

1.5. Obligaciones y contratos

IRPH: dudas y certezas tras la STJUE de 13 de julio de 2023. ¿Existe algún cauce, viable, para conseguir la nulidad de la cláusula que incorpora el IRPH?

*IRPH: doubts and certainties after the EUCJ
of July 13, 2023. Is there any feasible way
to obtain the nullity of the clause that
incorporates the IRPH?*

por

ROBERT REINHART SCHULLER

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

RESUMEN: La indexación de préstamos hipotecarios al IRPH (Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios) ha traído consigo un amplio debate jurisprudencial y doctrinal. El TJUE ha tenido que intervenir en varias ocasiones y todavía tendrá que resolver más cuestiones prejudiciales. El objetivo de este trabajo consistirá en descifrar las últimas novedades y también proponer algunas soluciones a favor del consumidor, señalando en todas ellas los puntos débiles desde un argumentario jurídico. Para ello se tendrá en cuenta el valor del preámbulo y del Anexo IX de la Circular 5/1994, así como su incidencia de cara al control de transparencia.

ABSTRACT: *The indexation of mortgage loans to the IRPH (Mortgage Loan Reference Index) has brought with it a broad jurisprudential and doctrinal debate. The CJEU has had to intervene on several occasions and will still have to resolve more preliminary questions. The objective of this work will be to decipher the latest developments and also propose some solutions in favor of the consumer, pointing out the weak points in all of them from a legal argument. To do this, the value of the preamble and Annex IX of Circular 5/1994 will be taken into account, as well as its impact on transparency control.*

PALABRAS CLAVE: IRPH, diferencial negativo, Circular 5/1994, Circular 8/1990, nulidad, préstamo hipotecario, intereses remuneratorios.

KEYWORDS: *IRPH, negative differential, Circular/51994, Circular 8/1990, nullity, mortgage loans, remunerative interest.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. NORMATIVA BANCARIA.—III. STJUE DE 13 DE JULIO DE 2023.—IV. CONSIDERACIONES TRAS LA STJUE: 1. PREÁMBULO DE LA CIRCULAR 5/1994. OMISIÓN DE INFORMACIÓN SOBRE SU EXISTENCIA Y FALTA DE APLICACIÓN. 1.A. *Trascendencia de la omisión de información respecto del diferencial negativo.* 2.B. *Diferencial negativo como contenido obligatorio del contrato.* 3.C. *Expediente de elaboración y aprobación de la Circular 5/1994.* 4.D. *Duplicidad de retribuciones* — V. APUNTES DOCTRINALES.— VI. JURISPRUDENCIA TRAS LA STJUE DE 13 DE JULIO DE 2023.— VII. CONCLUSIONES..— VIII. ÍNDICE DE NORMATIVA.— IX. JURISPRUDENCIA CITADA..— X. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El ya archiconocido IRPH¹ cuenta con ingentes reflexiones doctrinales y abundante jurisprudencia. El objeto de este comentario consistirá en desglosar el contenido de la STJUE de 13 de julio de 2023 (asunto C-265/22)² y su recepción en Derecho español. Una combinación de fuentes, entre ellas, doctrinales, jurisprudenciales y normativas conducirán a la elaboración de varias propuestas, todas ellas a favor de las pretensiones del consumidor.

Constituye un arduo obstáculo obtener una respuesta válida a esas pretensiones de los consumidores, pues son numerosos los argumentos que orbitan a favor de la validez de las cláusulas de IRPH en distintos contratos de préstamo, pero también son muchas las manifestaciones que permiten esbozar ciertas dudas sobre la validez de su inclusión en un préstamo determinado.

Con el fin de realizar una exposición estructurada y con el detalle que requiere este comentario, en primer lugar, se procederá a citar, de forma sintética, el marco normativo respecto del IRPH³, para con posterioridad aplicarlo a lo dicho por el TJUE. A continuación, se traerán a colación los hechos de la sentencia, para después proceder a su comentario y extraer conclusiones.

II. NORMATIVA BANCARIA

En la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito⁴, 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:...*”.

Esta facultad ya tuvo su reflejo en la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipo de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publi-

cidad de las Entidades de crédito⁵. De modo que se interpretó que dicho precepto supuso facultar: “*al Ministro de Economía y Hacienda para que, con la finalidad de proteger los legítimos intereses de los clientes de aquéllas, establezca un conjunto de obligaciones específicas aplicables a las relaciones contractuales entre unas y otros*”.

Por otro lado, en el preámbulo de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios⁷ se señala: “*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 comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito, estimulando así la efectiva competencia entre éstas. 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 pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario*”.

De la Circular 5/1994 debe destacarse que en su preámbulo se dice: “*La Orden citada delega en el Banco de España la definición y difusión de los tipos de referencia oficiales aplicables a los préstamos hipotecarios concertados a tipo variable, de forma que su objetividad de cálculo y su difusión hagan innecesaria la comunicación individual al prestatario de las variaciones de tipos de interés que, en otro caso, resulta obligatoria. Se ha optado por una oferta limitada de referencias, tratando de combinar la conveniencia de homogeneizar el mercado, para mayor claridad de la clientela, con la de atender las diferentes necesidades de los operadores, y la de suministrar tipos alternativos (que los contratos siempre deberían prever) para el caso de que, en el futuro, se interrumpa por cualquier circunstancia la publicación de algún tipo oficial*”.

Sobre el diferencial negativo y el IRPH en el mismo preámbulo de la Circular 5/1994 se dijo: “*Los tipos de referencia escogidos son, en último análisis, tasas anuales equivalentes. Los tipos medios de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda libre de los bancos y del conjunto de entidades, lo son de forma rigurosa, pues incorporan además el efecto de las comisiones. Por tanto, su simple utilización directa como tipos contractuales implicaría situar la tasa anual equivalente de la operación hipotecaria por encima del tipo practicado por el mercado. Para igualar la TAE de esta última con la del mercado sería necesario aplicar un diferencial negativo, cuyo valor variaría según las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas. A título orientativo, la Circular adjunta (Anexo IX) una tabla de diferenciales para los tipos, comisiones y frecuencia de las cuotas, más usuales en la actualidad. En rigor, esta tabla no es útil para decodificar el tipo activo de las cajas de ahorros, por las peculiaridades de su confección*⁸”.

La definición de los distintos índices de IRPH vino recogida en el Anexo VIII de la Circular 5/1994, mientras que la tabla del diferencial negativo y, si no hubiera

equivalencia en la tabla, la fórmula por la cual debería obtenerse el diferencial, se recogieron en el Anexo IX.

III. STJUE DE 13 DE JULIO DE 2023.

El Juzgado de Primera Instancia nº17 de Palma de Mallorca planteó una cuestión prejudicial, mediante auto de 19 de abril de 2022, en relación al IRPH incluido, mediante una cláusula, en un contrato de préstamo para la adquisición de vivienda. El contrato en cuestión se celebró el 12 de mayo de 2006, referenciado a IRPH entidades más un diferencial positivo de 0,20%. Fueron elevadas ante el TJUE cinco cuestiones prejudiciales, respondiendo dicho Tribunal únicamente a la cuarta. El contenido de la cuarta cuestión prejudicial era el siguiente:

“¿Se opone a los artículos 3.1, 4 y 5 de la Directiva [93/13] una jurisprudencia nacional, a la vista de la regulación específica del IRPH es una práctica abusiva, no aplicar diferencial negativo a pesar de la necesidad impuesta en el preámbulo de la Circular [5/1994], ya que es menos ventajoso que todas las TAE existentes, y se ha comercializado el IRPH como si fuera un producto igual de ventajoso que el euríbor sin atender a la necesidad de adicionar un diferencial negativo y, por ende, se podría cesar en la contratación por considerarse nulas las cláusulas en las que se prevé su aplicación y abstenerse las entidades bancarias, en el futuro, de su utilización, ya que comercializar este servicio con consumidores vulnerables puede afectar al comportamiento económico y declararse su no incorporación a los contratos comerciales desleales al haberse integrado en el precio del interés contrario a la Directiva [2005/29]?”.

El TJUE la reinterpreta y dice: *“Mediante la cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si los artículos 3, apartado 1, 4 y 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una jurisprudencia nacional según la cual no es abusiva una cláusula de un contrato de préstamo a tipo variable que toma como índice de referencia un IRPH al que aplica un incremento, a pesar de las indicaciones que figuran en el preámbulo de la Circular 5/1994”.*

Asimismo, llama la atención que el Juzgado no haya aportado al TJUE contenido respecto de la jurisprudencia que no aplica el diferencial negativo y que da por válida el diferencial positivo en cláusulas que referencian el préstamo al IRPH (considerando 46).

Respecto del diferencial negativo, a ojos del TJUE, la cuestión prejudicial pivota en torno a la no aplicación del diferencial negativo a la cláusula objeto de controversia, pero también sobre la falta de información respecto del contenido del preámbulo de la Circular 5/1994, la cual debería, a criterio del tribunal que plantea la cuestión prejudicial, haberse mencionado en la fase precontractual. Esta apreciación, como se verá con posterioridad, resulta fundamental para entender la STJUE de 13 de julio de 2023 (considerando 47).

Por otro lado, dictaminó el TJUE al respecto que: *“no habiéndosele comunicado también la información que figura en el preámbulo de la Circular 5/1994, el órgano jurisdiccional remitente habrá de tener en cuenta la importancia que tenía esta información para que ese consumidor pudiera evaluar correctamente las conse-*

cuencias económicas de la celebración del contrato de préstamo hipotecario objeto del litigio principal. A este respecto, el hecho de que la institución autora de la Circular 5/1994 hubiera estimado oportuno, en ese preámbulo, llamar la atención de las entidades de crédito sobre el tipo de los IRPH en relación con el tipo de interés del mercado y sobre la necesidad de aplicar un diferencial negativo para igualarlos con dicho tipo de interés constituye un indicio pertinente de la utilidad que la mencionada información tenía para el consumidor”.

Lo anterior ha de relacionarse con la disponibilidad de la información para el consumidor antes de la celebración del contrato, de modo que, habiéndole informado de manera precisa, este pudiera tomar una decisión fundada, gracias a que se le proporcionaron todos los elementos necesarios para evaluar el índice en cuestión (considerandos 51 y 53). De este modo, deberá analizarse hasta qué punto la omisión de un conjunto de informaciones, todas ellas con un papel más o menos relevante, inciden y conducirían a una evaluación incorrecta del coste por parte del consumidor.

Incluso, parece ser que hubiera sido pertinente que se le explicara al consumidor la composición del IRPH, es decir, traducir a lenguaje entendible términos financieros como la TAE y otros conceptos.

Sobre la buena fe, se vuelve a decir que: *“si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo de resultas de una negociación individual”* (considerando 64).

Al mismo tiempo, para apreciar el posible desequilibrio importante, resulta crucial la apreciación que se recoge en el considerando 65 y que reitera lo dicho en el asunto Banco Primus (STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-521/14). Y se dice: *“Por lo que respecta a una cláusula relativa al cálculo de los intereses de un contrato de préstamo, también es pertinente comparar el modo de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por la referida cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato objeto del litigio principal en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los del contrato de préstamo considerado”.*

Por último, también es interesante lo dispuesto en el considerando 67: *“los IRPH incorporan el efecto de las comisiones, puede ser pertinente examinar la naturaleza de las comisiones eventualmente estipuladas en otras cláusulas del contrato objeto del litigio principal, con el fin de comprobar si existe un riesgo de doble retribución de determinadas prestaciones del prestamista”.*

Para concluir, el TJUE responde a la cuestión: *“Los artículos 3, apartado 1, 4 y 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que, para apreciar la transparencia y el carácter eventualmente abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés variable que designa, como índice de referencia para la revisión periódica del tipo de interés aplicable a ese préstamo, un índice establecido por una circular que fue publicada oficialmente y al que se aplica un incremento, es pertinente el contenido de la información incluida en otra circular de la que se desprende la necesidad de aplicar a ese índice, dado su modo de cálculo, un diferencial negativo a fin de igualar dicho tipo de interés con el*

tipo de interés del mercado. También es pertinente determinar si esa información es suficientemente accesible para un consumidor medio”.

IV. CONSIDERACIONES TRAS LA STJUE

Dos son los enigmas que conviene descifrar a raíz de esta STJUE de 13 de julio de 2023. El primero, si el TJUE interpreta que la aplicación del diferencial negativo en los préstamos referenciados a IRPH es obligatorio. El segundo de ellos versa más sobre la omisión del contenido del preámbulo de la Circular 5/1994. En este trabajo se responderá y reflexionará en primer lugar sobre el segundo punto.

1. PREÁMBULO DE LA CIRCULAR 5/1994. OMISIÓN DE INFORMACIÓN SOBRE SU EXISTENCIA Y FALTA DE APLICACIÓN

1.A. *Trascendencia de la omisión de información respecto del diferencial negativo*

Es interesante que, según se desprende de lo planteado por la cuestión prejudicial, la cláusula que recoge el IRPH remitía a la Circular 8/1990, pero que el citado preámbulo que menciona el diferencial negativo se encuentra en la Circular 5/1994. Basta recordar que la Circular 5/1994 constituye una modificación de la Circular 8/1990, con lo cual, en principio, bastaría y sería suficiente un reenvío a la Circular 8/1990. Ahora bien, las cosas no son tan nítidas. Primero, en los años noventa la búsqueda de información en internet era más limitada que ahora. Incluso aunque, con posterioridad, en los años 2000, el avance fue notorio, no será hasta el año 2009 cuando el BOE, en internet, es considerado como oficial y auténtico¹⁰. Este dato resulta crucial, pues con anterioridad al año 2009, solo la edición impresa, en papel, tenía la consideración de oficial y auténtica. Pero antes de seguir con el formato electrónico, regresemos a las publicaciones en papel. Para poder tener acceso a las publicaciones, sin ser un profesional del Derecho, el consumidor debía de acudir a ciertos lugares como las bibliotecas. Con la única indicación y referencia a la Circular 8/1990, si este acudiera, en su momento a una biblioteca, con lo único que se encontraría sería con el contenido de la Circular 8/1990. Para que el consumidor pudiera conocer el contenido íntegro, dado el modo por el cual se recogían las normativas en ese momento, hubiera sido necesario que se mencionaran ambas Circulares. La Circular 8/1990 se modificó por la 5/1994, siendo en esta última donde se recoge la definición y el método de cálculo del IRPH. Mediante esa remisión, el consumidor y usuario tendría a su alcance, acudiendo al lugar correspondiente, el contenido íntegro de la normativa que regula el IRPH; cosa distinta hubiera sido que esta fuera entendible para un consumidor medio. De no haberse mencionado ambas Circulares, aunque como sabemos la 5/1994 modifica la 8/1990, el consumidor y usuario debería haber realizado una investigación jurídica.

Volviendo al contenido electrónico, suponiendo que el contrato se hubiera celebrado con posterioridad al 2009 y, por lo tanto, gozando el BOE, en su versión electrónica, de carácter oficial y auténtico. Si en el contrato se mencionara

únicamente el contenido de la Circular 8/1990, pero no la 5/1994, acudiendo un consumidor medio al BOE, para la búsqueda de dicha Circular, se encontrará con que esta no integra también la 5/1994, pues para conocer su contenido deberá realizarse otra búsqueda. Es cierto que en el análisis de la norma (otra pestaña distinta¹¹) aparecen referencias respecto a las modificaciones que se han ido realizando a la Circular 8/1990, pero esta ha sufrido sendas modificaciones y no le correspondería al consumidor medio analizar todas y cada una de ellas, pues aquello equivaldría a una labor de investigación jurídica. De exigirse tal conducta, según en qué momento contrató, el consumidor se encontraría con la obligación de analizar, al menos, cuatro modificaciones mediante otras Circulares. Esta conducta, sin lugar a duda, entraría dentro del campo de la investigación jurídica. Es entonces, cuando ha de concluirse que la mención específica a la Circular 5/1994 era esencial, pues esto supondría el primer paso de cara a la comprensión de la carga económica que supone dicho índice; pues en esta Circular se define y establece lo esencial respecto del IRPH. Pero una mera remisión no sería suficiente, pues para poder entender la carga económica que implica el IRPH hubieran sido necesarios conocimientos financieros¹². Con lo cual, aquí cobraba una notoria importancia el papel del empleado de las entidades, pues se presupone su conocimiento financiero y, por lo tanto, su capacidad para explicarle al cliente aquello que pretende contratar o los distintos índices que le ofrecen. Por consiguiente, en principio, debería considerarse que, a pesar de la publicación de ese índice, debido a las particularidades reseñadas anteriormente, este no resultaría fácilmente asequible (esta idea se vuelve a recoger y mencionar en el considerando 56)¹³.

Sobre la buena fe, hay que tener en cuenta: *“si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo de resultas de una negociación individual”* (considerando 64). Para analizar la buena fe, conviene adelantarse, al menos de manera parcial, y decir lo que sigue. Conociendo la entidad que la Circular obliga a la aplicación de un diferencial negativo (o según la interpretación de otros autores y sentencias, que únicamente se recomienda aplicar un diferencial negativo), de haber informado de dicho hecho al consumidor, ¿hubiera aceptado este una alteración por la aplicación de un diferencial positivo? En este primer paso ni siquiera se discute o cuestiona sobre la naturaleza del diferencial negativo. No importa saber si fue obligatoria o solamente una recomendación, pues, aunque fuera esto último, dado que se señala y llama la atención sobre ello, una actuación leal por parte de la entidad hubiera consistido en informar al consumidor sobre dicho diferencial negativo. Es decir, de haberse hecho eco sobre el diferencial y explicar, cualquiera de las dos naturalezas, seguramente el consumidor hubiera tomado una decisión distinta. A un consumidor medio no le hubiera pasado inadvertida dicha explicación, pues hubiera percibido que la aplicación de un diferencial negativo o positivo hubiera tenido, efectivamente, una indudable influencia en el precio que debería abonar a lo largo del contrato.

Por añadidura, ¿hubiera sido suficiente una remisión, a efectos de transparencia, a ambas Circulares? O, por el contrario, dada la complejidad técnica de dichas Circulares, la mera remisión no hubiera bastado y, por lo tanto, la entidad hubiera debido de explicar la referencia a ese diferencial negativo dadas las po-

tenciales consecuencias económicas que acarrearía su aplicación en el contrato de préstamo.

Aunque el camino parece lejano, lo anterior guarda cierta similitud con las cláusulas suelo¹⁴. Con estas últimas la entidad pretendía protegerse, de modo que un préstamo a tipo variable se convertía, por su sola voluntad, en un tipo fijo. Aquí, en cambio, lo que se hace, siguiendo, de momento, la estela del diferencial negativo como mera recomendación, es omitir su existencia. En ambas circunstancias existió un hecho perjudicial para el consumidor, que en última instancia afectó al precio. En los supuestos de préstamos variables con cláusula suelo, el consumidor se había representado la idea de que contrató un préstamo variable, pero que en realidad por la sola voluntad de la entidad bancaria se convirtió en tipo fijo. En este supuesto no se trata de una conversión de tal género, sino de la posible incidencia que un elemento podría haber tenido en la confección del precio, hecho este que acerca a ambas figuras. De proceder a realizar dicha lectura, la primera interpretación que aflora es que el ocultamiento de esa recomendación supondría, tal como lo fue en el caso de las cláusulas suelo, que esa falta de transparencia conduzca a la abusividad de la cláusula por la cual se inserta el índice. En otras palabras, subrepticiamente se ocultó una recomendación (todavía no se está analizando el diferencial negativo como obligatorio) que, de haberse aplicado hubiera tenido un efecto relevante en el precio. Más aún, ni siquiera hubiera sido necesaria su aplicación pues con informar, de manera clara y transparente sobre el diferencial negativo, su fundamento y el por qué el Banco de España añadió dicha referencia en la Circular 5/1994, el consumidor medio, atento y perspicaz hubiera sido capaz de realizar una mejor comparación entre distintos índices, pues se hubiera percatado o, al menos debería, de las consecuencias que implicaría el añadido de un diferencial positivo o uno negativo. No obstante, la referencia sobre el diferencial negativo también hubiera coadyuvado a la comprensión del método de confección de los IRPHs.

De no tomarse lo anterior por *res certa*, la alternativa consistirá en que la falta de mención alguna sobre la aplicación del diferencial negativo supuso una ausencia de transparencia, debiendo en ese caso procederse a realizarse un juicio de abusividad. Para ello conviene tener en cuenta, lo que el TJUE dispuso en el considerando 65: *"Por lo que respecta a una cláusula relativa al cálculo de los intereses de un contrato de préstamo, también es pertinente comparar el modo de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por la referida cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato objeto del litigio principal en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los del contrato de préstamo considerado"*. Es decir, de no seguirse la consecuencia apuntada anteriormente, esto es, ante la falta de mención de dicha recomendación, el resultado sea la abusividad directa, la única vía para contemplar la posible abusividad de la cláusula sería mediante la comparación de precios. Es cierto que del contenido y del espíritu de la Directiva 93/13 se deduce que no será posible el control de los precios, siempre que la cláusula en cuestión fuera transparente. Si la cláusula no es transparente y si esta afectara a elementos como el precio, el único elemento realmente eficaz para saber si existió desequilibrio importante será la comparación de precios¹⁵.

Para efectuar esa comparación, no sería justo hacer uso del diferencial negativo si en el contrato se aplicó uno positivo. Es decir, para conocer si hubo desequilibrio, lo correcto sería comparar la TAE del contrato de préstamo referenciado a IRPH con la TAE media que resultara de otros contratos referenciados a IRPH de VPOs con diferencial negativo (pues en estos supuestos se controlaba la aplicación del diferencial negativo), a la TAE media de contratos cuyo índice es el Euribor, con la TAE media de contratos a tipo fijo y con el interés legal en el momento de la contratación. Lo idóneo sería concederles un mayor peso a los préstamos referenciados a IRPH con diferencial negativo, al Euribor y al tipo fijo, sirviendo únicamente, como parámetro marginal, el interés legal.

2.B. Diferencial negativo como contenido obligatorio del contrato

Otra opción, que cuenta con sólidos argumentos, conforme a la STJUE (aunque hay que recordar que el TJUE no interpreta el Derecho nacional, sino que únicamente observó el carácter imperativo a raíz de lo remitido y explicado por el Juzgado que planteó las cuestiones prejudiciales) y el contenido de la Circular consistiría en que la aplicación del diferencial negativo era obligatoria. En la STJUE únicamente se menciona el contenido del preámbulo, sin hacer referencia alguna al Anexo IX. Es cierto que los preámbulos carecen de valor normativo, pero dicha conclusión no puede aplicarse a los Anexos¹⁶.

La configuración del IRPH, como bien es sabido, engloba un conjunto de TAEs¹⁷ de préstamos de plazos iguales o superiores a tres años destinados a la adquisición de vivienda libre¹⁸. Para su composición se tienen en cuenta el coste total (TAE) que pagan los prestatarios a las entidades, así que será mediante esta carga financiera, considerando el ámbito temporal que marca la Circular, el modo por el cual se genera el IRPH. No debe olvidarse que para la formulación de los tres tipos de IRPH se tendrán en cuenta todas las modalidades de financiación que permitan la adquisición de una vivienda, salvo las excepciones que se han apuntado en la nota 18. Con lo cual, debe tenerse en cuenta el peso que tiene el EURIBOR en la confección del IRPH. Por otro lado, existen múltiples informes, elaborados por expertos en estadística y matemática financiera que corroboran no solo la dificultad de entender el IRPH para un consumidor medio, atento y perspicaz, sino también, que la forma por la cual aparece este índice en los contratos resulta engañosa desde el punto de vista financiero¹⁹. Como se dijo con anterioridad, a raíz de estas Circulares se perseguía la competencia en el mercado financiero, la transparencia y la información hacia el consumidor, de modo que pudiera elegir el tipo de préstamo más conveniente. Las particularidades del IRPH, a ojos de quien confeccionó dicho índice, fueron necesarias para realizar una advertencia indispensable.

El preámbulo de la Circular 5/1994 advirtió de la necesidad de aplicar un diferencial negativo a los contratos que incorporen como índice de referencia el índice IRPH. Este diferencial, tal como se explica en el preámbulo, persigue que las operaciones referenciadas al IRPH se mantengan cercanas a otros tipos (índices que se utilizan en el mercado principalmente para la adquisición de vivienda libre). Es lógico desde el punto de vista matemático que se exija aplicar un diferencial negativo, pues el IRPH se genera en relación a las TAEs medias ponderadas, según

se establece en el Anexo VIII en el cual se definen los distintos tipos de IRPHs. De haberse elaborado el IRPH con el TIN y no la TAE, la consecuencia debería haber sido distinta. Y es congruente que se hubiera dicho esto: *“Para igualar la TAE de esta última con la del mercado sería necesario aplicar un diferencial negativo, cuyo valor variaría según las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas”*. Pues de añadirse un diferencial positivo a la cláusula que incorpora un índice IRPH, más sus comisiones y gastos para ese préstamo concreto, el resultado al cual conduciría, dado el método de construcción y actualización de los índices IRPH sería que estos siempre estarían por encima de la media del mercado. Es cierto que un preámbulo no tiene valor normativo, pues únicamente sirve para aclarar ciertos aspectos y explicar el sentido de la norma. Aunque se haya criticado arduamente esta manifestación en el preámbulo, tildado también aquello del diferencial negativo como una mera recomendación, sus fiscalizadores olvidan la remisión hecha al Anexo IX.

Juntando así las piezas, lo manifestado en el preámbulo sirve de explicación del por qué y el para qué del Anexo IX. Negar el valor normativo del Anexo IX equivaldría también a vedar el valor normativo, por ejemplo, del Anexo VIII, que es donde se definen los distintos tipos de IRPHs. Resulta también una obviedad que en el preámbulo se dispusiera que la tabla del Anexo IX tiene un valor orientativo, pues no se puede contemplar mediante una tabla, de manera exhaustiva, la duración y características de cada uno de los préstamos. Para ello, con buen criterio, se aportó una fórmula a través de la cual se pudiera conseguir el diferencial negativo para aquellos casos en los cuales la tabla no diera la respuesta²⁰.

De este modo, difícilmente, sin aplicar el diferencial negativo en el contrato, el IRPH podría llegar a ser más económico/competitivo que el EURIBOR. De haber actuado de manera leal el prestamista, ¿hubiera elegido el prestatario un índice como el IRPH? Hay que recordar que una explicación clara y sencilla debe conducir, en principio, según las circunstancias del caso, a que el consumidor medio sea capaz de entender aquello que contrata y poder comparar en el mercado.

Ahora bien, existe un problema de naturaleza (y de eficacia) en relación a este tipo de Circulares. Dice ALICIA AGÜERO que: *“constituyen disposiciones reglamentarias que solo producen efectos ad extra sobre las entidades reguladas (es decir, no pueden crear un derecho subjetivo a un diferencial negativo), ni mucho menos regular en contra de la Constitución (lo que produciría una fijación de límites a los intereses, vs. art. 38 CE)²¹”*. Este hecho es cierto, pero también es veraz que en el art.48.2 de la Ley 1/1998 se facultó al Ministerio de Economía y Hacienda a poder establecer un conjunto de obligaciones específicas entre las partes contractuales, es decir, entre prestamista y prestatario. Si se solicita al consumidor medio, atento y perspicaz acudir al BOE, pero de negarse con posterioridad que dicha norma no produjese efectos *ad extra* para el consumidor, quien en verdad carecería de falta de transparencia y claridad sería la propia norma (recuérdese lo apuntado en la nota 16, y lo referido al art.48 de la Ley 1/1998). Desde un punto de vista técnico estas Circulares conducen a una disyuntiva, pues si el consumidor no tiene un derecho subjetivo en relación a diferentes obligaciones que se puedan establecer mediante la Circular, en principio, únicamente podrá sancionarse a la entidad por no cumplir con la normativa bancaria concreta. Condúzcase el asunto a otro cauce: de interpretarse el cuestionado diferencial negativo como algo obligatorio,

teniendo la Circular eficacia *ad extra*, de ser así, ¿el consumidor únicamente podrá exigir que se sancione a la entidad concreta? No podría solicitar la aplicación de ese diferencial negativo, pues según dicen y sostienen, en ningún caso se genera un derecho subjetivo a un diferencial negativo.

La anterior interpretación conduciría a dejar la aplicación de los índices oficiales al arbitrio y voluntad de las entidades, las cuales únicamente podrían verse sancionadas. Procédase a realizarse un análisis de la Circular del 8/1990, así como las que la siguen. La misma pretende reforzar la libertad de contratación en el mercado hipotecario, sin mermar la posibilidad de elección de los tipos de intereses. Es decir, las partes podrán ofrecer y elegir un tipo fijo, uno variable oficial y otro no oficial, así como otras fórmulas, siempre que se cumplan con las directrices marcadas por el ordenamiento jurídico.

De este modo, si se hubiera optado por un tipo variable de carácter no oficial, a la entidad le hubiera correspondido comunicar, con la antelación marcada por la normativa bancaria, cualquier cambio en relación al tipo de interés de carácter no oficial elegido. Ahora bien, de haberse inclinado por un tipo de interés variable de carácter oficial, dicha comunicación al prestatario no sería necesaria, pues los datos respecto a la variación del interés constarán en el Banco de España. Una vez indicado lo anterior, conviene poner énfasis sobre un aspecto esencial. Si una entidad ofrece a determinados sujetos un conjunto de índices de carácter oficial, una vez que el prestatario haya optado por un índice concreto, la entidad deberá cumplir de forma preceptiva con la forma indicada por la norma bancaria para la confección de ese índice.

Es decir, la anterior reflexión pretende conducir a sostener que existe una total libertad de elección de índices, pero una vez que se elija uno concreto y, además, este sea oficial, el respeto a la forma de confección deviene imperativa. ¿Qué quiere decir lo previo? Que, si el IRPH contiene, para completar su fórmula, la aplicación de un diferencial negativo, de no cumplirse con este paso, en verdad no se estaría ofreciendo al consumidor el citado índice, pues no se estaría aplicando aquello que marca la norma que lo crea. Esto puede conducir a varios cauces, el primero, que haya existido una falta de transparencia, pues en verdad se quiso aplicar un índice no oficial, puesto que no se respetaron las exigencias para su incorporación. Por otro lado, dado que se ha sostenido el carácter disponible de los distintos tipos de índices, más su naturaleza imperativa²² una vez que se haya elegido, convendría acudir a la LCGC. En el art.8 de la LCGC se establece: *"Serán nulas de 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"*. Recuérdese: que la Circular no impone la elección de un índice concreto, pero sí, en el caso de que se haya optado por uno, que se respeten las características de la fórmula por la cual se confecciona. De este modo, a raíz del precepto citado de la LCGC manaría otra opción para poder obtener la nulidad de la cláusula que inserta el índice IRPH.

Cabe recalcar que aquí no se fijan límites a los intereses, sino que lo que se hace es configurar el propio índice, en su caso a través de la aplicación de un diferencial negativo mediante la tabla, cuando se pueda, o la construcción del diferencial negativo a través de la fórmula que se recoge junto a la tabla.

No obstante, esta interpretación se encuentra con el obstáculo citado en la nota 16. Lo ideal hubiera sido que las condiciones que afectaran a la contratación bancaria se hubieran establecido mediante una Orden, pues así se hubiera cumplido con lo previsto en el art.48.2 de la Ley 26/1988 y evitado el desvío de habilitación que ha supuesto la Circular 8/1990 y la 5/1994. Ese hecho hubiera sido decisivo, pues conforme a lo que disponía la Ley 26/1988 nadie hubiera dudado sobre el derecho subjetivo al diferencial negativo, de modo que se hubieran cumplido los mencionados requisitos citados en la nota 16.

En principio, no deberían existir dudas sobre la obligatoriedad del diferencial negativo, apareciendo los interrogantes únicamente en orden al derecho subjetivo, tal como se ha manifestado más arriba. Esta incógnita también abre el dilema sobre si realmente podrá acudirse a lo preceptuado en el art.8 de la LCGC. Dado el desliz competencial, pues la Orden vulneró claramente la Ley (puesto que un derecho subjetivo al diferencial negativo se debió establecer mediante la Orden y no una Circular, tal como se mencionó *ut supra*), pero también teniendo en cuenta la importancia que le dio el Ministerio de Economía y Hacienda a esta delegación; ante las dificultades que plantea el derecho subjetivo, parece que la única vía posible sería la de la abusividad, pues también otros conceptos de Derecho privado, como el enriquecimiento injusto por no aplicación del diferencial aparentan de difícil aplicación. La cuestión es: si la falta de información del diferencial negativo y consiguiente no aplicación podría dar lugar a una abusividad directa como en las cláusulas suelo o por el contrario, tal como teorizó el TJUE en la sentencia de 13 de julio de 2023, sería necesaria una comparación de precios para detectar la posible abusividad.

Sobre si finalmente se considera abusiva la cláusula que incorpora el IRPH, me sumo a la respuesta ofrecida, en su día, por la profesora SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, por cuanto el préstamo podría subsistir sin intereses pues la cláusula de intereses no es esencial²³. Esta idea es congruente desde varios puntos de vista, el primero de ellos que emanaría del efecto disuasorio de la Directiva 93/13, mientras que el segundo encontraría su fundamento en la presunción de gratuitad del préstamo contenida en el Código Civil y el Código de Comercio. Aunque, según la jurisprudencia, esta opción resulta poco factible y, por lo tanto, debería procederse a la sustitución del índice por otro o a la nulidad y restitución de las prestaciones.

3.C. Expediente de elaboración y aprobación de la Circular 5/1994

Es útil también saber que en el expediente previo de la Circular 5/1994 se pueden encontrar numerosos detalles e informaciones de interés. Por ejemplo, esta parte del preámbulo también contenía: “en cuanto a la decodificación del MIBOR plantea la dificultad de que esta referencia relaciona dos mercados relativamente alejados en riesgo y estabilidad²⁴”.

Puede observarse también que, inicialmente, el Anexo IX no disponía de una fórmula para obtener el diferencial negativo, adjuntándose únicamente la tabla²⁵. Tampoco los servicios jurídicos del Banco de España hicieron ninguna observación sobre el Anexo IX. Por otro lado, desde la Asociación Española de Banca Privada se apuntó, en relación al Anexo IX, que: “*Constituye una anomalía jurídica publicar, como Anexo, un documento que no tiene correspondencia con ninguna*

Norma de la Circular, sino que sólo en la Exposición de Motivos se hace una referencia a la misma. Ello determina que no quede claro el carácter informativo o vinculante de dicho Anexo, que debería desaparecer, y si acaso enviarse como una simple carta informativa²⁶.

En cambio, desde la Asociación Hipotecaria Española se dijo: “*se surgiere la transformación de los tipos de referencia, expresados en tasas anuales equivalentes, en tipos nominales, a cuyos efectos se adjunta como anexo una tabla para la decodificación²⁷. Sin embargo, en las normas de la Circular no se hace referencia alguna a la decodificación ni a la tabla, de forma que queda indeterminada, con la consiguiente inseguridad jurídica, la naturaleza que la Circular pretende dar a esta transformación de TAE en nominales. En todo caso debe considerarse que una tabla como la propuesta carece de utilidad a los efectos de decodificación que se pretenden, dado que las comisiones no son uniformes para todas las entidades, ni un diferencial negativo tiene la misma significación para distintos niveles de tipos de interés, además de que se contemplan supuesto limitados en cuanto a plazos y tipos²⁸.*” Antes de seguir con el expediente previo, conviene abrir un paréntesis y realizar una serie de apreciaciones a esto último. Que la Asociación Hipotecaria Española sugiriera la transformación de los tipos de referencia en TINs en vez de TAEs tuvo su sentido en orden a la posible aplicación de diferenciales positivos. Por otro lado, al igual que la Asociación Española de la Banca, observaron la necesidad de mencionar dicho Anexo IX en alguna de las normas de la Circular (aunque, también se olvidan de que los Anexos de por sí constituyen normas). El pretendido diferencial negativo se fundamenta, según se extrae de la opinión de la Asociación, en la transformación de las TAEs que se utilizan para confeccionar los índices en TINs. Es lógica esta apreciación, pues de ese modo las entidades podrían añadir sus gastos y comisiones para obtener las TAEs concretas de los contratos referenciados a IRPHs. Si se ha observado con atención, las propias asociaciones se dieron cuenta de la problemática que podrían traer estos diferenciales negativos a consecuencia de una falta de claridad de la Circular, al menos, en ese aspecto. Por último, el apunte también es congruente debido a que la tabla no era exhaustiva, es decir, no contemplaba todas las situaciones²⁹. De ahí que con posterioridad se incluyera una fórmula para poder obtener el diferencial negativo. Como últimopunto, también previene la Asociación, en relación al Anexo IX: “*Debe insistirse en lo ya expresado en las consideraciones generales sobre la improcedencia de incluir como anexo de la Circular una tabla de decodificación cuya utilización no queda regulada en el texto de aquélla, sino simplemente aludida o recomendada indirectamente en el preámbulo de la Circular. Por otra parte debe señalarse que la utilización de esta tabla sería innecesaria si se efectuara una redefinición de la TAE excluyendo de ella las comisiones³⁰.*”

Podría resultar asombroso, si se observa con detenimiento, que ningún cambio se hiciera respecto de las apreciaciones mencionadas *ut supra*, salvo el añadido de la fórmula para obtener el diferencial negativo.

4.D. Duplicidad de retribuciones

Por último, la STJUE en su considerando 47 incorpora la siguiente matización: “*los IRPH incorporan el efecto de las comisiones, puede ser pertinente exami-*

nar la naturaleza de las comisiones eventualmente estipuladas en otras cláusulas del contrato objeto del litigio principal, con el fin de comprobar si existe un riesgo de doble retribución de determinadas prestaciones del prestamista”.

Sobre la duplicidad, hay que tener en cuenta que a la confección del IRPH también afectaron distintas cláusulas nulas, entre ellas, gastos hipotecarios, cláusula 365/360 y, si fuera el caso, la comisión de apertura. Si se tienen en cuenta todas estas nulidades por abusividad, ¿de qué manera afectarán al IRPH? Podría conllevar a la nulidad de la cláusula por la cual se incluye el IRPH o simplemente a una corrección y devolución del exceso cobrado. Incluso también las cláusulas suelo afectaron a la confección del IRPH³¹.

V. APUNTES DOCTRINALES

El apartado 65 de la STJUE de 13 de julio de 2023 tiene una importancia crucial³². En este considerando se ha dicho: “*Por lo que respecta a una cláusula relativa al cálculo de los intereses de un contrato de préstamo, también es pertinente comparar el modo de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por la referida cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato objeto del litigio principal en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los del contrato de préstamo considerado*”. Constituye esta una información relevante, pues ante una falta de transparencia, de no poder comparar los precios del mercado para el juicio de abusividad, difícilmente una cláusula del tipo podría llegar a ser abusiva. PERTÍÑEZ afirma que: “*requiere una valoración de la magnitud del precio resultante por la aplicación de la cláusula no transparente en comparación con el precio de mercado existente al tiempo de la celebración del contrato: es decir, una valoración acerca de si por mor de la cláusula el precio es caro y no simplemente distinto del que se creía haber pactado*³³”. Ahora bien, también sostiene que: “*en la valoración de cuando es abusiva una cláusula que de manera no transparente establezca como índice de referencia el IRPH se ha de comparar el tipo de interés resultante de la suma de dicho índice más el diferencial pactado, con el tipo de interés legal, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato objeto del litigio principal en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalentes*³⁴”. De este modo, para efectuar la comparación que se propone deberá tenerse en cuenta el precio en otros índices en el momento de perfeccionarse el contrato de préstamo referenciado al IRPH.

No obstante, el citado autor manifiesta sus interrogantes respecto a cuánto de superior deberá ser la diferencia entre el IRPH, el interés legal o el tipo medio conformado por otros índices. Parece inclinarse por el criterio de que exista un desequilibrio importante, más tampoco resuelve esto nada, pues no se cuantifica ni ofrece una pista más sólida y nítida. Por otro lado, también refiere sus dudas respecto a con qué debe compararse dicho desequilibrio, si: “*con los modos de cálculo generalmente aplicados (en el mercado hipotecario español, habría de entenderse el euríbor), con el tipo de interés legal y con los tipos de interés aplicados en el mercado en contratos de préstamo con un importe y duración equivalentes, pero no*

se aclara si el tipo de interés resultante ha de ser superior a estas tres magnitudes o bastaría con que fuese superior a cualquiera de ellas³⁵". En cambio, el criterio que se mantiene en este trabajo es que, simplemente de seguirse el camino de la falta de transparencia y abusividad, la no inclusión de un diferencial negativo debería conducir a la abusividad del índice y a la nulidad del contrato, pues ese hecho supone la generación de un desequilibrio importante. Como añadido cabría decir que: en caso de no añadirse el diferencial negativo, también de aparecer en el contrato una cláusula suelo, cláusulas abusivas en relación con gastos, cláusula 365/360, falta de mención de la evolución del índice en los dos años anteriores, así como otra información exigida por la Circular del año 8/1990 y 5/1994 y sus correspondientes modificaciones³⁶ deberían tenerse en cuenta tales circunstancias en orden a reforzar la abusividad de la cláusula que incorpora el índice IRPH, siempre y cuando no se opte por la abusividad directa debido a la no inclusión de un diferencial negativo.

Concluye PERTÍÑEZ VÍLCHEZ que: *"El fallo señala que de la circular en cuestión se desprende que para igualar el índice IRPH con el tipo de interés de mercado sería preciso aplicar un diferencial negativo. Obviamente, el fallo no está señalando que la circular imponga la aplicación de un diferencial negativo a la comercialización de préstamos con índice IRPH, sino simplemente que de su preámbulo se deduce que el índice IRPH es superior al tipo de interés medio de mercado y esa evidencia debe tener consecuencias sobre la exigencia de transparencia y el ulterior control de abusividad, conforme al art. 4.2 de la directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas³⁷"*. No obstante, algunas de estas afirmaciones requiere matización. La STJUE diferencia dos supuestos, a raíz de lo que percibe de la cuestión prejudicial. El primero de ellos respecto de la aplicación del diferencial negativo, mientras que la segunda trata de la falta de transmisión de información al prestatario, por parte de la entidad, en relación al diferencial negativo (considerando 47). Del primer supuesto se debe apuntar que el TJUE no puede pronunciarse sobre la aplicabilidad u obligatoriedad del diferencial negativo, pues se trata de una norma de Derecho nacional que no proviene de la transposición de ninguna Directiva. Con lo cual, el TJUE afirmó la obligatoriedad de la aplicación del diferencial sobre la base de la información transmitida por el Juzgado que planteó la cuestión prejudicial. Sí que resulta competente el TJUE respecto de la falta de información en relación al diferencial negativo, pues a través del pronunciamiento del TJUE, el Juzgado remitente recibirá las bases en orden a valorar el efecto que tendría dicha omisión de cara a un juicio de abusividad, si no se interpretar que directamente dicha omisión supone una abusividad directa.

La diferencia aquí no es una falta de entrega de información, sino la aplicación de un precepto. Claro, el *quid* de la cuestión se basa en que, en principio, dada la naturaleza de la Circular, el consumidor no tiene un derecho subjetivo a la aplicación del diferencial negativo de la Circular. Ahora bien, en ese caso, ¿cómo quedaría la situación del consumidor? ¿únicamente se sancionaría a la entidad?

El profesor PANTALEÓN PRIETO realizó una aspera reprobación a la STJUE de 13 de julio de 2023; conviene apuntar algunas de sus ideas y realizar algunas matizaciones. Recuerda que el TS ha venido rechazando las peticiones de abusividad respecto de las cláusulas IRPH sobre la base de dos hipótesis. La primera de ellas se refiere a que el IRPH se caracteriza por ser una reproducción de tipos

oficiales. La segunda, en que las entidades se han limitado a reproducir o a remitirse en todo o en parte, sin ninguna modificación, a la definición y método de cálculo establecido por el legislador. No obstante, el autor destaca que el IRPH no entraría dentro de los ámbitos de exclusión contemplados en el art.1.2 de la Directiva 93/13.

Un punto sobre el que también se detiene, pues la STJUE ha traído un intenso debate, es sobre el diferencial negativo. Dice el ilustre profesor que, a su juicio, que no se hubiera informado sobre el contenido del preámbulo no conduce a ninguna consecuencia, pues carece de importancia o relevancia la omisión de esa información. Su argumento reside en que dicha información no ilustraba nada al prestatario respecto de las consecuencias económicas del contrato hacia su persona, pues dicho hecho se iba a reflejar a través de la TAE.

Aunque el argumento resulta ser ingenioso, se aleja del sentido literal del preámbulo y de la explicación que en él pretendía ofrecerse respecto del Anexo IX. La siguiente afirmación por parte del autor constituye un buen razonamiento en favor de su postura, no obstante se ha de matizar: *“si el Juzgado que le planteó las cuestiones prejudiciales hubiera tenido a bien manifestarle que la Circular 5/1994 fue derogada por la hoy vigente Circular 5/2012, que mantuvo el IRHP-Entidades como tipo de interés oficial, sin que, ni en el preámbulo de esta ni en su articulado, existiera ni exista un texto igual o semejante al arriba transcrita del preámbulo de la Circular 5/1994, ni anejo alguno análogo el Anexo IX de esta”*³⁸. Es cierto que en la Circular 5/2012 nada se dice sobre el discutidísimo diferencial negativo. Es más, si se acude a su Disposición derogatoria, nada se indica en orden a mantener en vigencia el Anexo IX. Ahora bien, lo anterior tiene su sentido y por ello se procederá a su correspondiente explicación.

Si bien es cierto, tal como dice PANTALEÓN, que en la Circular 5/2012 se omitió la tabla que venía en el Anexo IX y su fórmula, no obstante, la misma sigue existiendo en virtud de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013. Este hecho se confirma a través de la propia página del Banco de España donde, añadiendo cuándo se firmó un préstamo, a través de una aplicación se menciona la necesidad de aplicar un diferencial u otro. La Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y la Circular 5/2012 anunciaron la desaparición de una serie de índices. En la Ley 14/2013 se concretó este hecho a través de la Disposición adicional decimoquinta, de modo que se estableció:

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

- a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos.*
 - b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros.*
 - c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros.*
- 2. Las referencias a los tipos previstos en el apartado anterior serán sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato.*

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

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

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

Esta norma supuso la desaparición del conocido IRPH bancos y cajas, de modo que, si no se hubiera previsto en el contrato un índice sustitutivo, el reemplazo hubiera de realizarse por el IRPH entidades. Pero obsérvese con atención el apartado tercero de la Disposición citada *ut supra*. Para poder obtener el diferencial, la propia norma establece una serie de directrices. El Banco de España contiene, en su página web, un simulador³⁹ que permite obtener el diferencial a aplicar para las sustituciones de IRPHs por IRPHs de entidades. Resulta más que curioso, que pese a lo simplón que es el simulador, pues solamente se ha de añadir la fecha en la cual se otorgó el préstamo, existe una conducta y parámetro repetitivo de indudable interés. Siempre que se opta por el IRPH bancos, es decir, se tuvo el IRPH bancos y se sustituye por entidades, el simulador arroja como resultados diferenciales negativos. Sin embargo, con el IRPH cajas no sucede lo mismo, pues en este supuesto el diferencial que aparece a consecuencia de la sustitución por IRPH de entidades es positivo. Existe una clara contradicción, pues mientras que en el primero siempre se obtiene diferenciales negativos, de modo que se cumple con aquello que anuncia el preámbulo y se definió en el Anexo IX de la Circular 5/1994, en IRPH cajas no sucede lo mismo. La pregunta es: ¿quién elaboró el simulador pudo equivocarse respecto a la referencia que se hizo en el preámbulo a favor del tipo activo de las cajas de ahorro (recordar que se decía que la tabla y, por ende, la fórmula, no era útil para decodificar el diferencial para los tipos activos de las cajas)? Solamente se trata de una suposición a raíz de un indicio, pues cuando se opta por el tipo activo de las cajas de ahorro y se sustituye por el IRPH entidades, al igual que en IRPH cajas, el diferencial arrojado por el simulador es positivo.

Por otro lado, el simulador tampoco arroja la precisión que requiere la Disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, o al menos, eso parece de la lectura del contenido de la Disposición. Lo que si confirma dicho simulador es que deberían haberse aplicado diferenciales negativos y proyecta una serie de dudas respecto del IRPH Cajas. También tiene sentido que la Circular 5/2012 omitiera cualquier pronunciamiento respecto al diferencial negativo, al dichoso preámbulo y al Anexo IX de la Circular 5/1994, pues los IRPHs, salvo entidades, estaban destinados a desaparecer. Además, otro aspecto que fortalece esta argumentación se basaría en la nula comercialización de los bancos de préstamos con estos índices.

En la búsqueda que se ha realizado, si es que ha sido efectiva, no se ha encontrado ninguna entidad que hoy en día ofrezca un préstamo referenciado al IRPH⁴⁰.

VI. JURISPRUDENCIA TRAS LA STJUE DE 13 DE JULIO DE 2023

Se ha tenido acceso a diecisiete sentencias dictadas tras la STJUE de 13 de julio de 2023. Llama la atención que ninguna de ellas haya declarado nula la cláusula por la que se incorpora el IRPH⁴¹. A continuación, se realizará un breve análisis de estas sentencias.

Existen un total de trece sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Barcelona. En ellas se reproducen, por parte esta, los mismos fundamentos jurídicos para rechazar la nulidad de la cláusula que incorpora IRPH. Con lo cual, se citarán los argumentos más relevantes de la primera de ellas y en nota se dejará la referencia de las otras sentencias.

Corresponde entonces analizar la SAP Barcelona (Secc.13) 488/2023 de 15 de septiembre (SAP B 9548/2023)⁴². En este supuesto el contrato se celebró en el año 2002; no se especifica en la sentencia el tipo de IRPH, ni tampoco el diferencial inserto en el contrato. La AP interpreta la STJUE de 13 de julio de 2023 y dice lo siguiente. Que el Juzgado que planteó la cuestión prejudicial remitió información errónea, también que: *“la Circular 5/1994 no impone ni advierte a las entidades financieras que opten por ofrecer préstamos referenciados a IRPH de la necesidad de compensar con diferenciales negativos la forma de calcular los tipos de interés. El párrafo citado del mencionado preámbulo se refiere a la forma de calcular la TAE (“Para igualar la TAE”) de dichas operaciones para comunicarlos al Banco de España. Basta con acudir al anexo IX, que, de forma orientativa, incluye una tabla de diferenciales para los tipos, comisiones y frecuencia de las cuotas, más usuales en la actualidad, diferencial que se refiere a la forma de calcular la TAE (FD.4.11)”*. Y sigue: *“La TAE es sencillamente una forma de expresar en un porcentaje el coste total del préstamo, lo que nos permite comparar las ofertas de las diferentes entidades, pero no es el tipo de interés del préstamo (TIN, tipo de interés nominal), ya que aquella tiene en cuenta los gastos y comisiones asociados al préstamo o crédito. Así pues, lo que la circular pretendía es corregir la información que proporcionaban las entidades de créditos para fijar el índice, puesto que la TAE incluía también las comisiones. Sin dicha corrección podría parecer que el IRPH resultaba más caro que otros préstamos con otros índices de referencia que no incluyan las comisiones porque no se expresaban en TAE (FD.4.13). Por otro lado, se repite que se remitió una información errónea y que ello condujo al TJUE a interpretar erróneamente el Derecho nacional.*

Con lo cual, concluye que dicho preámbulo no afectaría al conocimiento de la carga económica por parte del prestatario.

Se echa en falta en esta sentencia una mención respecto del Anexo IX de la Circular 5/1994 y su valor. Desde otra perspectiva, tampoco resulta adecuada la afirmación de que el TJUE partió de una información errónea, hecho este que solo conduce a la desacreditación entre Juzgados. Por otro lado, la AP realiza una interpretación errada del preámbulo, pues este se refiere a la aplicación del diferencial negativo en cada una de las operaciones, es decir, en los respectivos contratos de préstamo que se vaya a celebrar entre entidades financieras y prestatarios. Así

como tampoco puede servir para corregir la información que se pretendía transmitir a los prestatarios, pues de haberse llevado a cabo el comportamiento que preconiza la AP, más que aclaración, lo que hubiera habido sería confusión.

En la SAP Palma de Mallorca (Secc.5) 601/2023 de 26 de julio (SAP IB 1728/2023) se enjuicia un supuesto referenciado a IRPH Cajas, cuyo contrato se suscribió en el año 2004; también se aplicaba un diferencial de 0,25%. En primer lugar, se dice en esta sentencia que no se aprecia en relación a la investigación jurídica que podría conducir la obtención de información: *“Esta Sala no tiene evidencia de que el preámbulo de esta circular sobre el TAE, dirigida a las entidades bancarias haya propiciado el efecto que el TJUE ordena analizar al juez nacional (FD.3.4)”*. Sobre el posible desequilibrio importante, se remite al considerando 69 de la STJUE de 13 de julio de 2023 y concluye que de la prueba practicada no se aprecia que hubiera que realizar una investigación jurídica compleja por el consumidor; tampoco realiza una comparación con distintos intereses, en el mercado, en el momento de la contratación. Y dice sobre el diferencial negativo: *“Las consideraciones recomendadas por el preámbulo de la circular 5/1994 deben interpretarse en coherencia con la normativa bancaria profusamente analizada en la jurisprudencia precedente sin que la resolución del TJUE haya introducido una modificación en la misma ni declarado una inconsistencia (FD 3.5)”*. En cuanto a la buena fe, reitera que esta no puede vulnerarse al haberse ofrecido un índice oficial. La motivación respecto del diferencial negativo y el preámbulo resultan escasas, además, no hay ningún análisis sobre el Anexo IX de la Circular 5/1994.

Dentro de la SAP Pamplona (Secc.3) 663/2023 de 19 de septiembre (SAP NA 978/2023) el contrato cuestionado se referencia a IRPH entidades, firmado en el año 2006, sin la adición de ningún diferencial. Al analizar la STJUE de 23 de julio de 2023 se concluye que esta sentencia no modifica la anterior doctrina del TS respecto del IRPH. Para la AP, en relación al preámbulo, únicamente se contiene una recomendación o sugerencia, no habiendo imperatividad en cuanto a la aplicación del diferencial negativo. Por otro lado, la AP analiza solamente el preámbulo, obviando el Anexo IX, lo cual la conduce a afirmar que el preámbulo carece de carácter normativo. Y refiere en atención al preámbulo: *“Desde tal consideración, lo que cabría entender del tenor de la exposición de motivos de la Circular es la voluntad de que la TAE (y no el índice de referencia) en estas operaciones hipotecarias pueda ajustarse o modularse para no desviarse de la TAE media de mercado (ello, además, en el año 1994 en el que el mercado no lo marcaba el Euríbor, en tanto que índice puesto en marcha posteriormente en 1999) (FD 5º)”*. Y concluye: *“Por tanto, no cabe incurrir en un automatismo simplista en virtud del cual la cláusula reguladora del IRPH haya de reputarse nula por razón de no quedar anudada a un diferencial negativo, pues no existe ninguna norma en el ordenamiento jurídico que imponga preceptivamente tal solución (FD 5º)”*. También en este caso el análisis resulta incompleto, pues la omisión del Anexo IX no permite valorar concordemente la importancia que podría tener la manifestación hecha en el preámbulo de la Circular 5/1994.

Por último, también aparecen una serie de manifestaciones en relación a la STJUE de 13 de julio de 2023 en la SAP Melilla 65/2023 de 10 de octubre (SAP ML 122/2023). Según parece, se contrató un préstamo referenciado a IRPH Cajas, añadiendo un margen de diferencial de cero. En esta sentencia se dice: *“Cuando*

en 1.990 se creó el IRPH, nunca se dijo en la circular que los diferenciales tenían que ser negativos. En 1.994 se introdujo esa advertencia, pero en el preámbulo, como una recomendación, no normativa.”. Debe matizarse que el IRPH se oficializó legislativamente mediante la Circular 5/1994 y no inicialmente por la 8/1990, la cual es modificada por la primera. Y también se sostiene: “*no cambia la doctrina del Tribunal Supremo en el sentido de que la referencia al diferencial negativo se utiliza por parte del TJUE como un elemento a tener en cuenta en el juicio de transparencia y no en el abusividad*⁴³”. Se alude también que esta STJUE no modifica la doctrina del TS, que no existía ninguna obligación de aplicar un diferencial negativo, así como tampoco a informar al prestatario de la adecuación de aplicar un diferencial negativo (aunque la Audiencia sostiene que la Circular recomienda/sugiere la aplicación de un diferencial negativo). Como no existe obligación alguna de aplicar dicho índice, para la AP supone que menos aún se deba informar sobre el contenido del preámbulo. Igualmente resulta sorprendente, que en relación al Anexo IX se afirme: “*Curiosamente, en este anexo no aparece ningún diferencial negativo ni se ha fijado por ninguna norma posterior*”. Aunque en esta sentencia se mencione el Anexo IX, lo sorprendente de ella es que se sostenga que no aparezca ningún diferencial negativo.

En las sentencias mencionadas anteriormente existe una nota común, pues la mayoría de ellas omiten la referencia al Anexo IX, dando por válido que no existe carácter normativo respecto del diferencial negativo, pues únicamente aparece en un preámbulo. Lo cual no es cierto, puesto que el propio preámbulo anuncia de la tabla del Anexo IX y la fórmula en la que sí se incorpora el diferencial negativo. Por otro lado, al partir de que se trata de una recomendación o sugerencia, tampoco se le otorga la suficiente importancia a la omisión de dicho dato, pues se presume que no tiene ninguna incidencia económica, lo cual, como se ha podido observar no es cierto.

VII. CONCLUSIONES

Una de las conclusiones a las cuales ha conducido el presente análisis se basa en la modificación subrepticia. Es decir, aquellas entidades que conforme al Anexo IX no hubieran incluido un diferencial negativo, al haberse apartado de la fórmula que completa la definición del IRPH han actuado de manera subrepticia llevando a cabo un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor. Pues el sentido del establecimiento de los índices oficiales, así como sus requisitos, descansa en el cumplimiento de las reglas fijadas para que las entidades pudieran incorporar dichos índices a sus préstamos. Lo anterior, al igual que lo ocurrido en las cláusulas suelo, debería conducir a la abusividad directa de la cláusula que incorpora el IRPH.

En parte el problema hacia el cual ha querido orientarse este comentario es de la propia naturaleza de la Circular, pues de haber sido una norma de Derecho Privado o una norma con rango reglamentario proveniente del Ministro de Economía y Hacienda, según la Ley 26/1988, nadie hubiera negado un derecho subjetivo a la aplicación del diferencial negativo. En cambio, dado el orden de las cosas y la interpretación del TS y del TJUE, la comparación de precios, tras constatar la falta de transparencia, según el parámetro fijado por el TJUE, sería la única senda

viable para hacerse la idea de cuál hubiera sido el conocimiento de la carga económica que hubiera obtenido el consumidor en el momento de perfeccionarse el contrato de préstamo. Es decir, difícilmente se aceptará el criterio recogido en el art.8 de la LCGC o de la abusividad directa, aunque no se pueden descartar ambas opciones. Eso sí, el más viable parece ser el de falta de transparencia y posible abusividad del índice, que en este caso debería hacerse mediante una comparación de precios, pero también teniendo en cuenta la posible incidencia que hubiera tenido el diferencial negativo en la carga económica asumida por el prestatario.

El *quid* de la cuestión radica en la necesidad de que el consumidor sea consciente de la carga económica que tendrá que asumir, más si se ocultan ciertos factores que afectan al precio, de inclusión obligatoria conforme a la aplicación de un índice oficial, de manera que la alternativa más viable sería preguntarse: ¿de haberse informado al consumidor sobre el funcionamiento del índice y su composición según normativa bancaria, aquel consumidor hubiera aceptado dicho préstamo? No se trata de que el consumidor pueda entender la fórmula de cálculo, no, la explicación debió consistir en cuáles son las características de este índice, es decir, que se trata de un índice variable, cuyos cambios respecto al interés a abonar se reflejaran de manera más paulatina frente a otros índices, que dado el modo por el cual se compone será necesario agregarle un diferencial negativo de forma que resulte competitivo frente a otros índices.

Resulta curioso, cuando menos, que un consumidor medio, atento y perspicaz debiera entender, por la simple remisión a la Circular, el contenido y fundamento del preámbulo en relación con el Anexo IX, pero que dicho preámbulo y Anexo, entre otras cosas, hayan conducido a una discusión acalorada a los juristas, con opiniones dispares sobre su fundamento y funcionalidad. Si personas cualificadas, con conocimiento profundo de la norma, no descifran, al menos unánimemente, el significado de esa parte del preámbulo en relación con el Anexo, cómo se pretendía que el consumidor consiguiera hacerse una cabal idea de la carga económica que debiera de suponerle en el momento dado.

Por otro lado, el simulador del Banco de España, en aras de facilitar el cumplimiento de la Disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, ofrece unos indicios interesantes de cara a dilucidar el problema del tan discutido diferencial negativo.

La reciente jurisprudencia no trae buenas novedades para el consumidor, pero tampoco se ha ocupado con el detalle que hubiera merecido la cuestión del preámbulo en relación con el Anexo IX de la Circular 5/1994. De modo que esto ha podido conducir a tomar ciertas decisiones apresuradas. No obstante, deberá analizarse caso por caso como se ha incluido la cláusula por la cual se establece el IRPH y si en el supuesto concreto puede obtenerse la nulidad del índice y la restitución de prestaciones; menos viable resultaría que este se sustituya por EU-RIBOR a la luz de la jurisprudencia que se va consolidando.

VIII. ÍNDICE DE NORMATIVA

- Expedientes de elaboración y aprobación de las Circulares de 5/1994, de 22 de junio; 7/1999, de 29 de junio y 1/2000, de 28 de enero. Disponible en:

https://www.caib.es/sites/consumidor/es/calcul_del_desequilibri_en_contratos_irph/.

- Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.
- 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.
- Circular número 8/1990, de 7 de septiembre.
- Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.
- 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.

IX. JURISPRUDENCIA CITADA

- SAP Melilla 65/2023 de 10 de octubre (SAP ML 122/2023).
- SAP Pamplona (Secc.3) 663/2023 de 19 de septiembre (SAP NA 978/2023).
- SAP Barcelona (Secc.13) 488/2023 de 15 de septiembre (SAP B 9548/2023).
- SAP Palma de Mallorca (Secc.5) 601/2023 de 26 de julio (SAP IB 1728/2023).
- STJUE de 13 de julio de 2023 (asunto C-265/22).

X. BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, A. (2023). No debería haber cambios en la doctrina del TS sobre el IRPH tras las STJUE de 13.7.2023. *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, N°47.
- ARAGÓN, M. (1992). Las fuentes de la contratación bancaria. En particular el problema de los estatutos y de las circulares del Banco de España. *Revista española de Derecho Constitucional*, año 12, núm.35, mayo-agosto.
- BAUZÁ, G. (2022). Estudio sobre el desequilibrio financiero en la contratación IRPH, informe encargado por la Dirección General de Consumo de Baleares. Disponible en: https://www.caib.es/sites/consumidor/es/calcul_del_desequilibri_en_contratos_irph/.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2018). Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 (669/2017). IRPH y STS 14.12.2017: dos colosos con pies de barro. El art.1.2 de la Directiva 93/13 no blinda en realidad cualquier cláusula que reproduzca “normas”. Transparencia lejos del suelo, en YZQUIERDO TOLSADA, M (Dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*. Volumen 9º, Dykinson/BOE, Madrid.
- ETXEBERRIA MURGIONDO, J. (2016). Nota acerca del IRPH. Un análisis desde la estadística, disponible en:
https://www.caib.es/sites/consumidor/es/calcul_del_desequilibri_en_contratos_irph/

- ERAUSQUIN VÁZQUEZ, J.M^a., ORTIZ PÉREZ., M. (2022). Informe de validación jurídica en la incorporación, en contratos de préstamos bancarios suscritos por consumidores, del tipo hipotecario IRPH, Abogados RES S.L. Disponible en: https://www.caib.es/sites/consumidor/es/calcul_del_desequilibri_en_contrates_irph/.
- FRANCH FLUXÀ, J. (2023). La protección del consumidor bancario a raíz de las sentencias europeas sobre IRPH. *La Ley Mercantil*, N°107, noviembre.
- GONZÁLEZ CALVET, J., TURMO GARUZ, J., BOU BAUZÁ, G., (2022). Estudio sobre las irregularidades del índice IRPH que pueden conllevar su supresión por vía administrativo, informe a cargo del Ministerio de Consumo, Barcelona. Disponible en: https://www.caib.es/sites/consumidor/es/calcul_del_desequilibri_en_contrates_irph/
- JUAN GÓMEZ, M.C. (2023). El IRPH y la STJUE de 13 de julio de 2023: ¿realmente estamos ante un cambio de paradigma. *Diario La Ley*, N°10349, septiembre.
- LEGUINA VILLA, J. (2003). Notas sobre la autonomía del Banco de España dentro del SEBC y sus fuentes normativas. *Derecho Privado y Constitución*, N°17, enero-diciembre.
- MORENO DE ACEVEDO YAGÜE, J.I., BOU BAUZÁ, G., (2023). Naturaleza imperativa de la Circular 5/1994 en la contratación IRPH (Anexo al documento Estudio sobre desequilibrio financiero en la contratación IRPH), encargado por la Dirección General de Consumo de Baleares. Disponible en: https://www.caib.es/sites/consumidor/es/calcul_del_desequilibri_en_contrates_irph/
- ORDUÑA MORENO, F.J. (2023). Comentario a la STJUE de 13 de julio de 2023: «las advertencias de la Circular 5/1994, como expresión o medida del control de transparencia y del juicio de abusividad del IRPH». *Diario La Ley*, N°10335, Sección Tribuna, 25 de julio.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (2023). Las cláusulas IRPH, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo. *Almacén de Derecho*, 28 de agosto, disponible en: <https://almacendederecho.org/las-clausulas-irph-el-tribunal-de-justicia-y-el-tribunal-supremo>
- PERTÍNEZ VÍLCHEZ, (2023). Un nuevo paradigma en relación entre transparencia y abusividad. *Almacén de Derecho*. Disponible en: <https://almacendederecho.org/un-nuevo-paradigma-en-la-relacion-entre-falta-de-transparencia-y-abusividad>
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2020). Cláusula IRPH en préstamos hipotecarios, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N°779.
- SUÁREZ PUGA, E. (2023). Las incomprensiones del juez y del TJUE en torno a la TAE y el IRPH. *Almacén de Derecho*, 14 de julio, disponible en: <https://almacendederecho.org/las-incomprensiones-del-juez-y-del-tjue-en-torno-a-la-tae-y-el-irph>
- SPINEANU-MATEI, O. (2023) Los consumidores deben recibir información suficiente de los métodos de cálculo de índices de referencia de los préstamos hipotecarios (IRPH). *La Ley Unión Europea*, N°117, septiembre.

NOTAS

¹ El índice de referencia para préstamos hipotecarios, en sus modalidades cajas, entidades y bancos fue introducido por la 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. Se definieron los distintos IRPHs en el ANEXO VII de la Circular 5/1994.

² En adelante, STJUE de 13 de julio de 2023. Tampoco debe obviarse que ya ha entrado en el registro del TJUE el planteamiento de una nueva cuestión prejudicial. Pueden consultarse los enlaces siguientes para la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Donostia (nº8) en relación al IRPH. <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=IRPH&docid=278603&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=11235788>, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=IRPH&docid=280309&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=11235788#ctx1>.

³ No se realizará un análisis detallado, pues únicamente se citarán dichas normativas, alguna referencia a algún precepto y contenido de algún preámbulo.

⁴ En adelante, Ley 26/1998

⁵ Desde ahora, Orden de 12 de diciembre de 1989.

⁶ Idea que aparece en el preámbulo de la Orden de 12 de diciembre de 1989.

⁷ En lo sucesivo, Orden de 5 de mayo de 1994.

⁸ Preámbulo de la Circular 5/1994.

⁹ Considerando 59.

¹⁰ Véase para ello el siguiente enlace: https://www.boe.es/informacion/aviso_legal/index.php.

¹¹ Al lado de texto, se debe seleccionar análisis de la norma en el siguiente enlace: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-23233>.

¹² Esto se ha confirmado, por ejemplo, en algunos informes de carácter técnico financiero. Véase: BAUZÁ, G. (2022). Estudio sobre el desequilibrio financiero en la contratación IRPH, informe encargado por la Dirección General de Consumo de Baleares. ETXEBERRIA MURGIONDO, J. (2016). Nota acerca del IRPH. Un análisis desde la estadística, disponible en: https://www.caib.es/sites/consumidor/es/calcul_del_desequilibri_en_contractes_irph/.

¹³ Esto también tendría su correspondencia en lo dicho en el considerando 58: *“Incumbe al órgano jurisdiccional remitente verificar que la información así proporcionada era suficiente para permitir que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, tuviera efectivamente conocimiento de los métodos de cálculo del índice de referencia a que se refiere la cláusula controvertida”*. Para AGÜERO ORTIZ: *“no existe ocultación de la Circular 5/1994 al informar “solo” de la Circular 8/1990, es que la información de la Circular 8/1990 es justamente la de la Circular 5/1994”*. Esta afirmación colisiona con lo apuntado *ut supra*, pues ya se demostró que informar y remitir únicamente a la Circular 8/1990 no era suficiente. AGÜERO ORTIZ, A. (2023). No debería haber cambios en la doctrina del TS sobre el IRPH tras las STJUE de 13.7.2023. *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, Nº47, pg.64.

¹⁴ Tal es así, que desde un punto de vista financiero se ha dicho: *“Esta protección se traduce en que, sin llegar a ser una cláusula suelo, sí es una «cláusula freno»*. Es decir, no es que el IRPH tenga un valor mínimo del que no pasa, es que tiene un mecanismo financiero que no le permite bajar”. BOU BAUZÁ, op.cit., pg.25. Con lo cual: *“La «cláusula freno» significa que hay algo extraño en la confección o el cálculo del IRPH que hace que no tenga un comportamiento que refleje la realidad del mercado”*. *Ibidem*, pg.28. Por otro lado, en otro trabajo, respecto del IRPH y el efecto freno se ha dicho: *“Por esta razón señalamos anterior-*

mente que el IRPH es una cláusula suelo dinámica, en el sentido que no es que tenga un valor tope del que no pasa sino que tiene un mecanismo para evitar que toque el cero (como sí ha hecho el Euribor) o valores próximos a cero". GONZÁLEZ CALVET, J, TURMO GARUZ, J., BOU BAUZÁ, G., (2022). Estudio sobre las irregularidades del índice IRPH que pueden conllevar su supresión por vía administrativo, informe a cargo del Ministerio de Consumo, Barcelona, pg.36. Disponible en: https://www.caib.es/sites/consumidor/es/calcul_del_desequilibrio_en_contratos_irph/.

¹⁵ Por otro lado, también contribuirá y reforzará la declaración de abusividad la omisión de ciertas informaciones exigidas por la normativa bancaria. Entre ellas, la evolución del índice durante los dos años naturales anteriores a la perfección del contrato de préstamo. De modo que la omisión de un conjunto de información, en principio, pudo suponer para el consumidor medio una incomprensión del funcionamiento del índice que contrató y conducirle a un desequilibrio importante.

¹⁶ Aunque excede del objeto de este comentario, dado el interés que presenta, conviene realizar, a modo de nota, un breve comentario y reflexión sobre las Circulares. La naturaleza de estas Circulares se encuadra dentro de la potestad reglamentaria del Banco de España. LE-GUINA VILLA, J. (2003). Notas sobre la autonomía del Banco de España dentro del SEBC y sus fuentes normativas. *Derecho Privado y Constitución*, N°17, enero-diciembre, pg.321. Al mismo tiempo, conviene relacionar a las Circulares bancarias con el problema que surge en orden a determinar las fuentes de la contratación bancaria. ARGAÓN remite al art.50 del Código de Comercio y, en su trabajo, procede a realizar una exegesis del significado del término leyes especiales. En lo que interesa en este trabajo, el autor analiza el papel que pueden asumir los reglamentos dentro del concepto leyes especiales. Dado el constante aumento de interrelación entre el Derecho público y privado, observa ARAGÓN que debe incluirse dentro del término leyes especiales a las normas reglamentarias que contengan prescripciones aplicables a los contratos bancarios. ARAGÓN, M. (1992). Las fuentes de la contratación bancaria. En particular el problema de los estatutos y de las circulares del Banco de España. *Revista española de Derecho Constitucional*, año 12, núm.35, mayo-agosto, pgs.42 a 44. En orden a reforzar su argumento cita jurisprudencia del TC en la cual se interpreta que la legislación mercantil debe entenderse en un sentido material, debiendo comprenderse dentro de esta legislación tanto las normas con fuerza de ley como también los reglamentos. *Ibidem*, pg.44. El problema en dichos casos consistirá en verificar si se cuenta con la suficiente habilitación legal, se posea la competencia correspondiente y se haya respetado los límites que imponen las materias reservadas a la ley. *Ibidem*, pg.48. Ahora bien, respecto de las Circulares y su incidencia en la contratación bancaria, analiza ARAGÓN el apartado segundo de la Ley 26/1998, de modo que concluye que este precepto habilitó solamente al Ministerio de Economía y Hacienda, careciendo el Banco de España tanto de competencia directa para regular las relaciones económicas entre particulares, pero también de competencia a través de delegación (para estos supuestos). De ese modo, las normas del Banco de España no podrían afectar a terceros extraños a esa relación (se refiere a la relación entre la Administración y las entidades de crédito). Utiliza una afirmación nítida el autor: "El Derecho privado no puede ser establecido por el Banco de España". *Ibidem*, pg.58. Ahora bien, si se recordara, con anterioridad se mencionó la Orden de 12 de diciembre de 1989. En esta orden se facultaba al Banco de España al desarrollo de materias que aparecen en el art.48.2 de la Ley 26/1998. Tal desarrollo se hizo a través de la Circular 8/1990, lo cual llevó a ARAGÓN a sostener que hubo una transgresión de la ley. *Ibidem*, pg.59.

¹⁷ La TAE debe contraponerse al TIN. El primero de ellos engloba el coste total de la operación de préstamo, de modo que incluye al tipo de interés, los gastos y las comisiones. Por

otro lado, la TIN alude al tipo de interés de la operación, el cual equivale al índice de referencia más un diferencial. Con lo cual, teniendo el tipo, para obtener la TAE debería agregarse las comisiones y otros gastos de la operación. Sobre la dinámica en los préstamos hipotecarios dice BOU BAUZÁ: que el procedimiento se basa en tres estadios, en el primero se elige el índice de referencia, en el segundo se suma un diferencial de modo que se obtendría el TIN del préstamo y, por último, al sumarse las comisiones y gastos, estas darán lugar a la TAE. BOU BAUZÁ, *op.cit.*, pg.66.

¹⁸ Esto supone que se tengan por excluidos de las TAEs que se utilizan para elaborar los IRPH los siguientes: los contratos de préstamo hipotecario destinados a la adquisición de vivienda protegida, las operaciones de préstamos hipotecarios suscritos por trabajadores de las entidades financieras (en casos en los cuales se ofrecían intereses fuera de mercado). Por otro lado, existen reducciones que afectaban al diferencial aplicable o suponían la eliminación de ciertas comisiones, pero que en verdad no eran tenidas en cuenta a la hora de elaborar la TAE, confiándose la TAE como si estas reducciones fueran inexistentes. Lo anterior conduce y coadyuva a elevar las TAEs medias ponderadas del IRPH. ERAUSQUIN VÁZQUEZ, J.M^a., ORTIZ PÉREZ., M. (2022). Informe de validación jurídica en la incorporación, en contratos de préstamos bancarios suscritos por consumidores, del tipo hipotecario IRPH, Abogados RES S.L., pg.12. Disponible en: https://www.caib.es/sites/consumidor/es/calcul_del_desequilibrio_en_contratos_irph/. Véase también respecto de las bonificaciones y su relación con la TAE, GONZÁLEZ *et al.*, *op.cit.*, pg.14. Por otro lado, en el citado estudio también se dice: “*Para el procedimiento de cálculo del IRPH entidades de cada mes, un grupo de entidades de crédito envía cada una al Banco de España un “número promedio”. Este “número promedio” es la media ponderada de los préstamos nuevos o renovados de dicho banco (ponderada por el capital prestado en cada operación hipotecaria). Es importante volver a recalcar que cada entidad tiene la misma aportación al cálculo que hace el Banco de España, ya que se trata de una media aritmética simple. Por tanto, si una entidad pequeña, con 2000 clientes por poner un número, comete un error, la alteración del IRPH es la misma que si el error lo hubiera cometido una entidad con 2 millones de clientes*”, *Ibidem*, pg.17. Esta idea ya venía reflejada en el estudio estadístico de ETXEBERRIA MURGIONDO, *op.cit.*

¹⁹ BOU BAUZÁ, *op.cit.*, pg.10. En este informe se analizan múltiples aspectos desde el punto de vista financiero. Es decir, la dificultad terminológica respecto del índice IRPH, el cual resultaría inentendible para un consumidor medio, salvo que cuente con conocimientos de matemática financiera. Por otro lado, la utilización indistinta de términos como tasa efectiva o tipo nominal simple (o el hacer pasar una tasa efectiva por un tipo nominal), lo cual conduce a equívocos al consumidor medio. Para el autor, el engaño desde un punto de vista financiero se sostiene sobre cuatro cimientos: la redacción incomprensible, el argumento extrafinanciero, el índice como cláusula de freno y la afectación del riesgo ajeno. Desde el punto de vista de un análisis estadístico, puede consultarse ETXEBERRIA MURGIONDO, *op.cit.*

²⁰ Cabe destacar que esta tabla, según especifica el preámbulo, no resulta aplicable para decodificar el tipo activo de las cajas de ahorro. Es más, desde un punto de vista financiero se ha criticado, respecto del IRPH: “*Aun cuando se diga que se trata de medias de tasas efectivas, se añade un diferencial positivo como si se tratara de un tipo ordinario nominal*”. BOU BAUZÁ, *op.cit.*, pg.16. Claro, el IRPH debido a la forma por la cual se elabora, ya incorpora comisiones y gastos, de modo que de ser mayores las nuevas comisiones y gastos en préstamos hipotecarios, ese hecho tendrá una incidencia en la actualización del índice.

²¹ AGÜERO ORTIZ, *op.cit.*, pg.64. La autora realiza una profunda crítica a lo largo de su trabajo, llegando a sostener que se realizó una exposición engañosa de la normativa española y

que hubo mentiras en la presentación de los hechos. *Ibidem*, pg.60. No obstante, en este trabajo se discrepa acerca de dicha apreciación.

²² También conviene remitir al informe realizado por MORENO DE ACEVEDO YA-GÜE, J.I., BOU BAUZÁ, G., (2023). Naturaleza imperativa de la Circular 5/1994 en la contratación IRPH (Anexo al documento Estudio sobre desequilibrio financiero en la contratación IRPH), encargado por la Dirección General de Consumo de Baleares. Disponible en: https://www.caib.es/sites/consumidor/es/calcul_del_desequilibri_en_contractes_irph/.

²³ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2020). Cláusula IRPH en préstamos hipotecarios, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº779, pgs.1849, 1852, 1853. Idea que desde el punto de vista de la doctrina del TJUE aparece: “*En efecto, el contrato en el que figura dicha cláusula debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal subsistencia del contrato sea jurídicamente posible* (considerando 65). Véase la STJUE de 14 de junio de 2012 (asunto C-618/10). Idea que se repite en la STJUE de 15 de junio de 2023, asunto C-520/21, considerando 42. Esta sentencia también tiene relevancia a efectos restitutorios, y resulta muy pertinente en relación a posibles reclamaciones del consumidor que irían más allá del interés de demora y otros gastos, así como el voto a reclamar, a la entidad, otras prestaciones distintas del capital y del interés de demora.

²⁴ Expediente de elaboración y aprobación de las Circulares de 5/1994, de 22 de junio; 7/1999, de 29 de junio y 1/2000, de 28 de enero, pg.2.

Disponible en: https://www.caib.es/sites/consumidor/es/calcul_del_desequilibri_en_contractes_irph/.

²⁵ *Ibidem*, pg.16.

²⁶ *Ibidem*, pg.53.

²⁷ Con posterioridad, esta Asociación reiteró ciertas apreciaciones respecto la TAE, véanse las páginas 104 y 105.

²⁸ *Ibidem*, pg.58.

²⁹ *Ibidem*, pgs.58 y 59.

³⁰ *Ibidem*, pg.69. Resulta curioso que, pese a lo que se ha dicho en el citado informe, tras la STJUE algunos autores hayan sostenido esta posición: “*Considero que la falta de entrega de información sobre el preámbulo de la Circular 5/1994 no puede comportar la falta de transparencia de la cláusula pues (i) no hay obligación alguna de informar sobre los preámbulos de las normas; (ii) no constituye contenido normativo alguno; y (iii) su contenido informativo se encuentra en la definición del índice, según el cual este se calcula con las TAEs promedio de los préstamos hipotecarios*”. Es más, añade AGÜERO ORTIZ que incluso de existir obligación de informar sobre dicho preámbulo, esa falta de información no convertiría la cláusula en abusiva, ahora bien, sí en no transparente. Omite la autora la referencia al ANEXO IX que es donde se establece y concreta aquello que se explica mediante el preámbulo. AGÜERO ORTIZ, *op.cit.*, pgs.66 y 67.

³¹ PANTALEÓN PRIETO dice: “*Nótese que, si tal “doble retribución” pudiera existir, no habría de conducir a declarar abusiva la cláusula IRPH, sino tan solo la cláusula o las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario así referenciado que pusieran a cargo del consumidor pres-tatario comisiones o gastos computables para el cálculo de la TAE*”. PANTALEÓN PRIETO, F. (2023). Las cláusulas IRPH, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo. *Almacén de Derecho*, 28 de agosto, disponible en: <https://almacendedderecho.org/las-clausulas-irph-el-tribunal-de-justicia-y-el-tribunal-supremo>. Ahora bien, el TJUE se refería a una cosa distinta. Al estar formado el IRPH por TAEs, dentro de los valores, que se han ido comunicando cada mes, existen una serie

de prestaciones que los Tribunales han venido declarando abusivas. Asimismo, lo anterior implica que el IRPH se haya ido formando y actualizando por retribuciones que no podían formar parte de esa TAE, pues con posterioridad fueron declaradas abusivas.

³² Pues el TJUE confirma lo que se dijo en su día en el asunto Banco Primus (sentencia de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14).

³³ PERTÍNEZ VÍLCHEZ, (2023). Un nuevo paradigma en relación entre transparencia y abusividad. *Almacén de Derecho*. Disponible en: <https://almacendederecho.org/un-nuevo-paradigma-en-la-relacion-entre-falta-de-transparencia-y-abusividad>.

³⁴ *Ibidem*. Por otro lado, PERTÍNEZ también realiza una manifestación de calado: “*Lo único meridianamente claro es que la mera publicación en el BOE del método de cálculo del IRPH contenido en el Anexo VIII de la Circular 5/1994 no es suficiente para que un consumidor medianamente atento y perspicaz conozca que el índice IRPH es por esencia superior al tipo medio de mercado, pues este es un conocimiento que pertenece al ámbito de la investigación jurídica y aún me atrevo a decir que muchos investigadores todavía no son conscientes de esa evidencia*”. *Ibidem*.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Lo anterior supone dar cumplimiento a lo preceptuado en el art.4 de la Directiva 93/13: “*Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa*”.

³⁷ PERTÍNEZ VÍLCHEZ, *op.cit.* ORDUÑA MORENO sostiene la obligatoriedad de la aplicación del diferencial negativo, preconizando que su falta de aplicación supondrá un desequilibrio para el consumidor. ORDUÑA MORENO, F.J. (2023). Comentario a la STJUE de 13 de julio de 2023: «*las advertencias de la Circular 5/1994, como expresión o medida del control de transparencia y del juicio de abusividad del IRPH*». *Diario La Ley*, Nº10335, Sección Tribuna, 25 de julio, pg.4. En contra de lo sostenido en este trabajo y también de lo dicho por ORDUÑA MORENO, véase: AGÜERO ORTIZ, *op.cit.*, pgs.61, 62, 64, 73. SUÁREZ PUGA, E. (2023). Las incomprensiones del juez y del TJUE en torno a la TAE y el IRPH, *Almacén de Derecho*. 14 de julio, disponible en: <https://almacendederecho.org/las-incomprensiones-del-juez-y-del-tjue-en-torno-a-la-tae-y-el-irph>. PANTALEÓN PRIETO, *op.cit.* JUAN GÓMEZ, M.C. (2023). El IRPH y la STJUE de 13 de julio de 2023: ¿realmente estamos ante un cambio de paradigma. *Diario La Ley*, Nº10349, septiembre, pg.8. FRANCH FLUXÀ sostiene: “*Entendemos que la necesidad de aplicar un diferencial negativo al índice IRPH (conforme establece el preámbulo de la Circular 5/1994 del Banco de España) pasa a ser norma aplicable en defecto de acuerdo entre las partes*”. FRANCH FLUXÀ, J. (2023). La protección del consumidor bancario a raíz de las sentencias europeas sobre IRPH. *La Ley Mercantil*, Nº107, noviembre, pg.8. Asimismo, CÁMARA LAPUENTE apuntó también que entendía respecto del preámbulo, aunque no manifestó consecuencia alguna respecto a la no aplicación del diferencial negativo. El autor sostuvo: “*para neutralizar el efecto TAE prescribió que era necesario aplicar un diferencial negativo (§ 4 de la Exposición de motivos)*”. CÁMARA LAPUENTE, S. (2018). Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 (669/2017). IRPH y STS 14.12.2017: dos colosos con pies de barro. El art.1.2 de la Directiva 93/13 no blinda en realidad cualquier cláusula que reproduzca “normas”. Transparencia lejos del suelo, en YZQUIERDO TOLSADA, M (Dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*. Volumen 9º, Dykinson/BOE, Madrid, pg.225.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la magistrada ponente de la sentencia del TJUE, manifestó en un artículo que: “*El Tribunal de Justicia considera que para apreciar la transparencia y el carácter eventualmente abusivo de la cláusula controvertida es pertinente el contenido de la información incluida en la circular de 1994, de la que se desprende la necesidad de aplicar al índice de referencia, dado su modo de cálculo, un diferencial negativo a fin de igualar el tipo de interés con el tipo de interés del mercado. También es pertinente determinar si esa información es suficientemente accesible para un consumidor medio*”. SPINEANU-MATEI, O. (2023) Los consumidores deben recibir información suficiente de los métodos de cálculo de índices de referencia de los préstamos hipotecarios (IRPH). *La Ley Unión Europea*, Nº117, septiembre, pg. 2.

³⁸ PANTALEÓN PRIETO, *op.cit.* No obstante, para préstamos anteriores al 2012 sí que regía la Circular 5/1994 y lo dispuesto respecto del diferencial negativo. Por otro lado, también conviene recordar que la STJUE de 13 de julio de 2023 analiza un préstamo anterior al 2012.

³⁹ https://app.bde.es/asb_www/es/diferencial.html#/principalDiferencial.

⁴⁰ Esto tiene sentido si se tiene en cuenta lo manifestado en una sección del Banco Santander, de modo que se dice en esta sección: “*La primera desventaja clara en comparación con el euríbor es que, cuando conoces qué es el IRPH te das cuenta que, desde su creación, siempre ha cotizado por encima del euríbor. Esto se entiende fácilmente ya que el IRPH estudia al propio euríbor; más el diferencial de las hipotecas variables y, además, tienen en cuenta hasta los tipos fijos al representar el interés medio de estas. A parte de esto, como ya hemos anticipado unas líneas atrás, el Banco de España reconoce que su valor se calcula con el TAE, y esta es hasta más alta que el propio interés, ya que también incluye comisiones y gastos. Así que, a parte, de polémico, es más desorbitado que la opción del euríbor y esto lo hace bastante menos interesante*”. Véase el siguiente enlace: <https://www.santanderconsumer.es/blog/post/que-es-el-irph>.

⁴¹ Es verdad que ha circulado una noticia por la cual se declara nulo un contrato que incorpora IRPH como índice, pero no se ha tenido acceso al contenido de la sentencia, con lo cual, únicamente cabe remitirse al enlace que recoge dicha novedad: <https://diario16plus.com/anulado-el-irph-por-la-jurisprudencia-europea-del-diferencial-negativo/>.

⁴² SAP Barcelona (Secc.13) 488/2023 de 15 de septiembre (SAP B 9548/2023), SAP Barcelona (Secc.13) 489/2023 de 15 de septiembre (SAP B 9562/2023), SAP Barcelona 490/2023 de 15 de septiembre (SAP B 9559/2023), SAP Barcelona (Secc.13) 526/2023 de 26 de septiembre (SAP B 9745/2023), SAP Barcelona (Secc.13) 504/2023 de 26 de septiembre (SAP B 9750/2023), SAP Barcelona (Secc.13) 531/2023 de 26 de septiembre (SAP B 9758/2023), SAP Barcelona (Secc.11) 434/2023 de 18 de septiembre (SAP B 9835/2023), SAP Barcelona (Secc.11) 497/2023 de 22 de septiembre (SAP B 10538/2023), SAP Barcelona (Secc.13) 499/2023 de 26 de septiembre (SAP B 9739/2023), SAP Barcelona (Secc.13) 534/2023 de 27 de septiembre (SAP B 9743/2023), SAP Barcelona (Secc.11^a) 492/2023 de 22 de septiembre de 2023 (SAP B 10539/2023), SAP Barcelona 491/2023 (Secc.11) de 22 de septiembre (SAP B 10540/2023). SAP Barcelona (Secc.14) 631/2023 de 13 de septiembre (SAP B 10614/2023).

⁴³ Esto no es así, tal como se observa en la respuesta del TJUE a la cuestión prejudicial: “*para apreciar la transparencia y el carácter eventualmente abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario (considerando 70)*”.

