jerárquico de los mismos. Sin embargo, la STJUE de 20 de septiembre de 2017 -EDJ 2017/183620- (en un supuesto de hipoteca multdivisa), con relación a la comprensión de estos mecanismos que versan sobre una operativa financiera, caso de la variación en el tipo de cambio de una divisa, pero también de la aplicación de un índice de referencia, resalta el deber del profesional de proporcionar los posibles escenarios que comporte la aplicación de dichos mecanismos. En el caso de autos no se considera acreditado que la entidad

financiera demandada facilitara información específica o adicional al consumidor relativa al alcance y funcionamiento concreto de este índice de referencia en el marco del contrato de préstamo ofertado, tanto en la fase precontractual, como en las fases de perfección y ejecución del contrato. Este parámetro resulta relevante en el presente caso, en donde el profesional, sin duda, conocía la peculiar configuración de este índice, así como el carácter residual de su utilización, pues más del 80% de los préstamos hipotecarios ya venían en el año en el que se concertó el préstamo, referenciados al Euribor como índice aplicable. Con lo que el plus o exigencia de transparencia era mayor en estos casos, pues debe recordarse que las variaciones del Euribor, desde el año 2000, fueron objeto de difusión periódica por los canales televisivos y la prensa en general, por lo que el consumidor medio tenía mejor acceso y estaba más familiarizado con el alcance de este índice de referencia que con el IRPH. El consumidor medio puede conocer que, al igual que el interés variable, los índices de referencia pueden fluctuar. Pero no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que no todos los índices fluctúan de igual forma a tenor de su configuración, ni tampoco su previsible comportamiento sin los escenarios de variación que se hayan producido. Información, junto a otra posible, que el profesional no suministró al consumidor pese a disponer de la misma. En particular, cabe destacar que desde su aplicación, el IRPH se ha mantenido en valores superiores a otros índices más usuales y conocidos por el consumidor medio, como el EURIBOR. Además, se constata que en el caso de litis no se considera acreditado que se informara al consumidor de las circunstancias concretas del modo de cálculo y de la posibilidad que tenían las Cajas o entidades financieras de influir sobre dicho cálculo. En concreto la documental aportada a autos no arroja información de que el IRPH se calculaba a partir de los datos facilitados por las mismas entidades financieras cada mes; de que el IRPH se calcula como media simple, con el mismo peso de todas las entidades (IRPH sectorial), con independencia del volumen de préstamos concedidos. Por ello, si una entidad por haber incrementado un mes los tipos de interés o comisiones, perdía cuota de mercado, no variaba su representatividad en el IRPH. Por lo tanto, a menos entidades financieras, más influencia en el IRPH de las que quedan y, por consiguiente, cualquiera podía influir en el resultado del IRPH incrementado los intereses o las comisiones que aplicaba en el mes en

cuestión. Tampoco se considera acreditado que informara al consumidor que el dato que proporcionaba la entidad bancaria o caja de ahorros para obtener la media aritmética del IRPH lo era con el TAE con comisiones y gastos. Asimismo, y desde el punto de vista de la publicidad que solía acompañar la utilización de este índice de referencia, cabe destacar que era habitual publicitar el IRPH al cliente como un índice menos volátil, más seguro y más estable que el Euribor, por lo que también parece razonable, en opinión de esta Juzgadora que debe exigirse a la entidad financiera, haber facilitado con carácter precontractual la exhibición de las diferentes gráficas, extraídas con datos del Banco de España y conocidas entonces por la entidad profesional, a los efectos de dar a conocer la evolución de uno (IRPH) y otro tipo (EURÍBOR) al consumidor, así como la realización de simulaciones en diferentes contextos alcistas y bajistas de cada uno de los índices de referencia, a los efectos de que el consumidor pudiera tener una exacta información del coste jurídico y económico que conllevaba acogerse a uno u otro índice de referencia. Todos estos datos, además de su fórmula de cálculo matemático, que también es parte de su comprensibilidad, abocan a que pudiera tratarse de un índice complejo en su conjunto, lo que debería determinar por parte de la entidad financiera un plus de información y publicidad, justamente por afectar a un elemento esencial del contrato. Añadiéndose un plus en la transparencia para nuestro derecho al no transponer el art. 4.2 de la Directiva -EDL 1993/15910-. Es decir, el nivel de protección debe ser más elevado que el de la propia Directiva 93/13/ CEE. No comparte este Juzgadora la opinión del TS en su mencionada sentencia de 14 de diciembre de 2017 -EDJ 2017/254198- de que esta información del coste comparativo en una evolución de tiempo razonable (dos años antes de la celebración del contrato, tal y como señala la STJUE de 3 de marzo de 2020 -EDJ 2020/513105-), mediante exhibición de gráficos y realización de simulaciones que evidenciaran y cuantificaran que si el IRPH evolucionaba más desfavorablemente que el EURIBOR, tal circunstancia perjudicaría y en qué medida concreta al prestatario, si pese a los distintos márgenes, el resultado era superior, sea " una obviada", " ya que resulta evidente que siempre que existen varios índices oficiales, los prestatarios cuyos préstamos estén referenciados al índice que en el futuro se comporte mejor (en el sentido de que baje más o suba menos) saldrán ganando, y los que lo estén al índice que evolucione peor, saldrán perdiendo. Como ocurre

con los préstamos fijos: si el índice al que está referenciado el préstamo a interés variable más el diferencial baja por debajo del tipo fijo, los prestatarios que hayan optado por éste saldrán perdiendo; si ocurre lo contrario, saldrán ganando". No parece que esta simplista comparación realizada por el TS en la citada sentencia sea acertada ni afortunada, ya que resulta evidente que no nos encontramos ante supuestos de similar complejidad y facilidad de entendimiento para el "consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz". Máxime si tenemos en cuenta que era habitual que el diferencial del IRPH fuera inferior al del EURIBOR, elemento que, en opinión de esta Juzgadora, contribuía más a generar en el consumidor la expectativa de que el IRPH no sólo era un índice de referencia más "seguro y estable" sino más "barato" por tanto con menor coste económico en su préstamo hipotecario. Tal y como considera razonable la STJUE de 3 de marzo de 2020 -EDJ 2020/513105-, en el supuesto de litis, de la documental aportada a las actuaciones no se desprende que la entidad financiera demandada haya informado a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible. Tal información hubiera podido dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituye un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés. Así pues, y en el caso de autos, no se considera que para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras". Por lo expuesto la Juzgadora declara "la nulidad de la cláusula de IRPH adoptada en el préstamo de litis y de su sustitutivo, por incumplimiento de la normativa comunitaria sobre transparencia en los términos expuestos, de conformidad con la STUJE de 3 de marzo de 2020 -EDJ

2020/513105-". En relación a las consecuencias relacionadas con el alcance de la nulidad, la Sentencia señala que el "interés del préstamo afecta a un elemento esencial y podría entenderse que un préstamo no puede sobrevivir sin el interés al ser primordial para el profesional. Es decir, el profesional no hubiera concedido el préstamo, por lo que la nulidad conllevaría la restitución y devolución inmediata e íntegra del préstamo por el deudor, con pérdida del beneficio del plazo, lo que sería claramente perjudicial para el consumidor". Seguidamente se explica que "también podría aplicarse estrictamente el art. 10 LCGC -EDL 1998/43305-, art. 83 TRLGCU -EDL 2007/205571-, art. 1303 del Código Civil -EDL 1889/1- y el principio de no vinculación en absoluto al consumidor de las cláusulas declaradas nulas por abusivas ex art. 6.1 de la Directiva 93/13 -EDL 1993/15910- y dejar sin efecto el interés quedando obligado tan solo el consumidor a la devolución del capital en los plazos estipulados. Acorde con el principio declarado por el TJUE relativo a la obligatoriedad del contrato para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas, al ser ello jurídicamente posible, y así conseguir el efecto disuasorio y evitar en lo sucesivo la imposición de esta cláusula sin la debida información, conforme con el art. 7 de la Directiva 93/13". La Juzgadora precisa que "la opción de que el préstamo siga desplegando su eficacia, suprimiendo el citado índice de referencia y dejando el préstamo sin intereses no es una opción viable en nuestro ordenamiento jurídico ya que desnaturaliza el contrato de préstamo mercantil que por definición debe ser oneroso" y que "la nulidad total del contrato de préstamo, declarando su vencimiento anticipado, sería gravemente perjudicial para el consumidor". Por ello, se concluye que "procede declarar aplicable al préstamo hipotecario de litis el EURIBOR, condenando a la entidad financiera demandada al recalcule de todos los intereses devengados durante toda la vida del préstamo hipotecario, utilizando como índice de referencia el EURIBOR y a restituir a la parte actora la diferencia resultante en relación a las cantidades percibidas utilizando el IRPH cuya nulidad se ha declarado. Cantidad a la que habrá que añadir los intereses legales desde la fecha de cada uno de los pagos y hasta su efectiva satisfacción".

4.2 Sentencias que no acogen la abusividad de la cláusula IRPH.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, número 207/2020, de 11 de marzo -EDJ 2020/555055-³³→ en la que se declara que: "(...) En la Escritura Pública de Préstamo Hipotecario de fecha 9 de Noviembre de 2.006 (...) se fija el tipo de interés ordinario en el pacto Tercero y en el pacto Tercero Bis (que es la estipulación que la parte impugnante considera nula por abusiva) se establece la determinación del tipo de interés variable, con un diferencial (que es válido) de 0,75 puntos que incrementa el tipo de referencia que es el "tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorro". Asimismo, se establece un índice sustitutivo, si el anterior dejara de aplicarse, bajo la denominación "tipo activo de referencia de las cajas de ahorro-indicador CECA tipo activo". La Sala considera que "el índice de referencia que se cuestiona ("tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorro") no es abusivo ni, por tanto, nulo, en la medida en que supera el estándar de transparencia y, por supuesto, el de incorporación, no solo porque se trata de un índice oficial, sino porque es claro y de sencilla comprensión para el prestatario, así como de fácil conocimiento. En el propio Pacto Tercero Bis, se indica que se publica en el Boletín Oficial del Estado, "sin realizar ningún tipo de ajuste o conversión, tomándose el publicado como nominal", de tal modo que para la determinación del índice de referencia no es necesaria ningún tipo de operación matemática ni financiera al objeto de conocer el tipo de interés en cada momento, y siempre es público. Finalmente, la transparencia del Pacto se torna patente con las indicaciones puestas de manifiesto por el Notario actuante en el otorgamiento del instrumento público conforme a la Orden de 5 de Mayo de 1.994, especialmente las siguientes: la advertencia expresa al prestatario de que el tipo de interés aplicable durante el periodo inicial es inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho periodo inicial el tipo de interés variable pactado para periodos posteriores; en segundo lugar, la advertencia a ambas partes de que no se han establecido límites a la

³³ Sentencia núm. 207/2020, de 11 de marzo, de la Audiencia Provincial de Cáceres. Recurso: 997/2020. - EDJ 2020/555055-. Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio María González Floriano.

variación del tipo de interés, y, finalmente, que el proyecto de esa Escritura Pública había estado a disposición de la parte prestataria, en su despacho, durante los tres días hábiles anteriores al del otorgamiento". Por todo lo cual, la Sala concluye que el "Pacto Tercero Bis de la Escritura Pública de Préstamo Hipotecario supera los controles de incorporación y, sobre todo, de transparencia, claridad y comprensión, sin que se puedan suscitar dudas racionales sobre el conocimiento por el prestatario del tipo de interés variable aplicable en cada momento, dicha Estipulación no se considera abusiva ni, por ende, nula"³⁴

- SAP Barcelona, nº 634/2020 de 24 de abril de 2020 -EDJ 2020/559028-³⁵→ Se mantiene que la cláusula analizada no es condición general y, por consiguiente, no resulta aplicable el control de transparencia, por lo que la consecuencia práctica es que la cláusula que establece los índices de referencia no es abusiva³⁶. A este respecto el Tribunal considera que la cláusula de referenciación al IRPH resulta encuadrable dentro del art. 1.2 93/13/CEE -EDL 1993/15910- y, por lo tanto, no es susceptible de aplicar el análisis transparencia, por lo que se concluye que la cláusula ha resultado incorporada válidamente a la hipoteca y cabe apreciar abusividad. En opinión de quien esto escribe, esta posición resulta contraria a la del Tribunal Supremo en su Sentencia nº 669/2017 -EDJ 2017/254198- y también a la Sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020 (asunto C-125/18) -EDJ 2020/513105-. Es contraria a la postura del Tribunal Supremo (STS 669/2017 -EDJ 2017/254198-), toda vez que la cláusula que establece el índice de referencia constituye para el Alto Tribunal una condición general de la contratación y no resulta excluida por la vía del 1.2 de la Directiva 93/13/CEE, por lo que no puede pretenderse con carácter general que, al

³⁴ En igual sentido, entendiendo que la cláusula IRPH analizada es válida, por superar el control de transparencia, se expresa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 5ª, de 23 de abril de 2020. Rollo de apelación: 4956/2018. Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Márquez Romero. Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 8ª, nº 340/2020, de 30 de abril. Rollo de apelación: 1532/2019. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Antonio Soler Pascual.

³⁵ Sentencia número 634/2020 de 24 de abril de 2020, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª. Recurso: 1557/2019 -EDJ 2020/559028-. Ponente: Ilmo. Sr. D. José María Fernández Seijo.

³⁶ Participa del mismo criterio la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 3ª, número 241/2020, de 11 de mayo. Ponente: Ilmo. Sr. D. Enrique Pinazo Tobes.

referirse la cláusula a un elemento principal y esencial del contrato, deja de ser automáticamente una condición general³⁷. En definitiva, habrá que estar al caso concreto y comprobarse por el tribunal si la cláusula fue negociada individualmente o no, incumbiendo la prueba de esta negociación a la entidad predisponente. Por su parte, como ya hubo ocasión de explicar, el TJUE en su Sentencia de 3 de marzo de 2020 (asunto C-125/18) -EDJ 2020/513105- declara que la cláusula que establece el índice de referencia no se encuentra dentro de la exclusión prevista en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE³⁸.

³⁷ Con precisa referencia a la consideración de condición general de la cláusula, la Sentencia nº 669/2017, de 14 de diciembre -EDJ 2017/254198-, en su Fundamento Jurídico Segundo declara: “4.- En consecuencia, como conceptualmente no es imposible que una cláusula en la que se establece el interés remuneratorio de un contrato de préstamo sea una condición general de la contratación, y como no consta que la que aquí nos ocupa fuera negociada individualmente, debe considerarse que tiene tal cualidad de condición general, en tanto que reúne todos y cada uno de los requisitos que hemos visto que son necesarios para su calificación como tal. 5.- Así lo ha considerado también el TJUE en diversas sentencias relacionadas con intereses remuneratorios de préstamos a consumidores (...) 6.- Por lo que este primer motivo de casación debe ser desestimado”. Así, el alto Tribunal deja sentado que no se puede realizar una valoración de carácter general y erga omnes de esta condición, ni en un sentido ni en otro, por mucho que sea un elemento esencial y principal del contrato. Lo mismo sucede con las cláusulas que establecen un suelo, que no por afectar al precio dejan de ser una condición general. Por otra parte, resulta de interés señalar que la Sentencia 669/2017 -EDJ 2017/254198- recoge la postura del TJUE al respecto de la no inclusión de esta cláusula en el ámbito del art. 1.2 93/13/CEE. A tal efecto el Alto Tribunal declara: “Esta conclusión queda reafirmada si se atiende a la propia interpretación que el TJUE realiza sobre la referida excepción del art. 1.2 de la Directiva. En efecto, el Tribunal expresamente ha resaltado que dicha excepción debe ser objeto de una interpretación «restrictiva» (STJUE de 10 de septiembre de 2014, Kusionová, C-34/13), de forma que el elemento de la cláusula predispuesta no sólo debe reflejar directamente una disposición legal o reglamentaria, sino que ésta además debe ser imperativa. Requisito que tampoco concurre en el presente caso, en donde el profesional emplea uno de los posibles índices de referencia de entre los siete autorizados en su momento (entre otros, el Mibor, Ceca y Euribor), por lo que el IRPH-Entidades no constituía el único índice como valor de referencia y su aplicación no resultaba imperativa para el profesional”.

³⁸ Precisamente lo contrario de lo que establece la STJUE en su punto 37 y también en su fallo - punto 1-: “El artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 -EDL 1993/15910-, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que sí está comprendida en el ámbito de aplicación de esa misma Directiva la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que estipule que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y que las entidades de crédito pueden aplicar a los préstamos hipotecarios, cuando esa normativa no establezca ni la aplicación imperativa del índice en cuestión con independencia de la elección de las partes en el contrato ni su aplicación supletoria en el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa”.

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, número 907/2020, de 26 de mayo -EDJ 2020/574406-³⁹→ en la que se concluye que el índice de referencia no es una condición general de la contratación. En este sentido, se argumenta lo siguiente: "En un contrato de préstamo, el tipo de interés será el que libremente establezcan las partes. Aunque rija el principio de libertad de pacto, el legislador estableció la posibilidad de que el Ministerio de Economía, a través del Banco de España, publicara unos tipos oficiales de referencia para que las entidades bancarias pudieran aplicar a los préstamos a interés variable que suscribieran con sus clientes. Por lo tanto, las partes pueden pactar libremente los intereses, pero si se remiten a estos tipos oficiales, su definición, su publicación y su control corresponden al Banco de España". Considera la Sala que el control del índice de referencia corresponde a la Administración Pública y no a los Tribunales. Y declara que "normalmente las partes de un contrato de préstamo no definen el índice de referencia contractualmente, sino que lo que hacen es remitirse a uno de los índices oficiales regulados mediante disposiciones generales para este tipo de contratos. Es a la Administración Pública a quien corresponde controlar que esos índices no sean abusivos, lo que hace que ese control quede fuera de los tribunales (al menos de los tribunales del orden civil)".

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, número 907/2020, de 26 de mayo -EDJ 2020/574406-⁴⁰→ en la que se concluye que el índice de referencia no es una condición general de la contratación. En este sentido, se argumenta lo siguiente: "En un contrato de préstamo, el tipo de interés será el que libremente establezcan las partes. Aunque rija el principio de libertad de pacto, el legislador estableció la posibilidad de que el Ministerio de Economía, a través del Banco de España, publicara unos tipos oficiales de referencia para que las entidades bancarias pudieran aplicar a los préstamos a interés variable que suscribieran con sus clientes. Por lo tanto,

³⁹ Sentencia núm. 907/2020, de 26 de mayo, de la Audiencia Provincial de Barcelona. Recurso: 1308/2019 -EDJ 2020/574406-. Ponente: Ilma. Sra. D^a. Berta Pellicer Ortiz.

⁴⁰ Sentencia núm. 695/2020, de 29 de mayo, de la Audiencia Provincial de Girona. Recurso 34/2020 -EDJ 2020/580106-. Ponente: Ilmo. Sr. D. Alexandre Contreras Coy.

las partes pueden pactar libremente los intereses, pero si se remiten a estos tipos oficiales, su definición, su publicación y su control corresponden al Banco de España".⁴¹ Considera la Sala que el control del índice de referencia corresponde a la Administración Pública y no a los Tribunales. Y declara que "normalmente las partes de un contrato de préstamo no definen el índice de referencia contractualmente, sino que lo que hacen es remitirse a uno de los índices oficiales regulados mediante disposiciones generales para este tipo de contratos. Es a la Administración Pública a quien corresponde controlar que esos índices no sean abusivos, lo que hace que ese control quede fuera de los tribunales (al menos de los tribunales del orden civil)".

5. IRPH: ANÁLISIS DE STS DEL 12 DE NOVIEMBRE SOBRE TRANSPARENCIA Y ABUSIBIDAD EN PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.

5.1 Análisis de STS del 12 de noviembre.

El viernes 13 de noviembre de 2020 se notificaron y publicaron las cuatro Sentencias del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo (las nº 595, 596, 597 y 598) en que se resolvían recursos de casación en relación con litigios en que se pretendía la nulidad de cláusulas insertas en préstamos hipotecarios en que se referenciaba el tipo de interés al IRPH Cajas.

Las cuatro Sentencias tienen un patrón común, tanto en lo argumentativo como en cuanto a la decisión adoptada, alcanzado la conclusión de que las cláusulas analizadas no eran abusivas, es decir, que se ha descartado que las cuatro hipotecas que dieron lugar al inicio de las acciones judiciales, y que estaban vinculadas al Índice de referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH) fueran abusivas. Además, todas ellas incorporan un voto particular del Magistrado

Arroyo Fiestas, que considera que sí debería haberse declarado la nulidad de la cláusula y se debería haber sustituido el IRPH Cajas por el EURIBOR.

La importancia de estas Sentencias es obvia, dado que decenas de miles de litigios y recursos tomarán como referente estas Sentencias y/o, seguramente, el voto particular antes referido.

Las Sentencias afectaran tanto a los juicios en que el consumidor ha accionado pidiendo la nulidad de la cláusula IRPH, como a los procedimientos de ejecución hipotecaria en que se hubiese cuestionado la validez de la cláusula, bien porque así lo haya hecho el ejecutado, bien porque el Juzgador haya actuado de oficio.

Estas Sentencias han sido las primeras dictadas por nuestro Alto Tribunal recepcionando la Sentencia del TJUE de fecha 3 de marzo de 2020.

Aunque todas ellas guardan como se ha dicho anteriormente un patrón común y llegan a las mismas conclusiones, resulta interesante hacer un breve resumen de cada una de ellas de forma individual.

5.1.1 Sentencia Número 595/2020, de 12 de noviembre.

Partiendo de la Sentencia Núm. 595/2020, de 12 de noviembre, del TS (Pleno de la Sala Primera)⁴², cabe destacar que tiene en cuenta y refleja el razonamiento de la Sentencia del TJUE del 3 de marzo de 2020 sobre el control de transparencia, donde por lo tanto cabe destacar las siguientes cuestiones:

a) Los elementos principales relativos al cálculo del IRPH eran fácilmente asequibles para cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que el índice estaba publicado en el BOE. Lo que permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz (es decir, el consumidor medio y no necesariamente el concreto consumidor del caso) comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda,

⁴² Sentencia Núm. 595/2020, de 12 de noviembre, del Tribunal Supremo (Pleno de la Sala Primera); Núm. de Recurso: 2328/2016; Núm. de Resolución: 595/2020; Ponente: D. PEDRO JOSÉ VELA TORRES.

incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, y que, en su caso, se le aplicaba un diferencial porcentual.

Cuando la STJUE afirma (...) que *«los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera la intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el Boletín Oficial del Estado»*, concluye que esa publicación salva, para todos los casos, las exigencias de transparencia en cuanto a la composición y cálculo del IRPH.

En particular, el TJUE *niega implícitamente el argumento del auto de planteamiento*, según el cual, como el IRPH era menos ventajoso que el Euribor, el banco debía informar del método de cálculo para cumplir el deber de transparencia. En este sentido, el TJUE afirma..., que la publicación del IRPH *«permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades [...]»*.

La sentencia hace una referencia expresa a las conclusiones del AG en sus puntos 122 y 123, que descartan que el consumidor, en el caso analizado, no estuviera en condiciones de valorar las consecuencias económicas a su cargo, porque sabía que debía pagar el resultado de sumar el índice y el diferencial y podía comprender tanto la ecuación como el funcionamiento del IRPH, en cuanto formaba parte de la información públicamente accesible, en el sentido de que se componía con la media no solo de los índices, sino también de los diferenciales, comisiones y gastos añadidos. A juicio del Abogado General, la publicación en el BOE permite presumir que a un consumidor medio le resulta relativamente fácil acceder a los sistemas de cálculo de los diferentes índices oficiales y comparar las diferentes opciones que ofrecen las entidades bancarias. De hecho, concluía que *«la entidad bancaria cumplió la exigencia de transparencia impuesta por la Directiva 93/13»*, no obstante lo cual correspondía al órgano jurisdiccional remitente *«efectuar las comprobaciones que considere necesarias a este respecto, verificando en particular que Bankia haya comunicado al demandante en el litigio principal, antes de la celebración del contrato de*

préstamo, información suficiente para que este pudiera tomar una decisión prudente y con pleno conocimiento de causa».

Por ello, se pueden considerar excluidos de los parámetros de transparencia tanto la comprensibilidad del funcionamiento matemático y financiero del índice IRPH como la información comparativa con otros índices oficiales. En este punto, llama la atención que el TJUE reformule la cuestión prejudicial planteada), en el sentido de que, aunque esta se refiera al IRPH, el mismo método de análisis sería aplicable a todos los casos en que el tipo de interés aplicable se basara en cualquiera de los índices de referencia oficiales, es decir, también al Euribor.

Por tanto, este primer requisito puede darse por cumplido en todos los casos.

b) Los tribunales deberán comprobar también que se facilitó información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés. El párrafo 55 de la sentencia exhorta al órgano remitente a comprobar si en el contexto de la celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal la entidad prestamista cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional, y esas obligaciones incluían la entrega del folleto con el dato de la evolución pasada.

Respecto a este requisito de la información de la evolución previa del IRPH, habíamos declarado en la sentencia 669/2017, de 14 de diciembre: «Y en cuanto al comportamiento anterior, hasta noviembre de 2008, el valor del IRPH y del Euribor había sido bastante similar (menos de un punto de diferencia), aparte de que no cabe olvidar que los diferenciales aplicados eran distintos y condicionaban el resultado final; y que esos diferenciales eran menores en los préstamos referenciados al IRPH que en los referenciados al Euribor, pues de otro modo los primeros no habrían resultado competitivos.

«En tales condiciones, lo único de lo que podría haberse informado, además de lo que se informó (que el índice era el IRPH, que ese índice se publicaba en el BOE y en qué consistía), era que si el IRPH evolucionaba más desfavorablemente que el Euribor, podría ser peor para el demandante, si pese a los distintos márgenes, el resultado era superior. Pero eso era una obviedad,

porque resulta evidente que siempre que existen varios índices oficiales, los prestatarios cuyos préstamos estén referenciados al índice que en el futuro se comporte mejor (en el sentido de que baje más o suba menos) saldrán ganando, y los que lo estén al índice que evolucione peor, saldrán perdiendo. Como ocurre con los préstamos fijos: si el índice al que está referenciado el préstamo a interés variable más el diferencial baja por debajo del tipo fijo, los prestatarios que hayan optado por éste saldrán perdiendo; si ocurre lo contrario, saldrán ganando».

Esta referencia del TJUE a la normativa nacional está relacionada con los apartados 124 y 125 de las conclusiones del Abogado General, que incluían una nota final con el siguiente contenido: *«A este respecto, de las observaciones del Gobierno español se deduce que el anexo VII de la Circular 8/1990 precisaba, como elementos mínimos que debían figurar en los folletos sobre los préstamos hipotecarios, con relación al tipo de interés variable, el índice de referencia, en particular su «último valor disponible y evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales». En cambio, teniendo en cuenta el hecho de que las previsiones económicas son siempre inciertas y que determinadas variables, como los índices de referencia, son difíciles de prever, no me parece razonable exigir a la entidad bancaria que facilite al consumidor previsiones futuras relativas al índice de referencia propuesto».*

Parece que, si el índice IRPH consiste en una media de los tipos de las operaciones de financiación con garantía hipotecaria para la adquisición de inmuebles con la finalidad de vivienda a un plazo superior a tres años, el consumidor medio puede comprender que este índice constituye una media del precio de operaciones homólogas a las contratadas por él y que, a diferencia de las operaciones que conforman otros índices diferentes, han sido previa y efectivamente realizadas.

La Sala Primera centra la cuestión señalando que: "...ni el TJUE ha mantenido, ni resulta razonable considerarlo, que el juicio de transparencia implique la comprensibilidad del funcionamiento matemático/financiero del índice IRPH. Ningún índice, incluido el Euribor, resistiría dicha prueba. Es por ello, que afirmábamos en nuestra sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, que lo que se juzga es la cláusula, no el índice. ...".

La Sentencia del Tribunal Supremo afirma con claridad y contundencia: "...a fin de cumplir con las exigencias de transparencia establecidas por el TJUE, para que se entienda que la suscripción de un contrato de préstamo hipotecario con un tipo de interés variable referenciado al índice IRPH supera el control de transparencia, debe tenerse en cuenta, fundamentalmente:

(i) la publicación, a través del BOE, de los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros, por lo que «resultan fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario»; en concreto afirma el TJUE que *«esta circunstancia permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, y que, en el contrato de préstamo hipotecario en cuestión, ese índice se redondeaba por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en el 0,25 %»*.

(ii) el cumplimiento por la entidad de crédito de la obligación de informar a los consumidores, conforme a la normativa nacional, de «cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible».

Afirma el TJUE que *«tal información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés»*.

Por el contrario, la STJUE, descarta que las entidades bancarias tuvieran obligación de facilitar información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura o de asesorar a sus clientes sobre el mejor préstamo posible. La herramienta más adecuada para la comparación entre el coste global de unas y otras modalidades de financiación sería, en todo caso, la TAE.

La Sentencia de la Sala Primera considera que la cláusula no sea transparente no implica necesariamente que sea abusiva. Los argumentos a destacar en los que se basa el TS son:

"Respecto de los elementos esenciales del contrato (precio y prestación) se desprende del art. 4.2 de la Directiva 93/13, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, que los controles de transparencia y abusividad son diferentes y el primero es presupuesto o antecedente del segundo".

A tal efecto, resulta aplicable la jurisprudencia del TJUE que establece que, respecto de los elementos esenciales del contrato (precio y prestación), una vez apreciada la falta de transparencia es cuando debe hacerse el juicio de abusividad. Es decir, en tales casos, la declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad.

Como advertimos en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo: «la falta de transparencia no supone necesariamente que [las condiciones generales] sean desequilibradas». En este mismo sentido, la STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, caso Banco Primus, declaró que la falta de transparencia no eximía de realizar el juicio de abusividad, sino que simplemente permitía proyectarlo a los elementos esenciales del contrato.

Únicamente se ha asimilado falta de transparencia a abusividad en supuestos muy concretos, como las denominadas cláusulas suelo, porque como se puede apreciar en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo, 138/2015, de 24 de marzo, 222/2015, de 29 de abril, 334/2017, de 25 de mayo, o 367/2017, de 8 de junio, tales condiciones generales entrañan un elemento engañoso, cual es que aparentan un interés variable cuando realmente establecen un interés fijo solo variable al alza y «provocan subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación».

Dentro de este ámbito, se debe de tener en cuenta el art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, establece: *«Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato».*

Y de manera concorde, el art. 82.1 TRLGCU dispone: *«Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato».*

En cuanto a la buena fe, parece difícil que se pueda vulnerar por ofrecer un índice oficial, aprobado por la autoridad bancaria, salvo que se pudiera afirmar que se podía conocer su evolución futura y ésta fuera necesariamente perjudicial para el prestatario y beneficiosa para la entidad prestamista. Lo que como hemos visto, no es el caso, ya que tal evolución futura no depende de la voluntad del predisponente.

La referencia IRPH fue recomendada por el Banco de España a finales de 1993 como uno de los tipos que podían ser utilizados para las operaciones de crédito hipotecario a tipo de interés variable. En la Circular 5/1994, de 22 de julio, se incluyó como índice de referencia oficial, de forma que el Banco de España se comprometió a publicarlo regularmente, con las ventajas desde el punto de vista de la oficialidad que implicaba su uso.

Junto a ello, a estos efectos del juicio de buena fe, no es desdeñable que el Gobierno central y varios Gobiernos autonómicos, en la fecha de suscripción del contrato y en la actualidad, a través de diversas disposiciones reglamentarias, tengan establecido el índice IRPH como referencia para la financiación (obtención de préstamos) de la adquisición de viviendas de protección oficial – VPO, es decir, han venido considerando, a través de normas reglamentarias, que el índice IRPH era el más adecuado para utilizarlo como índice de referencia en el ámbito de la financiación protegida destinada a la adquisición de viviendas

de protección oficial, en el que el grado de intensidad de protección del consumidor se incrementa en atención al ámbito subjetivo de los beneficiarios que pueden acceder a dicha financiación. Por lo que resulta ilógico considerar como una actuación contraria a la buena fe la incorporación de ese mismo índice a contratos de préstamo hipotecario concertados fuera de ese ámbito de financiación oficial.

Respecto al otro parámetro -desequilibrio importante-, debe ser valorado en el momento de suscripción del contrato (art. 4.1 de la Directiva 93/13), por lo que la evolución más o menos favorable del índice durante el tiempo de vida del contrato, no puede ser determinante. Máxime cuando no consta que el prestamista tenga influencia razonable en esa evolución. Las cláusulas de determinación del tipo de interés variable por referencia a un índice buscan la actualización a valores de mercado del precio del préstamo, sin que dicha actualización pueda depender directamente de la voluntad de una de las partes.

Por otro lado, cabe destacar que la STJUE de 3 de marzo de 2020 descarta que las entidades bancarias tuvieran obligación de facilitar información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura o de asesorar a sus clientes sobre el mejor préstamo posible. La herramienta más adecuada para la comparación entre el coste global de unas y otras modalidades de financiación sería, en todo caso, la TAE.

Además hay que tener en cuenta que en un momento concreto del préstamo el IRPH se separe desfavorablemente de otros índices (específicamente, el Euribor) no quiere decir que se vaya a comportar siempre así durante el resto de vigencia del contrato, su explicación se debe a que para calcular el IRPH se toman como elemento de cálculo no solo los préstamos con Euribor, sino también los préstamos referenciados a otros tipos variables y los préstamos a interés fijo, aunque también se toman en cuenta los diferenciales.

Es decir, para apreciar que hay desequilibrio no basta con comparar el IRPH con otro índice de referencia (básicamente, el Euribor), porque –como mínimo y aparte de las consideraciones ya expuestas- hay que tener en cuenta el diferencial que, según los casos, puede aminorar o acercar la diferencia aplicativa entre ambos índices. De forma que el tipo nominal resultante de la

aplicación del índice más el margen o diferencial puede ser superior, inferior o igual, en el momento de la contratación, utilizando el IRPH con un diferencial menor que utilizando el Euribor con un diferencial mayor. El diferencial aplicado en uno u otro caso junto con el índice, a cada operación concreta, vendrá determinado por la valoración del riesgo y demás características de la operación.

La evolución posterior no puede determinar el desequilibrio, que debe valorarse en la fecha de celebración del contrato (art. 4.1 de la Directiva 93/13). Que en su desenvolvimiento posterior el préstamo resulte ser más caro que otros, no supone desequilibrio determinante abusividad, puesto que el control de contenido no puede derivar en un control de precios.

Además, no cabe obviar que, de sustituirse el IRPH por el índice que el TJUE propone como sustitutivo en caso de abusividad y falta de pacto en los apartados 65 y 66 de la sentencia -«tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España»-, la diferencia entre índices seguiría siendo prácticamente la misma: el Euribor estaba en -042%, en septiembre de 2020, y este índice sustitutivo en 1,74%, en agosto de 2020".

En relación con los Magistrados, estos, en esta Sentencia argumentan que: "*... para limitar los efectos de la asimetría informativa que los consumidores pueden padecer respecto a la determinación de los índices de referencia, la normativa establece un principio de transparencia en la contratación en la que se incluyan índices financieros. Este principio de transparencia se traduce en un especial deber a cargo de las entidades financieras de informar tanto con carácter previo como durante la ejecución del contrato de financiación de manera clara, inteligible y comprensible sobre la definición legal del índice financiero elegido por las partes; los momentos contractuales en los que se deba producir la variación del tipo de interés aplicable y los términos en los que se producirá tal variación en atención al valor de los índices de referencia adoptados; y la publicidad de los valores del índice de referencia adoptado para la adaptación del tipo de interés remuneratorio./.../ 5.- En este caso no consta que se ofreciera al prestatario la información exigida por la normativa de transparencia bancaria y, en particular, que se le advirtiera cuál había sido la evolución del índice elegido en los dos años anteriores a la suscripción del contrato, como hemos visto que*

es exigible conforme a la jurisprudencia del TJUE. Aunque es cierto que, hasta noviembre de 2008, el valor del IRPH y del Euribor había sido bastante similar (menos de un punto de diferencia) y que los diferenciales aplicados eran distintos y condicionaban el resultado final; y que esos diferenciales eran menores en los préstamos referenciados al IRPH que en los referenciados al Euribor, pues de otro modo los primeros no habrían resultado competitivos. Del resto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, tal y como resultan de las actuaciones, no se deriva ningún elemento que permita desvirtuar la anterior conclusión. 6.- Pero ello no puede determinar por sí mismo la nulidad de la condición general litigiosa, porque, aunque no superaba el control de transparencia, como quiera que, respecto del precio del contrato, la falta de transparencia es lo que permite examinar la posible abusividad, la consecuencia inmediata es el análisis del segundo motivo de casación que, precisamente, se refiere a dicha cuestión".

Con lo expuesto queda claro que la falta de transparencia no determina per se la nulidad de la cláusula, sino que, al tratarse de una estipulación sobre un elemento esencial del contrato, el precio, únicamente permite realizar un control de contenido sobre dicha cláusula.

A renglón sentido la Sala sienta que la falta de transparencia de la cláusula controvertida no determina su nulidad toda vez que no se ha acreditado su carácter abusivo, En este sentido, se dice que: *"No debe confundirse el hecho de que los datos facilitados por las entidades conformantes del índice afecten a su valor resultante, algo consustancial al procedimiento de su cálculo, con la posibilidad de su manipulación.*

Tampoco cabe presumir que se ofreció el IRPH porque se sabía que iba a tener un comportamiento más favorable para los prestamistas que el Euribor. Los valores del IRPH resultaban de la media de los tipos de interés medios aplicables para la adquisición de vivienda de precio libre en España, lo cual, por definición, incorporaba en dicha media todas operaciones de financiación hipotecaria tanto a interés fijo como variable, entre las que también se encontraban las operaciones referenciadas al Euribor. Ello es relevante porque, dado que hasta ahora el Euribor ha tenido un valor inferior al IRPH, el Euribor también influyó en la conformación a la baja de los valores del IRPH, puesto que las operaciones

referenciadas a dicho índice se incluían en el cálculo de este último. Lo que pone más que en entredicho la conclusión, también de sesgo retrospectivo, según la cual la prueba de que el IRPH convenía más a priori a las entidades financieras es que el Euribor bajó más. 2.- En todo caso, para agotar el razonamiento, el recurrente no hace referencia a ningún supuesto en que se haya constatado tal manipulación del índice IRPH, ni justifica que dicho índice oficial sea más fácilmente manipulable que el resto de índices oficiales que se utilizan como índice de referencia en los préstamos a interés variable. Debe recordarse con relación al Euribor, que es el índice que el recurrente solicita que sustituya al IRPH, que se trata de un índice que se calcula por una entidad privada (European Money Markets Institute –EMMI-) a partir de los datos suministrados por una muestra de bancos comerciales, y que en los últimos años la Comisión Europea ha impuesto fuertes sanciones a varios bancos europeos y norteamericanos por la manipulación de este índice y de otros como el Libor (tipo de interés interbancario fijado en Londres). Por otra parte, la variación del índice IRPH no depende de la voluntad de CaixaBank, que es solamente una más de las entidades financieras que conceden préstamos hipotecarios y que, por razones evidentes, ha de ofertar préstamos hipotecarios con un tipo de interés y demás condiciones que le permitan competir con las demás entidades financieras. 3.- El art. 82.3 TRLCU establece que el carácter abusivo de una cláusula se apreciará considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración. La evolución más o menos favorable del índice durante la vida del préstamo no puede ser determinante de su carácter abusivo. Sin embargo, lo que el recurrente considera que ha provocado que, en contra de las exigencias de la buena fe, se haya causado, en su perjuicio, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, ha sido, en realidad, la evolución divergente del Euribor y del IRPH en los años posteriores a la contratación del préstamo, puesto que, aunque ambos índices oficiales han bajado desde que el demandante suscribió el préstamo hipotecario, el Euribor ha bajado más que el IRPH. En el caso que nos ocupa, en la fecha de suscripción del préstamo (la relevante, según el art. 4.1 de la Directiva 93/13) entre el IRPH y el Euribor había menos de un punto de diferencia (4,08% el primero y 3,28% el segundo). Pero con la particularidad de que el diferencial del préstamo era solo el 0,25%. La STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco

Primus, estableció como uno de los métodos de determinación de la abusividad de una cláusula de intereses remuneratorios la comparación con los tipos de interés legal. Pues bien, en la fecha de suscripción del préstamo litigioso, el IRPH contractual estaba en la fecha del contrato en 4,08%; mientras que el interés legal del dinero estaba en el 4%. 4.- En todo caso, lo que puede determinar la abusividad de la cláusula es la concurrencia de los dos parámetros a los que se refieren la Directiva y la legislación de consumidores,...: el desequilibrio importante y la buena fe. Ninguno de tales parámetros es siquiera objeto de tratamiento en el recurso, por lo que no podemos construir de oficio una alegación que no se ha efectuado (STJUE de 11 de marzo de 2020, asunto C-511/17). 5.- En consecuencia, el segundo motivo de casación debe ser desestimado. Sin que la apreciación de la falta de transparencia pueda tener ningún efecto sobre la nulidad pretendida, puesto que para que la cláusula fuera nula no solo debía ser in-transparente, sino que también debería ser abusiva, lo que no ha quedado acreditado. Lo que supone la desestimación del recurso de casación".

Finalmente la Sentencia incorpora el Voto particular del Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, que da un giro drástico a lo razonado por el Pleno. Las pretensiones a destacar son las siguientes:

- Se comparte la decisión de la Sala, en cuanto reconoce que la cláusula en virtud de la cual se impone el IRPH no es transparente. Indica que la ausencia de esa información previa privó de la necesaria transparencia a la cláusula cuestionada.
- El art. 4.2 de la Directiva 13/1993 no establece que la falta de transparencia acarree, en todo caso, la abusividad, sino que debe ponerse en relación con un perjuicio material para el consumidor, consistente, en este caso, en la alteración sorpresiva del acuerdo económico que se creía haber alcanzado, a partir de la información precontractual, que resultó incompleta, privándole de la posibilidad de comparar las ofertas del mercado. Indica que la STS Núm. 54/2020, de 23 de enero, estableció que: *"En cuanto a las consecuencias de la falta de transparencia, hemos dicho en diversas resoluciones que es posible que una condición general inserta en un contrato*

celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas. Pero como también hemos afirmado, no es el caso de las llamadas cláusulas suelo, cuya falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado".

- Considera que es evidente el perjuicio causado al consumidor, en cuanto que por falta de información suficiente no ha podido comparar con otras ofertas del mercado, por lo que se le privó del ejercicio de un legítimo derecho de opción, del que quedó desposeído por la falta de transparencia. También cabe resaltar la indicación de que la valoración del índice que le resulta más interesante a la parte demandante no la debe realizar la Sala, sino que era el consumidor quien debía tomar dicha decisión con la información que no se le facilitó⁴³.
- Advierte que el eje del sistema de protección del consumidor viene dado por la noción de cláusula abusiva contenida en el art. 3.1 de la Directiva 93/2013, que mide el eventual carácter abusivo de una cláusula en atención a un doble patrón: la contravención de las exigencias de la buena fe y la producción de un desequilibrio contractual importante. Recalca que ya se ha declarado la existencia de desequilibrio, en cuanto se le sustrajo información, que le privo

⁴³ Resalta que la STJUE de 16 de enero de 2014, en el asunto C226/12, en interpretación del art. 3.1 de la Directiva 93/13, declaró que la existencia de un «desequilibrio importante» no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.

del ejercicio de una opción económica entre el IRPH y otros índices alternativos y que continuación se ha de apreciar la ausencia manifiesta de buena fe. A este respecto, trae a colación la STJUE de fecha 16/01/2014, asunto C226/12⁴⁴.

- Mantiene que por la Sala debió declararse abusiva la cláusula que establecía el IRPH como índice del préstamo, en tanto se dispuso con ausencia de buena fe y con perjuicio para el consumidor y que, una vez declarada abusiva, se debería decidir si debe mantenerse algún índice sustitutivo.

- Resalta que son varias las opciones posibles:
 - a) Entender que no cabe mantener índice alguno⁴⁵.
 - b) Aplicar otro índice sustitutivo como el de la Ley 14/2013 que es la tesis que apoyan las entidades bancarias.
 - c) Aplicar el Euribor.

- En cuanto a la aplicación del índice de la Ley 14/2013, explica que éste es el índice que se acepta como aplicable por la Sentencia comentada. El Magistrado discrepante razona que "la aplicación del «Índice Ley 14/2013», basado en una forma de cálculo similar a la del IRPH, produciría una alteración insignificante en el resultado económico de los intereses abonables por el consumidor. Con lo cual se estaría premiando al predisponente de la cláusula abusiva con un resultado que le resultaría favorable, no en vano las entidades bancarias aceptan sin fisuras la aplicación del «Índice Ley 14/2013». Ciertamente el TJUE en la sentencia de 3 de marzo de 2020 entiende que se podría aplicar el «Índice Ley 14/2013», si es el criterio legal sustitutivo. Esta cuestión, como bien reconoce el TJUE

⁴⁴Basándose concretamente: "Para determinar si se causa el desequilibrio "pese a las exigencias de la buena fe", debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual". Partiendo lo anterior, considera que el profesional no trató al consumidor de manera leal, al no ofrecerle la información legalmente requerida sobre la evolución del índice IRPH y que el incumplimiento manifiesto de dicho mandato normativo, priva de buena fe a la conducta del profesional.

⁴⁵ Opción que el Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas descarta, dado que fue la voluntad de las partes mantener el interés remuneratorio referenciado a un índice.

es una cuestión sujeta al Juez nacional, si bien debe declarar este magistrado discrepante que la aplicación del «Índice Ley 14/2013», además haría desaparecer el efecto disuasorio que pretende el art. 7 Dir. 93/13.

- El Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas propone como aplicable el Euribor. A tal efecto, dice que *"El Euribor es el índice mayoritariamente seguido en la práctica hipotecaria española, cuya aplicación supone un restablecimiento de las expectativas del consumidor sobre el coste del crédito. La aplicación del Euribor en lugar del IRPH, no supone una actividad integradora del contrato, sino la aplicación del mayoritariamente aplicado en el Estado Español, por el que podría haber optado si se le hubiese ofrecido la información legalmente preceptiva, a la que hicimos referencia, siendo esta una solución compatible con el art. 6.1 de la Directiva 93/2013, dado que el consumidor aceptaba un préstamo referenciado a un índice"*.

Por lo tanto, a modo resumen, el Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas concluye que se debería declarar la nulidad de la cláusula referida al IRPH, en cuanto cláusula abusiva, como índice de aplicación en el préstamo concertado por la parte prestataria y que también se debería sustituir el IRPH, por el Euribor, con la restitución de las cantidades indebidamente percibidas por la parte prestamista.

5.1.2 Sentencia Número 596/2020, de 12 de noviembre.

La Sentencia Núm. 596/2020, de 12 de noviembre, del Tribunal Supremo (Pleno de la Sala Primera)⁴⁶, parte de la doctrina sobre las condiciones generales de la contratación y las cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores, donde cabe destacar:

"i) El art. 1 LCGC dice que son condiciones generales de la contratación «las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, su apariencia

⁴⁶ Sentencia Núm. 596/2020, de 12 de noviembre, del Tribunal Supremo (Pleno de la Sala Primera); Núm. de Recurso: 2863/2016; Núm. de Resolución: 596/2020; Ponente: D^a. M. ^a ÁNGELES PARRA LUCÁN.

externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos».

ii) La sentencia 649/2017, de 29 de noviembre, con cita de sentencias anteriores, recuerda que para que se dé el requisito de la «generalidad» de las condiciones generales de la contratación: «Las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin, ya que se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse». También que: «La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario».

iii) Además, la protección específica prevista para los consumidores se aplica a las «cláusulas no negociadas individualmente» (arts. 80 y 82 TRLGCU). Añade el art. 80.2 TRLGCU que «el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba». El art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, establece que se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente «cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los contratos de adhesión».

iv) La doctrina de esta sala ha aclarado que: «a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula, o debe renunciar a contratar. b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios» (...).

De acuerdo con esta jurisprudencia, para que una cláusula pueda considerarse negociada en un contrato suscrito por un profesional o empresario con un consumidor es necesaria una prueba suficiente de los hitos en que el proceso de negociación se plasmó (...).

v) Recuerda la sentencia del pleno de esta sala 669/2017, de 14 de diciembre, con cita de otras anteriores, que es posible que una cláusula que se refiere al objeto principal del contrato se haya incluido en el clausulado general y se configure como una condición general de la contratación. También que es posible que una cláusula que recaee sobre el objeto principal del contrato no haya sido objeto de negociación individual. Así lo había venido considerando también el TJUE en diversas sentencias relacionadas con intereses remuneratorios de préstamos a consumidores (...). La reciente STJUE (Gran Sala) de 3 de marzo de 2020 (C-125/18) ha reiterado que los tribunales de los Estados miembros están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato".

Tras señalar lo anterior, la Sala explica que como conceptualmente no es imposible que una cláusula en la que se establece el interés remuneratorio de un contrato de préstamo sea una condición general de la contratación, el debate debe centrarse en si en el caso concurren los requisitos necesarios para su calificación como tal. A tal efecto considera que: "La sentencia recurrida ha considerado que sí y, partiendo de los hechos acreditados, esta sala considera que la valoración jurídica de la Audiencia no es ilógica ni arbitraria y debe ser respetada. De una parte, la sentencia declara que la cláusula fue redactada para ser incluida en una pluralidad de contratos, lo que considera acreditado porque aparece de forma semejante en otros contratos en los que ha sido demandada la misma entidad y de los que ha conocido la propia Audiencia. Frente a este razonamiento de la sentencia recurrida no es suficiente para desvirtuar el requisito de la «generalidad» que la entidad haya celebrado contratos utilizando otros índices, pues la generalidad requerida por el art. 1 LCGC no exige que la cláusula se incluya en todos los contratos que celebre el predisponente, sino en una «pluralidad de contratos». Tampoco es suficiente que en otros contratos el diferencial aplicable fuera distinto, pues lo que se impugna es la utilización como

referencia del índice utilizado. Por otra parte, como bien dice la sentencia recurrida, corresponde a la recurrente acreditar la negociación (art. 82.2 TRLGCU), y ni el hecho de que con el préstamo que incluye la cláusula litigiosa se refinanciara un préstamo anterior, ni el que los prestatarios trataran de renegociar las condiciones del préstamo anterior, ni que la oferta vinculante se remitiera a la notaría, acreditan, ni de manera separada ni conjuntamente, que hubiera negociación de la cláusula controvertida".

Partiendo de que se trata de una cláusula no negociada en un contrato entre un empresario y un consumidor y que la cláusula constituye una condición general de la contratación, los Magistrados entienden que procede aplicar tanto el control de incorporación previsto en la Ley 7/1988, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación como el control específico del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores.

La Sala realiza la siguiente reflexión sobre el control de transparencia de la cláusula controvertida: "... en el caso, la cláusula no es transparente, pero no por las razones que considera la sentencia recurrida, puesto que la STJUE de 3 de marzo de 2020 ha descartado la exigencia de que la entidad bancaria debiera facilitar información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura, ni tampoco que tuviera que asesorar sobre el mejor préstamo posible. De acuerdo con la mencionada sentencia, la cláusula no es transparente porque no consta que la entidad proporcionara a los prestatarios información sobre la evolución del índice que se iba a aplicar en el contrato en los dos años anteriores".

En cuanto al control de abusividad, la Sentencia comienza argumentando que: "... de acuerdo con la doctrina del TJUE, la falta de transparencia no determina en todos los casos la nulidad de la cláusula, sino que permite proyectar el control de abusividad sobre los elementos esenciales del contrato. En todo caso, lo que puede determinar la abusividad de la cláusula es la concurrencia de los dos parámetros...: el desequilibrio importante y la buena fe. La misma sentencia 241/2013, de 9 mayo, en la que se apoya la sentencia recurrida para realizar el juicio de transparencia, declaró en su apartado 229 que «la falta de transparencia

no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor»”.

Sin embargo, la Sala explica que en el caso planteado en el recurso, a diferencia del que resolvió la citada sentencia 241/2013, no tiene por objeto una cláusula suelo, sino una cláusula sobre el tipo de interés variable referenciado a un determinado índice, y la sentencia recurrida declara su nulidad por falta de transparencia sin analizar la concurrencia de los parámetros de desequilibrio importante y buena fe que en este caso determinarían su abusividad, por lo que procede estimar el recurso de casación.

Añade la Sentencia que esa estimación del recurso de casación determina que, al asumir la instancia, se estime el motivo del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada en el que defendía que, aunque la cláusula litigiosa adoleciese de falta de transparencia, ello no supondría que fuese abusiva.

Tras explicar que, en el presente litigio, no puede considerarse vulnerada la buena fe por el ofrecimiento por parte de la entidad de un índice oficial, ni puede apreciarse desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes porque en un momento determinado de la vida del préstamo el IRPH se separe desfavorablemente de otros índices, señaladamente el Euribor⁴⁷ la Sala insiste en que: *"No debe confundirse el hecho de que los datos facilitados por las entidades conformantes del índice afecten a su valor resultante, algo consustancial al procedimiento de su cálculo, con la posibilidad de su manipulación. Tampoco cabe presumir que se ofreció el IRPH porque se sabía que iba a tener un comportamiento más favorable para los prestamistas que el Euribor. Los valores del IRPH resultaban de la media de los tipos de interés medios aplicables para la adquisición de vivienda de precio libre en España, lo cual, por definición, incorporaba en dicha media todas operaciones de financiación hipotecaria tanto a interés fijo como variable, entre las que también se encontraban las operaciones referenciadas al Euribor. Ello es relevante porque, dado que hasta ahora el Euribor ha tenido un valor inferior al IRPH, el Euribor también influyó en la conformación a la baja de los valores del IRPH,*

⁴⁷ Argumentos ya tenidos en cuenta y profundizados en el análisis de la sentencia número 595/2020, 12 de noviembre.

puesto que las operaciones referenciadas a dicho índice se incluían en el cálculo de este último. Lo que pone más que en entredicho la conclusión, también de sesgo retrospectivo, según la cual la prueba de que el IRPH convenía más a priori a las entidades financieras es que el Euribor bajó más".

5.1.3 Sentencia número 597/2020, de 12 de noviembre.

La Sentencia Núm. 597/2020, de 12 de noviembre, del Tribunal Supremo (Pleno de la Sala Primero)⁴⁸, parte de los siguientes conceptos: *"... una condición general de contratación ha de reunir los requisitos establecidos en el art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, que reputa como tal a las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.*

Son manifestación, en definitiva, de lo que las sentencias 406/2012, de 18 de junio; 241/2013, de 9 de mayo; 649/2017, de 29 de noviembre o 205/2018, de 11 de abril, denominan «contratación seriada» y califican como «un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico».

Es posible que una cláusula que recaea sobre el objeto principal del contrato no haya sido objeto de negociación individual (...), puesto que ésta exige que las partes puedan tener capacidad de influir en la configuración del contenido convencional, lo que tiene difícil encaje en los contratos de consumo, pues en ellos el consumidor de ordinario carece de posibilidades efectivas de modificar el clausulado predispuesto, con lo que quedan limitadas sus facultades a adherirse a las estipulaciones contractuales ofertadas o, en otro caso. Rechazarlas, negándose a firmar el contrato.

⁴⁸ Sentencia Núm. 597/2020, de 12 de noviembre, del Tribunal Supremo (Pleno de la Sala Primero); Núm. de Recurso: 12/2027; Núm. de Resolución: 597/2020; Ponente. D. JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG.

Por otra parte, es al empresario a quien compete la carga de la prueba de la negociación individual (...).

En la sentencia del pleno de esta Sala 669/2017, de 14 de diciembre, se consideró que una condición que fije el interés remuneratorio, aunque constituya objeto principal del contrato, cabe que sea reputada como condición general, si no consta fuera negociada individualmente y siempre que reúna los requisitos necesarios para su calificación como tal (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad) en los términos que son exigidos por el art. 1 de la LCGC. Así lo ha considerado además el TJUE, en diversas sentencias relacionadas con intereses remuneratorios de préstamos a consumidores, por ejemplo en materia de cláusula suelo (...) o de hipoteca multidivisa (...).

En primer lugar cabe destacar que, la Sala matiza que: "... atribuida la naturaleza jurídica de condición general de contratación a una cláusula que establece el interés retributivo mediante un índice IRPH, no significa, por esa única circunstancia, que podamos reputarla como abusiva en irremediable consecuencia jurídica, salvo que concurren los requisitos legales condicionantes de su declaración de abusividad, al haber sido impuesta con infracción de las exigencias de transparencia y vulneración de los requisitos de la buena fe y justo equilibrio de los derechos y obligaciones de ambas partes (arts. 3.1 y 4.2 de la Directiva 93/13 y 10 bis. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, vigente al celebrarse el contrato litigioso),.... En definitiva, la oportunidad de conocer una cláusula para emitir un consentimiento contractual no significa negociación individual, de la misma manera que no podemos identificar contratación seriada con abusividad. La sentencia recurrida no niega que estemos ante una condición general de contratación susceptible de un control de tal naturaleza. El recurso debe ser, en consecuencia, desestimado".

Posteriormente a todos estos conceptos y principios indicados, la Sala se centra de forma profunda en la cuestión del control de abusividad de la cláusula controvertida.

En primer lugar, la Sentencia analiza las circunstancias concurrentes en el contrato controvertido:

"(i) ..., que el contrato objeto del proceso se celebra el 6 de abril de 1999, mientras que el Euribor se incorpora como índice oficial de referencia en la Circular del Banco de España 7/1999, de 29 de junio, sobre modificación de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones de protección a la clientela, con el objeto ajustar el cuadro de tipos oficiales de referencia para préstamos hipotecarios tras la introducción del euro, creando una nueva referencia interbancaria a un año ligada al comportamiento de dicho índice".

Con ello, queremos destacar que difícilmente cabría que la entidad bancaria informase sobre la evolución del índice Euribor a la fecha de contratación, es decir, en el mes de abril de 1999, como se reprocha en el recurso, independientemente de lo manifestado con anterioridad sobre la inexistencia de la obligación de las entidades financieras de facilitar información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura o de asesorar a los clientes sobre el mejor préstamo posible.

(ii) ..., que, en las condiciones del préstamo, se hacía concreta alusión a que el interés variable pactado se determinaba con base a un concreto índice oficial, que se especificaba debidamente, cuál era el «tipo medio de los Préstamos Hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorros», explicándose, en el texto del propio contrato, que se trataba de la «[...] media simple de los tipos de interés medios ponderados de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria, a plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas por el conjunto de Cajas de Ahorros en el mes al que se refiere el índice, declarados al Banco de España de acuerdo con la norma segunda de la expresada circular».

Se indicó además que se publicaba, por el Banco de España, con periodicidad mensual, en el Boletín Oficial del Estado.

Todo ello, consta expresamente informado en la condición general tercera bis apartado B) del contrato litigioso antes transcrito.

En consecuencia, el tipo de índice pactado y su variabilidad no sólo fue expresamente especificado en el clausulado contractual, sino que era fácilmente

asequible para un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

(iii) Con la remisión al IRPH no se está imponiendo, por parte de la entidad financiera, una forma manifiestamente desequilibrada de determinación de la prestación o la contraprestación de las partes, ni es contrario a la buena fe fijar el interés variable con remisión a un índice oficial fijado por el Banco de España.

(iv) En momento alguno se alega, lo que tampoco es creíble, máxime cuando se recibió información por parte de un empleado del banco, que se desconociera cual era el IRPH vigente a la firma del contrato. Su evolución ulterior no podía conocerse en ese momento, puesto que, como declaró la STJUE 3 de marzo de 2020, tal y como hicimos anterior referencia, «esas variaciones dependen de acontecimientos futuros no previsibles y ajenos a la voluntad del profesional».

(v) Realmente la demanda no fundamenta el supuesto desequilibrio sufrido por el consumidor, en una previsible y silenciada evolución desfavorable experimentada por el IRPH, sino en su comparación con la más positiva del Euribor, lo que, desde luego, no constituye argumento susceptible de fundamentar un recurso como el interpuesto, cuando consta como la parte demandante tuvo perfecto conocimiento del índice aplicable al interés variable de su préstamo, cuyo diferencial del 0,25% adicional, es manifiestamente inferior, además, a los predispuestos en los casos en que se toma el Euribor como índice de referencia.

(Vi) Por último, el contrato litigioso contempla, en el apartado E) de la condición general tercera bis, la posibilidad de que el prestatario, en el supuesto de no convenirle el nuevo tipo de interés aplicable en el siguiente período de revisión, se lo comunique a La Caixa, abriéndosele en tal caso la posibilidad de desligarse del contrato cancelando anticipadamente el préstamo en el plazo de seis meses, durante el cual los intereses se satisfarán al tipo nominal anual anterior. Con lo que se le está confirmando al consumidor una facultad de desvincularse del contrato en el supuesto de que la revisión del interés variable le resultase económicamente gravosa a sus intereses".

La Sentencia concluye que no ve razones objetivas para que la actora no aceptase una cláusula contractual relativa a los tipos medios de los préstamos hipotecarios de las Cajas de Ahorros, a pesar de no ser informada sobre la evolución del IRPH en los dos años anteriores, por lo que desestima el recurso de casación.

5.1.4 Sentencia número 598/2020, de 12 de noviembre.

La Sentencia Núm. 598/2020, de 12 de noviembre, del Tribunal Supremo (Pleno de la Sala Primera)⁴⁹ hace hincapié que la redacción de la cláusula controvertida, aisladamente considerada, fuera clara y comprensible, permitiría considerarla incorporada al contrato, pero no determina que supere el control de transparencia material.

Concretamente de esta Sentencia cabe destacar: *"... el hecho de que, por su cuantía, el préstamo no estuviera comprendido en el ámbito de aplicación de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (art. 1.3), vigente cuando se celebró el contrato, no significa que no fuera exigible la información precisa para cumplir el principio de transparencia que, en relación con las condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores, establecen los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE y, en nuestro ordenamiento interno, los preceptos de la Ley 7/1988, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación y de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente cuando se celebró el contrato.*

Ello no implica, frente a lo que dicen los recurrentes, que la entidad bancaria debiera facilitarles información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura, ni tampoco que tuviera que asesorarles sobre el mejor préstamo posible, pues ambas exigencias han sido descartadas por la STJUE de 3 de marzo de 2020.

⁴⁹ Sentencia Núm. 598/2020, de 12 de noviembre, del Tribunal Supremo (Pleno de la Sala Primera); Núm. de Recurso: 2007/2017; Núm. de Resolución: 598/2020; Ponente: D^ª. M. ^ª ÁNGELES PARRA LUCÁN.

Sin embargo, puesto que de conformidad con lo dispuesto en el art. 4 bis LOPJ debemos estar a la doctrina del Tribunal de Justicia, debemos concluir que, en el caso, la cláusula no es transparente, porque no consta que la entidad proporcionara a los prestatarios información sobre la evolución del índice que se iba a aplicar en el contrato en los dos años anteriores".

No obstante lo expuesto, la Sala desestima el recurso de casación y advierte contundentemente lo siguiente: "Lo anterior, con todo, no permite estimar el recurso de casación porque, contra lo que sostienen los recurrentes, de acuerdo con la doctrina del TJUE, la falta de transparencia no determina en todos los casos la nulidad de la cláusula, sino que permite proyectar el control de abusividad sobre los elementos esenciales del contrato. La falta de transparencia, en definitiva, no exime de realizar el juicio de abusividad,.... En este sentido, como recuerda la sentencia 511/2020, de 6 de octubre, hemos mantenido en diversas resoluciones que es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas.

En el caso, la sentencia recurrida explica por qué considera que no ha quedado acreditada la abusividad (se trata de un índice oficial, la entidad financiera no puede influir en su configuración). Frente a ello, los recurrentes se limitan a invocar la sentencia 241/2013, de 9 mayo, en la que se declaró la abusividad de las cláusulas suelo no transparentes. Esta sentencia ha sido seguida de otras muchas en las que, como hemos recordado en el fundamento jurídico quinto, se ha tenido en cuenta que, en el caso de las llamadas cláusulas suelo, la falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en que aparentan un interés variable cuando realmente establecen un interés fijo solo variable al alza y «provocan subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación».

Pero no es el caso del presente litigio, en el que lo que se plantea es el empleo de un tipo de interés variable referenciado al índice IRPH. Frente al juicio de la sentencia recurrida, que niega la existencia de abusividad, los recurrentes no justifican las razones por las que se causa, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes en contra de las exigencias de la buena fe,...".

Para finalizar este análisis, se podría resumir todas las Sentencias indicando que el Alto Tribunal ha concluido que, aunque la cláusula IRPH, eventualmente, no sea transparente, no quiere decir que siempre y de forma automática tenga que ser abusiva, y por lo tanto, rechaza su nulidad. En los cuatro casos enjuiciados el TS aprecia falta de transparencia de estas cláusulas IRPH puesto que no consta que se ofrecerá al prestatario la información exigida por la normativa de transparencia bancaria y, en particular, que se le advirtiera cuál había sido la evolución del índice elegido en los dos años anteriores a la suscripción del contrato. No obstante, a pesar de esta falta de transparencia, el TS concluye indicando que no aprecia abusividad en las cláusulas IRPH analizadas.

El Tribunal Supremo, haciendo suya la jurisprudencia del TJUE al respecto, explica que en materia de abusividad es de aplicación lo dispuesto en el artículo 3.1 Directiva 93/13/CEE y el artículo 82.1 TRLGCU. Para determinar si hay un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato deberán tenerse en cuenta las disposiciones nacionales supletorias en la materia y comprobar “si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente de manera injustificada”. Además, el Supremo entiende que, al realizar este control, deben tenerse en cuenta las exigencias de la buena fe. Y con respecto de estas exigencias el Alto Tribunal entiende que debe cuestionarse “si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual”.

Aplicando estos criterios al caso, el Tribunal Supremo rechaza que la cláusula IRPH genere un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de

las partes y reprocha a los recurrentes que ni siquiera hayan desarrollado la más mínima alegación sobre tales elementos (desequilibrio importante y exigencias de la buena fe.

Las conclusiones por lo tanto de todo ello son, en primer lugar, que los afectados por el IRPH podrán someter a control de transparencia dichas cláusulas de sus contratos, además que tendrá que analizarse si en su caso concreto el banco informó en sede previa al contrato, mediante la documentación oportuna, sobre la evolución inmediata anterior del mismo en los dos años previos a la contratación, también, si se ha generado un desequilibrio concreto entre las partes y será fundamental analizar la fecha de la contratación, el diferencial que se aplicó y el tipo de interés legal aplicable al tiempo de la contratación.

5.2 Análisis de la STS del 12 de noviembre desde una perspectiva crítica.

La primera cuestión que asoma cuando se aborda las diversas posibles claves conceptuales o interpretativas de la doctrina jurisprudencial del TJUE es, su previa sujeción a un método, esto es, a una serie de directrices que el propio TJUE elabora para ordenar la interpretación de la propia Directiva 93/13/CEE.

Con esto se quiere decir, que si bien la concreta valoración del carácter abusivo de una cláusula predispuesta, teniendo en cuenta las circunstancias particulares del caso, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, las directrices de interpretación de la Directiva son función del propio TJUE, que las blinda para no permitir que la interpretación de la Directiva sea, a su vez, una especie de campo de Agramante en el que todo valga; es decir, sin sujeción alguna en las claves conceptuales que sustentan su sentido y aplicación.

Para entender de forma sencilla el método de interpretación y del modo de cómo se debe aplicar la Directiva 93/13/CEE, los Estados miembros deben acudir al Comunicado de la Comisión Europea del pasado 27 de septiembre de 2019.

Por lo tanto, no puede modificar, ni mucho menos abrogar, la aplicación de estos criterios valorativos como fundamentos de la aplicación de la propia Directiva a partir de un órgano jurisdiccional nacional con la valoración de las circunstancias concretas del caso que realice.

En relación con la transparencia, cabe citar que no cabe duda que esta es considerada como valor o como principio, es decir, es una pieza fundamental para la calidad democrática y la mejora del sistema económico de los países europeos.

En relación a esto, se califica como un asunto de “interés público” la protección en virtud de la Directiva por el TJUE, dado que está relacionado con el correcto funcionamiento del mercado interno (artículo 169 TFUE) y a los derechos fundamentales de la UE (artículo 38 de la Carta). Además, este “interés público” de la Directiva es el “interés general comunitario” centrado en proteger en diversos ámbitos, tanto en que el consumidor reciba la información correcta para realizar compras y decidir según sus interés y preferencias, como el “bien general” de favorecer y promover de forma adecuada la competencia y funcionamiento del mercado interior; por lo tanto eliminando todas las cláusulas que lo distorsionen o que impidan esto.

Por lo tanto, comportan implícitamente la noción de abusividad, como calificación de la antijuridicidad de dichas conductas o comportamientos, tanto la vulneración directa de este derecho básico, como la distorsión del mercado interior.

En materia de protección de consumidores y, concretamente, en lo relacionado al concepto, alcance y contenido del control de transparencia, queda “vedado” el recurso a interpretaciones restrictivas, limitativas o fragmentarias del ámbito de protección que dispensa la Directiva, dado su señalado “interés público”. Se da una exigencia de transparencia sustancia (como se puede apreciar en la sentencia del TJUE 3 de marzo de 2020 y de 9 de julio de 2020, en relación al IRPH y a la novación de las clausulas suelo, donde se concreta que es necesario una interpretación de manera extensiva la transparencia a la que obliga la Directiva).

Cabe citar en relaciona a todo, a tenor del articulo 3.1 y 4.1 de la Directiva, donde se indica, que el marco de abusividad de una condición predispuesta se ha

realizado respecto de aquellas cláusulas que fueran contraídas de “buena fe” y causaran un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, en detrimento del consumidor.

Concretamente, en relación con la reciente sentencia del TS sobre el IRPH, se interpreta que de este marco general se desprende una subordinación de la exigencia de transparencia, es decir, control de transparencia, como mero paso previo, para poder llegar a alcanzar la consideración de abusividad; de ahí que se sostenga que puede haber falta de transparencia, pero no de abusividad. No obstante, esto no es del todo correcto, dado que procede a una interpretación restrictiva del alcance de la exigencia de transparencia y conduce, en última instancia, a una decisión injustificada. La formulación del artículo 3.1 de la Directiva permite la consideración por lo tanto de abusividad, es decir, de calificación y no un control en si misma considerada, de todas aquellas cláusulas que contravenga frontalmente el principio de la buena fe, ya sea desde el incumplimiento del deber especial de información, o por la incorporación de una cláusula que produzca desequilibrios sin ningún tipo de justificación los derechos del consumidor. Estas dos vías lo que producen es el incumplimiento del principio de buena fe, produciendo de esta mera una sanción de abusividad, la cual siempre es a perjuicio del consumidor.

La falta de transparencia comporta la quiebra de un deber especial que, sin duda, causa desequilibrios en el derecho de información que le asiste al consumidor.

Este método de interpretación extensiva de la transparencia se da de forma continuada en la jurisprudencia del TJUE, de tal manera que se equipara la falta de transparencia y el carácter abusivo de las cláusulas contractuales de forma conjunta⁵⁰.

Según la Sentencia 367/2017, de 8 de junio, al hilo de lo ya advertido en las sentencias 138/2015, de 24 de marzo y 334/2017, de 25 de mayo: *“la falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio de consumidor objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la*

⁵⁰ Este método ha sido utilizado por el TS en sentencias sobre la nulidad de las cláusulas suelo y la nulidad parcial de las cláusulas relativas al préstamo multividua: Sentencia 367/2017, de 8 de junio y 608//2017, de 15 de noviembre.

imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en caso de bajada del índice de referencia, lo que priva de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado”.

Por, lo tanto, se priva al consumidor de una información sustancial sobre un elemento esencial del contrato, concretamente la determinación al precio, que porta que la cláusula sea considerada como abusiva la falta de transparencia, sin necesidad de otro control de legalidad añadido, pues el perjuicio viene implícito al privarle de una decisión libre y, en consecuencia, de la posible comparación de ofertas concurrentes. Perjuicio que también se produce contra el correcto funcionamiento del mercado interior, al que distorsiona.

Resulta ilógico sostener lo contrario en el supuesto del IRPH/, sino también, es más, injustificado, pues la razón que se da en las sentencias 585/2020 y 595/2020, apartados 22 y 1 del funcionamiento quinto, respectivamente, sencillamente no es correcta, dado que en esos supuestos de las cláusula suelo y de las clausulas relativas al préstamo multdivisa, la consideración de abusividad n fue, como se resalta ahora, por tratase de cláusulas “engañosas”, sino porque el quebrantado del principio de transparencia, en la comprensión de un elemento esencial del contrato, comportaba directamente la sanción de abusividad, por lo ya señalado.

La constatación de lo afirmado, aparte de acudir al contenido literal de dichas sentencias, está en que la Sala Primera nunca ha calificado la conducta de la entidad predisponente como un comportamiento de “mala fe” o “doloso”, propios del que ahora se afirma, y que, sin duda, hubiera llevado a estimar las pretensiones de los consumidores por los daños y perjuicios producidos con base en dichos comportamientos, teniendo en cuenta para todo esto el artículo 1101 del Código Civil; cosa que no ha ocurrido.

En segundo lugar, tampoco cabe una interpretación restrictiva acerca del contenido básico del deber de información, que la propia Sala Primera, en concordancia con la jurisprudencia del TJUE, ha vendo configurando como un deber especia, consistente en un plus de información a cargo del predisponente, pro activo, directo y preciso y sin reenvíos a otras fuentes de información.

Indicar ahora, que los elementos relativos al cálculo del IRPH era fácilmente asequibles para cualquier persona, por estar publicado dicho índice en el BOE, es de por sí una interpretación restrictiva del deber señalado. Además de una consideración contraria a la realidad social, a menos que el consumidor fuese, en el fondo, un profesional de la práctica de estos préstamos hipotecarios.

Conforme al tenor de la Exposición de Motivos de la Circular del Banco de España 5/1994, la referencia del IRPH no era, como podía esperar cualquier consumidor medio, a un “tipo de interés”, sino a una “tasa anual equivalente”, lo que hoy ya conocemos como TAE. Además, esta misma Circular ya indicaba “que su utilización directa como tipos contractuales implicaría situar la TAE de la operación hipotecaria por encima del tipo practicado por el mercado”, por lo que aconsejaba aplicar un “diferencial negativo”.

Por último, la apreciación del “perjuicio”, que no de la abusividad, cuya declaración siempre se retrotrae al momento de celebración del contrato, debe realizarse de acuerdo a la aplicación de la cláusula en cuestión en el curso de la ejecución del contrato, y no necesariamente en el momento de su perfección. De no ser así, las cláusulas suelo no entrarían en aplicación en el momento de la vigencia inicial del contrato, no hubieran podido ser declaradas abusivas, por no resultar perjudiciales en dicho momento. Del mismo modo, las cláusulas relativas al préstamo multidivisa, que al principio tampoco resultaban perjudiciales para los clientes.

Lo cierto es que el perjuicio en el caso de la exigencia de la transparencia no comporta un nuevo control, sino que viene implícito en la propia consideración de abusividad que entraña el quebranto del deber especial de información, ya indicado⁵¹.

⁵¹ Interpretación correcta del nuevo artículo 83 del TRLGU, el cual incluye un nuevo párrafo segundo para especificar, concretamente, que la falta de transparencia de una cláusula predispuesta comporta su consideración de abusiva y, por tanto, su nulidad de pleno derecho; máxime si esa falta de transparencia afecta a la comprensibilidad de un elemento esencial del contrato predispuesto, esto es, al precio o coste del préstamo.

Hacer mención al principio de primacía del Derecho comunitario, interpretación extensiva de la Directiva, fijado por el TJUE desde su sentencia del 15 de julio de 1964⁵².

La primacía del Derecho Comunitario cabe destacar que fue asumida con anterioridad a la reforma de la LOPJ de 2015, tanto por el TC⁵³, como por las distintas Salas del TS⁵⁴ en base, no solo, al principio de primacía del derecho comunitario, sino también del control de convencionalidad, previsto en los artículos 10,2, 93 y 96 de nuestra Constitución Española.

En virtud del principio de primacía resulta obligado, en la hermenéutica de las disposiciones legales, realizar una interpretación pro communitate de las normas internas.

En nuestro derecho interno, los Tribunales deben tener presente, a la hora de aplicar el Derecho al caso concreto, la doctrina jurisprudencial emanada tanto por TS y el TC, como por el TJUE y el TEDH, estos dos últimos, no solo por el artículo 4 bis de la LOPJ, sino, especialmente por los artículos 10,2, 93 y 96 de la Constitución Española.

En la Sentencia número 36 de 14 de marzo de 1984, el TC resolvió que *“La remisión que el artículo 10.2 de la Constitución Española hace que a Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias suscritos por España para la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y libertades públicas, autorizadas y aún aconseja, referirse, para la búsqueda de estos criterios, a la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (T.E.D.H.)”*.

⁵² Asunto C-6/1964, reconocido en nuestro ordenamiento jurídico interno, tanto por el TC en sus sentencias 145/2012, de 2 de julio, 26/2014 de 13 de febrero de 2014 y 232/2015, de 5 de noviembre de 2015, 3/2017 de 30 de enero, 17/2017 de 19 de junio, 21/2018 de 5 de marzo, 31/2019, de 28 de febrero y 37/2019 de 26 de marzo, como la sala 1ª del TS, en sus sentencias, entre otras, de 9 de mayo de 2013, 30 de octubre de 2013, 8 de septiembre de 2015 y 19 de julio de 2017, y ha sido elevado a rango legal, a través de la LO 7/2015, de 21 de julio, de modificación de la LOPJ, que introduce su nuevo artículo 4 bis, indicando en su apartado primero que los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del TJUE.

⁵³ STC número 145/2012, de 2 de julio de 2012.

⁵⁴ STS, Sala 2ª, de 13 de febrero de 2008, STS 1028/2008, y Sala 3ª de 28 de marzo de 2014 y STS 1172/2014.

Y en la Sentencia número 26/2014, de 14 de febrero, el TC analiza la primacía del derecho europeo resolviendo en su fundamento de derecho segundo que: *“producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquéllas, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus propios principios y valores básicos⁵⁵”*.

Para un juez concurren dos obligaciones a la hora de resolver el caso concreto que se le plantea: por un lado debe de garantizar la supremacía de la Constitución frente a la Ley, y por otro lado, la aplicación preferente (primacía), en su caso del Derecho de la Unión frente a cualesquiera normas nacionales, siendo necesario para ello la correcta interpretación de este último ordenamiento, tanto por el principio de primacía del derecho comunitarios, como por el control de convencionalidad.

La Sala 4ª del TS, en su sentencia de 24 de junio de 2009⁵⁶, analizando la doctrina jurisprudencial del TJUE resuelve que la doctrina comunitaria obliga a una nueva lectura de los textos internos⁵⁷.

⁵⁵ DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ2.

⁵⁶ Roj: STS 5168/2009.

⁵⁷ “CUARTO.- Como ya adelantamos, esta reciente doctrina comunitaria obliga a una nueva lectura de los textos internos en liza, siendo así que la primacía del Derecho comunitario, continuamente afirmada por el TJCE y reconocida con claridad en nuestro ordenamiento jurídico (artículo 93 CE), no solamente determina la prevalencia de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina de los Tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de los preceptos y disposiciones del Derecho Comunitario, al tener precisamente atribuida la competencia de interpretación uniforme del Derecho de la Comunidad Europea (aparte de otras muchas anteriores, SSTS 20/10/04- rcud 4424/03-; 27/10/04-rcud 899/02-; y dos de 22/12/08- rcud 85/06 y 3460/06-), sino que incluso llega a influir- hasta cierto punto- en la interpretación de la normativa nacional, puesto que <<el órgano jurisdiccional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado>>- artículo 249- (STJCE 13/11/90, Asunto Marleasing, apartado 8. Doctrina de constante reiteración: entre las recientes sentencias de 11/09/07 Hendrix; 24/06/08, A. Commune Mesquer; y 25/07/08, Janecek)... O lo que es igual, conforme a esta constante doctrina del TJCE, los Tribunales nacionales han de interpretar al límite el Derecho interno, al objeto de alcanzar una interpretación que sea acorde con las Directivas y los principios del Derecho Comunitario. Interpretación pro communitate que incluso se llega a predicar respecto de la propia Constitución, puesto que <<las normas constitucionales que reconocen los derechos y libertades han de interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derecho Humanos y los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España>> (artículo 10.2 de la Constitución)>> (STC 28/1991, de 14 de Febrero FJ 5. Valor interpretativo que expresamente reitera la sentencia 64/1991, de 22 de marzo, FJ4, y

6. CONCLUSIONES FINALES.

Como hemos ido observando a lo largo del desarrollo del trabajo, cabe destacar como conclusiones clave:

- En primer lugar, la contratación de un préstamo hipotecario con una entidad bancaria es una práctica habitual, por ser necesaria para la gran mayoría de personas que pretendan adquirir en propiedad una vivienda, además cabe destacar que esta opción prima frente a la modalidad de alquiler.

Esta adquisición implica recurrir a una operación financiera que permita mediante la concesión de un préstamo adquirir la propiedad. La realización de contratos de préstamos hipotecarios se ha convertido, así, en un elemento de importancia social y en uno de los productos esenciales del negocio bancario.

- Además, el préstamo hipotecario como se ha estudiado en el apartado segundo, engloba un conjunto de elementos propios y complejos de esta figura contractual que implica, en su formalización, ser conscientes los riesgos y efectos futuros que pueden desarrollarse, entre ellos la capacidad de los clientes de poder hacer frente a las obligaciones que se generan con el préstamo y los efectos personales y sociales que se derivan de su incumplimiento.
- Es relevante destacar que el cliente debe proceder a valorar y analizar en términos de sostenibilidad las condiciones y cláusulas en el proceso de negociación y, especialmente, la elección de la modalidad y tipo de interés aplicar. Para ello, es fundamental que la entidad financiera debe de informar de forma clara y comprensible, no sólo de las cláusulas del contrato hipotecario, sino de los efectos y todas las posibles opciones comparativas,

que implícitamente admite la de 13/1998, de 22 de enero, FJ 3). De lo que se deriva –se ha dicho- la consideración del Derecho Comunitario como canon hermenéutico del bloque de constitucionalidad, muy particularmente cuando el nivel de protección dispensado al cuidado es superior al proporcionado por la Constitución, a virtud del juego combinado de los artículos 10.2 y 93 CE. Siquiera también se mantenga la conveniencia, todo hay que decirlo, de la interpretación pro constitutione del Tratado”.

para contribuir a que los clientes tomen sus decisiones más allá de la necesidad inmediata.

- También se debe resaltar el concepto de cláusula abusiva avanza legal, doctrinal y jurídicamente en el contexto de la crisis económica. Es importante hacer hincapié en esta idea porque las cláusulas como se ha analizado en algunas sentencias en este presente trabajo, no es en sí misma ilegal, sino que forma parte de las condiciones pactadas por las partes. Los fundamentos jurídicos por lo que la jurisprudencia atribuye el carácter abusivo de las cláusulas sólo puede basarse en la falta de transparencia por las entidades ante una situación desigual en el conocimiento de los efectos futuros, generando un desequilibrio entre las partes en el momento de la negociación.

- En el análisis detallado de las hipotecas con tipo de interés IRPH se puede concluir, siguiendo los argumentos jurídicos de las sentencias analizadas, como ciertas prácticas realizadas por las entidades financieras, se califican como abusivas cuando prima el negocio inmediato sobre la creación de opciones sostenibles y beneficiosas para todos. Los efectos derivados de la situación ante la imposibilidad del cumplimiento de las cláusulas, las situaciones perjudiciales comparativas y los efectos sociales de los desahucios demuestran el desequilibrio en la que se encuentra los clientes.

Concretamente, en las Sentencias del TS de 12 de noviembre sobre el IRPH, parte central del trabajo, se puede apreciar por tanto que la doctrina del TJUE indica que la cláusula no es transparente si no se informa al consumidor de la evolución del IRPH durante los dos años anteriores a que se celebre el contrato. No obstante, la falta de transparencia en este caso refleja que no es suficiente para la apreciación de la abusividad. Para ello, es necesario que la cláusula sea contraria a las exigencias de la buena fe y que cause un desequilibrio de gran importancia tanto de los derechos como de las obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor.

- En último lugar, desde mi punto de vista, las leyes han de dar respuestas rápidas y eficaces antes contextos socio-económicos complejos y

cambiantes, como la crisis económica, pero ha de ser proactiva para crear un marco equilibrado estable, protector de situaciones desequilibradas y garante de los derechos de los ciudadanos.

Al igual que las instituciones reguladoras, también, ha de contribuir a evitar que la legítima búsqueda de beneficios pueda realizarse generando perjuicios a los clientes y a la sociedad.

Personalmente, en la realización de este trabajo y en el análisis jurisprudencial de las sentencias de este, he podido adquirir un conocimiento más amplio y detallado de los diversos ámbitos y características de los contratos del préstamo hipotecario, la importancia de las cláusulas abusivas y sus respectivas consecuencias que tienen hoy en día.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

BALLESTER CASANELLA. La naturaleza de la hipoteca multidivisa. Editorial Dykinson (2018).

BROSETA PONT. Manual de Derecho Mercantil. Editorial Tecnos (1983).

CASTILLO DELGADO. Análisis del sistema financiero y procedimientos de cálculo. Aranzadi (2012).

CAÑIZARES LASO. A. "Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo". Revista de Derecho Civil vol. II, núm. 3 (julio-septiembre, 2015).

DE TORRES PEREA, J.M, "Nulidad de cláusula suelo por falta de transparencia fundada en una insuficiente información del cliente bancario. En especial, sobre la idoneidad de su impugnación mediante el ejercicio de la acción de cesación", Revista Jurídica Valenciana, Núm. 2, 2014.

ERAUSKIN VÁZQUEZ. Índice de referencia de préstamos hipotecarios (IRPH). Guía práctica para conseguir su nulidad. Editorial Aranzadi (2017).

GARBAJOSA CHAPARRO, Productos, servicios y activos financieros: Manual. Aranzadi. (2010).

LACAYO ARANA, MARIA ALEJANDRA, "La buena fe en el control de incorporación de las condiciones generales de la contratación", Universidad de

Salamanca, Salamanca, 2012

LASARTE, CARLOS "Manual sobre protección de consumidores y usuarios" 7ª Edición, UNED Dykinson.

MARTIN PÉREZ J.A, "Contratos con consumidores: mecanismos de defensa frente a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión", Estudios sobre consumo. Directora María Inmaculada SÁNCHEZ BARRIOS, 2012.

MARTÍNEZ ESPÍN. A propósito de la nulidad del índice hipotecario IRPH. Revista Jurídica CESCO (2016).

PANTALEÓN, Fernando, Almacén de derecho:

<https://almacenederecho.org/category/autor/fernando-pantaleon>.

PERTIÑEZ VILCHEZ, FRANCISO, "Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario", InDret.

ROCA SASTRE. Derecho hipotecario, Editorial Bosch (2008).

Legislación.

Circular 6/2010, de 28 de septiembre, del Banco de España, a entidades de crédito y entidades de pago, sobre publicidad de los servicios y productos bancarios. BOE núm. 246, de 11 de octubre de 2010.

Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010.

Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y a su internalización.

Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

Jurisprudencia.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de marzo de 2020, en el asunto C-125/18.

STS, 1ª, Pleno, 14 de diciembre de 2017 -EDJ 2017/254198-, ES: TS: 2017:4308. Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

Sentencia núm. 393/2020, de 4 de marzo, del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Burgos.

Sentencia núm. 227/2020, de 9 de marzo, del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Lérida.

Sentencia núm. 498/2020, de 8 de abril, del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Guadalajara.

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 17 de Palma de Mallorca, número 582/2020, de 20 de abril.

Sentencia núm. 207/2020, de 11 de marzo, de la Audiencia Provincial de Cáceres.

Sentencia número 634/2020 de 24 de abril de 2020, de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª.

Sentencia núm. 907/2020, de 26 de mayo, de la Audiencia Provincial de Barcelona.

Sentencia núm. 695/2020, de 29 de mayo, de la Audiencia Provincial de Girona.

Sentencia Núm. 595/2020, de 12 de noviembre, del Tribunal Supremo (Pleno de la Sala Primera); Núm. de Recurso: 2328/2016; Núm. de Resolución: 595/2020; Ponente: D. PEDRO JOSÉ VELA TORRES.

Sentencia Núm. 596/2020, de 12 de noviembre, del Tribunal Supremo (Pleno de la Sala Primera); Núm. de Recurso: 2863/2016; Núm. de Resolución: 596/2020; Ponente: D^a. M.^a ÁNGELES PARRA LUCÁN.

Sentencia Núm. 597/2020, de 12 de noviembre, del Tribunal Supremo (Pleno de la Sala Primero); Núm. de Recurso: 12/2027; Núm. de Resolución: 597/2020; Ponente: D. JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG.

Sentencia Núm. 598/2020, de 12 de noviembre, del Tribunal Supremo (Pleno de la Sala Primera); Núm. de Recurso: 2007/2017; Núm. de Resolución: 598/2020; Ponente: D^a. M.^a ÁNGELES PARRA LUCÁN.

Páginas web.

<https://almacenederecho.org/la-falta-de-transparencia-de-la-clausula-irph>

<https://josemanuelstebanez.blogspot.com/2020/11/analisis-de-los-pronunciamientos-del.html>

<https://elderecho.com/consideraciones-sobre-la-clausula-irpf-a-la-luz-de-sus-antecedentes-y-de-la-doctrina-consolidada-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea>