

1.5. Obligaciones y contratos

El TJUE y el IRPH: ¿Asunto finalmente resuelto?

EUCJ and IRPH: Is the matter finally resolved?

por

ROBERT REINHART SCHULLER

*Investigador predoctoral en formación FPI-UR/CAR 2022
Universidad de La Rioja*

RESUMEN: Las distintas cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE han tenido ciertos denominadores comunes, con sus variantes a lo largo del tiempo. Se pretende aunar en el presente comentario la jurisprudencia más reciente, con el fin de relacionarla con las demás resoluciones del TJUE, la normativa bancaria y así intentar extraer una serie de conclusiones. Conclusiones estas que podrían manifestar razones de peso para modificar la doctrina del TS.

ABSTRACT: *The various preliminary questions referred to the CJEU have shared certain common denominators, with their variations over time. This commentary seeks to consolidate the most recent case law to relate it to other CJEU decisions, banking regulations, and thereby attempt to draw a series of conclusions. These conclusions could potentially present compelling reasons to modify the doctrine of the Supreme Court.*

PALABRAS CLAVE: IRPH, diferencial negativo, Circular 5/1994, Circular 8/1990, nulidad, préstamo hipotecario, transparencia, carga económica.

KEYWORDS: *IRPH, negative differential, Circular 5/1994, Circular 8/1990, nullity, mortgage loans, transparency, economic burden.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. STJUE DE 12 DE DICIEMBRE DE 2024: 1. ANTECEDENTES DE HECHO. 2. CUESTIONES PREJUDICIALES CUARTA Y SEXTA A DÉCIMA Y, EN PARTE, QUINTA CUESTIÓN PREJUDICIAL, RELATIVAS AL CUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE TRANSPARENCIA. 3. PRIMERA Y SEGUNDA CUESTIÓN PREJUDICIAL. 4. TERCERA CUESTIÓN PREJUDICIAL. 5. CUESTIÓN PREJUDICIAL DECIMOQUINTA Y DECIMOSEXTA. 6. CUESTIÓN PREJUDICIAL DECIMOSÉP-

TIMA Y DECIMOCTAVA. 7. CUESTIÓN DECIMONOVENA Y VIGÉSIMA. 8. VIGESIMOPRIMERA CUESTIÓN PREJUDICIAL.—III. CONCLUSIONES.—IV RESOLUCIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia del TJUE se ha encargado de analizar, en seis ocasiones, el IRPH. Tres sentencias y tres autos, los cuales tuvieron por objeto ofrecer indicaciones a diversas incógnitas planteadas por los jueces españoles.

El objetivo perseguido a través del presente comentario consistirá en analizar la STJUE de 12 de diciembre de 2024, asunto C-300/23, para extraer las principales conclusiones en relación con la cláusula que incorpora el IRPH, así como su posible falta de transparencia y abusividad, según haya sido comercializado e insertado dicho índice en el contrato concreto que se analiza.

Sin embargo, para encajar las diferentes piezas del puzzle será necesario recordar ciertos pasajes de las anteriores resoluciones del TJUE, siempre en relación con el IRPH. Ahora bien, estas resoluciones han de ponerse en coordinación con la normativa bancaria, con el fin de analizar las obligaciones de las entidades bancarias y, en su caso, si el incumplimiento de tales obligaciones supuso que el consumidor no llegase a conocer la carga económica del contrato y, por ende, una imposibilidad de comparar, si así lo hubiere considerado necesario.

II. STJUE DE 12 DE DICIEMBRE DE 2024

1. ANTECEDENTES DE HECHO

El Juzgado de Primera Instancia N.º 8 de San Sebastián, ante las dudas que planteaba el caso concreto, decidió proceder a la suspensión del proceso y elevar una cuestión prejudicial al TJUE.

Cabe señalar que el contrato se firmó en el año 2006 y estaba indexado a IRPH cajas. En el auto que se remite al TJUE, el Juzgado de Primera Instancia puso de manifiesto que la definición, en la cláusula tercera bis, era incompleta por cuanto se omitió la parte final en la cual se especifica que dicho índice consiste en TAEs declaradas al Banco de España. Factor este para tener en cuenta, pues dicha parte especifica claramente que su composición no se genera por remisión de TINs sino TAEs¹; hecho este que podría ser relevante a efectos de entender el funcionamiento y composición del IRPH como tipo de referencia a elegir en un préstamo.

En el año 2022 el prestatario decide demandar con el fin de obtener la declaración de abusividad de la cláusula que incorpora dicho índice. Entiende el órgano remitente que el consumidor, en el caso concreto, no pudo comprender la carga económica de lo contratado, todo ello debido a la omisión de ciertos datos esenciales para la comprensión de la cláusula por la cual se establece el tipo de referencia contratado.

Otra de las claves que se ha observado en el planteamiento de la cuestión prejudicial radica en el diferencial aplicado. Sostiene el Juzgado que al ocultar información la entidad bancaria, con relación al diferencial negativo mencionado en la Circular 5/1994², al haberse ofrecido un diferencial menor; en comparación con otros tipos³, lo anterior ha inducido claramente a la contratación del índice en cuestión.

Por último, cabe subrayar que el Juzgado de Primera Instancia realizó veintidós preguntas al TJUE en orden a disipar las dudas planteadas con relación al contrato y cláusula que incorpora al IRPH.

2. CUESTIONES PREJUDICIALES CUARTA Y SEXTA A DÉCIMA Y, EN PARTE, QUINTA CUESTIÓN PREJUDICIAL, RELATIVAS AL CUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE TRANSPARENCIA

No se pronuncia sobre las cuestiones prejudiciales sexta a octava, pues tienen por objeto la interpretación de las observaciones del Abogado General. Desde el punto de vista de la transparencia, la pregunta se formula en relación con la publicación del índice en una norma administrativa, así como la divulgación periódica de los valores de dicho índice. En consecuencia, la pregunta fundamental consiste en descifrar si dicho carácter elimina el deber, de la entidad, de comunicar e informar acerca de la definición del índice, así como su evolución anterior.

Se observa también que el objetivo primario de la cuestión prejudicial que se comenta consiste en la comprensión de aquello que se contrata. Es decir, si la entidad actuó de forma transparente, aportando los elementos necesarios para que el consumidor, si lo considerase necesario, pudiera comparar con otras ofertas. Ante el déficit de información del consumidor, correspondería al profesional resolver dicha laguna, actuando de manera leal y equitativa.

El TJUE, en su considerando setenta y cinco, recuerda la importancia de que el consumidor tenga acceso a la información, antes de la celebración del contrato, sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de este. Este hecho se relaciona, nuevamente, con la posición de inferioridad en la que se encuentra el consumidor; así como la necesidad de que las entidades actúen y comercialicen sus diversos productos y servicios de forma transparente.

Es importante reseñar que el TJUE hace énfasis en la necesidad de que las entidades proporcionen a los consumidores información suficiente, de modo que estos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. Por lo tanto, se afirma en el considerando setenta y siete: *“A este respecto, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que se comunicaron al consumidor interesado todos los elementos que podían incidir en el alcance de su compromiso y que le permitían evaluarlo”*⁴.

Desde el punto de vista de la ponderación, este considerando deja una reflexión sugestiva: ¿existe algún argumento para que la omisión de información del diferencial negativo no constituya una falta de transparencia? Si se acude al llamado consumidor medio, atento y perspicaz, la mención del diferencial negativo o, al menos, su remisión a través de un apercibimiento respecto del contenido de la Circular permitiría una posible comparación, precisa, en el mercado. Esta comparación sería más realista al partir de un hecho relevante que afectaría a la posible contratación.

Sin embargo, del considerando número ochenta, se deduce que la falta de mención o remisión por parte de la entidad bancaria, en algunos casos, podría suplirse en virtud de que los datos resulten fácilmente asequibles⁵. No obstante, aquí nuevamente se debe recordar que para ello el consumidor medio no deberá llevar a cabo una labor que pertenecería al ámbito de la investigación jurídica.

Desde el punto de vista de la configuración del Boletín Oficial del Estado, es importante recordar que hasta el año 2009, en su modalidad online, no tenía un carácter oficial y auténtico⁶. Con lo cual, hasta dicho año solo la edición impresa gozaba de un carácter oficial y auténtico.

Ahora bien, el juzgador deberá plantearse y responder ante la omisión de información, por parte de la entidad bancaria: ¿en qué situaciones se llevaría a cabo, por parte de un consumidor medio, una investigación jurídica?

Para ello resultaría pertinente analizar si el contrato se remite únicamente a la Circular 8/1990, o también alude y reenvía a la Circular 5/1994. Si solo se mencionara la primera de ellas, la respuesta debería ser clara: se obligaría al consumidor medio, atento y perspicaz, a llevar a cabo una investigación de carácter jurídico. Pues debe recordarse que es la Circular 5/1994 la que introduce y define al IRPH. No obstante, si hubiera una doble remisión, solo se cumpliría con la transparencia necesaria en el caso de darse los presupuestos marcados por el considerando número ochenta y dos: *“Ahora bien, si bien tal publicación puede dispensar a un prestamista profesional de proporcionar a un potencial prestatario determinadas informaciones acerca de la cláusula que prevé la adaptación periódica del tipo de interés del préstamo propuesto, solo será así siempre y cuando, habida cuenta de la información públicamente disponible y accesible y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estuviera en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del método de cálculo del tipo de interés variable, en particular en la medida en que este método implique un índice de referencia, y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras?”*.

Lo relevante, después de la reproducción de dicho considerando, es la posibilidad de que el consumidor medio fuera capaz, a raíz de la remisión e información recibida, a proceder, si lo considerase necesario, a una comparación con otras modalidades ofrecidas en el mercado. Sin considerar factores como el *marketing*, un consumidor medio, atento y perspicaz, siempre buscará la oferta más económica y adecuada a sus características personales. Por lo tanto, resulta indispensable que la entidad le haya remitido, y en caso de imposibilidad de comprensión, le hubiera explicado, a través del suministro de información, los elementos fundamentales del índice que se pretendía contratar. Esto permitiría al consumidor medio comparar con el resto de las ofertas del mercado.

Un consumidor medio carece de conocimientos de matemáticas financieras, por lo que lo relevante es que pueda comparar, atendiendo a determinados elementos, qué índice le conviene más. Para ello, resulta útil verificar el comportamiento que diversos índices han tenido en el pasado, así como los diferenciales que suelen aplicarse a estos una vez conocida la TAE en la que se ha movido durante los últimos tiempos⁸.

El objetivo perseguido a través de la normativa consumerista no consiste en que el consumidor compare, sino que efectivamente cuente con los elementos pertinentes, para si lo considerase necesario, proceder a comparar con otras ofertas del mercado. Es por ello por lo que la incorporación del IRPH, en el caso concreto, se debe analizar no desde el punto de vista subjetivo del consumidor concreto, sino objetivamente, partiendo del canon del consumidor medio, atento y perspicaz.

Retomando la mención de las Circulares, según como se interprete, podría llegar a diferenciarse entre contratos celebrados antes del 2009 y con posterioridad a dicho año. En el segundo caso, se diría que la mera remisión a la Circular 8/1990 debería ser suficiente, ya que en el BOE se recogerá que esta ha sido modificada por la 5/1994. Sin embargo, esta distinción sufre de una tacha, pues son sendas las modificaciones y derogaciones llevadas a cabo. Por lo tanto, en esta situación, el consumidor medio debería llevar a cabo una investigación jurídica, buscando en qué modificación aparecería la mención al índice que contrata. Esto implica que la entidad, en todos los casos, debería haber mencionado que dicho índice se encuentra definido por la Circular 5/1994, que modifica la Circular 8/1990⁹. Este debería ser el punto de partida.

El órgano judicial debería plantearse: ¿es suficiente dicha remisión para que el consumidor medio, atento y perspicaz, pueda comprender aquello que contrata? Si la respuesta es negativa, la siguiente incógnita, sin menospreciar el contenido de las Circulares y Órdenes, con relación a la información a proporcionar, sería: ¿cuál es el contenido mínimo, a proporcionar, para que un consumidor medio pueda comparar? En otras palabras, la información y explicación para que la entidad hubiera cumplido con el principio de transparencia, el cual busca que un consumidor sea capaz de discernir, de modo que pueda comprender la carga económica y jurídica de lo que contrata.

Desde esta perspectiva, se entiende que, al menos desde una óptica económica, la entidad debió poner de manifiesto la necesidad de aplicar un diferencial negativo¹⁰, así como indicar dónde podría encontrarse información que permitiera comparar valores históricos entre diversos índices. Sin embargo, la mera remisión no podría considerarse suficiente. Como se verá a continuación, la normativa bancaria establece una serie de requisitos para asegurar que el contratante pueda comprender lo que contrata y optar por el índice que más le convenga. Esta perspectiva permite entender el punto de vista del TJUE de manera diferente. En otras palabras, no basta una mera remisión, aunque podría considerarse suficiente si los datos fueran fácilmente accesibles. Lo anterior debe ponerse en relación con la normativa bancaria, de modo que una mera remisión podría haber sido suficiente, pero en ese casollegaría a contravenir la normativa bancaria en materia de información. ¿Cuáles serían las consecuencias de tal hecho? ¿Tendría el incumplimiento de una norma administrativa algún efecto en materia civil?

Entiéndase que la reglamentación bancaria busca que el contratante pueda hacerse una mejor idea de lo que contrata, así como disponer de la información necesaria para comparar y decidir. Por lo tanto, una mera remisión normativa, siguiendo el estándar del consumidor medio en lugar de uno concreto, podría ser insuficiente si se tiene en cuenta el índice a contratar, así como también la reglamentación bancaria¹¹.

Atendiendo a la normativa bancaria, ya en la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito, en su preámbulo, se puso de manifiesto la importancia de que la proporción de una mejor información a la clientela coadyuve a una mayor competencia entre las entidades. Por otro lado, en lo que aquí interesa, en la Orden citada *ut supra*, en su Capítulo I, norma séptima, se establece: “Adicionalmente, en los casos en que sea obligatoria la entrega del documento contractual, o cuando así lo solicite el cliente, las Entidades de crédito harán constar en el mismo, separadamente y a efectos informativos, con referencia a los términos del contrato y al importe efectivo de la operación, la equivalencia entre la suma de intereses, comisiones y gastos repercutibles, con exclusión de los impuestos y gastos suplidos a cargo del cliente, y un tipo de interés efectivo anual postpagable. La fórmula utilizada para obtener la citada equivalencia deberá hacerse explícita, ya sea directamente o por referencia al «Boletín Oficial del Estado» en que se hubiera publicado la circular del Banco de España en que se contenga”. Claro está, en el presente caso mención explícita a ambas Circulares, pues de lo contrario se obligaría al consumidor medio a llevar a cabo una investigación de carácter jurídico.

Desde el punto de vista informativo, es pertinente lo establecido en la norma quinta de la Circular 8/1990, que establece lo siguiente: “Las Entidades dispondrán, en todas y cada una de las oficinas abiertas al público, de un tablón de anuncios permanente, que se situará en lugar destacado de forma que atraiga la atención del público, y su contenido, resulte fácilmente legible”. Lo cual permite preguntarse, existió dicho tablón y, en su caso, si este podría suplir la remisión expresa a la Circular 5/1994. En otras palabras, que en dicho tablón existiera mención expresa a las modificaciones efectuadas a la Circular 8/1990; algo poco probable.¹²

En la norma novena de la Circular 8/1990 existe un elemento de interés, en esta norma se regula la publicidad y se expresa: “La publicidad de las Entidades de Crédito, para ser autorizada, deberá, presentar al público, con claridad, precisión y respeto de la competencia, las características de la oferta financiera, debiendo contener una descripción suficiente del producto ofertado, que muestre los aspectos más significativos del mismo”. Otra duda que surge a raíz de este precepto es: ¿debió denegar, el Banco de España, la autorización de publicidad referida a IRPH? Es decir, si se partiera del diferencial negativo como una recomendación, que la omisión de dicho diferencial negativo fuera motivo de denegar la publicidad. Sin embargo, no parece adecuada tal postura, pues más que en la publicidad, el subrayado y alusión a dicho diferencial negativo debería producirse con anterioridad a que el consumidor quede obligado contractualmente. Desde el punto de vista de la comercialización constituiría un efectivo fracaso el decir, aplico un diferencial positivo pero el Banco de España recomienda la utilización de un diferencial negativo¹³. Es obvio que en ese caso cualquier consumidor atento y perspicaz se alertaría, preguntaría el porqué de dicho desvío, y buscaría los elementos necesarios para poder comparar con otras ofertas del mercado. Pues en caso contrario, de no advertir tal hecho, incluso un consumidor medio, atento y perspicaz, no se percataría, pues psicológicamente la aplicación de un diferencial menor ya le habría convencido de que dicho índice es más atractivo.

Siguiendo con los parámetros informativos, así como el objetivo perseguido a través de la remisión de dichos datos, en el preámbulo de la Circular 5/1994 se

dice: “Dentro de las normas de la Orden destaca la obligación de facilitar a la cliente la un folleto informativo¹⁴ donde se incluyen detalladamente las condiciones comunes a las operaciones de préstamo hipotecario practicadas por la entidad. El fomento de la capacidad de elección de la clientela a que responde esa medida no debe hacer olvidar que las referencias del folleto a los tipos de interés aplicables o a la cuantía máxima del préstamo, entre otras condiciones, tienen simple carácter orientativo; su entrega no merma la libertad de las entidades para denegar el préstamo o fijar, en su oferta al cliente que sí tiene carácter vinculante, las condiciones de precio y cuantía que aconseje la consideración individualizada del riesgo en que ha de incurrir”.

Desde el punto de vista de la definición, se entiende, según el Anexo tercero, norma tercera bis, de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, que la mera reproducción de la definición del IRPH, según el tipo que se contrate, sería suficiente. Quiere decirse con esto, el legislador ha dispuesto, en relación con los intereses variables, una forma determinada de expresión, que sin embargo contiene una norma/cláusula del estilo, en la norma 3.^abis del Anexo II, en el que se estipula: “d) De cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho”. Claro está que una reproducción parcial de la definición contenida en la Circular 5/1994 no cumpliría con el propósito citado anteriormente.

Por otro lado, podría decirse que el fundamento¹⁵ de la aplicación del diferencial negativo tiene su lugar en el apartado segundo, letra b, del apartado segundo, de la norma tercera bis del Anexo II, Orden de 5 de mayo de 1994, donde se refleja que: “b) Cuando el tipo de interés: de referencia corresponda a operaciones cuya periodicidad de pagos sea distinta a la del préstamo objeto del contrato (por ejemplo, que el tipo de referencia esté definido como un tipo efectivo anual y el préstamo tenga pagos mensuales) o incluya conceptos (por ejemplo, comisiones) que estén previstos como concepto independientemente en el préstamo objeto del contrato, se indicará si debe efectuarse algún ajuste o conversión en el tipo de interés de referencia antes de calcular el tipo de interés nominal aplicable, definido según la fórmula descrita en el apartado 1 de esta cláusula 3.^abis¹⁶”.

Efectivamente, la posibilidad de comparar¹⁷ vuelve a ser el centro de la transparencia; sin embargo, tal hecho ya aparecía en el preámbulo de la Orden de 5 de mayo de 1994, donde nítidamente se manifiesta: “La Orden, cuya finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos. Téngase presente que la primera premisa para el buen funcionamiento de cualquier mercado, y, a la postre, la forma más eficaz de proteger al demandante de crédito en un mercado con múltiples oferentes reside en facilitar la comparación¹⁸ de las ofertas de las distintas entidades de crédito, estimulando así la efectiva competencia entre éstas”.

Tampoco cabe olvidar que en dicha Orden se menciona: “Pero la Orden, además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De

*ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pacto, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario*¹⁹".

La normativa bancaria traída a colación permite aseverar que la entidad comercializadora estaba obligada, de informar, dada su especial trascendencia, de la necesidad de aplicar un diferencial negativo²⁰. Pero también cumplir, de la forma que lo establece la Orden de 5 de mayo de 1994 y la Circular 5/1994 con la confección del folleto informativo, el cual debería incluir una evolución pasada del índice para así poder comparar con otras ofertas en el mercado. Estos dos elementos son claves para entender que un consumidor medio pudo conocer la carga económica y jurídica de lo que se propuso contratar.

3. PRIMERA Y SEGUNDA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Respecto de la primera y segunda cuestión prejudicial, el TJUE sostiene que el Tribunal remitente pregunta en relación con el diferencial negativo, su no aplicación y su relación con el carácter eventualmente abusivo debido a su falta de aplicación. Entiende el TJUE, según los datos que se remiten mediante la cuestión prejudicial, que dicho diferencial negativo sí que se venía aplicando en el supuesto de contratos en el que el objeto lo constituye una VPO²¹.

El TJUE recuerda que, para proceder a dicho análisis, es necesario en primer lugar que la cláusula en cuestión no cumpliera con los requisitos de transparencia. Ahora bien, es interesante remarcar, que la falta de mención o inclusión de un elemento, del cual el legislador llamó la atención mediante preámbulo y desarrollo en el Anexo, constituye per se una falta de transparencia, pues se ocultó un elemento que afectaría a la carga económica del contrato.

En este sentido, a pesar de la dificultad que entrañan los elementos esenciales del contrato y su juicio de abusividad, el TJUE reitera que, ante una falta de transparencia, al tratarse de un elemento esencial del contrato, procede verificar si: *"contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato"*.

Asimismo, el TJUE recalca que se cumplirá con las exigencias de la buena fe cuando: *"el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual"*²².

En relación con el desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deberá tenerse en cuenta el Derecho nacional supletorio para comparar si la cláusula en cuestión deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la contemplada por el Derecho nacional²³.

El TJUE, al otorgar su respuesta en el considerando ciento dieciséis, parece relacionar y atribuir potencialmente una abusividad directa a la falta de información, siempre que esta no sea suficientemente accesible, respecto a la necesidad de aplicar un diferencial negativo. Puede apreciarse, si se sigue este cauce, una senda similar al de las cláusulas suelo. En otras palabras, la cláusula que incorpora el

IRPH no es transparente al ocultar, de forma subrepticia, información respecto al diferencial negativo, lo que supone que al consumidor se le privara de la oportunidad de realizar una comparación realista, dando lugar a una abusividad directa. Podría incluso llegar a sostenerse que, desde el punto de vista de la buena fe, hubiera sido necesario explicar que debió aplicarse un diferencial negativo, ya que de no hacerlo este siempre sería más caro que otras alternativas como el Euribor. Ahora bien, las diferencias son notorias: en el caso de las cláusulas suelo, el consumidor se representó un préstamo con un tipo variable; sin embargo, en el IRPH ni siquiera puede tratarse de una representación cuando el diferencial negativo se trata de una información desconocida para el consumidor.

Esta pauta es sugestiva, ya que evita realizar una comparación de precios, lo cual no parece del todo correcto, pues estos deberían configurarse según las reglas de la competencia en el mercado, todo ello en línea con las normas que pudieran haber dictado las autoridades al respecto. El criterio defendido en este comentario es que la falta de transparencia en relación con los elementos esenciales del contrato, como sería el precio, no debería lugar a un posterior juicio de abusividad sino a su falta de incorporación²⁴. Lo cual traería siempre un debate relevante, el de la necesidad, si así fuera en el caso concreto, de acudir al Derecho supletorio²⁵.

4. TERCERA CUESTIÓN PREJUDICIAL

La tercera cuestión prejudicial plantea, fundamentalmente, los efectos de las cláusulas de gastos declaradas nulas judicialmente. Su importancia radica en el método de composición del IRPH, el cual se fórmula a raíz de diversas TAEs comunicadas al Banco de España. Claro está que, si determinados componentes de estas TAEs han sido declarados nulos, por abusivos, y consecuentemente se ha restituido la cantidad abonada indebidamente, supone que existan ciertos componentes erróneos en la composición del índice incorporado a un contrato de préstamo²⁶.

Para el TJUE la nulidad de tales cláusulas de gastos no puede suponer la radical consecuencia de la nulidad total del contrato, con lo cual afirma en su considerando número ciento veintitrés, que: *“Por lo demás, la circunstancia de que, en las TAE de los contratos tomados en consideración para calcular los valores sucesivos de un índice, algunos elementos puedan resultar de cláusulas contractuales que se revelan, a posteriori, abusivas no puede ni poner en tela de juicio el carácter de referencia oficial de este índice ni afectar retroactivamente a la validez de una cláusula de otro contrato que se remita a ese índice. En efecto, del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 y de su artículo 3, tal como han sido interpretados por el Tribunal de Justicia, se desprende que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe hacerse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión”*.

Sin embargo, tampoco parece cerrar la oportunidad, en el marco del Derecho nacional, de una corrección económica del contrato. Es decir, que se pueda adaptar el contrato y, por lo tanto, restituir las cantidades abonadas indebidamente, de acuerdo con la composición del índice en cuestión. Esto implicaría que el prestatario podría reclamar no solo los gastos hipotecarios abonados indebidamente al

formalizar el contrato de préstamo, sino también aquellas cantidades que elevaron sus cuotas, ya que su índice estaba compuesto por elementos que no siguieron la senda correcta para ser atribuidas al consumidor.

Ahora bien, se desconoce qué incidencia económica y repercusión podría tener esta posible corrección. Otra cuestión que surge a raíz de esta cuestión prejudicial es si, en caso de haberse aplicado el diferencial negativo, este posible desequilibrio se hubiera visto evitado, evitándose así una duplicidad de pagos.

5. CUESTIÓN PREJUDICIAL DECIMOQUINTA Y DECIMOSEXTA

Esta cuestión vuelve a tener conexión con el art.1.2 de la Directiva 93/13, y se recuerda que dicho índice (IRPH) no entra dentro de tales excepciones. Por otro lado, tiene relación con la buena fe del predisponente, con lo cual se procede a una remisión a los anteriores considerandos y apartados.

Nuevamente se recuerda la importancia de la transparencia, y que la omisión de esta puede ser un factor importante de cara al juicio de abusividad. Conviene decir que en el considerando ciento veintinueve se expresa: *“en el supuesto de una cláusula relativa al cálculo de los intereses correspondientes a un contrato de préstamo, estando el consumidor bien informado acerca de todos los elementos presentes en el método de cálculo del tipo de interés y pudiendo este evaluar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras”*.

Puede manifestarse que esta cuestión prejudicial supone una reproducción respecto del contenido de la primera y segunda cuestión prejudicial. Pues tras el análisis de la buena fe, el TJUE vuelve a invitar a la comparación económica con distintos índices, para así poder valorar la abusividad de la cláusula que incorpora el IRPH. De modo que se dice: *“es también pertinente comparar el método de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por esta cláusula y el tipo efectivo resultante con los métodos de cálculo generalmente aplicados y, en particular, con los tipos de interés²⁷ aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró ese contrato a un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los de dicho contrato”*. Sin embargo, a dicha comparación deberá añadirse también el diferencial que suele aplicarse en cada tipo de índice.

Con lo cual, responde a esta cuestión prejudicial con que no cabe una presunción de la buena fe por el mero hecho de que se trate de un índice oficial.

6. CUESTIÓN PREJUDICIAL DECIMOSÉPTIMA Y DECIMOCTAVA

Nuevamente se trata de una cuestión similar, pues se centra en la abusividad y en lo que debe hacerse para determinar si hay un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. El TJUE recuerda, que anteriormente ya respondió, en el considerando ciento catorce sobre la necesidad de comparar los métodos de cálculo y el tipo efectivo resultante de los índices, así como otros utilizados de forma más mayoritaria. Al final se trata de una comparación del precio resultante, lo cual resulta erróneo²⁸, pues, directamente debería hablarse de abu-

sividad, pues se imposibilitó comparar²⁹. Con lo cual, de haberlo sabido el consumidor, quizás hubiera elegido una opción que le hubiera parecido más atractiva y económica; teniendo en cuenta la TAE de diferentes propuestas³⁰. Al final tampoco es idóneo comparar el método de cálculo, pues se trata de fórmulas matemáticas, las cuales han de aplicarse racionalmente. El problema también reside en la dificultad de entender, desde un punto de vista abstracto, con una comprensión plena, para un consumidor medio, la composición de cada uno de los elementos de estos índices³¹. Claro está, la buena fe reside en demostrar un cuadro comparativo entre diversos índices. Lo cual resulta útil y certero, y por ello el legislador estableció la obligación de aportar un folleto junto con la inclusión³², comparativa, de otros índices y su evolución en los dos años anteriores.

Y dice en el considerando 138: *“Resulta, además, del apartado 132 de la presente sentencia que, por lo general, la existencia eventual de un desequilibrio en detrimento del consumidor derivado de una cláusula que tiene por objeto el cálculo de los intereses relativos a un contrato de préstamo depende esencialmente, en definitiva, no del propio índice de referencia, sino del tipo de interés que resulta efectivamente de esta cláusula habida cuenta del diferencial positivo aplicado al valor de ese índice con arreglo a dicha cláusula”*.

7. CUESTIÓN PREJUDICIAL DECIMONOVENA Y VIGÉSIMA

Las cuestiones tienen por objeto las consecuencias, en caso de declaración de abusividad de la cláusula que incorpora el IRPH, y las posibles actuaciones a llevar a cabo por el juez nacional. Para el juez que plantea la cuestión prejudicial, al analizar la posible sustitución del IRPH se encuentra con que la Ley 14/2013 establece, como índice supletorio, una de las modalidades del IRPH³³. Aquí intervienen varios factores que deberían tomarse en consideración, en primer lugar, si las partes hubiesen pactado, expresamente, un índice supletorio. En segundo lugar, de no haber mediado pacto, correspondería indagar lo que se establece en el Derecho supletorio³⁴. Pero no puede dejarse en el olvido la propia facultad del consumidor, quien podría elegir la restitución de lo recibido y por ende la finalización anticipada, por nulidad del contrato, del contrato de préstamo. De forma que tal aclaración es fundamental, puesto que será el consumidor quien elija si procede la integración del contrato o la nulidad de este.

Desde un punto de vista jurídico, debe tenerse en cuenta que el TJUE recuerda su doctrina sobre la no integración del contrato, así como tampoco la reducción conservadora de las cláusulas abusivas. Ahora bien, no olvida la regla por la cual el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la supresión de la cláusula abusiva, salvo que, en virtud del Derecho nacional, tal persistencia sea imposible. Surge una pregunta sugestiva, al contemplar el CC español, en su art.1740, que el préstamo pueda ser gratuito u oneroso. Con lo cual, podría surgir la idea de que realmente no exista una laguna en el contrato, por cuanto el propio ordenamiento jurídico contempla la posibilidad de que se celebren préstamos gratuitos.

Es más, en cuanto sea compatible con el Derecho español, dicha consecuencia reforzaría el efecto disuasorio tan perseguido a través de la Directiva 93/13.

Claro está, el debate aquí planteado difiere de otras situaciones ya analizadas y con recorrido consolidado, como, por ejemplo, la abusividad del interés de demora. Nadie duda, sin perjuicio de ciertos debates doctrinales, que dicho contrato puede persistir sin la cláusula que regula los intereses de demora. Sin embargo, la situación toma otro cariz cuando de elementos esenciales del contrato se trata.

Lo cual complica que pueda imaginarse, por parte de un comerciante, su disposición a prestar de forma gratuita³⁵. Tampoco la normativa de usura prevé que el contrato siga siendo válido, sino que, una vez apreciada la usura, obliga a la inmediata restitución del capital recibido. Ahora bien, ¿podría interpretarse de forma más flexible tal cuestión en materia de consumo? Es decir, que no deba restituirse el capital, sino que el préstamo siga su cauce hasta su finalización, pero devengando cero intereses retributivos³⁶.

El TJUE sostiene que corresponderá al órgano nacional comprobar, si efectivamente, dicha disposición tiene una naturaleza supletoria³⁷. De no apreciar tal naturaleza, el Tribunal nacional podrá recurrir al art.1258 del CC con el objeto de proceder a la integración contractual³⁸, de modo que conforme a la buena fe y los usos del mercado podría ser viable que el contrato siga siendo válido y eficaz, aplicándose en ese caso el Euribor como índice sustitutivo.

Sin embargo, podría ser más viable, si el consumidor pudiera, que se declarase la nulidad total del contrato, pues difícilmente se aceptara, por los Tribunales, que este pueda subsistir sin la percepción, a favor del prestamista, de un interés retributivo. Al final de lo que se trata es de la inaplicación de un diferencial negativo (entre otras cosas), con lo cual, en principio, de aplicarse el diferencial negativo, se cumplirían las expectativas del consumidor. Se dice que lo más racional consiste en que el consumidor optara por la finalización anticipada del contrato debido a la propia disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013. Es decir, según la fórmula de sustitución el diferencial resultante no sería uno parecido a los recogidos en la Circular 5/1994, sino de los comunicados, durante todos estos períodos, por las entidades financieras. Quiere esto decir que el consumidor lograría la aplicación del IRPH entidades con un diferencial parecido al que ha tenido inicialmente. Esto no corregiría que dicha TAE se situara por encima del mercado, con lo cual, desde un punto de vista racional no sería una decisión coherente.

8. VIGESIMOPRIMERA CUESTIÓN PREJUDICIAL

Se pregunta esencialmente sobre la compatibilidad de la Directiva 93/1 con la aplicación de intereses legales desde el momento en que el consumidor dispuso de dicha cantidad. En otras palabras, si el prestamista tuviera derecho al interés legal del dinero como consecuencia de la restitución de las cantidades y la pérdida del interés retributivo.

Responde el TJUE en su considerando ciento sesenta y uno, de forma que dice: *“la compatibilidad con el Derecho de la Unión de normas nacionales que regulen esas consecuencias depende de si tales normas, por un lado, permiten restablecer de hecho y de Derecho la situación en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicho contrato y, por otro lado, no ponen en peligro el efecto disuasorio”*.

rio perseguido por la Directiva 93/13". Lo cual no se cumpliría en el presente caso puesto que la percepción de un interés legal, sería presumiblemente superior al IRPH, al menos en algunos períodos. De modo que finaliza afirmando: *"Pues bien, conceder a una entidad de crédito el derecho a solicitar al consumidor una compensación que exceda del reembolso del capital transferido en cumplimiento de dicho contrato y, en su caso, del pago de intereses de demora podría menoscabar el efecto disuasorio perseguido por la Directiva 93/13"*.

No obstante, no cierra la posibilidad de: *"La posibilidad de que el profesional perciba tales intereses de demora debe entenderse referida a los intereses debidos a partir de un requerimiento de devolución de las cantidades recibidas en cumplimiento del contrato anulado"*.

III. CONCLUSIONES

La doctrina del TJUE sobre elementos esenciales, falta de transparencia y posterior juicio de abusividad puede no ser la más adecuada. En supuestos de hecho en los cuales la falta de transparencia se refleja en el precio, el debido control de abusividad conduciría a una comparación de precios, lo cual supondría la utilización de aquel método que pretendía evitarse a través de la redacción del art.4.2 de la Directiva 93/13.

Es necesario separar el control de transparencia y abusividad, de modo que, ante una falta de transparencia la cláusula en cuestión deba entenderse nula.

El TJUE ha subrayado, una vez más, la importancia de la transparencia para garantizar la comprensión de la carga económica y jurídica, permitiendo así que el consumidor, si lo desea, pueda comparar opciones en el mercado.

Sin embargo, pese a la claridad de algunos pronunciamientos, corresponderá a los Tribunales nacionales interpretar la importancia de la omisión, del diferencial negativo, así como de otros datos. Datos estos que tienen relación con la definición del propio índice y, si en su caso, se hubiera remitido a la Circular concreta para acceder al contenido íntegro de dicha definición.

Ahora bien, aunando lo dispuesto en la normativa bancaria y la doctrina del TJUE, una mera remisión no sería suficiente para garantizar la comprensión que se exige. Para ello podría hablarse de la necesidad de que se hubiera suministrado la información de forma reforzada, que es el objetivo perseguido por la normativa bancaria, pero también por el TJUE.

Las incógnitas para descifrar consistirán en el valor que se otorgue a dichas omisiones, no solo en relación con la falta de transparencia, sino también en la posible apreciación de una abusividad directa. Corresponderá al TS establecer pautas que permitan evaluar, caso por caso, la inexistencia de transparencia y posible abusividad.

Asimismo, se ha destacado en este comentario la utilidad de que una falta de transparencia en elementos esenciales del contrato no conduzca al juicio de abusividad, sino directamente a la nulidad de la cláusula intransparente.

Por último, otra cuestión que tiene relevancia y que ha de contar con un pronunciamiento es la propia naturaleza jurídica de dichas Circulares. Lo anterior

podría permitir la aplicación del art.8 de la LCGC por contravención de normas imperativas.

IV. RESOLUCIONES

- STS 241/2025 de 30 de enero y STS 242/2025 de 30 de enero
- STJUE de 20 de marzo de 2025, asunto C-365/23
- STJUE de 12 de diciembre de 2024, asunto C-300/23.
- STJUE de 23 de noviembre de 2023, asunto C-321/22
- STJUE de 13 de julio de 2023, asunto C-265/22.
- ATJUE de 28 de febrero de 2023, asunto C-254/22.
- ATJUE de 17 de noviembre de 2021, asunto C-655/20.
- ATJUE de 17 de noviembre de 2021, asunto C-79/21.
- STJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/2018.
- STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16
- STS 564/2020 de 27 de octubre

NOTAS

¹ Una diferencia entre el tipo de interés nominal y tasa anual equivalente puede verse en el siguiente enlace: <https://cliente bancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productos-servicios/relacionados/tipos-interes/guia-textual/latae/tae-prestamo.html>. Por otro lado, basta recordar que el IRPH constituye una media de TAEs en la cual cada entidad tenía el mismo peso en la configuración del IRPH.

² Circular 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la Circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. En adelante, Circular 5/1994 y Circular 8/1990.

³ En la práctica el IRPH, a diferencia del Euribor, siempre ha venido acompañado de un diferencial menor. Hecho este que de una forma u otra podría haber influido en la decisión de optar por un índice u otro.

⁴ Es útil remitir el contenido de este considerando a la undécima nota, por cuanto lo dicho en esta nota completaría el significado de este considerando.

Puede resaltarse que la traducción de este considerando no es la más pertinente. Para ello resulta útil remitirse a la STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16. En el considerando cuarenta y siete de esta sentencia se estipula: “*Más concretamente, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trata, se comunicaron al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo*”. Esto debe relacionarse con el diferencial negativo del Anexo de la Circular 5/1994. Pues de lo que se expresa en este considerando, se considera que el diferencial negativo tenía, en estos contratos, una naturaleza de información esencial.

⁵ Por ejemplo, también se valora si los datos son fácilmente accesibles en los considerandos veintiocho, treinta y treinta y cuatro del Auto TJUE de 17 de noviembre de 2021, asunto C-79/21; o Auto TJUE de 28 de febrero de 2023, asunto C-254/22, considerando cuarenta y cuatro. Asuntos relativos al IRPH.

⁶ Tal consideración se encuentra en el siguiente enlace:

https://www.boe.es/informacion/aviso_legal/index.php

⁷ Menciona esta sobre la comprensibilidad que aparece en la STJUE 3 de marzo de 2020, asunto C-125/2018, en el considerando 51, o en el 48 del Auto TJUE de 28 de febrero de 2023, asunto C-254/22. Por otro lado, los términos precisión y comprensibilidad deben aludir a que se indicó de forma exacta dónde se encuentra el índice que se pretendía contratar, pero también si se suministró de forma precisa y comprensible la información suficiente para poder comparar. Terminología esta que no le es ajena al TJUE, pues, por ejemplo, alude a criterios precisos y comprensión en los considerandos cincuenta, setenta y nueve y ochenta y dos, de la STJUE de 12 de diciembre de 2024, asunto C-300/23.

⁸ En otras palabras, el consumidor atenderá al TIN aplicable, el cual se forma por el índice de referencia más el diferencial, así como la TAE, que contiene lo anterior, así como gastos y comisiones. Entender estos conceptos, así como diversos factores que pueden incidir en la fluctuación del índice es fundamental para contratar con pleno conocimiento.

⁹ Pues, a diferencia de lo que se apreció en el considerando 53 de la STJUE 3 de marzo de 2020, asunto C-125/2018, los elementos principales relativos al cálculo del IRPH no resultaban fácilmente asequibles para cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo, pues el mismo TJUE, debido a la información recibida, yerra al decir que la definición y elementos de las diversas modalidades de IRPH se encuentran en la Circular 8/1990. Hecho este que se ha demostrado que no resulta ser así, por cuanto la definición y las bases del IRPH se encuentran en la Circular 5/1994.

¹⁰ No se valora si desde un punto de vista jurídico la aplicación de un diferencial negativo constituye una mera recomendación u obligación. Tampoco el TJUE se puede pronunciar sobre tal factor, pues será el juez nacional el encargado de interpretar el valor del preámbulo y del Anexo IX de la Circular 5/1994, la cual recoge diferentes diferenciales según la duración

del contrato y otros datos; también una fórmula para los casos que no encajasen en la tabla del anexo. Tampoco cabe olvidar que el diferencial negativo ya se mencionó en la cuestión prejudicial resuelta por la STJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/2018. Pues el Juzgado, en su segunda cuestión prejudicial aludió a: *“Explicar cómo se configura [...] el tipo de referencia, es decir, informar que este índice incluye las comisiones y demás gastos sobre el interés nominal, que se trata de una media simple no ponderada, que el profesional [debe] conocer y transmitir que [debe] aplicar un diferencial negativo y que los datos proporcionados no son públicos, en comparación con el otro habitual, el euríbor”*. Sin embargo, el TJUE no llevó a cabo una valoración directa. Por lo tanto, podría decirse que hasta este momento no se ha puesto de relieve como un elemento esencial de cara a la comprensión del índice que se contrata el debatido diferencial negativo. De la misma manera, el diferencial negativo se vuelve a mencionar en las cuestiones prejudiciales analizadas por el Auto TJUE de 28 de febrero de 2023, asunto C-244/22, o Auto de 17 de noviembre de 2021, asunto C-655/2020. Igualmente, con mayor claridad el TJUE menciona, en numerosas ocasiones, el diferencial negativo en la STJUE de 13 de julio de 2023, asunto C-265/22.

¹¹ Postura esta que resultaría coherente con lo expresado en algún considerando por el TJUE. Por ejemplo, en la STJUE de 3 de marzo de 2020, en el considerando cincuenta y cinco, donde se estipula: *“Por consiguiente, el juzgado remitente deberá comprobar si en el contexto de la celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal Bankia cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional”*. Idea que se repite en el considerando veinticinco del Auto TJUE de 17 de noviembre de 2021, asunto C-79/21. También en el considerando treinta del Auto TJUE de 17 de noviembre de 2021, asunto C-655/20; considerando cuarenta y cinco del Auto TJUE de 28 de febrero de 2023, asunto C-254/22. Por otro lado, es importante tener en cuenta que, aunque el TJUE aluda en la STJUE de 12 de diciembre de 2024, asunto C-300/23, que la información podría resultar fácilmente accesible, lo anterior parece ser que no sería óbice para que se cumpla lo dicho en esta nota. En otras palabras, el TJUE repite esta idea en el considerando noventa y dos, de la sentencia objeto de análisis, haciendo referencia a la necesidad de que se cumpla, en el caso concreto, la normativa nacional. Este hecho, como bien se sabe, corresponde al juez nacional verificarlo.

¹² Además, dicha norma únicamente operaría en el ámbito de la publicidad, que puede ser tenida en cuenta, pero no en el proceso de información precontractual de un cliente que ya decidió contratar. La diferencia es clara, el tablón se dirigiría a un público indeterminado, mientras que aquí se discute la información precontractual respecto de sujetos que decidieron contratar un préstamo indexado a IRPH.

¹³ También que las propias entidades modulen dicho diferencial, según el caso, en función del perfil del prestatario.

¹⁴ Téngase en cuenta que el art.3 de la Orden de 5 de mayo de 1994 debe completarse con su art.1.3, precepto este donde se estipula el límite cuantitativo para que la remisión de dicho folleto sea obligatoria.

¹⁵ Sin olvidar la mención explicativa del preámbulo de la Circular 5/1994.

¹⁶ No obstante, esta norma no reflejaría únicamente la realidad de un diferencial negativo, pues el ajuste podría considerarse de otro modo. Sin embargo, el ejemplo idóneo es el IRPH por su composición TAE, de modo que mediante esta norma se pretende evitar la duplicidad de pagos, por ejemplo, restar determinadas cantidades para evitar que se abonen comisiones dos veces; una que viene en la composición del índice y, la otra, la propia del prestatario para recibir el préstamo. Sin embargo, este ajuste parece que se conseguiría de forma idónea a través de la aplicación de un diferencial negativo.

¹⁷ Factor este esencial que aparece a lo largo de los pronunciamientos del TJUE en la materia. Por ejemplo, en el considerando 56 de la STJUE 3 de marzo de 2020, asunto C-125/2018.

¹⁸ Pero para ello, tal como se ha estipulado en el considerando cincuenta y dos de la STJUE 3 de marzo de 2020, asunto C-125/2018, es necesario que el: *“juez nacional, al 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”*. Lo cual vuelve a poner de relieve la importancia del diferencial negativo, siendo este un elemento que podría haber incidido en la decisión de contratar un préstamo indexado al IRPH.

¹⁹ El problema de la comprensión se ha de relacionar con los propios conocimientos que se le presupone al consumidor medio. Parece que en la práctica el consumidor medio, al menos décadas atrás, no estaba familiarizado con términos como TAE, índice de referencia, etc. Lo cual invita a pensar, ¿para cumplir con los requisitos de las Órdenes, era necesaria una información reforzada? Es decir, la mera remisión a la normativa pudo no ser suficiente, así como tampoco una reproducción literal de sus preceptos, pudiendo haber sido necesaria una explicación de sus elementos más fundamentales. Por ejemplo, explicar en qué consiste una TAE, qué podría suponer que el IRPH estuviera compuesto por medias TAE en las cuales cualquier entidad gozaba del mismo peso para su configuración. Esta correlación con el consumidor resulta ardua, pues es imposible establecer, de manera nítida, la frontera y requisitos para cumplir con los objetivos de la normativa bancaria, así como con la posibilidad de comparar a la cual siempre se hace mención en Derecho de Consumo.

Para el TS, no existe un elenco cerrado de medios que permitan considerar el cumplimiento de transparencia material, de modo que deba atenderse a diversos medios para verificar tal cumplimiento (STS 564/2020 de 27 de octubre)

²⁰ También el propio TJUE, quien ya manifestó en su respuesta a la cuarta cuestión prejudicial, en STJUE de 13 de julio de 2023, asunto C-265/22, la pertinencia, de si se suministró la información, referida a la necesidad de aplicar un diferencial negativo, o si esta fuera suficientemente accesible para un consumidor medio. Hecho este, según el considerando sesenta y nueve, que incidiría en el juicio de transparencia y abusividad de la cláusula en cuestión.

²¹ Vivienda de protección oficial.

²² Considerando 113 de la sentencia que se analiza. Uno de los principales debates en relación con la buena fe del prestamista siempre se ha reconducido a la utilización de un índice de carácter oficial. Sin embargo, varios son los puntos para tener en cuenta con relación a este aspecto. Es cierto que se trata de un índice confeccionado por el Banco de España, no obstante, su utilización no tiene un carácter imperativo. Por otro lado, la propia normativa bancaria establece una serie de deberes, los cuales evidentemente inciden en la transparencia y comprensión del índice. Es evidente que un índice confeccionado por la administración pretende reflejar un presupuesto equilibrio entre las partes, con sus diferentes riesgos según aquello que se contrata. Pero para que ello sea así han de cumplirse las obligaciones, o al menos, avisar de ciertas recomendaciones que pudieran tener relevancia en la decisión que tomase el potencial prestatario. Con lo cual, puede no haber buena fe, por parte del prestamista, a pesar de la utilización de un índice oficial.

²³ También hay que tener en cuenta lo dicho en el Auto de 17 de noviembre de 2021, asunto C-655/2020, donde se manifiesta: *“Por otro lado, el examen de la existencia de un posible «desequilibrio importante» no puede limitarse a una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que se base en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro. En efecto, un desequilibrio importante puede resultar meramente de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, ya de un obstáculo al ejercicio de estos o de la imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 51)”*.

²⁴ Se es consciente que la utilización del vocablo incorporación podría conducir a que la solución sea reconducir al control de transparencia a la incorporación. Quizás, para evitar tal debate, podría ser más útil referirse a que dichas condiciones serán nulas de pleno derecho, tal como se hace en la nueva redacción del art.83.2 del TRLGDCU.

²⁵ Esta opción es conforme con la jurisprudencia del TJUE, pues corresponde al juez nacional verificar si el contrato puede subsistir una vez declarada la abusividad de una cláusula concreta. En realidad, el meollo de la cuestión tiene una vasta relación con el efecto disuasorio. Pues nadie duda que en caso de declararse nula una cláusula, por contravenir la Directiva 93/13, esta no debería integrarse si el contrato puede sobrevivir sin la misma. Ahora bien, si se reconduce el debate a los intereses de demora, una vez declarada dicha cláusula abusiva, en caso de impago del prestatario, ¿debería acudir al Derecho supletorio?

Esta cavilación podría suponer repensar la doctrina del TJUE en la materia. Diferenciarse, en su caso, entre dos planos, uno civil y otro administrativo, a través del cual podría cumplirse el efecto disuasorio, pero recurriendo a sanciones de naturaleza administrativa. Esta solución daría lugar a la aplicación del Derecho dispositivo, es decir, a la eliminación de la cláusula de intereses de demora, en caso de mora, a la aplicación de la norma dispositiva; pero para cumplir con el efecto disuasorio sería necesario recurrir al Derecho administrativo sancionador.

²⁶ Por ejemplo, la nulidad de la comisión de apertura en diferentes préstamos, así como otras cláusulas de gastos, supone que las TAEs comunicadas al Banco de España para la publicación de la media del IRPH no fueran correctas.

²⁷ Esta expresión debería entenderse como tipos de TAEs aplicadas y no TINs.

²⁸ El TJUE cuando de elementos esenciales del contrato se trata, se ha encontrado con una dificultad notoria. Al basarse la principal pauta del control de abusividad en acudir al Derecho supletorio, el dilema en estos casos es que difícilmente puede recurrirse a dicha comparación, pues no suele existir Derecho supletorio que regule tales aspectos. Es interesante que esta senda elegida por el TJUE, de ofrecer algunos criterios de comparación, parece que se va adaptando a las circunstancias del caso. Ejemplo de ello la STJUE de 20 de marzo de 2025, asunto C-365/23. Se dice en el considerando ochenta y cuatro que: *“también pueden tenerse en cuenta otros elementos para apreciar la existencia de un desequilibrio importante, tales como las prácticas de mercado justas y equitativas en vigor a la fecha de celebración del contrato controvertido”*.

²⁹ Salvo que finalmente se sostenga que las cláusulas no transparentes materialmente sean nulas, lo que implicaría que no sea necesario realizar el juicio de abusividad.

Podría establecerse un paralelismo entre lo que reproduce esta sentencia y las STSs 241 y 242 de 30 de enero de 2025. La clave de la abusividad de la cláusula de intereses remuneratorios en un contrato de crédito revolving se basó en la falta de explicación (sobre todo) del sistema de amortización así como del anatocismo y del efecto “bola de nieve” que podría darse en estos casos. Con lo cual, al igual que ocurrió con las cláusulas suelo y multidivisa, se declara la nulidad de dicha cláusula (el interés remuneratorio) por no ser inocua para el consumidor.

En el caso de los contratos de préstamos indexados al IRPH, en algunos supuestos, la nulidad de dicha cláusula podría derivarse de no haber explicado la relevancia del diferencial negativo en ese contrato. Es decir, al igual que en el revolving (donde de haberse explicado el sistema de amortización, la decisión del consumidor pudo haber sido otra), en el IRPH la recomendación del BDE consistía en aplicar un diferencial que aparecía en la tabla del Anexo IX de la Circular 5/1994. Dicha tabla no era exhaustiva e incluso contenía una fórmula para obtener el correspondiente diferencial negativo.

Al no explicarse este dato, podría llegarse a afirmar que dicha cláusula no era inocua, pues en el marco de una negociación individual, un consumidor medio no hubiera aceptado su incorporación de haber sabido que, al no aplicarse el diferencial recomendado, su préstamo resultaría más caro.

³⁰ Es cierto que la representación TAE no es tan cristalina cuando se utilizan tipos variables, a diferencia de los fijos. No obstante, la evolución pasada de tales índices podría ayudar a hacerse una idea respecto a qué podría suceder en el futuro. A ello también coadyuvaría la comprensión del índice, los diversos elementos por los cuales se establece, y cuáles podrían ser los factores que harían que dicho índice puede fluir al alza o a la baja.

³¹ Por ello es pertinente y útil lo dicho en la nota anterior. El consumidor debe entender qué contrata y cuáles son los hechos que podrían conducir a una fluctuación del índice. Esta es una de las claves de los índices variables, poder entender los factores que pueden incidir, en cada tipo de índice, una subida al alza o a la baja.

³² La consideración de la naturaleza jurídica de las Circulares 8/1990 y 5/1994 puede tener una incidencia relevancia de cara a la validez de la cláusula que incorpora el IRPH. Para ello resulta útil y pertinente recordar la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su art.48.2 que: “2. *Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela, pueda:...*”. Esto implica analizar si desde el punto de vista competencial tales obligaciones debieron de recogerse en Órdenes y no en Circulares. En cuanto a las Órdenes parece nítido que cabía utilizarlas para regular los derechos y obligaciones entre las partes; una interpretación auténtica de este hecho se encuentra en el preámbulo la Orden de 12 de diciembre de 1989. Es decir, el meollo de la cuestión puede encontrarse en el sujeto que dicta la norma de rango administrativo, pues la Ley 26/1988 habilita al Ministro de Economía y Hacienda para que proceda a regular tales relaciones y no al Banco de España. Esto supondrá que los Tribunales deban dilucidar si cabía delegación a favor del Banco de España, de modo que este regulase a través de sus reglamentos relaciones de Derecho privado. En función de la interpretación que se otorgue a esta cuestión podría aplicarse el art.8 de la LCGC, y obtener así la nulidad del contrato, ya sea porque no se aplicó el diferencial negativo o no se trasladó el folleto informativo, cuando este fuere obligatorio en virtud de la cuantía prestada.

³³ Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Un debate que puede ser interesante resultaría en la aplicación de esta disposición, pero añadiendo el diferencial negativo que correspondería según la tabla del Anexo de la Circular 5/1994. Hay que tener en cuenta que en la disposición adicional decimoquinta se establece: “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*”. Supone esto que en el supuesto de hecho de que no se hubiera pactado un índice sustitutivo, o si el pactado desapareciese, correspondería aplicar el IRPH entidades. El problema de esta disposición es que toma los datos comunicados por las diferentes entidades, la cuales como se sabe, no aplicaron los diferenciales negativos de la Circular 5/1994.

³⁴ De modo que parece que debería aplicarse la disposición adicional que se cita en la nota *ut supra*.

³⁵ Sin embargo, el TJUE sostiene que el análisis de la subsistencia del contrato debe basarse en criterios objetivos y no subjetivos. Véase la STJUE de 23 de noviembre de 2023, asunto C-321/22, considerandos ochenta y dos, ochenta y tres y ochenta y seis.

³⁶ Se descarta la idea por la cual se declare nula la cláusula que estipule el interés, pero se mantenga válido el diferencial añadido. Varios son los argumentos, en primer lugar, de

declararse nula la cláusula por la que se incorpora el IRPH, pero que el contrato siga siendo válido, que el diferencial se siga aplicando constituiría una suerte de *blue pencil* de la cláusula en cuestión, con lo cual esta debería declararse nula en su totalidad. Por otro lado, el efecto disuasorio volvería a estar presente, pero también la normativa bancaria la cual, según como se observe, recomendaba/obligaba la aplicación de un diferencial negativo.

³⁷ También corresponde recordar, que en el Auto TJUE de 17 de noviembre de 2021, asunto C-79/21, en su considerando cuarenta y seis se dijo: *“Es necesario recordar a este respecto que, por una parte, el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 excluye del ámbito de aplicación de esta las cláusulas contractuales que reflejen «disposiciones legales o reglamentarias imperativas», expresión que, a la luz del decimotercer considerando de dicha Directiva, abarca no solo las disposiciones de Derecho nacional que se aplican entre las partes contratantes independientemente de su elección, sino también las que son de carácter supletorio, es decir, las que se aplican por defecto, cuando las partes no hayan pactado otra cosa”*. *Ibidem* considerando cincuenta y cinco del Auto TJUE de 17 de noviembre de 2021, asunto C-655/2020. Por otro lado, en el Auto TJUE de 28 de febrero de 2023, asunto C-254/22, el TJUE vuelve a recordar que corresponde al juez nacional valorar si el contrato en cuestión puede sobrevivir sin la cláusula declarada abusiva. Aunque puede llamar la atención que haya observado, según los datos remitidos por el juez que planteó la cuestión prejudicial, que en estos casos el contrato podría subsistir sin la cláusula controvertida; véase para ello el considerando 74.

³⁸ Tampoco debe olvidarse que el art.65 del TRLGDCU estipula: *“Los contratos con los consumidores y usuarios se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante”*. Cuando resulte de aplicación este precepto, según cuando se celebró el contrato, debería considerarse que el olvido de aplicar o mencionar el diferencial negativo, dada su importancia, constituiría una información precontractual relevante, de modo que podría integrarse el contrato según lo que dispone este precepto.