



---

# Universidad de Valladolid

## Facultad de Derecho

### Grado en Derecho

**Las relaciones entre falta de  
transparencia material y abusividad  
en las cláusulas que afecten a los  
elementos esenciales del contrato.**

Presentado por:

***María Helena Domingo Herreras***

Tutelado por:

***Vicente Guilarte Gutiérrez***

*Valladolid, septiembre de 2021*

## **RESUMEN**

A la vista de la evolución jurisprudencial tanto del TJUE como del TS, se analizará la importancia de la Sentencias del Tribunal Supremo del 9 de mayo de 2013 y del 12 de noviembre de 2020 con respecto al conocido como control de transparencia. Veremos cómo, mientras la primera sentencia venía manteniendo la postura de que el control de contenido no juega en relación a las cláusulas definitorias de los elementos esenciales del contrato, y declara el carácter abusivo de la cláusula en cuestión, por falta de transparencia y no por ser productora de un desequilibrio entre las prestaciones, las sentencias de 2020 la matizarán, estableciendo un ulterior control de contenido abusivo cuando no se supera el filtro de la transparencia “material”.

**Palabras clave:** cláusulas abusivas, control de transparencia, clausulas IRPH, condiciones generales de la contratación.

## **SUMMARY**

In view of the jurisprudential evolution of both the CJEU and the Supreme Court, the importance of the Supreme Court Judgments of May 9, 2013 and November 12, 2020 with respect to what is known as transparency control will be analyzed. We will see how, while the first sentence was maintaining the position that the content control does not play in relation to the defining clauses of the essential elements of the contract, and declares the abusive nature of the clause in question, due to lack of transparency and not due to be the producer of an imbalance between benefits, the 2020 sentences will qualify it, establishing a subsequent full control of abusive content when the filter of “material” transparency is not exceeded.

**Key words:** Unfair Terms, control of transparency, ground clause, IRPH clause general conditions of abstract.

## **INDICE**

LISTADO DE ABREVIATURAS.....	5
1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. MECANISMOS DE CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN.....	11
2.1. Control de inclusión	
2.2. Control de contenido	
2.3. Los notarios	
3. LA TRASPARENCIA MATERIAL.....	18
3.1 La interpretación extensiva del principio de transparencia	
4. LA SENTENCIA DEL TJUE DEL 3 DE MARZO DE 2020 .....	30
4.1 EI IRPH	
4.2. Antecedentes: la Sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, del Tribunal Supremo	
4.3. Análisis de la STJUE del 3 marzo de 2020	
5. POSTURA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES A RAÍZ DE LA POSTURA DEL TFUE.....	42
5.1. Postura de los Juzgados de Prima Instancia	
5.2. Postura de las Audiencias Provinciales	
5.3. Postura del Tribunal Supremo	
5.3.1. Votos particulares	

6.	CONCLUSIONES .....	55
7.	BIBLIGRAFÍA.....	59

## **LISTADO DE ABREVIATURAS**

Art: Artículo

CC: Código civil

CGC: Condiciones generales de la contratación

IRPH: índice de referencia de préstamos hipotecarios

LCGC: Ley 7/1998, de 3 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

TRLGCU: 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

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

UE: Unión europea

## 1. INTRODUCCIÓN

Un contrato es un acuerdo de voluntades entre las partes que participan en el negocio jurídico, y a su vez, ese contrato está formado por una serie de cláusulas que determinan el conjunto de derechos y obligaciones a las que da lugar.<sup>1</sup> A modo de introducción, debemos hacer referencia al Artículo 1255 de nuestro Código Civil, el cual establece que “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.*”

Este precepto está estrechamente relacionado con el principio de autonomía de la voluntad que inspira el Derecho Privado. Se entiende por autonomía de la voluntad la posibilidad de que los sujetos se den a sí mismo normas que rijan sus relaciones jurídicas privadas. En el campo del derecho de obligaciones, este principio se desdobra en dos:

- Libertad de contratar o decidir si concluye o no el acuerdo.
- Libertad contractual o de fijar el contenido del acuerdo

En base a estos dos principios, las partes tienen la libertad que alcanza tanto la decisión de contratar, como la posibilidad de negociar el contenido del contrato, pudiendo establecer pactos, cláusulas y condiciones que, como ya se ha mencionado en el Artículo 1255 del CC, tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a la ley, la moral y el orden público. “Si bien el artículo 1.255 del Código Civil permite aparentemente sin más restricción que la legal una libertad plena; la evolución social y, por ende, la legal ha impuesto la necesidad de introducir contratos en los que una de las partes no tiene más posibilidad

---

<sup>1</sup> Díez-Picazo, L (2009): “El derecho civil patrimonial”, en Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato, sexta edición, Thomson-Civitas, Madrid, 2009

que aceptar las condiciones que la parte contraria ha impuesto mediante cláusulas determinadas con carácter previo.”<sup>2</sup>

Desde el fenómeno de la contratación en masa se puede observar unos límites contractuales a la autonomía de la voluntad que se producen sobre una parte, adherente, por la más fuerte, predisponente, donde entran en juego los contratos de adhesión y las condiciones generales de la contratación. Entendemos por esto aquellas cláusulas contractuales pensadas para ser incluidas en una pluralidad de contratos y que no se pactan por las partes, sino que se imponen por una de ellas, el predisponente, a la otra, el adherente. Es decir, son cláusulas predispuestas porque son redactadas antes de la perfección del contrato y cláusulas imperativas porque se presentan al contratante sin darle lugar a negociación o discusión.<sup>3</sup> De este modo, la actitud del adherente consiste únicamente en aceptarlas o rechazarlas, perdiendo normalmente el poder de negociación.

Este tipo de contratación es muy frecuente en la práctica en el ámbito de los seguros, transportes, suministros de agua, gas y electricidad, contratación bancaria, etc... La principal razón de su existencia responde a la generalización de la producción, es decir, se da en sectores en los que se produce un consumo masivo por parte de los consumidores, por lo que se recurre a la contratación en masa, de modo que, se utilizan los mismos contratos, o contratos estándar, para todos los consumidores, pero con cierta diferencia en función de lo que se contrate.<sup>4</sup> En ellos no se toman en cuenta las pretensiones concretas de la parte que se adhiere a los términos del contrato, sino que éste debe de aceptar un contenido contractual predeterminado por la parte

---

<sup>2</sup> Orbe, “Artículo 1255 del Código Civil” Disponible en:

<https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-civil-articulo-1255/>

<sup>3</sup> O’ Callaghan, X. (2000) “Las condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas” en Herrera Campos, R. (editor) “Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada”; Granada: Universidad de Granada y Jaén: Universidad de Jaén, pp. 1361 a 1381.

<sup>4</sup> Fundación Wolters Kluwer: “Contatos de adhesión” disponible en [https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmJAzNLtbLUouLM\\_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt%20ckhlQaptWmJOcSoAiq9eTTUAAAA=WKE](https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUmJAzNLtbLUouLM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt%20ckhlQaptWmJOcSoAiq9eTTUAAAA=WKE)



proponente, en función del producto o servicio que, de modo general, ofrece al público, sin que las propuestas individuales de la parte no proponente se tomen en cuenta, y, sólo, de modo muy excepcional se incorporaran al contrato como condiciones particulares.

La doctrina jurisprudencial, en su STS de 28 de noviembre de 1997 ha definido los contratos de adhesión como *“aquel en que la esencia del mismo, y sus cláusulas han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas ni modificarlas, sino simplemente aceptar o no; se mantiene la libertad de contratar (libertad de celebrar o no el contrato) pero no la libertad contractual (libertad de ambas partes, no de una sola, de establecer las cláusulas que acepten mutuamente)”*.<sup>5</sup>

Por su parte, las condiciones generales de la contratación se encuentran reguladas en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Esta ley tiene como finalidad la transposición de la Directiva 93/13/CEE.

El art. 1.1 LCGC establece que son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. Por lo tanto, no tendrán esta condición las cláusulas que hayan sido negociadas individualmente. La STS núm. 241/2013 de 9 mayo, que se desarrollará más adelante en el presente trabajo, marca los requisitos de las condiciones generales de la contratación en su apartado 137:

- a) Contractualidad: se trata de “cláusulas contractuales” y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.
- b) Predisposición: la cláusula ha de estar redactada por el predisponente con anterioridad a la fase de negociación o perfección del contrato.

---

<sup>5</sup> Sentencia del Tribunal Supremo 1125/97 (nº de recurso 1829/1997) del 28 de noviembre de 1997.

- c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula. El requisito de imposición no equivale a “obligar” o “intimidar” al adherente para que firme el contrato, sino supone que la cláusula predispuesta ha sido incluida con la ausencia de la negociación efectiva entre las partes, respetando exclusivamente la voluntad del predisponente. Afirma el Tribunal Supremo que 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.
- d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

Para entender a que nos referimos cuando hablamos de cláusulas abusivas es necesario hacer referencia a la a Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Esta Directiva prevista para contratos entre consumidores y profesionales dispone que si las cláusulas no negociadas son contrarias a la buena fe y generan un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores serán consideradas abusivas.

Esto queda recogido en su Artículo 3 que expone textualmente: *“1. 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.*

*2. 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 el caso de los contratos de adhesión.*

*El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión.*

*El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.”*

Considera Pantaleón que la Directiva 93/13 es una normativa de “paternalismo duro”. Hay dos estrategias básicas para proteger a los consumidores en su contratación con los empresarios. Una, el llamado “paternalismo duro”: mediante normas imperativas; otra, el “paternalismo blando”: imponiendo a los empresarios deberes legales de información precontractual. Con la primera estrategia, se restringe o se elimina en el concreto tema de que se trate la autonomía privada; con la segunda, se trata de fomentar la autonomía privada, mejorando la calidad del consentimiento del consumidor. Dicha Directiva prohíbe las cláusulas abusivas, sin que, como regla (excepción: las cláusulas que definen el objeto principal del contrato), sea relevante el nivel de información precontractual; y en todo caso, sin que sea relevante el específico nivel de información con el que, al tiempo de contratar, cuente el concreto consumidor.<sup>6</sup>

Como ya se ha comentado antes, la incorporación de la Directiva 93/13/CEE fue realizada por el Legislador español en la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación, siendo condiciones generales de la contratación aquellos clausulados que el empresario redacta para incorporarlos en una pluralidad de contratos, pudiendo ser el adherente un profesional o un consumidor. El régimen de las cláusulas abusivas actualmente se encuentra está previsto en el art. 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la

---

<sup>6</sup> Pantaleón, F. (2020): “Transparencia material y cláusulas predisuestas accesorias” El almacén del derecho. Disponible en: <https://almacenederecho.org/transparencia-material-y-clausulas-predispuestas-accesorias>

Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Se ha prescindido de si son condiciones generales de la contratación, pidiéndose que sean cláusulas no negociadas y aplicándose solo a los contratos con consumidores.

En síntesis podemos considerar como cláusula abusiva según el TRLGDCU: *“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”*

Dicho esto, en los últimos años el incremento de la litigiosidad en los préstamos bancarios con consumidores y la respuesta dada por los Juzgados y Tribunales nacionales y por el Tribunal de Justicia, ha supuesto toda una revolución jurídica. Ha aumentado la sensibilidad en la contratación con consumidores, reconocida su posición de inferioridad cuando contrata con entidades financieras o de crédito y se ha reforzado su protección a merced de una corriente jurisprudencial que llega desde Luxemburgo y que ha modificado nuestra jurisprudencia y legislación.

## **2. MECANISMOS DE CONTROL DE LAS CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN**

Mediante un conjunto de controles que se expondrán a continuación haremos referencia a los requisitos o presupuestos necesarios para que las condiciones generales puedan ser incluidas válidamente en los contratos. El control de inclusión puede definirse como un control previo al de contenido, es decir, busca aclarar si el adherente pudo conocer o no la existencia del clausulado de condiciones generales, y que éste fuere comprensible. Por su parte, el control de contenido analiza si dichas cláusulas generan un desequilibrio importante que desfavorezca al consumidor.

## 2.1. Control de inclusión

Una de las diferencias más importantes entre las condiciones generales de la contratación y las cláusulas típicas de la contratación por negociación viene definida en que, mientras éstas últimas se encuentran limitadas por la ley, la moral y el orden público proclamados en el artículo 1255 CC, las condiciones generales deberán de cumplir unos requisitos de incorporación al contrato que funcionarán como un límite legal a la libertad de autorregulación del mismo.<sup>7</sup> Las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC).

El Artículo 5 sobre los requisitos de incorporación establece: *“1. Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas (...)*

*2. Los adherentes podrán exigir que el Notario autorizante no transcriba las condiciones generales de la contratación en las escrituras que otorgue y que se deje constancia de ellas en la matriz, incorporándolas como anexo. En este caso el Notario comprobará que los adherentes tienen conocimiento íntegro de su contenido y que las aceptan.*

*3. Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier*

---

<sup>7</sup> Alfaro Águil-Real, J. (2010): “El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del derecho de las cláusulas predispuestas” en Salelles Climent, J. R; Guerrero Lebrón, M.J.; Fuentes Devesa, R (Coord.) El Foro de encuentro de jueces y profesores de Derecho Mercantil. Ed. Tirant lo Blanc, Valencia

*otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración*

#### 4. (DEROGADO)

*5. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”*

En resumen, dentro de los requisitos de incorporación positiva del art. 5 LCGC, encontramos los siguientes:

1º.- Aceptación por el adherente sobre su incorporación al contrato y firma de todas las partes. El adherente tiene que aceptar que el contrato se va a regir por CGC. Se manifiesta mediante la firma, pero es preciso que el predisponente informe sobre su existencia para que se considere válida<sup>8</sup>

2º.- Referencia en el contrato a las condiciones generales. Es importante reseñar que el artículo no exige que las comprenda, solo que las acepte al exigir la referencia de estas en el contrato.

3º.- Información por el predisponente al adherente acerca de la existencia de las condiciones generales y entrega de un ejemplar de las mismas al adherente. Es “un aviso consistente en una información de la existencia de condiciones generales, no de su contenido”<sup>9</sup>. En caso contrario, la aceptación no será válida y las CGC no quedaran incorporadas al contrato.

4º.- Transparencia, claridad, concreción y sencillez en la redacción de las condiciones generales, a los cuales se les conoce por la doctrina como

---

<sup>8</sup> Durany Pinch, S. (2002) “Disposiciones generales, art. 5, requisitos de incorporación”, en Menéndez Menéndez, A., Díez-Picazo Y Ponce De León, L.:Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, Madrid, Civitas, p. 283

<sup>9</sup> Durany Pinch, S. (2002) “Disposiciones generales, art. 5, requisitos de incorporación”, p. 286

requisitos de formulación.<sup>10</sup> Su función es que el adherente pueda conocer dichas condiciones, es decir, la finalidad sería la publicidad.

Por su parte, el Artículo 7 establece que: *“no quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:*

*a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.*

*b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.”*

En cuanto a los requisitos negativos, el primero hace referencia cuando el adherente no tiene la oportunidad de conocerlas al tiempo de celebrar el contrato, lo cual ha de relacionarse con los deberes de redacción y de información impuestos al predisponente de las condiciones generales.<sup>11</sup> Y finalmente, el segundo de los requisitos, es decir, la no incorporación de cláusulas ilegibles, ambiguas, incomprensibles u oscuras, podría reconducirse al requisito de la transparencia.

## 2.2. Control de contenido.

El control de contenido consiste en un control de legalidad que comprueba la validez de las condiciones generales incluidas en el contrato. Para empezar, hay que hacer referencia al art. 8 LCGC que establece que: *“1. Serán nulas de*

---

<sup>10</sup> González Pacanowska (1999): “Artículo 5. Requisitos de incorporación” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de Contratación, Ed. Aranzadi, Navarra, p. 185

<sup>11</sup>González Pacanowska (1999): “Artículo 5. Requisitos de incorporación” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de Contratación, Ed. Aranzadi, Navarra, p 238

*pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.*

*2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.”*

La única particularidad del apartado primero de dicho artículo es que si la contravención sólo perjudica al predisponente no se aplica la nulidad, considerando que el requisito de que la contravención sea en perjuicio del adherente se limita a la propia LCGC, no al resto de normas imperativas o prohibitivas respecto de las cuales habrá que acudir a su específico régimen jurídico.

Del apartado segundo deducimos la existencia de un doble control respecto al contenido de las condiciones generales en función de la condición del adherente, es decir, de si este es o no consumidor. Respecto a la nulidad de las condiciones generales abusivas cuando el adherente sea consumidor dicho artículo se limita a remitirse a la normativa de protección de consumidores. La importancia de dicha protección de los consumidores y usuarios se debe a que, en las transacciones económicas entre empresarios y consumidores, existe cierto desequilibrio o desigualdad entre las partes que sitúa a los consumidores en una situación de inferioridad que requiere de protección, en el sentido de que, las empresas disponen de más poder o una posición dominante en la transacción, lo que puede dar lugar a prácticas inadecuadas en las que debe actuar el ordenamiento jurídico.

De este modo, El TRLGDCU establece un control de contenido que deberán cumplir aquellas cláusulas predispuestas incluidas en un contrato realizado por un consumidor. Este control es de dos tipos:



- El primero es que la cláusula cumpla con los requisitos de la buena fe y el equilibrio de derechos y obligaciones entre las partes.
- El segundo tipo de control es que el contenido de la cláusula este recogido en alguno de los supuestos contemplados en los arts. 85 a 90, la denominada “lista negra” que se expondrá más adelante.

Se debe remarcar que este control únicamente es aplicable a las estipulaciones no negociadas individualmente y las prácticas no consentidas si el adherente es un consumidor. Por lo tanto, se podrán considerar abusivas tanto las condiciones generales de la contratación como las cláusulas predispuestas individualmente, si quien se adhiere tiene la consideración de consumidor o usuario y quien las impone es el empresario o profesional.<sup>12</sup>

Esta distinción respecto al adherente es relevante pues, cuando se trate de un consumidor y se esté ante una cláusula no negociada individualmente cabrá acudir al control de contenido; mientras que si se trata de un profesional no hay posibilidad de aplicar dicho control<sup>13</sup>. Esta consecuencia se debe a que la LCGC solo regula el control de inclusión, a diferencia del TRLGDCU, que prevé el control de inclusión y el control de contenido, extendiendo esta última protección solo a los consumidores.

### 2.3. Los notarios

Para empezar por explicar el papel que juegan los notarios en todo esto debemos hacer referencia al art. 147 del Reglamento Notarial, el cual establece que: *“Sin mengua de su imparcialidad, el notario insistirá en informar a una de las partes respecto de las cláusulas de las escrituras y de las pólizas*

---

<sup>12</sup> Cañizares Laso, (2015): “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo.” Revista de derecho civil, vol.II, núm.3 pp.71

<sup>13</sup> Alfaro Águil-Real, J. (2010): “El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del derecho de las cláusulas predispuestas” en Salelles Climent, J. R; Guerrero Lebrón, M.J.; Fuentes Devesa, R (Coord.) El Foro de encuentro de jueces y profesores de Derecho Mercantil. Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, pp 104-105.

*propuestas por la otra, comprobará que no contienen condiciones generales declaradas nulas por sentencia firme e inscrita en el Registro de Condiciones generales y prestará asistencia especial al otorgante necesitado de ella. También asesorará con imparcialidad a las partes y velará por el respeto de los derechos básicos de los consumidores y usuarios”, de lo cual deducimos que los Notarios tienen el deber de informar al prestatario del alcance y contenido de la escritura, facilitando así la comprensión del contrato que va a celebrar.*

Cabe mencionar a mayores los arts. 23 de la LCGC y 84 del TRLGDCU:

- *Art. 23 de la LCGC: “los Notarios, en el ejercicio profesional de su función pública, velarán por el cumplimiento, en los documentos que autoricen, de los requisitos de incorporación a que se refieren los artículos 5 y 7 de esta Ley”.*
- *Art. 84 del TRLGDCU: “los Notarios y los Registradores de la propiedad y mercantiles en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.”*

A pesar de estas previsiones legales, se han suscitado críticas en relación con la función que desempeñan los notarios ya que en la práctica, en muchos casos, la intervención de los Notarios, se limita a comprobar que las cláusulas están en la escritura o que simplemente conste la manifestación de haberlas recibido y su aceptación, sin más, mientras que como profesionales que deben velar por la legalidad, deberían revisar si la escritura es la correcta, asesorar e informar al consumidor sobre las ventajas e inconvenientes de las condiciones y sobre los posibles riesgos que conlleva la celebración de un determinado contrato.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Múrtula Lafuente, V. (2012): “La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos”, Editorial Reus, Madrid, p 153.

### 3. LA TRASPARENCIA MATERIAL

Hemos visto que tenemos un control de incorporación y otro de contenido. El primero solo requiere el cumplimiento de una serie de requisitos, como serían la transparencia, claridad, concreción y sencillez, con la finalidad de que las condiciones generales se incluyan en un contrato en base a estos, de modo que si no se da alguno de ellos la cláusula no se incorpora, es ineficaz. En este contexto, la transparencia tiene una función de publicidad pero, sin embargo, respecto de los elementos esenciales “cumple la misión de garantizar que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él”.<sup>15</sup> En cuanto al segundo, evalúa los posibles desequilibrios económicos que puede generar una cláusula entre profesional o empresario y el consumidor, de modo que, solo y cuando ha pasado el control de incorporación se puede analizar su contenido, que se declarará como abusivo si no lo supera.

Podemos, a raíz de esto, hablar de un tercer control que se fue construyendo con independencia de los anteriores: el control de transparencia. Este tiene por objeto comprobar si el adherente ha conocido o ha podido conocer con claridad las obligaciones que se derivan para él del contrato, consistentes tanto en la carga económica del contrato celebrado, como la carga jurídica del mismo. Es decir, el adherente debe conocer el sacrificio económico que tendrá que sufragar a cambio de la prestación y los elementos que configuran el contrato, para garantizar su libertad de decisión.

Estaríamos hablando de un doble filtro de transparencia: el “filtro formal”, que incide en la forma de redactar y ubicar la cláusula cuando se incorpora al contrato y un “filtro material”, que incide en la información previa a su incorporación al contrato, sobre todo económica, con cifras, ejemplos, escenarios futuros, comparativas con otros préstamos sin suelo... que se entiende necesaria para que el consumidor pueda asumir todas las

---

<sup>15</sup> Cañizares Laso, A. (2015) “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo.”, en Revista de Derecho Civil, nº 3, Vol. II. p. 78

consecuencias jurídicas y económicas y tomar su decisión con pleno conocimiento de causa.<sup>16</sup>

Podemos ubicar el origen de dicho control de transparencia, desde el punto de vista jurisprudencial, en la STS de 18 de junio de 2012<sup>17</sup>, la cual afirma: *“el control de inclusión, particularmente referido al criterio de transparencia respecto de los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y, a su vez, la prestación económica que va a obtener de la otra parte.”*

Siguiendo esta línea doctrinal, el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de mayo de 2014<sup>18</sup> desarrolla la idea que de la transparencia debe no sólo hacer referencia a una cláusula gramaticalmente clara e inteligible, sino que también debe resultar transparente para el consumidor en dos aspectos:

- El primero, referido a la comprensión de la carga económica que realmente supone para el consumidor el contrato celebrado, esto es, comprensión de la onerosidad o sacrificio patrimonial que debe realizar a cambio de la prestación que quiere o espera obtener
- Y el segundo, referido a la comprensión, clara y sencilla, de la carga jurídica del contrato, es decir, de la posición jurídica que asume en los aspectos básicos que definen el contrato celebrado, y en la respectiva distribución de los principales riesgos del mismo.

Haciendo referencia al Artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril del Consejo de la UE sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Este precepto establece que *“la apreciación del carácter*

---

<sup>16</sup>Gutiérrez Moreno, A. “El carácter abusivo de la cláusula suelo: cuestión de equilibrio, no de transparencia” Disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/clausula-suelo-equilibrio/#i-el-caracter-abusivo-de-la-clausula-suelo-por-su-contenido-el-desequilibrio>

<sup>17</sup> STS nº406/2012 de 18 de junio.

<sup>18</sup> STS núm. 86/2014, de 26 de mayo.

*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.”* La finalidad de dicho precepto es la aplicación del principio de autonomía de la voluntad a los elementos esenciales del contrato dentro del ámbito de la libertad de contratación, considerándose que, el derecho de la competencia y la libertad de elección entre las diferentes ofertas, protegen lo suficiente al consumidor.<sup>19</sup> Sólo son susceptibles de dicho control las cláusulas o los contenidos de cláusulas que no se refieren, en palabras de la versión traducida española de la Directiva 93/13:

(i) ni “a la definición del objeto principal del contrato”, ni

(ii) “a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra”.<sup>20</sup>

La problemática que aquí se nos plantea deriva de que dicho precepto llevó a interpretaciones doctrinales enfrentadas acerca de si las cláusulas definitorias de los elementos esenciales del contrato pueden ser o no objeto del control de contenido.

La postura mayoritaria entendía que no es posible el control de contenido de las cláusulas referidas a los elementos esenciales del contrato. Se considera que los pactos del contrato sobre elementos esenciales han sido objeto de un consentimiento contractual y, por tanto, negociados, por eso, aunque consten

---

<sup>19</sup> Cámara Lapuente, S. (2013): “¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas?”, en Cuadernos de Derecho transnacional, Vol 5, núm. 2, pp. 210-211.

<sup>20</sup> Pantaleón, F (2020): “Sobre el artículo 4.2 de la Directiva 93/13” el almacén del derecho. Disponible en: <https://almacenederecho.org/sobre-el-articulo-4-2-de-la-directiva-9313>

en condiciones generales, quedan excluidas del control de contenido.<sup>21</sup> Entramos así en una contradicción ya que por un lado, el carácter negociado de la cláusula relativa a los elementos esenciales del contrato implica la existencia de negociación, y por otro, la caracterización de la misma como condición general, cuya nota fundamental es la ausencia de negociación y en la que se daría la simple adhesión del consumidor.<sup>22</sup> Por otra parte, otros juristas minoritarios opinaban que los contratos celebrados al amparo de cláusulas predispuestas, son contratos completamente normales en lo que se refiere a los elementos esenciales a los que no se aplica el control de contenido sino de transparencia, y especiales en lo que se refiere a las cláusulas predispuestas que se ocupan de elementos accesorios del contrato y que sí son objeto de dicho control de contenido.<sup>23</sup>

A la hora de solucionar dicha controversia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha sido clara y se caracterizado por múltiples vacilaciones, sobre todo hasta la STS de 9 de mayo de 2013 que pretende, sin conseguirlo, dar una respuesta inequívoca a la cuestión. Estas variaciones a la hora de intentar solucionar dicha cuestión se puede agrupar de la siguiente manera:

- Un primer grupo de sentencias relativas a la cláusula de redondeo al alza (SSTS de 4 de noviembre de 2010 y 2 de marzo de 2011)<sup>24</sup>. Optan por excluir el art. 4.2 de la Directiva y se extiende el control de contenido

---

<sup>21</sup>Cámara Lapuente, S. (2013): "¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas?", en Cuadernos de Derecho transnacional, Vol 5, núm. 2, p. 219

<sup>22</sup> Carrasco Perera, A. (2013) "El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación" Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 7/2013. p175.

<sup>23</sup> Alfaro Águil-Real, J. (2010) "El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del derecho de las cláusulas predispuestas" en Salelles Climent, J. R; Guerrero Lebrón, M.J.; Fuentes Devesa, R (Coord.) El Foro de encuentro de jueces y profesores de Derecho Mercantil. Ed. Tirant lo Blanc, Valencia

<sup>24</sup> STS núm. 663/2010, de 4 de noviembre (Cendoj Roj: STS 6062/2010 - ECLI:ES:TS:2010:6062) y STS núm. 75/2011 (Cendoj: Roj: STS 1244/2011 - ECLI:ES:TS:2011:1244).

a toda cláusula no negociada individualmente, declarando su carácter abusivo, pero sin entrar a aclarar si esas cláusulas se refieren o no a elementos esenciales del contrato.

- Un segundo grupo de sentencias (STS 13 de marzo de 2012 relativa a la imposición del aparato descodificador inserta en contrato de servicios digitales y suministro de canales de televisión), sin caracterizar si las cláusulas enjuiciadas son o no relativas a elementos esenciales del contrato, declaran su abusividad en todo caso, bien a través del principio de la transparencia.
- Por último, un tercer grupo (STS de 1 de julio de 2010)<sup>25</sup> indica que es perfectamente posible ejercer un control de contenido sobre los elementos esenciales del contrato con base a la Sentencia de 3 de junio de 2010 del TJUE. La STJUE señala en su apartado 39 que: *“no puede de modo alguno deducirse (...) que el Tribunal de Justicia considerase que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva constituía una disposición imperativa y vinculante, que los Estados miembros debían obligatoriamente incorporar como tal a sus ordenamientos.”* Por su parte el apartado 34 y 35 dispone: *“... El artículo 4, apartado 2, de la Directiva tiene únicamente por objeto establecer las modalidades y el alcance del control de contenido de las cláusulas contractuales no negociadas individualmente, que describen las prestaciones esenciales de los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor”. Y el apartado 40 establece: “no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.”*

Finalmente, el Tribunal Supremo, con la STS de 18 de junio de 2012 y por aplicación del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, declaró la imposibilidad de someter al control de contenido las cláusulas relativas a los elementos

---

<sup>25</sup> STS núm. 401/2010, de 1 de julio (Cendoj STS 6031/2010 - ECLI:ES:TS:2010:6031)

esenciales del contrato, implantándose así una doctrina jurisprudencial plasmada con mayor detalle, al abordar la cláusula suelo, y otras posteriores relativas a la contratación seriada. Además, podemos afirmar que la principal aportación de la STS de 9 de mayo de 2013 es haber formulado, como criterio para enjuiciar la validez de las condiciones generales de los contratos, y con carácter general para todo contrato de adhesión, un control de “transparencia material”, autónomo respecto de los tradicionales controles de incorporación y de abusividad de su contenido.

Dicha Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 intenta poner fin a la controversia que había surgido en los últimos años acerca de la validez y carácter abusivo de las denominadas cláusulas suelo de los préstamos hipotecarios con consumidores, dando respuesta a si las denominadas cláusulas suelo o limitativas de variabilidad a la baja de los tipos de interés deben considerarse abusivas y, por tanto, nulas y, en caso afirmativo, si las entidades bancarias deben devolver las cantidades pagadas de más por los prestatarios como consecuencia de su aplicación.

La Sentencia resuelve la demanda interpuesta por de la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC CONSUMO), de acción colectiva de cesación de condiciones generales de la contratación en defensa lo intereses de los consumidores y usuarios, contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA, la Caja de Ahorro de Galicia y la entidad Cajamar Caja Rural SCC en que se solicita que se declare la nulidad, por tener el carácter de cláusulas abusivas, de las condiciones generales de la contratación incluidas en diversos modelos de contratos de préstamo hipotecario de las entidades demandadas, consistentes en cláusulas de interés variable, celebrados con consumidores o usuarios, que establecen o un tipo mínimo de interés o un tipo mínimo de referencia. Estas cláusulas contribuyen a determinar el objeto principal del contrato de préstamo hipotecario, como es la determinación de las cuotas de amortización y los intereses que el deudor ha de pagar, y deben ser consideradas como condiciones generales de la contratación susceptibles de ser declaradas judicialmente abusivas sólo si no se cumplen los requisitos legales de inclusión y transparencia, pero no por desequilibrio prestacional.



En otras palabras, esta sentencia establece que el control de contenido no juega en relación a las cláusulas definitorias de los elementos esenciales del contrato, y declara el carácter abusivo de la cláusula en cuestión, por falta de transparencia y no por ser productora de un desequilibrio entre las prestaciones.<sup>26</sup> Entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al del equilibrio de las contraprestaciones, de tal forma que no cabe un control de precio. En otras palabras, no es posible someter al control de contenido a las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato. Sin embargo, la sentencia añade que el hecho que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de inclusión y transparencia.

En base a la regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1994 , hoy la Orden EHA 2899/2011 de 28 de octubre, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, el TS afirma que se garantiza razonablemente la observancia de los requisitos exigidos por la LCGC para la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses variable y sus oscilaciones en función de las variaciones del tipo de referencia .

Pero, a pesar de que La Orden Ministerial impone determinados deberes de información sobre la incorporación del clausulado al contrato, no se garantiza

---

<sup>26</sup> la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 222/2015, de 29 de abril, cuando, en el apartado 3 del Fundamento de Derecho Décimo Tercero, se pronunció en estos términos: “La citada sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, con referencia a la anterior sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio, sobre la base de la redacción dada por la Ley 7/98 al art. 10.bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, actualmente art. 82 TRLCU, consideró que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al equilibrio de las «contraprestaciones» (que identifica con el objeto principal del contrato) a que se refería la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control del precio. El control del equilibrio de las «contraprestaciones» de la redacción originaria fue sustituido por el de «los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato».

con ella que los prestatarios lleguen a conocer la existencia de determinadas cláusulas, como se verá, y la trascendencia que éstas pueden suponer. Admitido que las condiciones superen el filtro de inclusión en el contrato, es preciso examinar si además superan el control de transparencia cuando están incorporados a contratos con consumidores. En base a esto, el TS señala que el mero cumplimiento de esos requisitos de incorporación exigidos es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente, porque la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato. Además, La STS de 9 de mayo de 2013 configuró el control de transparencia como un control abstracto de validez de la cláusula pretendiendo diferenciarlo de la figura del error en el consentimiento. En concreto, se hacía derivar dicho control del art. 80.1 TRLGDCU según el cual *“[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente (...), aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa (...)-; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido”*.

En consecuencia el TS matizó que dicho precepto permitía concluir que *“además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado (...) como la carga jurídica del mismo”* . Se trataba, pues, de un control de comprensibilidad real de las cláusulas no negociadas individualmente. Resulta hartamente complicado extraer reglas homogéneas que permitan esclarecer en qué casos deberá considerarse que una cláusula suelo

es o no válida, habida cuenta de los divergentes criterios mantenidos por el Tribunal Supremo.<sup>27</sup>

### 3.1. La interpretación extensiva del principio de transparencia

Una parte de nuestros Tribunales y de la doctrina sigue analizando la reglamentación de la contratación predispuestas sobre las bases que sentó la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013, respecto de los controles de incorporación, transparencia y contenido, pero, dichos principios han quedado desnaturalizados porque el TJUE ha desarrollado unos novedosos principios generales en base a la Directiva 93/13/CEE, que no solo protege a los consumidores contra las cláusulas abusivas en todos los tipos de contratos celebrados entre empresas y consumidores sino que además es un instrumento central para lograr la equidad en el mercado interior.

En palabras de Javier Orduña Moreno, magistrado de la Sala de lo Civil del TS: *“Los costes de la no transparencia son, como en la economía sumergida, enormes. Si lo miramos únicamente por los productos financieros, tenemos que concluir que han representado el colapso de los juzgados y que veintitantos mil millones de euros han sido discutidos judicialmente. Ello sin contar con el coste moral que haya podido generar todo el sufrimiento infringido”*<sup>28</sup>

Es probable que el problema se deba a que algunos de los temas se han ido resolviendo con una interpretación restrictiva y no extensiva como viene

---

<sup>27</sup> Pantaleon, F (2020) “A propósito de las Conclusiones del Abogado General en el asunto de las transacciones sobre las cláusulas suelo” el almacén de derecho. Disponible en: <https://almacenederecho.org/a-proposito-de-las-conclusiones-del-abogado-general-en-el-asunto-de-las-transacciones-sobre-las-clausulas-suelo>

<sup>28</sup> Orduña Moreno, J (2018). Conflegal. Disponible en: <https://conflegal.com/20181212-javier-orduna-moreno-la-transparencia-deberia-ser-considerada-como-un-principio-general-del-derecho/>

exigiendo la jurisprudencia del TJUE<sup>29</sup>. Para comprender el desarrollo de esos principios, como decía, se hace imprescindible analizar el Comunicado de la Comisión del 27 de septiembre de 2019, mediante una interpretación extensa de esa nueva categoría jurídica comunitaria de la abusividad, que no es un control en sí mismo, sino la sanción por el incumplimiento de la reglamentación prevista en la Directiva 93/13, mediante el cauce de comprobar si el predisponente cumple con el deber de transparencia o el justo equilibrio de las prestaciones, que según el juicio de jurista como Javier Orduña y Jesús Sánchez García, surgen, ambos, del principio de buena fe y la vulneración de cualquiera de esos comportamientos conlleva la sanción de nulidad de la cláusula, por ser la misma abusiva.

La Directiva 93/13 no preveía expresamente el control de transparencia de una forma autónoma, habiendo desarrollado el TJUE a través del principio del deber de información, para que la cláusula sea clara y comprensible, ese nuevo principio de transparencia, convirtiéndose en una nueva figura o de categoría jurídica a través de la propia doctrina jurisprudencial del TJUE, mediante un proceso evolutivo de esos principios durante los últimos años, y incluido dentro del principio de buena fe, que desemboca su incumplimiento en la sanción de abusividad. Por ello, diremos que lo que fundamenta el control de abusividad es el quebranto del principio de buena fe, bien porque la cláusula no es clara y comprensible o porque provoca un desequilibrio entre las dos partes, pudiendo llevar cualquiera de ellos a la abusividad.

En otras palabras, la Directiva 93/13 es una directiva de principios y los ha desarrollado de forma autónoma, ligado al principio de buena fe, como un control autónomo, cuya sanción conduce a la abusividad de la cláusula, bien por incumplir el predisponente el principio de transparencia, bien por incumplir el justo equilibrio de las prestaciones. Ambos comportamientos son vulneradores del principio de buena fe, que, en última instancia, justifica la calificación de la cláusula predispuesta como abusiva. Por consiguiente, la

---

<sup>29</sup> STJUE 20 septiembre 2018, asunto C-448/17, ap. 61 y 3 marzo 2020, asuntos C-125/18, ap. 50,

exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él.<sup>30</sup>

Por lo que respecta a la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, según resulta del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE, el Tribunal de Justicia ha señalado que esta exigencia, no puede reducirse solo al carácter comprensible de estas en un plano formal y gramatical, sino que, por el contrario, toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido al nivel de información, por lo que esa exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales, y por ende de transparencia, debe entenderse de manera extensiva.<sup>31</sup> Esta amplia interpretación de la transparencia implica que los profesionales deben proporcionar información clara a los consumidores sobre las cláusulas del contrato y sus consecuencias antes de la celebración del contrato precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él.

Al mismo Tiempo, el Tribunal ha insistido que, si bien su función es brindar directrices sobre la interpretación de la transparencia y el carácter abusivo, corresponde a las autoridades nacionales, en particular a los órganos jurisdiccionales nacionales, evaluar la transparencia y el carácter abusivo de las cláusulas contractuales específicas a la luz de las circunstancias particulares de cada caso El juez nacional es el único competente para constatar y apreciar los hechos del litigio principal y para interpretar y aplicar el

---

<sup>30</sup> Referencias a los asuntos C-26/13, Kásler y Káslerné Rábai, apartado 75, y C-96/14, Van Hove, apartado 50.

<sup>31</sup> Referencias a los asuntos C-26/13, Kásler y Káslerné Rábai, apartados 71 y 72, y C-348/14, Bucura, apartado 52

Derecho nacional, sin perjuicio de que considere necesario elevar una cuestión prejudicial –que tiene presunción de pertinencia- aun cuando ya exista una jurisprudencia del Tribunal de Justicia que resuelva la cuestión de Derecho discutida.

Especialmente relevante es el apartado 3.4.6 de la Comunicación, en la que se hace constar que: "*La falta de transparencia no supone automáticamente que una cláusula contractual sea considerada abusiva en virtud del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE.*" Esto significa que, aun estableciendo que una cláusula cubierta por el artículo 4, apartado 2, no es clara ni comprensible, su carácter abusivo debe todavía evaluarse con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 3, apartado 1. Por el contrario, la falta de transparencia no es un elemento indispensable en la evaluación del carácter abusivo en virtud del artículo 3, apartado 1, por lo que también las cláusulas contractuales que son perfectamente transparentes pueden ser abusivas en virtud del artículo 3, apartado 1, a la luz del desequilibrio inherente a su contenido. Sin embargo, en la medida en que las cláusulas contractuales no sean claras ni comprensibles, es decir, cuando los profesionales no cumplan con la exigencia de transparencia, esta circunstancia puede contribuir a concluir que una cláusula contractual es abusiva en virtud del artículo 3, apartado 1, o incluso puede indicar su carácter abusivo.

Por tanto, la abusividad no es un control en si misma considerada, sino el razonamiento último al que se llega, después del examen que se hace por las dos vías previstas en los artículos 3,1 y 5 de la Directiva 93/13: el examen de desproporción o desequilibrio importante y el examen de transparencia, como conductas antijurídicas y la sanción es la nulidad. En el esquema funcional de la jurisprudencia del TJUE el incumplimiento de la buena fe (transparencia o desequilibrio importante) conduce a la calificación de cláusula abusiva. Por tanto, la abusividad en si misma considerada no es un control nuevo añadido, sino la sanción a un comportamiento contrario a la buena fe.

## 4. LA SENTENCIA DEL TJUE DEL 3 DE MARZO DE 2020

### 4.1. EL IRPH

El índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios se define en la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España a entidades de crédito sobre modificación de la circular 8/1990 sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, como:” *Tipo de los préstamos hipotecarios a más de tres años, es un índice frecuente para la revisión de tipos en los préstamos hipotecarios a interés variable. Es la media simple de los tipos de interés medios ponderados de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para la adquisición de vivienda libre iniciadas o renovadas por los bancos y cajas de ahorro el mes al que se refiere el índice. En el cálculo de la media se utilizan tipos anuales equivalentes*”

El IRPH fue recomendado a finales del 1993 por el Banco de España para que fuera utilizado como un índice de referencia para las operaciones de crédito hipotecario en los casos de tipo de interés variable. Por todo ello y mediante la Circular 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre la modificación de la Circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, que publicó el Banco de España, el IRPH se convirtió en un índice de referencia oficial. Asimismo, el IRPH comenzó a aplicarse en España en 1994. A partir de la publicación de dicha circular surgieron los siguientes índices de referencia: el IRPH Cajas, el IRPH Bancos y el IRPH Entidades, y los tres pasaron a ser índices de referencia oficiales (en función de quién conceda estos préstamos hipotecarios nos encontraremos el IRPH Cajas, cuando hayan sido concedidos por las cajas de ahorro; el IRPH bancos, cuando hayan sido concedido por los bancos; o el IRPH Entidades, cuando hayan sido concedidos por el conjunto de entidades de crédito) En su apartado 3 establece que:

*«A efectos de lo previsto en la Disposición Adicional Segunda de la Orden sobre préstamos hipotecarios se consideran oficiales los siguientes índices o*

*tipos de referencia cuya definición y forma de cálculo se recoge en el anexo VIII:*

- a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por los bancos.*
- b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorro.*
- c) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años. para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito....»*

En primer lugar que se trata de un «tipo medio», es decir, el valor de este índice procede de una media ponderada, la cual solo tiene en cuenta, tal y como la propia definición establece, los tipos de «los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre». En segundo lugar, la propia definición nos establece los créditos que serán tenidos en cuenta para realizar el cálculo de este índice, dado que en ningún caso podrán utilizarse los tipos de los créditos hipotecarios que tengan una duración inferior a los 3 años, de los créditos no hipotecarios aun teniendo una vigencia superior a ese plazo, ni de aquellos créditos hipotecarios que tuvieran como objeto la adquisición de una vivienda que no tenga la calificación de libre. Asimismo, entendemos como vivienda libre aquella que pertenece a particulares o empresas que no han recibido ningún tipo de ayuda del sector público para su adquisición o construcción.

La fórmula de cálculo se representa como una fracción, en la cual en la parte del numerador estará el sumatorio del tipo de interés medio ponderado de los préstamos con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a 3 años de cada de caja de ahorro, para el cálculo del IRPH Cajas; de cada banco, para el cálculo del IRPH Bancos; y de cada caja de ahorro, cada banco y cada sociedad de crédito hipotecario para el cálculo del IRPH Entidades. Asimismo, en el denominador de la fracción estará el número total de cajas declarantes, para el cálculo del IRPH Cajas; el número total de bancos declarantes, para el cálculo del IRPH Bancos; y el número total de cajas de ahorro, bancos y sociedades de crédito declarantes, para el cálculo del IRPH Entidades.



Por ello, tal y como establece la norma segunda de la Circular 5/1994, las cajas de ahorro, los bancos y las sociedades de crédito hipotecario deberán facilitar de forma mensual la información de los tipos medios de las operaciones de crédito. De esa forma el BOE podrá realizar el cálculo, a partir de la fórmula antes explicada, de los índices de referencia oficiales y proceder a su publicación.

Por último, también cabe destacar que el IRPH, a diferencia por ejemplo del Euríbor que es un tipo de interés puro, es un tipo de interés TAE. Esto es debido a que se calculaba a través de la media ponderada de los tipos de interés que facilitaban los bancos, cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecarios y estos llevaban incluidas las comisiones que se generaban con el crédito hipotecario, como por ejemplo las comisiones de apertura y los gastos que eran repercutidos al cliente, como por ejemplo los gastos de la tasación. Por todo ello, estos costes se terminaban trasladando también a este tipo de interés, uno de los motivos que explica por qué el IRPH solía ser más elevado que el Euríbor. Por otra parte, estos valores más elevados se intentan compensar ofreciendo unos diferenciales inferiores a los que se ofrecen con el Euríbor. No obstante, en la práctica la disminución de estos diferenciales no terminaba de compensar la diferencia existente entre los valores del IRPH y del Euríbor.

#### 4.2. Antecedentes: la Sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, del Tribunal Supremo

Durante muchos años el IRPH fue utilizado por las entidades bancarias como índice de cálculo del interés variable aplicable a las hipotecas que comercializaban. Las cláusulas financieras referenciadas al IRPH pese a que se mostraban a los consumidores como un índice que les favorecía al ser un valor estable publicado por el Banco de España en realidad supusieron que su aplicación encarecía las hipotecas entre un 1,5 por ciento y un 3 por ciento más que aquellas hipotecas referenciadas al Euríbor. En el año 2009 la Unión Europea ordenó la eliminación del IRPH. Cuatro años después, en el 2013, en

nuestro país desaparecían dos de los tres IRPH que existían: el IRPH Cajas y el IRPH Bancos, pero se mantuvo el “IRPH Entidades” que es una media de los anteriores.

Estas circunstancias llevaron a los consumidores a instar acciones judiciales que se fundamentaban principalmente en que los bancos no habían llevado su comercialización con la debida transparencia e información suficiente como para que se pudiese conocer cuál era, en el momento de contratar, el coste financiero de la operación. La interposición masiva de demandas llevó a que los tribunales dictaran sentencias en las que unas declaraban la nulidad de las cláusulas IRPH, y otras se pronunciaron en sentido contrario.

En fecha de 1 de octubre de 2014 fue presentada y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vitoria-Gasteiz la demanda contra la Caja de Ahorros de Vitoria y Álava, en la actualidad Kutxabank S.A., a través de la cual se solicitaba la declaración de nulidad del tipo de interés IRPH Entidades que regía dicho contrato en aquel momento, junto con la cláusula que se refería al interés de demora. La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda. Las razones de esta nulidad se sustentan en la falta de transparencia dado que no se le proporcionó la suficiente información al cliente: información relativa al cálculo de este tipo de referencia, sobre su evolución, ni se le ofrecieron alternativas de otros índices como podría ser el Euríbor.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación. Asimismo, la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava, en fecha de 10 de marzo de 2016, desestimó el recurso y confirmando así el fallo dictado en primera instancia. La entidad prestamista presentó recurso de casación impugnando el pronunciamiento referente a la nulidad de los intereses remuneratorios, el IRPH Entidades.

Esta controversia existente en los tribunales de instancia y Audiencias Provinciales se resolvió por el Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 en la Sentencia 669/2017 por la que por primera vez en casación concluyó que el IRPH al ser un índice oficial autorizado reglamentariamente autorizado por el

Banco de España, no podía ser sometido a los controles establecidos en la Directiva 93/13/ CCE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Junto a ello, la resolución judicial asentó que el referido índice superaba a en control de transparencia, pues conforme a su criterio el consumidor podía conocer cuál es el índice aplicado y el diferencia con el que se calculaba los intereses remuneratorios, sin que fuera necesario que las entidades financieras tuvieran que suministrar otras informaciones adicionales. Por tanto el Tribunal Supremo dictaminó, la referencia de una hipoteca al IRPH no implica ni falta de transparencia, ni abusividad. El fallo contó con el voto particular de los magistrados D .Francisco Javier Orduña Moreno y D .Francisco Javier Arroyo Fiestas.

#### 4.3. Análisis de la STJUE del 3 marzo de 2020

A pesar del pronunciamiento, la falta de unanimidad se vio reflejada en una disparidad de sentencias, acerca de la abusividad del IRPH, Tales circunstancias llevaron a la presentación de una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea remitida por el magistrado Francisco González Audicana, titular del juzgado de Primera Instancia 38 de Barcelona,<sup>32</sup> en el seno del procedimiento ordinario nº 325/2017, en el que mostró sus dudas a que la Sentencia del Supremo se ajustara a la doctrina comunitaria de transparencia.

Esta cuestión de prejudicialidad trata sobre la interpretación de la Directiva 93/13CEE como ya hemos mencionado, pero para ser más exactos sobre la interpretación del artículo 1, apartado 2; del artículo 4, apartado 2; del artículo 5; del artículo 6, apartado 1; del artículo 7 apartado 1, y del artículo 8 de esta.

Las cuestiones prejudiciales que se plantearon fueron las siguientes:

---

<sup>32</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo (Gran Sala), número 125/18 de 3 de marzo de 2020.

- La primera de ellas fue si el IRPH Cajas «debe ser objeto de tutela por el juzgador, en el sentido de examinar que sea comprensible para el consumidor, sin que sea óbice el que esté regulado por disposiciones reglamentarias o administrativas, al no ser este un supuesto previsto en el artículo 1, apartado 2 [...]».<sup>33</sup>
  
- La segunda de ellas se divide en tres partes. La primera, saber si resulta contrario a la Directiva 93/13 y, en concreto al art. 8 de esta, la invocación y aplicación del art. 4, apartado 3, de la citada directiva por parte de un órgano jurisdiccional español, dado que es una disposición que no ha sido transpuesta en el ordenamiento jurídico español por voluntad propia del legislador. La segunda, se refiere a si es necesario informar o hacer publicidad sobre una serie de datos para que el consumidor pueda comprender la cláusula del IRPH. Entre estos datos encontramos: explicar cómo se configura el tipo de referencia, explicar su evolución, tanto la pasada como la posible futura, junto con gráficas que faciliten su comprensión, todo ello en relación con el Euribor, que es el tipo de referencia habitual. Por último, la tercera se refiere a si la falta de información antes enumerada supondría una conducta desleal por parte del profesional, dado que en caso de que esta sea necesaria para la comprensión del consumidor medio de este índice de referencia, el consumidor en cuestión si la hubiera conocido con exactitud no hubiera aceptado este tipo de referencia, el IRPH Cajas.
  
- La tercera de ellas fue, si en caso de declararse la nulidad del IRPH Cajas, en defecto de pacto o en caso que resultare este más perjudicial para el consumidor, cuál debería ser la consecuencia conforme a los

---

<sup>33</sup> 5Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona (España) el 16 de febrero de 2018 – Marc Gómez del Moral Guasch / Bankia S.A (Asunto C25/18).

artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13: la aplicación de un índice sustitutorio habitual, como el Euribor, o «dejar de aplicar el interés, con la única obligación de devolver el capital prestado en los plazos estipulados por parte del prestatario o deudor»<sup>6</sup>

Con el fin de que el TJUE tomase en cuenta su posición, de cara a resolverá la cuestión prejudicial, la Comisión Europea elaboró un informe de carácter no vinculante sobre el alcance del control de transparencia en relación con la comercialización de hipotecas referenciadas al índice IRPH, y en el que claramente sostuvo que:

- La normativa comunitaria obliga a explicar al consumidor, antes de la firma del contrato, cómo se configura el tipo de referencia, cuál ha sido la evolución de este tipo en el pasado, así como su posible evolución futura, comparándolo con otros tipos utilizados en el mercado.
- Es el juez nacional a quien corresponde dejar sin aplicación una cláusula contractual como la controvertida en caso de estimarse que es abusiva, y mantener que el resto del contrato subsista sin esta cláusula.

Finalmente la cuestión prejudicial fue resuelta mediante la sentencia del TJUE (Gran Sala) de 3 de marzo de 2020 (C-125/2018) que determina que:<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> El Tribunal de Justicia (Gran Sala) declara:

1) El artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, 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.

2) 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

- La cláusula IRPH está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea rechaza la postura del Tribunal Supremo que, en Sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, negaba su inclusión en el ámbito de la directiva de cláusulas abusivas, en base al art. 1, apartado 2 de la Directiva 93/13CEE que establece que «*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*

---

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.

3) La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, debe interpretarse en el sentido de 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. Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.

4) 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

*transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva».*

Los argumentos que dio el Tribunal utilizó para sostener que no se trata de una disposición reglamentaria o administrativa imperativa fueron que en este caso el IRPH «no se aplica de forma obligatoria con independencia de la elección de las partes». Esto es debido a que la entidad bancaria aplica uno de los distintos índices de referencia oficiales autorizados en el momento de formalizar el contrato, pero en ningún momento se desprende el carácter imperativo, el cual consistiría en la obligación reglamentaria de aplicar exclusivamente el IRPH Cajas. Aunque el establecimiento de un conjunto de índices de referencia oficiales pueda limitar parte de la autonomía de las partes dado que se ofrece una lista cerrada de tipos oficiales, no la elimina y, por ello, no se puede considerar una disposición reglamentaria o administrativa imperativa. Además, las partes pueden decidir y negociar cuál de los tipos de interés quieren aplicar en el momento de formalizar el crédito hipotecario, e incluso elegir un tipo de referencia no oficial, dado que tal y como se establecía en el anexo II, punto 3 bis, apartado 1, letra d) de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financiera de los préstamos hipotecarios, el tipo de interés variable se podrá expresar *«de cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho»*. En conclusión, El IRPH era un índice oficial pero no era un índice imperativo, una cosa es que el índice se elabore con un protocolo estricto mensualmente y otra cosa que él sea una norma imperativa. La banca tenía la facultad de definir el tipo de interés variable de cualquier otro modo.

- Una cláusula que, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, estipule la retribución del correspondiente préstamo mediante intereses que se calculan según un tipo variable, no solo debe ser comprensible para el consumidor en el plano formal y gramatical, sino también debe posibilitar que el consumidor medio, normalmente informado y

razonablemente atento y perspicaz, está 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.

- Es la banca quien tiene que informar al consumidor antes de la celebración del contrato de préstamo hipotecario, del funcionamiento del método de cálculo, de la evolución histórica del IRPH en que se basa el cálculo del tipo de interés y del último valor disponible, así como de todos aquellos elementos necesarios para que el consumidor conozca la carga financiera a la que se somete. El Tribunal de Justicia ha puesto de manifiesto una serie de “elementos especialmente pertinentes” para tener en cuenta a la hora de efectuar esta labor por el juez nacional. Básicamente, son dos: por un lado, que los elementos para el cálculo del tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona y, por otro, que se haya suministrado la información sobre la evolución histórica del IRPH de los dos últimos años.
- Incumbe al juez nacional, el tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trate, se hubieran 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. Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.



- En caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de sus intereses variables de un préstamo, el juez nacional, en defecto de pacto en contrario entre las partes, podrá sustituir tan índice legal aplicable, 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. Por ello, ante las cuestiones planteadas y la eventual abusividad de la cláusula, el Tribunal ha reconocido que la Directiva 93/13 faculta al juez nacional para sustituir el IRPH por un índice legal aplicable. Por tanto, si se declarara nulo por abusividad, la consecuencia principal sería, según menciona la sentencia, la sustitución de dicho índice por el “tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre” establecido en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013,<sup>35</sup> de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> Ley 14/2013, de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. «BOE» núm. 233, de 28 de septiembre de 2013, páginas 78787 a 78882 (96 págs.) <https://www.boe.es/eli/es/l/2013/09/27/14>

<sup>36</sup> Disposición adicional decimoquinta. Régimen de transición para la desaparición de índices o tipos de interés de referencia.

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

a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos.

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

c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea indicó que era los jueces nacionales quienes en caso por caso, debían analizar la posible falta de transparencia en la firma de hipotecas, valorando para ello cómo se produjo la comercialización y formalización del contrato, y cómo se suministró la información, lo que se tradujo en un incremento de la litigiosidad, que en los juzgados de instancia se resolvió de forma dispar, teniendo en cuenta que los jueces declaraban la nulidad del índice según la actividad probatoria de las partes y lo que consideran debía ser el nivel de información exigible tras las líneas básicas dictaminadas por TJUE. Similar recorrido se produjo en las Audiencias, muchas de sus resoluciones resolvían a favor de la banca, pero otras muchas lo hacían a favor de los clientes bancarios hasta que, el Tribunal Supremo ha pretendido dar por zanjado el debate sobre el índice hipotecario con las sentencias 595,596,597 y 598, que, siguiendo un patrón común, alcanzan la conclusión de que las cláusulas analizadas no eran abusivas.

---

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

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

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

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

Como dice Adela del Olmo (2020) en su artículo La sentencia del TJUE sobre la cláusula IRPH ¿Resuelve el problema?: «*consideramos que esta sentencia abre la puerta a un aluvión de demandas de nulidad por abusividad y no descartamos que se deban tomar medidas para evitar un nuevo colapso de los Juzgados especializados en cláusulas abusivas*».

## **5. Postura de los Tribunales españoles a raíz de la postura del TFUE**

### **5.1. Postura de los Juzgados de Prima Instancia**

En este caso la postura de los Juzgados de Primera Instancia es muy parecida, siendo la posición mayoritaria la declaración de nulidad de la cláusula del IRPH. Por ello, y debido a la gran cantidad de jurisprudencia existente, en este apartado procederemos a analizar algunas de las sentencias que han seguido la línea de que la cláusula IRPH es abusiva y los argumentos con los cuales han sustentado esta postura. En este caso analizaremos los argumentos que se desprenden de la Sentencia 214/2020 de 9 de marzo del Juzgado de Primera Instancia de Lleida, y de la Sentencia 335/2020 de 15 de diciembre de 2020 del Juzgado de Primera Instancia de Arrecife.

Ambas sentencias establecen la nulidad de la cláusula IRPH al considerarla abusiva, apoyándose en los siguientes argumentos:

- En primer lugar, el Juzgado de Arrecife establece que no se supera el control de transparencia debido a que la entidad financiera no facilitó la información previa al consumidor; mismo argumento que utiliza el Juzgado de Lleida que establece que no se ha probado por parte de la entidad bancaria la superación del control de transparencia material ya que simplemente se alegó que era un índice oficial que era controlado por el Banco de España.
- En segundo lugar, el Juzgado de Arrecife va un poco más allá y hace un análisis de la existencia del perjuicio causado al consumidor y de la

existencia de mala fe. Argumenta que el perjuicio causado es claro, dado que al no facilitarle la información necesaria al consumidor, este no ha podido comparar con otras opciones del mercado que posiblemente le hubieran sido más favorables, privándole así del legítimo derecho de opción. Además, por lo que respecta a la ausencia de la buena fe, el argumento que sostiene esta postura conforme a la jurisprudencia del TJUE, es que la entidad bancaria no trató de una forma leal al consumidor privándole de una información que se debía facilitar por mandato legal. Por ello, ese incumplimiento hace ver que no hubo buena fe en la conducta del prestamista.

Por lo que respecta a las consecuencias de la nulidad podemos observar que ambas sentencias coinciden. El índice considerado abusivo se sustituirá, desde el momento en que se celebró el contrato, por el Euríbor y la entidad bancaria deberá abonar al prestatario las cantidades que se han cobrado de forma indebida junto con los intereses devengados. Los argumentos utilizados por el Juzgado de Arrecife son los siguientes:

En primer lugar, se descarta la sustitución por el índice IRPH Entidades que establece la Ley 14/2013 ya que el juez considera que se beneficia a la entidad bancaria en vez de al consumidor, por el hecho que se produciría una variación insignificante en el resultado económico. Asimismo, aunque el TJUE lo consideró una opción, al considerarse que es un posible sustitutivo legal, el mismo Tribunal concluyó que le compete al juez nacional decidir sobre ello.

Además, también se estableció que en este supuesto no nos encontramos ante una desaparición de un índice sino ante la nulidad de una cláusula abusiva, hecho que no es contemplado por la ley y, por ello, no tendría sentido, según el juez, sustituir la cláusula abusiva por este índice, IRPH Entidades.

Por otra parte, también se concluyó que el Euríbor es el índice que se utilizó con mayor frecuencia en la práctica hipotecaria española y, por este motivo, la aplicación de este índice en lugar del IRPH no supone en ningún caso una actividad integradora del contrato. Simplemente, este hubiera sido el índice al que se hubiera podido optar en el caso que la entidad bancaria hubiera facilitado toda la información legalmente preceptiva.

Otras sentencias que han seguido la postura explicada y que han terminado sustituyendo la cláusula IRPH por el Euribor son: la Sentencia 393/2020 de 4 de marzo del Juzgado de Primera Instancia de Burgos, la Sentencia 1128/2020 de 3 de diciembre del Juzgado de Primera Instancia de San Cristóbal de La Laguna y la Sentencia 550/2020 de 18 de noviembre del Juzgado de Primera Instancia de Córdoba.

## 5.2. Postura de las Audiencias Provinciales

En este caso la postura de las Audiencias Provinciales es más dispar, pero podemos observar que una gran parte de ellas termina fallando a favor del IRPH estableciendo que es una cláusula válida y, por tanto, no declarando su abusividad.

Dada la gran cantidad de jurisprudencia existente en esta materia, en primer lugar, procederemos a analizar algunas de las sentencias que han seguido la línea que la cláusula IRPH no es considerada abusiva y los argumentos con los cuales han sustentado esta postura. Para ello, analizaremos los argumentos que se desprenden de la Sentencia 2513/2020 de 25 de noviembre de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona y de la Sentencia 693/2020 de 19 de junio de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante.

Aunque el fallo es común en ambas sentencias los argumentos utilizados por ellas son un poco distintos en algunos puntos. Si nos centramos en el aspecto de transparencia, ambas Audiencias coinciden en que la cláusula IRPH supera el control de inclusión y ello es debido a que, tal y como se establece de forma textual en las sentencias, *«La cláusula es clara, es precisa y permite al prestatario conocer, comprender y aceptar que la cuota o plazo de devolución de su hipoteca se hará a partir de un tipo de referencia fijado y controlado por el Banco de España»*

Por lo que respeta al control de transparencia material, en este punto se puede observar la primera diferencia entre ambas sentencias. Mientras la Audiencia Provincial de Barcelona considera que se supera este control y, por tanto, se considera la cláusula IRPH transparente, la Audiencia Provincial de Alicante considera que esta cláusula no supera el control de transparencia material y, por ello, no la considera una cláusula transparente.

Tal y como el Tribunal de Justicia estableció, será necesario que el consumidor conozca la forma de cálculo del IRPH. En este caso, ambas Audiencias coinciden en que la publicación de forma explícita en el BOE de la forma de cálculo de este índice es suficiente para que un consumidor medio pueda conocerlo ya que es una información completamente accesible para este.

El punto en que discrepan ambas Audiencias es en la obligación de informar a los consumidores de la evolución que ha tenido el índice de referencia durante los dos años anteriores a la fecha en que se celebró el crédito hipotecario.

- La SAP de Alicante establece que el hecho de que la entidad bancaria no facilitase la información mencionada y que, además, esta fuera obligatoria – ya que la propia Circular 5/1994 establecía que las entidades bancarias debían de subministrar un folleto informativo con la información antes mencionada – provoca la valoración de la no transparencia de la cláusula IRPH.
- La SAP de Barcelona precisa que la normativa citada establece solo la obligación de subministrar los folletos informativos para préstamos inferiores a 150.253 euros, que además con la derogación de la Circular 5/1994 esta obligación ya no existía y, por último, que la evolución de los índices de referencia era publicada de forma mensual en el BOE, hecho que la hacía accesible para cualquier consumidor. Asimismo, también defiende que los distintos índices de referencia se difundían y se comparaban entre ellos en la mayoría de medios de comunicación. Con todo ello, defiende que se trata de una información que es pública y accesible para cualquiera.

Si nos centramos ahora en la abusividad de la cláusula del IRPH, ambas Audiencias Provinciales coinciden en el criterio de que la hipotética falta de transparencia no genera de forma automática nulidad de la cláusula, sino que simplemente permite comprobar si esta es abusiva y debe declararse nula o si simplemente no es transparente pero no es abusiva.

Además, ambas sentencias establecen que, para conocer el carácter abusivo de la cláusula en cuestión, se deberá valorar si en el momento en que se realizó la contratación esta era contraria a la buena fe y si produce un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. Los principales argumentos utilizados en ambas sentencias son los siguientes:

- En primer lugar, por lo que respecta al posible desequilibrio existente, se establece que no se podrá tener en cuenta para la valoración del perjuicio ocasionado al consumidor la evolución futura de los diversos índices dado el carácter impredecible de estos. Por ello, si nos fijamos en el momento en que se celebró el contrato este índice no era gravemente perjudicial para el consumidor. Además, también se establece como argumento que el diferencial aplicable al IRPH es menor que el diferencial que se aplica al Euribor, hecho que termina equiparando ambos índices.
- En segundo lugar, por lo que respecta a la buena fe, los argumentos en que se basa la Audiencia son en que es un índice oficial que es elaborado por el Banco de España y que, por ello, solamente se tendría en cuenta que hay mala fe en el supuesto en que las entidades financieras tuvieran en su poder una información relevante sobre la evolución de los tipos de interés y que esta se hubiera ocultado de forma maliciosa al consumidor causándole un perjuicio futuro. Hecho que no ocurrió.

Con todos estos argumentos se excluye la mala fe de la entidad de crédito y también el posible desequilibrio entre los derechos y obligaciones de ambas partes, considerando así la cláusula no abusiva.

En relación con la solución dada por Sentencia 2513/2020 de 25 de noviembre de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona tenemos la Sentencia de 24 de abril de la Sección 15 de la Audiencia de Barcelona. Lo relevante de dicha sentencia lo encontramos en su fundamento de derecho sexto,<sup>37</sup> donde diluye el déficit de transparencia derivado de no figurar en el folleto explicativo el comportamiento del Índice los dos años anteriores que, sin embargo, va a resultar decisivo tanto para otras Audiencias.

Otras sentencias que han seguido la postura explicada son: la Sentencia 501/2020 de 20 de noviembre de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Burgos y la Sentencia 117/2020 de 16 de diciembre de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Teruel.

---

<sup>37</sup> a mencionada Orden 5 de mayo de 1994 (redacción dada por orden de Orden de 27 de octubre de 1995) no se aplicaba a todos los tipos de préstamos, sino a los que reunían las condiciones establecidas en el art.

1, entre las que se encuentra que fuera de importe igual o inferior a 25.000.000 ptas. (lo que es equivalente a 150.253 euros). Por encima de esa cifra no era obligatoria la entrega del folleto informativo. Esta norma estuvo vigente hasta que fue derogada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre. Por lo tanto, después del 29 de abril de 2011, la regla no sería exigible.

6. En este mismo sentido conviene precisar que la citada Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre (entra en vigor el 29 de abril de 2012), de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en sus arts. 21 y 22, incluye la obligación de ofrecer información precontractual a través de lo que se llama Ficha de Información Precontractual (FIPRE) y, una vez obtenida información del cliente, a través de la Ficha de Información Personalizada (FIPER). Pues bien, entre aquellos requisitos, curiosamente, ha desaparecido el relativo a la evolución del tipo de interés de referencia ofrecido por el banco, requisito que tampoco aparece en el art. 14 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

7. En resumen, según la normativa citada, la obligación de incluir en el folleto informativo la evolución del tipo de referencia ofrecido solo era exigible en préstamos inferiores a 150.253 euros; pero después del 29 de abril de 2012, fecha de derogación de la citada Orden de 1994, sencillamente no sería exigible.



Por otra parte, también podemos encontrar sentencias que han seguido la línea en que la cláusula IRPH es considerada abusiva y los argumentos con los cuales han sustentado esta postura. Para ello, analizamos los argumentos que se desprenden de la Sentencia 359/2020 de 21 de abril de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga y de la Sentencia 315/2020 de 13 de mayo de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Tarragona.

Podemos observar que ambas sentencias establecen la nulidad de la cláusula IRPH al considerarla abusiva. Para ello, se apoyan en el argumento de falta de transparencia. Para ser más exactos ambas Audiencias establecen que no se puede declarar la cláusula no transparente por el mero hecho de que la evolución que ha experimentado el Euribor es más beneficiosa que la del IRPH. Además, siguiendo la postura de las anteriores sentencias, ambas Audiencias consideran que la cláusula en cuestión es perfectamente comprensible desde el punto de vista formal y gramatical. Asimismo, supera en parte el control de transparencia, ya que siguiendo la postura del TJUE, los elementos principales del índice que permiten conocer la forma de cálculo de este se publican al BOE y son accesibles para un consumidor medio.

No obstante, el punto en que se sustentan ambas Audiencias para declarar la no transparencia de la cláusula es en la información previa que debería de recibir el consumidor antes de la celebración del contrato. Al respecto, la Audiencia de Málaga establece que la entidad bancaria simplemente ofreció al consumidor un simple Anexo en el cual se hacía una mera referencia al IRPH, pero no se hacía constar la evolución que había tenido el índice en los dos años anteriores a la celebración del contrato, ni tampoco se ofreció esta información con una antelación razonable. Por otra parte, tampoco se le ofrecieron al consumidor otras modalidades de préstamo y todo ello hace ver que la entidad bancaria no advirtió del verdadero alcance de la cláusula en cuestión. Otro aspecto que también refuerza este argumento es que no se le ofreció al prestatario un cuadro de amortización teórico del préstamo hipotecario. Por lo tanto, se considera que la cláusula en cuestión es abusiva por la falta de la transparencia que se exige.

Por su parte, la Audiencia de Tarragona también declara la cláusula nula por falta de transparencia a consecuencia de la falta de información facilitada al

consumidor por parte de la entidad bancaria. Uno de los razonamientos que hace la citada Audiencia y que la Audiencia de Málaga no realizó en su sentencia es que, aunque el correspondiente índice de referencia es un índice oficial y que su evolución se publica de forma mensual en el BOE, tal información requiere que sea expuesta por la entidad bancaria para que así el consumidor se pueda hacer una idea del coste que le puede reportar el contrato celebrado. Además, es conveniente relacionar la información de este índice con posibles alternativas para que de esa forma el prestatario pueda valorar y conocer los posibles perjuicios que le puede ocasionar o no el crédito hipotecario en cuestión.

Por último, cabe analizar las consecuencias de declarar nula la cláusula IRPH. En este caso podemos observar que la postura adoptada por ambas Audiencias es dispar. En primer lugar, Audiencia de Provincial de Málaga establece que al declararse nulo el índice y también su sustitutivo se aplicará el Euríbor más un diferencial, el cual no podrá ser el estipulado en el contrato, sino que se calculará conforme lo establecido en la Ley 14/2013. El argumento utilizado es que el Euríbor hubiera tenido que ser el índice utilizado en el momento de celebrar el contrato, además, es el que se usa con mayor frecuencia en el mercado europeo. Por otra parte, la Audiencia en sus fundamentos establece que la consecuencia de la nulidad no puede ser necesariamente la aplicación del índice sustitutivo legal, tal y como el TJUE previo, como posible alternativa al mencionar lo establecido en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013 que establece el IRPH Entidades como sustitutivo en los casos que haya un defecto de tipo, de índice de referencia sustitutivo o en los tipos que desaparecieron, sino que deberá ser aquella que el Tribunal establezca a petición de parte, en defecto de pacto y en protección del propio consumidor. Asimismo, también se establece que la entidad bancaria deberá abonar al prestatario las cantidades que ha abonado de más junto con los intereses legales correspondientes ya que se declara la nulidad de la cláusula desde el principio del contrato.

Otra postura distinta es la adoptada por la Audiencia Provincial de Tarragona. En este caso se establece que al declararse nula la cláusula del IRPH junto con la nulidad del índice sustitutivo se aplicará el IRPH Entidades más el diferencial

que se determine conforme lo establecido en la Ley 14/2013. En este caso el Tribunal fundamenta la decisión mediante la disposición adicional decimoquinta, que como ya hemos mencionado, establece la aplicación del IRPH Entidades como un sustitutivo legal. Por otra parte, otra diferencia remarcable, es que en este caso la sentencia establece que la entidad bancaria procederá a la devolución de lo pagado en exceso por el prestatario desde la fecha de celebración del contrato, pero no menciona en ningún caso la aplicación del interés legal a esta obligación. Simplemente se establece que la cuantía a devolver se determinará en ejecución de sentencia.

Otras sentencias que han seguido la postura explicada son: la Sentencia 349/2020 de 14 de mayo de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava y la Sentencia 936/2020 de 6 de julio de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Girona.

A modo de conclusión, diremos que entre las distintas soluciones dadas en Audiencia Provincial se podría hacer una clasificación en base distintos niveles claudicatorios en la solución del tema de la virtualidad del índice IRPH Cajas que van desde:

- La confirmación plena de su validez.
- La declaración de su falta de transparencia considerando, sin embargo, la validez de la cláusula por no estimarla abusiva.
- Su nulidad por falta de transparencia/abusividad con el resultado de tener que integrarse con el índice IRPH Entidades.
- Su nulidad por falta de transparencia/abusividad con el resultado de integrarse con el Euribor.
- Y finalmente a su nulidad por falta de transparencia/abusividad con el resultado de no ser posible integración alguna y, por lo tanto, suprimirse el cobro de intereses remuneratorios.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> Guilarte, V (2020): Nuestras Audiencias y el IRPH tras la STJUE de 3 de marzo de 2020. El almacén de derecho. Disponible en: <https://almacenederecho.org/nuestras-audiencias-y-el-irph-tras-la-stjue-de-3-de-marzo-de-2010>

### 5.3. Postura del Tribunal Supremo

Tras la sentencia del 3 de marzo del TJUE las sentencias 595/2020, 596/2020 y 598/2020, de 12 de noviembre, del Pleno del Tribunal Supremo fueron de los primeros recursos de casación que se resolvieron en relación con el IRPH. Dada la semejanza de fundamentos jurídicos que el Tribunal utiliza procederemos a analizar la postura de este en su conjunto y simplemente analizaremos de forma individual las particularidades que se puedan desprender de cada una de ellas, y podríamos resumir las mismas señalando que el Alto Tribunal ha concluido que, aunque la cláusula IRPH, eventualmente, no sea transparente, no quiere decir que siempre y automáticamente sea abusiva, y por tanto, rechaza su nulidad.

En primer lugar, por lo que respecta a la transparencia de la cláusula IRPH, el Tribunal sigue la postura adoptada por el TJUE. Se establece que la publicación en el BOE de los principales elementos y de la forma de cálculo del IRPH salvan a este de las exigencias de transparencia con lo referido a composición y cálculo por el hecho de que se entiende que un consumidor medio podía consultarlo con facilidad. No obstante, la entidad bancaria tendrá la obligación de informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH durante los dos años anteriores a la celebración del contrato y del último valor que se disponía de este.

En segundo lugar, por lo que se refiere a la abusividad, el Tribunal sostiene que el hecho de que la cláusula no cumpla con el control de transparencia no implica necesariamente que se considere abusiva. Por tanto, se defiende que la falta de transparencia sería una condición necesaria pero no suficiente para declarar la abusividad de la cláusula en cuestión. Ya desde un primer momento en dichas resoluciones el TS lanza el mensaje a los consumidores: tras analizar el control de transparencia debe desplegarse necesariamente un segundo control o control de abusividad. Según el TS no todas las cláusulas no transparentes deben ser abusivas, y, por tanto, nula.

Para ello el Tribunal se remite a la jurisprudencia del TFUE, la cual establece que, por lo que se refiere a los elementos esenciales del contrato, una vez se observe la falta de transparencia se deberá hacer el juicio de abusividad. Por ello, se deberán analizar los dos elementos del juicio de abusividad: la buena fe y la existencia de un desequilibrio importante al consumidor.

En cuanto a la buena fe, el Tribunal defiende que esta solo se podría vulnerar en los casos en que la entidad pudiera conocer la evolución futura del índice oficial y que ésta fuera perjudicial para el consumidor. No obstante, esto no es posible debido a que la evolución futura del índice en cuestión no depende de la voluntad del prestamista. Por ello, sostiene que la entidad bancaria simplemente ofreció un índice que es considerado oficial y que está aprobado por la autoridad bancaria competente, hechos que hacen muy difícil defender la ausencia de buena fe. Además, el Tribunal sostiene que tanto el Gobierno Central como varios Gobiernos autonómicos, mediante disposiciones reglamentarias, tienen establecido el índice IRPH como referencia a la financiación de las viviendas de protección oficial, hecho que defiende el carácter ilógico de considerar como una actuación contraria a la buena fe la incorporación del IRPH como índice de referencia a los créditos hipotecarios.

Asimismo, con lo referido a la posible manipulación del IRPH, el Tribunal en la STS 595/2020 establece que el recurrente en ningún caso ha hecho referencia a supuestos en que se haya constatado tal manipulación. Además, el Tribunal establece que el Euríbor, que es el índice que se solicita que se sustituya por el IRPH, es calculado por una empresa privada a partir de los datos que le son suministrados y que la Comisión Europea ha sancionado a varios bancos europeos y norteamericanos por la manipulación de este índice.

Por lo que se refiere al posible desequilibrio causado este se deberá valorar en el momento en que se celebró el contrato; por ello, la evolución más o menos favorable durante la vigencia del contrato no será vinculante para determinar ese posible desequilibrio. Además, no bastará con la comparación del IRPH con otros índices, sino que también se deberá considerar los diferenciales que se aplicarían en cada uno de los casos. Por otra parte, también se menciona que el TJUE propuso que en caso de que la cláusula IRPH se declarase nula

por abusividad se sustituyese por el IRPH Entidades, índice que no presenta grandes diferencias de valor con el IRPH Cajas e IRPH Bancos.

En conclusión, en las sentencias citadas el Tribunal declara la no transparencia de la cláusula IRPH por el hecho que en ninguno de los casos la entidad bancaria proporcionó a los prestatarios la información sobre la evolución del IRPH durante los dos años anteriores a la celebración del contrato. Por lo que respecta a la abusividad en ninguna de las tres sentencias se consideró la cláusula IRPH abusiva dado que no se consideró que se hubiese vulnerado la buena fe ni tampoco que se hubiese causado un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes.

### 5.3.1. Votos particulares

Estas resoluciones han contado con el voto particular del Magistrado Excmo Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas quien, contrariamente al resto de sus compañeros, concluye que por la Sala debió declararse abusiva la cláusula que establecía el IRPH como índice del préstamo, en tanto se predispuso con ausencia de buena fe y con perjuicio para el consumidor.

En este caso el magistrado considera que sí se causó un perjuicio al consumidor dado que el hecho de que no se le facilitara toda la información suficiente provocó que éste no pudiese realizar una comparativa con otras ofertas del mercado y, por ello, se le privó de un derecho legítimo: el derecho de opción. Asimismo, si se observa la jurisprudencia del TJUE se establece que el perjuicio causado no deberá ser necesariamente económico, sino que bastará con un hecho que lesione de una forma suficientemente grave la situación jurídica del consumidor. Por ello, se concluye que sí existió un desequilibrio a raíz de la privación de información, ya que le impidió al consumidor ejercer su derecho de opción económica entre el IRPH y otros índices de referencia. En otras palabras, entiende que al consumidor se le privó del ejercicio de un legítimo derecho de opción, del que quedó desposeído por la falta de transparencia. Esa privación le generó, necesariamente, un desequilibrio. Por lo tanto, se considera la cláusula IRPH abusiva y se deberá

indemnizar como corresponda al consumidor por el perjuicio que se le ha causado.

Por otra parte, por lo que se refiere a la buena fe del profesional se concluye que este no trató de una forma leal al consumidor al no ofrecerle la información sobre la evolución que había tenido el IRPH en los dos años anteriores a la celebración del contrato. Por ello incumplió de forma manifiesta el mandato normativo y todo ello priva de buena fe la conducta del profesional.

Por tanto, el magistrado considera que la cláusula IRPH es considerada abusiva y no comparte la postura de la Sala, que la considera perfectamente válida. Una vez declarada la nulidad, entiende el Magistrado discrepante que debe necesariamente aplicarse el índice Euribor, por cuanto, aplicar el IRPH entidades *“Sería incoherente, tras la nulidad aplicar un índice que no está previsto para un supuesto de nulidad y que además se calcula en base a los mismos parámetros que el IRPH, con un resultado sensiblemente similar, con lo que se quebrantaría el principio de efectividad del Derecho Comunitario.”*<sup>39</sup>

Esta postura se fundamenta en que este índice es el que tiene un uso mayoritario en la práctica hipotecaria española. Además, no supondría una actividad integradora del contrato dado que es el índice al que hubiera podido optar el consumidor si no se le hubiese privado de la información necesaria. Asimismo, el magistrado también establece que se deberán restituir al prestatario las cantidades que han sido abonadas de forma indebida dado que los efectos de esta sustitución serán desde la fecha de celebración del contrato.

---

<sup>39</sup> sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020

## 6. CONCLUSIONES

Después de las últimas sentencias 595, 596, 597 y 598/2020, del Tribunal Supremo, de fecha 12 de noviembre de 2020, las reclamaciones por el índice IRPH se han visto complicadas. La principal conclusión que se deriva de esto es que el tribunal ha entendido que estas cláusulas pueden no ser transparentes, pero obliga a los tribunales que conozcan de los asuntos a hacer, necesariamente, un segundo control separado del previo de transparencia, centrado en el juicio de abusividad de la cláusula. Es decir, según el Tribunal Supremo, en estas sentencias se tendrá que analizar si las cláusulas se incorporaron a los contratos de préstamo hipotecario con mala fe por parte de la entidad bancaria, generando un desequilibrio importante entre las partes, no importando, por lo tanto, si son o no transparentes.

Pese a esto podemos observar como no hay una posición uniforme y, mientras unos consideran que la falta de transparencia ya provoca como sanción la abusividad de la cláusula, otros tribunales establecen que solo es una condición necesaria para poder evaluar si es o no abusiva. De este modo mis conclusiones sobre las distintas posturas existentes son:

PRIMERO.- Respecto a la postura que adoptó el TJUE con referencia a la validez de la cláusula IRPH podemos ver cómo este concluye que se podrá analizar el carácter abusivo de la cláusula en cuestión, aun cuando esta se refiera al objeto principal del contrato y sea redactada de forma clara y comprensible. No obstante, el Tribunal declara que será el juez nacional quien deberá valorar en cada caso si los elementos referidos al cálculo del tipo de interés en cuestión resulten asequibles, valorar la publicación del modo de cálculo de este tipo de intereses y valorar el suministro de información sobre la evolución que ha tenido en el pasado el índice de referencia en que se basa el cálculo de interés. Además, concluye que la Directiva en cuestión no se opone a que el juez nacional sustituya la cláusula contractual abusiva que establece el índice de referencia por otro índice legal aplicable, siempre y cuando el crédito hipotecario no pueda subsistir tras la anulación de dicha cláusula abusiva y que



la anulación del contrato en su totalidad ocasione al consumidor consecuencias especialmente perjudiciales.

SEGUNDO.- Por lo que respecta a la postura que han adoptado los Tribunales españoles a raíz de la STJUE podemos concluir que no existe a día de hoy un criterio de unidad y la prueba de ello son las discrepancias existentes entre los órganos jurisdiccionales españoles con referencia a la cláusula IRPH. Mientras los Juzgados de Primera Instancia son partidarios de declarar nula la cláusula IRPH por ser considerada abusiva, las Audiencias Provinciales muestran una postura más intermedia siendo más presente la postura de considerar válida la cláusula en cuestión. Por último, el Tribunal Supremo no la consideró abusiva, aunque sí no transparente, pero hasta en la propia Sala existen diferencias y eso se observa con los votos particulares de las sentencias analizadas, los cuales se posicionan en declarar abusivo el IRPH.

Por otra parte, se ha hecho referencia al inicio del trabajo de la línea jurisprudencial que inicio el Tribunal Supremo con la Sentencia del 9 de mayo de 2013, de la cual se concluía la existencia de tres tipos de control en los contratos con condiciones generales: el control de incorporación que exige el cumplimiento del proceso legal de contratación e información, el control de transparencia sustantiva, que exige la acreditación de la comprensión real por el consumidor de los términos básicos del contrato, y el control de contenido o abusividad propiamente dicha, que exige la valoración de la inexistencia de desequilibrio importante, en perjuicio del consumidor, entre los derechos y obligaciones de las partes. Se afirma por el Tribunal que, en nuestro sistema, una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal, otra cuestión es el grado de control al que pueden ser sometidas, sobre todo, cuando los intereses en juego que se articulan son los de un profesional o empresario y los de un consumidor. Pero, lo notorio aquí es que el TS estableció, en base al 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, que no es posible llevar a cabo un control de abusividad. Finalmente, el TS concluye que, a pesar de que las cláusulas objeto de análisis superan el control de transparencia a efectos de su inclusión como condición general en los contratos, no superan el control de

claridad exigible en las cláusulas de los contratos suscritos con consumidores. Pero aun así, el TS afirma que las cláusulas suelo de los préstamo hipotecarios son lícitas porque corresponde a la iniciativa de las entidades de crédito fijar el interés al que prestan el dinero y diseñar la oferta comercial dentro de los límites fijados por el legislador, pero siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos, comunicando de forma clara, comprensible y destacada la oferta. Sin diluir su relevancia mediante la ubicación en cláusulas con profusión de datos no siempre fáciles de entender para quien carece de conocimientos especializados, lo que propicia la idea de que son irrelevantes y provocan la pérdida de atención. Es decir, el TS proclama la licitud de las cláusulas suelo condicionado a que se observe la especial transparencia exigible en las cláusulas no negociadas individualmente que regulen los elementos principales de los contratos suscritos con consumidores. Por ello, como última conclusión diremos:

TERCERO.- En base a la STS del 9 de mayo de 2013 el TS iniciaba una línea jurisprudencial por la cual entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al del equilibrio de las contraprestaciones, de tal forma que no cabe un control de precio. En otras palabras, no es posible someter al control de contenido a las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato. Sin embargo, la sentencia añade que el hecho que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de inclusión y transparencia. Lo cual nos induce a interpretar que el control de transparencia es un control independiente y separado del de inclusión y contenido, es decir, habría tres controles. Por su parte, como ya se ha mencionado, en las últimas sentencias 595, 596, 597 y 598/2020, del Tribunal Supremo, de fecha 12 de noviembre de 2020, matizan dicha interpretación y entiende que una cláusula que no es transparente también debe ser sometida al control de contenido, por lo que se habrá de un doble y sucesivo control.

Control de transparencia material y juicio de abusividad obedecen a criterios de valoración diferentes sin que la eventual falta de transparencia derivada de una deficiente información precontractual sirva, paralelamente, para concluir nada respecto del desequilibrio prestacional determinante de la abusividad. No cabe refundir en uno solo lo que son dos controles diferentes.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Guilarte, V (2020) “Nuestras Audiencias y el IRPH tras la STJUE de 3 de marzo de 2020 (II)” el almacén de derecho. Disponible en: <https://almacenederecho.org/nuestras-audiencias-y-el-irph-tras-la-stjue-de-3-de-marzo-de-2020-ii>

## 7. BIBLIGRAFÍA

Alfaro Águila-Real, J. (2010): “El control de la adecuación entre precio y prestación en el ámbito del derecho de las cláusulas predispuestas” en Salelles Climent, J. R; Guerrero Lebrón, M.J.; Fuentes Devesa, R (Coord.) El Foro de encuentro de jueces y profesores de Derecho Mercantil. Ed. Tirant lo Blanc, Valencia

Acedo Penco, A., C. (2011): “La ineficacia de los contratos”, en Derecho de contratos: cuasicontratos y responsabilidad contractual, Dykinson, Madrid, pp. 119-144.

Adela del Olmo (2020) artículo “La sentencia del TJUE sobre la cláusula IRPH ¿Resuelve el problema?”

Álfaro Águila-Real, J. (1991): “Las condiciones generales de la contratación” Madrid, Civitas,. pp. 100-101

Avilés García, J. (1998): “Cláusulas abusivas, buena fe y reformas del derecho de la contratación en España”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario; núm. 648, p. 1553.

Cámara Lapuente, S. (2013): "¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas?", en Cuadernos de Derecho transnacional, Vol 5, núm. 2, pp. 210-211, 219

Cañizares Laso, (2015): “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo.” Revista de derecho civil, vol.II, núm.3 pp.71 y 78

Carballo Fidalgo, M. (2013): "La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente." Ed. Bosch. Barcelona, p.21

Carranza Torres, L, R y Rossi, J.O., C. (2009): "Del señorío de la voluntad de la equivalencia de las prestaciones" en Derecho del consumidor: derechos y acciones de resguardo de los consumidores y usuarios, Alveroni Ediciones, Cordoba, p. 54

Carrasco Perera, A. (2013) "El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación" Revista CESCO de Derecho de Consumo, nº 7/2013. p175.

CECU (2007): Las cláusulas abusivas en la contratación electrónica. Informe. Disponible en: <https://datos.redomic.com/Archivos/Informes/I8.pdf>

Clavería Gosálvez, L. H. (2008); "Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas"; Barcelona: Bosch, pp. 17-19.

Cordero, E. (2013): "Cláusula suelo en préstamos hipotecarios: condiciones de validez y efectos de la nulidad (STS, Sala de lo Civil, de 9 de mayo de 2013)", Diario La Ley, Nº 8098, Sección Tribuna.

Díez-Picazo, L (2009): "El derecho civil patrimonial", en Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Introducción. Teoría del contrato, sexta edición, Thomson-Civitas, Madrid

Durany Pinch, S. (2002) "Disposiciones generales, art. 5, requisitos de incorporación", en Menéndez Menéndez, A., Díez-Picazo Y Ponce De León, L.:Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, Madrid, Civitas, p. 283 y 286

Guilarte, V (2020): Nuestras Audiencias y el IRPH tras la STJUE de 3 de marzo de 2020. El almacén de derecho. Disponible en: <https://almacenederecho.org/nuestras-audiencias-y-el-irph-tras-la-stjue-de-3-de-marzo-de-2010>

Guilarte, V (2020) “Nuestras Audiencias y el IRPH tras la STJUE de 3 de marzo de 2020 (II)” el almacén de derecho. Disponible en: <https://almacenederecho.org/nuestras-audiencias-y-el-irph-tras-la-stjue-de-3-de-marzo-de-2020-ii>

González Pacanowska (1999): “Artículo 5. Requisitos de incorporación” en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de Contratación, Ed. Aranzadi, Navarra, p. 185; 238; 1106-1108

Gutiérrez Moreno, A. “El carácter abusivo de la cláusula suelo: cuestión de equilibrio, no de transparencia” Disponible en: <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/clausula-suelo-equilibrio/#i-el-caracter-abusivo-de-la-clausula-suelo-por-su-contenido-el-desequilibrio>

Lasarte Álvarez,(2021) “Manual sobre protección de consumidores y usuarios”. Madrid, Dykinson, p 143

LLondrá Grimantl, F. (2002): “El contrato celebrado bajo condiciones generales.” Tirant lo Blanch, Valencia, pp 32-37

Martínez, C. (2003): “La Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, nueve años después: balances y perspectivas” en Cabanillas Sanchez, A. (2002) Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Diez-Picazo. Ed. Thomson Civitas, Madrid, p. 2491.

Menéndez, A., Díez-Picazo y Ponce de León, (2002): “Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación”, Madrid, Civitas, p. 894.

O’ Callaghan, X. (2000) “Las condiciones generales de los contratos y las cláusulas abusivas” en Herrera Campos, R. (editor) “Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada”; Granada: Universidad de Granada y Jaén: Universidad de Jaén, pp. 1361 a 1381

Orduña Moreno, J (2018). Conflegal. Disponible en: <https://conflegal.com/20181212-javier-orduna-moreno-la-transparencia-deberia-ser-considerada-como-un-principio-general-del-derecho/>

Pantaleón, F. (2020): “Transparencia material y cláusulas predispuestas accesorias” El almacén del derecho. Disponible en: <https://almacenederecho.org/transparencia-material-y-clausulas-predispuestas-accesorias>

Pantaleón, F (2020): “Sobre el artículo 4.2 de la Directiva 93/13” el almacén del derecho. Disponible en: <https://almacenederecho.org/sobre-el-articulo-4-2-de-la-directiva-9313>

Pantaleon, F (2020) “A propósito de las Conclusiones del Abogado General en el asunto de las transacciones sobre las cláusulas suelo” el almacén de derecho. Disponible en: <https://almacenederecho.org/a-proposito-de-las-conclusiones-del-abogado-general-en-el-asunto-de-las-transacciones-sobre-las-clausulas-suelo>

Pardo Gato, J. R. (2004) “Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión”; Madrid, Difusa, pp. 166 – 167.

Pértiñez Vílchez, F. (2013) “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, INDRET, núm. 3, pp. 10-13.

Orbe, K. “Artículo 1255 del Código Civil” Disponible en: <https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-civil-articulo-1255/>

Roncero Sánchez, A. (2014) “La Directiva comunitaria sobre contratación de créditos hipotecarios, protección del (futuro) prestatario y desatención del (actual) deudor hipotecario” en Alcalá Díaz, M. A. Hacia un nuevo modelo de mercado hipotecario. Dykinson, S.L. Madrid, pp. 48-49

### **Legislación empleada:**

**Directiva 93/13/CEE** sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores

**Ley 7/1998**, de 3 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC)

**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 (TRLGCU).

**Orden de 5 de mayo de 1994** sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.



**Jurisprudencia empleada:**

**STS nº406/2012** de 18 de junio.

**STS de 9 de mayo de 2013 (1916/2013)**

**STS núm. 86/2014**, de 26 de mayo.

**Sentencia 669/2017**, de 14 de diciembre, del Tribunal Supremo

**SENTENCIA DEL TJUE DEL 3 DE MARZO DE 2020**

**Sentencia 393/2020 de 4 de marzo** del Juzgado de Primera Instancia de Burgos

**Sentencia 214/2020 de 9 de marzo** del Juzgado de Primera Instancia de Lleida,

**Sentencia 359/2020 de 21 de abril** de la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga

**Sentencia 634/2020 de 24 de abril** de la Sección 15 de la Audiencia de Barcelona

**Sentencia 315/2020 de 13 de mayo** de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Tarragona.

**Sentencia 349/2020 de 14 de mayo** de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava

**Sentencia 693/2020 de 19** de junio de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Alicante

**Sentencia 936/2020 de 6 de julio** de la Sección 1ª 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

**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

**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;

**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;

**Sentencia 550/2020 de 18 de noviembre** del Juzgado de Primera Instancia de Córdoba.

**Sentencia 501/2020 de 20 de noviembre** de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Burgos

**Sentencia 1128/2020 de 3 de diciembre** del Juzgado de Primera Instancia de San Cristóbal de La Laguna

**Sentencia 335/2020 de 15 de diciembre de 2020** del Juzgado de Primera Instancia de Arrecife

**Sentencia 117/2020 de 16 de diciembre** de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Teruel.

**Sentencia 2513/2020 de 25 de noviembre** de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona