

La legalidad del IRPH: Pasado y presente

The legality of IRPH: Past and present

por

VICENTE GUILARTE GUTIÉRREZ
Catedrático de Derecho Civil

RESUMEN: Tras más de cuatro años de polémica, iniciada con la Sentencia del Pleno de la Sala Primera número 669/2017 de 14 de diciembre, sin duda acertada pero causante de la reacción de los operadores jurídicos de consumo, finalmente, tras no pocas incidencias intermedias en parte propiciadas por la ambigüedad de la STJUE de 3 de marzo de 2020, los Autos de este Tribunal de 17 de noviembre de 2021, que dan respuesta a las reñuentes cuestiones prejudiciales planteadas, han disipado objetivamente cualquier duda sobre la legalidad del IRPH Cajas. Las Sentencias finales de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2022 no han hecho sino confirmar una legalidad anunciada.

A pesar de ello se aprecia que desde el Tribunal de instancia que abandonó las quejas contra las decisiones de la Sala Primera se quiere seguir manteniendo el conflicto (Sentencia de 20 de enero de 2022), aun en contra de la respuesta del TJUE que específicamente propició y obtuvo. Y persiste en la misma línea, si bien desde el esperpento, una conocida entidad de litigación que ha culminado su obscura amenaza de querellarse contra cuantos magistrados diluyan su negocio.

Tal realidad justifica la exposición pretérita y actual del devenir jurisdiccional del IRPH y de sus hitos fundamentales

ABSTRACT: December 14th, started a controversy lasting more than four years. The judgment was right, but it provoked the reaction of legal professionals in consumer law. Finally, after some incidents caused by the ambiguity of the judgement of the CJEU 3rd March 2020, the orders of the same court of 17th November 2021 —giving answer to the reluctant prejudicial questions presented—, dispelled any doubt about the legality of the so called IRPH Cajas. The final judgements of the First Chamber of the Supreme Court of 27th January 2022 confirm the announced legality.

In spite of this, the court who lead the complaints against the decisions of the First Chamber seems to be willing of continuing the conflict (judgement of 20th January 2022), even against the answer given by the CJEU that he specifically provoked and obtained. And a known lawyer firm persists in the same position, but from the grotesque situation of having become true its obscene threat of making a criminal complaint against any judge who dissipates its business.

This reality justifies the exposition of former and current evolution of IRPH case law and its fundamental achievements.

PALABRAS CLAVE: Hipoteca. Cláusulas abusivas. Consumidores y usuarios.

KEY WORDS: Mortgage. Unfair terms. Consumers and users.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA: 1. LA SITUACIÓN ACTUAL. 2. EL PRETÉRITO CONFLICTO.—II. EL INICIAL PRECEDENTE: LA SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO 241/2013 DE 9 DE MAYO.—III. LA ACERTADA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 669/2017 DE 14 DE DICIEMBRE: LA INICIAL VALIDACIÓN DEL IRPH.—IV. LA SENTENCIA DEL TJUE DE 3 DE ENERO DE 2020 (ASUNTO C-125/18, GÓMEZ DEL MORAL GUASCH): 1. LAS OBSERVACIONES DEL REINO DE ESPAÑA. 2. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. MACIEJ SZPUNAR. 3. LA STJUE DE 3 DE MARZO DE 2020.—V. LAS SENTENCIAS DE NUESTRAS AUDIENCIAS POSTERIORES A LA DECISIÓN DEL TJUE.—VI. LAS SENTENCIAS DEL PLENO DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚMERO 595, 596, 597 Y 598/2020 DE 12 DE NOVIEMBRE.—VII. LOS ASPECTOS POLÉMICOS DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO: 1. LA INFORMACIÓN DE LA EVOLUCIÓN DEL ÍNDICE LOS DOS AÑOS ANTERIORES A LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO. 2. LA COMPRENSIBILIDAD POR EL CONSUMIDOR DEL FUNCIONAMIENTO DEL ÍNDICE Y DE LOS ELEMENTOS DE COMPARACIÓN CON OTROS ÍNDI-

CES. 3. TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD. 4. ¿ERA EN AQUEL MOMENTO ABUSIVA LA CLÁUSULA IRPH CAJAS?—VIII. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS POR LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 38 DE BARCELONA (C-655/2020) Y NÚMERO 3 DE IBIZA (C-79/2021).—IX. LOS AUTOS DEL TJUE DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2021.—X. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚMERO 42, 43 Y 44/2022 DE 27 DE ENERO.—XI. EL AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE FEBRERO DE 2022.—XII. LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 38 DE BARCELONA DE 20 DE ENERO DE 2022.—XIII. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

1. LA SITUACIÓN ACTUAL

Entre la STS 669/2017 de 14 de diciembre, del Pleno de la Sala Primera hasta sus Sentencias núm. 42, 43 y 44/2022 de 27 de enero, han mediado más de cuatro años de debate, a menudo innecesariamente forzado, que al día de hoy hemos de considerar definitivamente zanjado. No puede obviarse que, a menudo, tales conflictos habían sido alentados por una publicidad engañososa, mediante la que se anunciaban éxitos seguros que ni siquiera esbozaban la posibilidad de su, para muchos otros, previsible fracaso. Por otro lado, no siempre fue el interés del consumidor el que propició la masiva litigación pues, a la par, pronto se advirtieron planteamientos jurisdiccionales que tenían por fin no tanto atender al interés de prestatarios sino nutrir las arcas de algunos mercantilizados litigadores¹.

Analizando lo sucedido en estos años desde un primer momento debe enfatizarse que aquella inicial Sentencia de la Sala Primera, sumamente acertada —y a la que finalmente también se ha reconducido la doctrina del TJUE— se vio en parte desvirtuada por la ambigua STJUE de 3 de marzo de 2020, sancionadora de la falta de transparencia del IRPH Cajas derivada de la omisión de un requisito informativo —la evolución del Índice los dos años anteriores a concertar el contrato— tan formal como irrelevante. No obstante, el Tribunal Supremo, respetuoso con el sistema de fuentes establecido, tuvo que matizar su inicial doctrina. Lo hizo en las Sentencias 595, 596, 597 y 598/2020 de 12 de noviembre asumiendo la falta de transparencia apuntada por el TJUE si bien, en ningún caso, concluyó la abusividad de un Índice sancionado y recomendado por la Administración.

Tal realidad jurisprudencial no quiso ser cabalmente entendida por los Juzgados de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona y núm. 3 de Ibiza, anclados en un entendimiento del tema impermeable a cualquier

decisión ajena a la por ellos propiciada, y tras «amenazar» con acudir al TJUE activaron de nuevo su ideario planteando las cuestiones prejudiciales C-655/2020 y C-79/2021. A ellos se debe, y es de agradecer, que finalmente el TJUE haya disipado cualquier duda si bien no en el sentido esbozado en las cuestiones prejudiciales sino, justamente, en sentido contrario: el ya expresado en la Sentencia de 14 de diciembre de 2017 que abre este comentario.

Lo hizo el TJUE en los detallados Autos de 17 de noviembre de 2021², resolutorios de las cuestiones prejudiciales C-655/2020 y C-79/2021, donde reconduce su doctrina a pautas ya ciertas de las que nunca debió apartarse y que eran las contenidas en la inicialmente referida sentencia de nuestra Sala Primera del año 2017. El lapso de cuatro años entre uno y otro pronunciamiento, alimentado por la inicial ambigüedad del TJUE, ha generado litigios infinitos, a menudo interesadamente propiciados por sus promotores, abocados fatalmente a un anunciado fracaso que una publicidad engañosa no asumía, pero que al día de hoy permiten concluir, inequívocamente, que el problema está zanjado: la utilización del IRPH Cajas era transparente, en ningún caso abusiva y, cerrando el círculo, si todo ello no resultara suficiente para decidir su virtualidad, su hipotética claudicación determinaría la aplicación del IRPH Entidades de Crédito que de poco serviría al consumidor. Todo ello como respuesta a las nuevas cuestiones prejudiciales planteadas desde nuestros mediterráneos Juzgados de Primera Instancia.

Lamentablemente se observa que al menos el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona no acepta tal respuesta y en la Sentencia de 20 de enero de 2022 persiste, renuente, en su reafirmación de un ideario frontalmente contradicho por el TJUE. Para su titular el Índice IRPH está falto de transparencia, es abusivo y debe sustituirse por el Euribor. El TJUE, cuando no conviene a su discurso, no debe ser tomado en cuenta pues se equivoca inducido por la Sala Primera.

Junto con todo lo anterior causaliza estas reflexiones el conocido intento, tan esperpéntico como obsceno, de mantener abierto ficticiamente un conflicto ya inexistente representado por la actuación de una entidad asociativa de litigación que, tras interponer en su momento diversas querellas contra los Magistrados de las Audiencias de Barcelona, Madrid, Cáceres, Sevilla y Alicante, amenazó —sin éxito— a la Sala Primera con elevar su queja criminal hasta esta última instancia en términos que al parecer ha materializado. Quizás lo ha hecho para, por el momento, evitar las razonables iras de una masa de clientes hoy defraudados y en su día engañados por una publicidad objetivamente dolosa.

El tema está al día de hoy zanjado como paso a analizar detallando a tal fin el *iter acaecido* hasta llegar a ello.

2. EL PRETÉRITO CONFLICTO

La polémica sobre la virtualidad del Índice IRPH Cajas fue objeto de decisión por la apuntada Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 669/2017 de 14 de diciembre que, ante la resistencia a admitir su lógica por parte de algún Tribunal nacional, obligó de nuevo al TJUE a pronunciarse en la Sentencia de 3 de marzo de 2020 (C-125/2018).

Tras su dictado se confirmó la legalidad del Índice por parte de las Sentencias del Pleno del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2020 (Sentencias 595/2020, 596/2000, 597/2020 y 598/2020³) que asumen la validez de la cláusula —condición general— donde se contenía la utilización de este Índice para la revisión de los intereses de préstamos hipotecarios por no considerarlo en ningún caso abusivo a la vez que, previamente, se concluye su muy discutible falta de transparencia al no haberse integrado por la entidad de crédito un presupuesto informativo reglamentariamente establecido⁴ que el TJUE, a mi juicio equivocadamente, magnificó.

En ese momento, por mor de lo indicado por el TJUE, el Tribunal Supremo se vió obligado a valorar la omisión de tal presupuesto ordenancista con la consecuencia de concluir la falta de transparencia de la cláusula, de lo que finalmente el TJUE también ha renegado en sus Autos de 17 de noviembre de 2021. En todo caso desde la doctrina que pudiéramos llamar consumista se aferraron a la declarada falta de transparencia a la que se anudaba su abusividad pues al carecer de la necesaria información precontractual no era posible establecer la comparación con otros Índices más utilizados. Argumento que a mi juicio partía de una premisa errónea: la falta de información se vinculaba, exclusivamente, con no haber proporcionado la evolución del índice en los dos años anteriores a la concertación del préstamo, pero no derivaba del resto de cuestiones habitualmente alegadas como causantes de ese déficit informativo y que el TJUE rechaza: conocimiento del funcionamiento del índice, cuadros comparativos con otros índices, etc. Por ello la abusividad va a precisar de un control autónomo específicamente derivado del contraste con el desequilibrio de prestaciones y la eventual buena fe del predisponente.

En este sentido fue un dato incuestionable el que la gran mayoría de comentaristas⁵ se pronunciaron, universal, apriorística y a menudo interesadamente, proclives a todas las tesis favorables al consumidor. Era evidentemente más fácil, y amable para con la ciudadanía, adoptar tal postura. Para ello se valora la excelencia de la doctrina del TJUE, también del Tribunal Supremo, cuando, como frecuentemente ocurre, asumen las tesis *pro consumatore*. Sin embargo, cuando ello no acaece así, y el tema del IRPH ha resultado finalmente ejemplo sintomático, se abandona totalmente el respeto al principio de legalidad y al sistema de fuentes para criticar, a menudo agriamente, las decisiones de los Altos Tribunales, otras

veces enaltecidas. Y tal «militancia», entendible respecto de la que puede denominarse abogacía de consumo, resulta más criticable cuando se activa desde instancias doctrinales y jurisdiccionales. La Sentencia de 20 de enero de 2022 del Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona, a la que haremos ulterior comentario, es paradigmático ejemplo.

A efectos de describir la estructura de este trabajo parece oportuno poner de manifiesto, con cierta brevedad, los hitos jurisprudenciales básicos que han determinado la solución del tema.

II. EL INICIAL PRECEDENTE: LA SENTENCIA DE LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO 241/2013 DE 9 DE MAYO⁶

Como es sabido la debatida Sentencia de 9 de mayo de 2013, referida a las cláusulas suelo en una acción colectiva⁷, nos introdujo de lleno en la idea de la «transparencia material», entendida como conocimiento y comprensión por el prestatario de las condiciones económicas del contrato, y, paralelamente, identificó para tales casos de cláusula suelo —solo para estos debe recalcarse— la falta de transparencia material con su carácter abusivo⁸. Literalmente en su fundamento de derecho decimosegundo se afirmaba que «la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato».

Se decía a tal efecto que las condiciones generales que incluían la cláusula suelo entrañaban un elemento engañoso pues aparentaban la existencia de un interés variable «cuando realmente establecían que esto era así solo al alza provocando subrepticiamente una alteración no tanto del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación». Así lo recuerda la propia Sala Primera del Tribunal Supremo en las recientes Sentencias de 12 de noviembre de 2020 recalando la diferencia del supuesto ahora enjuiciado con lo decidido en materia de cláusulas suelo.

En definitiva, aplicando conceptos contractuales clásicos, diríamos que frente a este tipo de cláusulas lo que realmente ocurría no era tanto que resultaran abusivas en el sentido del artículo 3 de la Directiva, sino que determinaban un error en el contratante (*ex arts. 1269 y 1270 CC*), causante de su nulidad, al no poder representarse válidamente la realidad de lo convenido: el interés variable cuando realmente se convertía pronto en fijo al llegar al «suelo». No obstante, destacaremos la frase final con que el Tribunal Supremo concluyó su previo discurso: «De forma correlativa, la

falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas» (apartado 250 de la Sentencia).

El precedente, sin embargo, resulta obvio que no servía para mantener indiscriminadamente la identidad falta de transparencia-abusividad, en función de las matizaciones establecidas tanto por el TJUE como por la Sala Primera en ulteriores decisiones, ajenas al debate sobre cláusulas suelo, de las que a continuación nos iremos haciendo eco.

III. LA ACERTADA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 669/2017 DE 14 DE DICIEMBRE: LA INICIAL VALIDACIÓN DEL IRPH

La referida sentencia, igualmente del Pleno de la Sala Primera, objeto de múltiples comentarios y airadas reacciones por parte de quienes podemos denominar especialistas del derecho de consumo⁹, entendiendo por tales quienes apriorísticamente entienden que, al consumidor, sean cuales sean las circunstancias concurrentes siempre ha de dársele la razón en su confrontación con las entidades de crédito, abordó a mi juicio con gran acierto el tema planteado. Incluso creo que más certeramente que lo ulteriormente decidido en sus Sentencias de 12 de noviembre de 2020 pues por aquél entonces su sano criterio no se veía condicionado por la absurda magnificación de la falta del requisito informativo ya referido —inclusión en el folleto de la evolución del Índice los dos años anteriores— que va a aceptar el TJUE en la Sentencia de 3 de enero de 2020 y que la Sala Primera, exquisitamente respetuosa para con aquel, se ve obligada a asumir alterando su más acertado criterio.

En dicha Sentencia se parte de una afirmación que, a mi juicio, resulta difícilmente objetable en orden a concluir la falta de abusividad de la utilización de una cláusula validada por la Administración: es a esta a quien corresponde controlar que esos índices se ajusten a la normativa lo que hace que ese control quede fuera del ámbito de conocimiento de los Tribunales del orden civil.

Es también oportuno recalcar que sin duda la Sala asume que la cláusula que contiene el Índice de referencia se trata de una condición general, susceptible de control judicial, de forma que realmente lo que debía excluirse es el examen del Índice como tal, es decir que pudiera juzgarse el Índice en si (su definición y fórmula de cálculo) dado que venía determinado por la normativa bancaria: así lo precisa, para evitar equívocos el Fundamento de Derecho Tercero. 2 de la STS 597/2020. En definitiva, se afirmaba en aquella inicial sentencia (F. de D. 3) que «*no puede controlarse judicialmente el carácter abusivo de una condición general de la contratación cuando la misma responde a una disposición administrativa*». Idea esencial en la que al día de

hoy debe persistir y que finalmente va a ser asumida por el TJUE en su Auto de 17 de noviembre de 2021 en respuesta a la Quinta Cuestión Prejudicial (apartados 56 y 57) planteada por el Juzgado núm. 38 de Barcelona.

Paralelamente resulta oportuno aclarar definitivamente que, en ningún caso, en contra de lo que se reflejó como doctrina de la Sala Primera en la militante Cuestión Prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona¹⁰, se excluyó de la valoración judicial el control de transparencia material de la cláusula en cuestión. Se efectúa minuciosamente tal valoración en los fundamentos de derecho quinto y siguientes, de la sentencia que comentamos. Específicamente el fundamento de derecho octavo se inicia diciendo que «en consecuencia para determinar la transparencia de la cláusula que incorpora el índice de referencia habrá que ver si el consumidor era consciente de que esa cláusula se configuraba un elemento esencial, así como la manera en que se calculaba el interés variable». Valoración a la que se responde afirmativamente tras argumentar que «resulta fácilmente accesible para un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo de interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial como el propio precio del préstamo». Ya desde un primer momento destaco este aspecto de la Sentencia que, a mi juicio resulta decisivo: la diligencia del buen padre de familia, pauta esencial de comportamiento conforme a nuestro Código Civil, se entiende necesariamente persistente, con una formulación actualizada, aun cuando estemos ante un consumidor. Incluso diríamos que cuando se trata del elemento básico del contrato oneroso —el precio— es razonable exigirle un plus de previsión que se describe, conforme a que el propio TJUE afirma, como la del consumidor «normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz».

Dicha sentencia efectúa un pormenorizado análisis de los elementos informativos que debiera proporcionar la entidad de crédito —cuestionando por ejemplo que debiera ofrecerse la comparación con otros índices— para concluir, en el fundamento de derecho decimocuarto, tras una motivada argumentación que se desgrana a través de los fundamentos precedentes, que «la cláusula controvertida superaba el control de transparencia».

Es oportuno resaltar, con las consecuencias que ulteriormente iremos exponiendo, que el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona que plantea la cuestión prejudicial, al discrepar frontalmente de la doctrina de la Sala Primera, contenía una exhaustiva referencia (Segunda Cuestión Prejudicial punto 2.2.) a la información que, a su juicio, el prestamista debiera proporcionar al consumidor entre las que se encontraba (I) la explicación de cómo se configuraba el Índice...pues los datos proporcionados no son públicos en comparación con el otro habitual, el Euribor. Asimismo, la entidad de crédito debía (II) «explicar cómo evolucionó en el

pasado¹¹ y podía evolucionar en el futuro, informando y publicitando aquellas gráficas que expliquen de manera clara y comprensible la evolución...».

IV. LA SENTENCIA DEL TJUE DE 3 DE ENERO DE 2020 (ASUNTO C-125/18, GÓMEZ DEL MORAL GUASCH)

La sentencia que da respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona, lo hace sin duda en términos que no eran los pretendidos por el titular de dicho Juzgado. Con más claridad se va a advertir esta conclusión con motivo de la nueva cuestión judicial planteada sobre el tema y resuelta por los Autos del TJUE de 17 de noviembre de 2021. En todo caso debe subrayarse que la Sala Primera, con objetiva razón, en las Sentencias de 12 de noviembre tuvo que salir al paso del distorsionado planteamiento efectuado en la cuestión prejudicial en términos a los que me remito¹².

Antes de entrar en la valoración de esta importante decisión resulta de interés un breve comentario sobre sus antecedentes.

1. LAS OBSERVACIONES DEL REINO DE ESPAÑA

Sin entrar en otros detalles debe destacarse que las observaciones del Reino de España, fechadas el 7 de junio de 2018, ponen sobre aviso de una cuestión, en la que hasta entonces no se había reparado, pero que resultaron de gran trascendencia —a mi juicio equivocadamente— en el futuro devenir del tema.

De esta manera en el punto 18 de tales Observaciones se hace referencia a la prescripción reglamentaria derivada de la Orden de 5 de mayo de 1994, desarrollada en este punto por el Anexo VII de la Circular del Banco de España 5/1994 de 22 de julio, en cuya virtud el folleto informativo de los préstamos hipotecarios sobre viviendas concertados por personas físicas cuya cuantía no superase los veinticinco millones de pesetas debía contener «su evolución durante al menos los dos últimos años naturales, así como el último valor disponible»¹³. Y quizás con una cierta imprevisión afirma en el punto 86 que tal aspecto «debió cumplirse por la entidad bancaria porque venía exigida por la normativa española». Concluyendo en el punto 87 que «habrá que comprobar si se respetaron dichas disposiciones por la entidad bancaria». Debe mencionarse que la omisión de tal exigencia informativa no había sido alegada ni por tanto cuestionado su cumplimiento por la actora en el pleito del que traía causa la cuestión prejudicial. Tampoco había sido considerada relevante por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 al

plantear la cuestión prejudicial, exhaustiva en materia de información que debiera proporcionarse.

2. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. MACIEJ SZPUNAR¹⁴

Como cuestiones de relieve destacaremos que en el punto 107 *in fine* apunta la necesidad de que el Tribunal entre a valorar la trasparencia material de la cláusula discutida, es decir «las consecuencias económicas que se deriven para el consumidor». Poco después el Abogado General va a acceder a una conclusión quizás no esperada¹⁵ en cuya virtud la utilización del IRPH por las entidades de crédito, y no solo de la afectada por el litigio, cumplía los estándares de trasparencia material en términos que se van a argumentar diáfanalemente por comparación con las hipotecas multidivisas. A tal efecto después de transcribir las exigencias de información que a juicio del Tribunal remitente debía proporcionar la entidad de crédito (punto 111) concluye que «la carga económica que se derivaba del préstamo podía ser prevista y valorada por el consumidor que estaba en condiciones de valorarla antes de la celebración del contrato...», reiterando en los ulteriores puntos esa comprensión de la carga económica y rechazando que «la entidad bancaria deba emplear u ofrecer al consumidor diferentes índices oficiales» pues previamente ha dicho que no es la suya una obligación de asesoramiento. Finalmente se afirma (punto 124) que «el conjunto de consideraciones anteriores me lleva a concluir que la entidad bancaria cumplió la exigencia de transparencia impuesta por la Directiva 93/13¹⁶.

Sin embargo, a continuación (punto 125), de forma evidentemente contradictoria, apunta, a los efectos de integrar tal exigencia de transparencia material, la necesidad de haber cumplido con la prescripción reglamentaria pues la entidad bancaria debe «referirse a la evolución en el pasado del índice de referencia escogido». A tal efecto se hace eco en la nota 93 de su informe, de las Observaciones del Gobierno español respecto del folleto y las exigencias que el anexo VII de la Circular 5/1994 precisaba —la evolución en los dos últimos años naturales— a lo que hemos hecho reiteradas menciones. Tal contradicción también va a estar presente en la STJUE de 3 de marzo de 2020 que decide la cuestión en términos que pasamos a analizar.

3. LA STJUE DE 3 DE MARZO DE 2020

Sin que quepa ahora efectuar un análisis exhaustivo de dicha sentencia cabe, al menos, exponer el contenido de sus decisivos, y en alguna medida contradictorios, apartados 53 y 54, ampliamente comentados¹⁷.

El primero de ellos, en línea con las conclusiones del Abogado General, valida con carácter general la superación del principio de trasparencia material de la cláusula IRPH, pues «los elementos principales relativos al cálculo del IRPH Cajas de ahorro resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990 publicada a su vez en el BOE. Esta circunstancia permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido Índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades... incrementado en el 0,25%».

Tal afirmación, objetivamente existente, se quiera o no, ha sido sin embargo puesta radicalmente en cuestión desde la militancia consumerista anclada en la consideración del consumidor como un ser incapaz de conocer el «precio» a abonar por el contrato que quizás fuera el más importante de su vida y, por ende, de consentirlo válidamente. De esta manera, insistentemente, se abandona esa valoración *in abstracto* de la cognoscibilidad y, desde una perspectiva *in concreto*, se insiste en que ningún consumidor había accedido a tal información obviando que el no hacerlo derivaba, en su caso, de no haber sido «razonablemente atento y perspicaz».

Sin embargo, el apartado 54 considera que para evaluar *in concreto* la trasparencia de la cláusula controvertida es oportuna la referencia a la ya expresada necesidad de proporcionar el dato acerca de la evolución del Índice en los dos años anteriores por considerar que «constituye un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorro y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés». Afiración esta última profundamente sorprendente desde el momento en que, previamente, el TJUE ha insistido en que no debía proporcionarse al consumidor términos comparativos con otros Índices de forma que carece de todo sentido que, a efectos comparativos, tan solo se debiera aportar, y muy parcialmente, información sobre uno de los términos a comparar¹⁸.

El Auto del TJUE de 17 de noviembre de 2021 va a disentir radicalmente de estas sus propias y pretéritas conclusiones.

En todo caso la sentencia dejó abierta la duda de si, con tales parámetros, se estaba a presencia de un supuesto de falta de trasparencia material, aspecto sobre el que se tendría que pronunciar el Tribunal nacional y, caso de estimarse tal deficiencia, valorar las consecuencias claudicatorias que ello suponía en relación con su posible carácter abusivo.

Todo ello se va a decidir, finalmente, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2020.

V. LAS SENTENCIAS DE NUESTRAS AUDIENCIAS POSTERIORES A LA DECISIÓN DEL TJUE¹⁹

Tras el dictado de la STJUE de 3 de enero de 2020, y hasta la definitiva solución contenida en las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2020, se pronunciaron diversas Audiencias y Tribunales de instancia. Ciertamente estos últimos se seguían mostrando renuentes a aceptar la validez del IRPH, a pesar de lo dicho por el Tribunal Supremo y, algo más ambiguamente, por el TJUE. Sin embargo, más respetuosamente con todo ello, las Audiencias se mostraron francamente proclives a su validación aún con diversidad de soluciones. Y ello a riesgo de tener que afrontar la interposición de querellas con las que amenazó la conocida entidad asociativa de litigación. Amenaza cumplida si bien, obviamente, fueron todas ellas inadmitidas a trámite²⁰.

Si bien no es sede adecuada para exponer íntegramente las Sentencias recaídas si cabe la mención de las que, con mayor detalle argumental, se mostraron partidarias de una u otra tesis.

Es el caso de la Sentencia de 24 de abril de 2020 de la Sección 15 de la Audiencia de Barcelona que sentó unas pautas a las que se acomodaron no pocas y ulteriores decisiones que validaron la utilización del IRPH²¹ pues con nitidez diluye el déficit de transparencia derivado de no figurar en el folleto explicativo el comportamiento del Índice los dos años anteriores que, sin embargo, va a resultar decisivo tanto para otras Salas²² como finalmente, condicionado por el TJUE, para el propio Tribunal Supremo.

La Sentencia de 22 de mayo de 2020 de la sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid, desestimatoria de la pretensión de nulidad de la cláusula IRPH Cajas resultó también de gran interés pues tiene una cierta vocación nomofiláctica ya que no solo concluye la trasparencia material de la cláusula debatida, sino que dedica notables esfuerzos hermenéuticos a aclarar lo que hipotéticamente acaecería aun considerando la falta de trasparencia de la cláusula debatida. Ello para concluir, igualmente, la superación del control de abusividad si llegara a realizarse.

En sentido contrario a la validez de la cláusula debatida se mostró la también argumentalmente ejemplar Sentencia de 14 de mayo de 2020 de la Sección Primera de la Audiencia de Álava²³. Ciertamente esta Resolución, resultó mucho más precisa que su precedente —la SAP de Málaga de 21 de abril— pues contiene un esfuerzo hermenéutico notable con el que, desde una perspectiva —ahora si— de estricta técnica jurídica, justifica la decisión alcanzada. De esta manera, tras describir su funcionamiento con detalle, expresa inicialmente que el IRPH «es un índice de referencia complejo y ello debe tener implicaciones en materia de control de trasparencia». Refiere también que al ser aplicable tan solo al 15% de los préstamos hipotecarios

era menos conocido por el consumidor y, por ende, precisado de mayor información» concluyendo «que la atención del consumidor debiera dirigirse a la interacción entre el índice de referencia y el diferencial en relación con otras ofertas indexadas al Euribor» sin que «consten realizadas simulaciones ni aportada información de este índice de referencia ni ninguna otra prueba sobre las características económicas del IRPH» lo que determina la falta de transparencia material que, acertadamente, considera la Sala abre paso al juicio de abusividad.

Lo hace minuciosamente si bien, a mi juicio, en el fondo, de nuevo, tal control de abusividad se va a identificar con el propio control de transparencia, es decir con la falta de información, pues «se limitó la facultad de la parte consumidora de analizar comparativamente la oferta de la entidad prestamista en la que se imponía un Índice con las características ya descritas que no era conocido por el público en general». Subyace en tal conclusión la misma idea que determinó la abusividad de la cláusula suelo, derivada fatalmente de su falta de transparencia a pesar de las diferencias entre uno y otro supuesto reiteradamente puestas de manifiesto por el TJUE —fundamentalmente en relación con las cláusulas multidivisas— como por el Tribunal Supremo.

VI. LAS SENTENCIAS DEL PLENO DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 595, 596, 597 Y 598/2020 DE 12 DE NOVIEMBRE

El camino que venimos describiendo continúa con las Sentencias del Pleno de la Sala Primera de 12 de noviembre de 2020 que, como parece obligado, suscitaron no poco rechazo entre quienes apriorísticamente no participaban de la fatal solución que a mi juicio resultaba hace tiempo anunciada²⁴: quizás desde que se expresó el Abogado General Szpunar.

Su contenido no hace sino reiterar la doctrina anterior fundada, específicamente, en la sancionada por el TJUE. Previamente a su exposición pone de manifiesto, como ya sabemos, el hecho de que su entendimiento del tema fue trasladado un tanto distorsionadamente al TJUE en la cuestión prejudicial que da lugar al pronunciamiento de este.

En todo caso es necesario destacar dos aspectos de la sentencia a la que haremos ulteriores referencias. Uno primero era el pleno respeto a la doctrina del TJUE evidenciado por la muy discutible aceptación del requisito informativo —la evolución del Índice los dos años anteriores— que la Gran Sala consideró esencial para valorar la transparencia de la cláusula IRPH.

Uno segundo, también plenamente conforme con la doctrina del TJUE, se concretaba en la necesidad de que, respecto del elemento esencial del contrato que se cuestionaba—el interés/precio—la decidida falta de trans-

parencia no implicaba un automatismo claudicatorio sino que abría paso al control de abusividad a diferencia de lo que se había decidido en materia de cláusulas suelo.

VII. LOS ASPECTOS POLÉMICOS DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A mi juicio, despejando el polvo de la paja, eran varios los aspectos esenciales del tema sobre los que persistió la polémica, si bien un tanto ficticiamente, tras la publicación de las sentencias del Tribunal Supremo. Entre ellos comentaremos la relevancia del presupuesto informativo reglamentariamente establecido, la comprensibilidad por el consumidor del funcionamiento del Índice, la vinculación entre abusividad y transparencia y, finalmente, el juicio sobre la abusividad de la cláusula IRPH Cajas derivada de su contraste con las pautas del artículo 3 de la Directiva. Todos ellos quedaron a mi juicio definitivamente aclarados por la Sala Primera lo cual no obsta a una valoración crítica de la manera con la que se solventan pues la polémica es lo cierto que persistía.

1. LA INFORMACIÓN DE LA EVOLUCIÓN DEL ÍNDICE LOS DOS AÑOS ANTERIORES A LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO

Como ha quedado apuntado la Sala Primera del Tribunal Supremo²⁵, exquisitamente respetuosa con la doctrina del TJUE, asumió que la omisión de tal información precontractual en el Folleto informativo de los préstamos comercializados determinaba la falta de transparencia material de dicha cláusula. De esta manera se asume el punto 54 de la Sentencia del TJUE y la referencia del punto 55 a que deberá comprobarse si se cumplió efectivamente con las obligaciones de información, previamente detalladas, establecidas por la normativa nacional. Y tras hacerlo valorar el alcance del incumplimiento de la prescripción contenida en el Anexo VII de la Circular 9/1999 del Banco de España que preveía la incorporación a tal folleto del «último valor disponible y la evolución durante al menos los dos últimos años naturales».

Por ello, intuyo que a su pesar, dada la irrelevancia material de la prescripción reglamentaria, expresamente tuvo que afirmar la Sala (fundamento de derecho cuarto de la STS 596/2020, por ejemplo) que, «de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 bis LOPJ debemos estar a la doctrina del TJUE y debe concluirse que la cláusula no es transparente pero no por las razones que considera la sentencia recurrida puesto que el TJUE ha descartado la exigencia de que la entidad bancaria tuviera que ofrecer información

comparativa de los distintos índices, evolución futura y asesoramiento sobre el mejor préstamo posible. De acuerdo con la mencionada sentencia la cláusula no es transparente porque no consta que la entidad proporcionara a los prestatarios información sobre la evolución del Índice los años anteriores²⁶.

Recordaremos que la exigencia de tal información había sido sorprendentemente introducida en el debate a través de las Observaciones efectuadas por el Reino de España (puntos 18 y 86), fue recogida incidentalmente por el Abogado General (nota 93) y finalmente asumida por el TJUE. Y ello sin que en ningún caso hubiera sido alegada por los prestatarios, acogida por las sentencias nacionales que declararon la nulidad de la cláusula debatida o incluida, como prescripción incumplida por la entidad de crédito, en la Cuestión Prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona. Fue una «cuestión nueva» determinante de que la Sentencia de la AP de Madrid de 22 de mayo de 2020 llegara a recordar, acertadamente, (fundamento de derecho tercero) que en ningún caso la actora planteó en su demanda, como déficit de legalidad relevante, el que no se hubiera incluido en el folleto informativo la evolución del Índice los dos años anteriores a la contratación —extremo tan decisivo a juicio del TJUE (punto 54 de la STJUE de 3 de marzo de 2020)— de forma que no se pudo proyectar sobre este elemento fáctico la contradicción entre partes.

Al margen de ello siempre he creído desacertada la pretérita doctrina del TJUE, de la que hoy rehúsa, si bien el Tribunal Supremo se ve obligado a asumirla *ex artículo 4bis LOPJ* —«los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea»—, aunque argumentalmente creo que ya entonces debía ser cuestionada:

1.^a. Ciertamente nadie se acordaba, muchos años más tarde, de la exigencia reglamentaria del referido Anexo que obviamente tampoco se incluía para el anhelado Euribor. Especialmente cuando tal información fue suprimida por la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre lo que evidenciaba su relativa irrelevancia.

2.^a. El incumplimiento de esa eventual obligación —al margen de sus consecuencias administrativas— siempre entendí que debiera carecer de relevancia claudicatoria suficiente pues en ningún caso cabe considerar que fuera un incumplimiento grave de las obligaciones de la entidad de crédito tal y como genéricamente precisa nuestro ordenamiento (art. 1124 CC).

3.^a. Debía ponerse en contacto tal obligación con las constantes referencias al entendimiento de la diligencia del «consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz». En este sentido es información que, de no serle proporcionada, el consumidor podría haber exigido si es que tuviera interés alguno en hacerlo. En todo caso la OM de

5 de mayo de 1994 obligaba a publicitar tal evolución que aparecía en el propio BOE lo que debe vincularse con la idea del «consumidor normalmente informado».

4.^a. Planteaba una incongruente asimetría el que se aceptara que un consumidor razonablemente informado era capaz de entender los aspectos básicos del funcionamiento del IRPH, proporcionados por el BOE, y, paralelamente que no lo fuera para hacerse con un dato objetivo y publicado como el requerido.

5.^a. Es importante destacar, como recordaron algunas de nuestras Audiencias, que a partir de la OM de 5 de mayo de 1994 tal información sobre la evolución del índice aparecía puntualmente en el BOE lo cual rendía sin duda un tanto irrelevante su inclusión en los folletos informativos que, para cumplir tal exigencia, debieran modificarse mensualmente lo que resultaba también un tanto irreal.

6.^a. Es oportuno reparar en algo a lo que no se prestó atención alguna. La Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España, que desarrolla ciertos aspectos de la OM de 5 de mayo de 1994, especificaba en su Anexo VII el contenido del Folleto informativo y a propósito del mismo indicaba inicialmente que «Salvo lo dispuesto sobre comisiones en la Orden y en la presente Circular, y lo establecido en el artículo 4.1 de la Orden sobre préstamos hipotecarios, las restantes condiciones de este folleto tienen carácter orientativo y no vinculan a la entidad». Lo orientativo no podía dar lugar a una ineficacia como la excesivamente pretendida: así creo debiera haberlo entendido el TJUE de conocer el dato.

7.^a. También resulta interesante la referencia fáctica, fundada en razones de pura lógica, expresada por la SAP de Madrid de 22 de mayo de 2020 a que el exquisito cumplimiento del deber de información, en los términos apuntados por el TJUE, en ningún caso habría evitado el desequilibrio que habitualmente se afirma causado, derivado de la comparación con un Euribor cuyos datos temporalmente paralelos no hacía falta proporcionar.

8.^a. Finalmente no resultaba despreciable el argumento que incluyó en sus Observaciones el Reino Unido en el sentido de considerar la inclusión de tal información no solo irrelevante sino incluso nociva pues como tal debe valorarse la sobreinformación reglamentaria, en la medida en que no fuera requerida por el consumidor, que de esta manera distorsionaba su conocimiento sobre las circunstancias del préstamo.

En definitiva, el hecho de no haber incorporado al folleto informativo la evolución del Índice los dos años anteriores (punto 54 STJUE) resultaba irrelevante desde el momento en que aparecían publicados por el BOE e informados por el Banco de España: cualquier consumidor razonablemente atento tenía la ocasión de acceder a su conocimiento con una mínima diligencia. Si es que le hubiera interesado conocer el dato.

Así lo va a concluir el TJUE, alterando su errado entendimiento de las cosas, en los Autos de 17 de noviembre de 2021 donde expresamente omite ahora la necesidad de «entregar al consumidor, antes de la celebración del contrato, un folleto informativo que recoja la información anterior de dicho Índice».

2. LA COMPRENSIBILIDAD POR EL CONSUMIDOR DEL FUNCIONAMIENTO DEL ÍNDICE Y DE LOS ELEMENTOS DE COMPARACIÓN CON OTROS ÍNDICES

Como hemos venido exponiendo la principal crítica que, en su momento se efectuaba desde todas las instancias de consumo a la cláusula IRPH Cajas radicaba, por un lado, en la falta de aptitud del consumidor para entender su funcionamiento y, por otro, en la necesidad de ofrecer datos comparativos de su funcionamiento, pasado e incluso futuro, respecto de otros Índices. Se resumía todo ello con nitidez en la Segunda Cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38, referida en su primer apartado (i) a la necesidad de dar una explicación de cómo se configuraba el Índice de referencia y el segundo (ii) a explicar cómo evolucionó en el pasado y podría evolucionar en el futuro explicando sus relaciones comparativas con el EURIBOR.

Todo ello quedó desecharado ya en las Conclusiones del Abogado General (puntos 122 y 123) y es diáfanaamente resuelto por la STJUE de 3 de marzo de 2020 (puntos 48 y sigs.) especialmente el punto 53 que concluye con la decisiva afirmación de que «los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las Cajas de Ahorro resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario...». Así los asumen también, no había otra opción *ex artículo 4 bis LOPJ*, las Sentencias de la Sala Primera de 12 de noviembre pasado al tratar específicamente el tema de «El control de transparencia según la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2020» que finalizan con la afirmación de que «se pueden considerar excluidos de los parámetros de transparencia tanto la comprensibilidad del funcionamiento matemático/financiero del Índice IRPH (ningún Índice tampoco el Euribor resistiría dicha prueba)» como la información comparativa con otros Índices recordando el TJUE que la misma cuestión debiera plantearse, en su caso, con el anhelado Euribor.

3. TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD

Aunque no pocas Sentencias de nuestras Salas, y también interesadas opiniones doctrinales, consideraron que, al igual que acaece en materia de

cláusulas suelo, la falta de trasparencia material aboca axiomáticamente a su abusividad, siempre he entendido que debe accederse a la solución inversa sobre la base de que control de trasparencia material y juicio de abusividad obedecen a criterios de valoración totalmente diferentes sin que la eventual falta de trasparencia derivada de una deficiente información precontractual sirva, paralelamente, para concluir el malicioso desequilibrio prestacional determinante de la abusividad. No cabe refundir en uno solo lo que son dos controles perfectamente diversificados que se fundan en pautas valorativas totalmente diferentes: un interés moratorio del 0%, aún falto de trasparencia formal o material, no es abusivo.

Y toda vez que quizás sea en este punto donde la doctrina consumerista y algunos Tribunales²⁷ se mostraron más reticentes a asumir los postulados del TJUE²⁸, resulta oportuno reiterar lo que este ha expresado sobre el particular: la falta de trasparencia material de uno de los elementos esenciales del contrato no determina, *per se*, su nulidad, sino que abre paso al específico control de abusividad. De esta manera, al ser condición general predisposta sobre la que teóricamente no se habría producido un consentimiento válido, el legislador se ocupa de que sean los Tribunales los que valoren tal equilibrio al igual que ocurre con los elementos accidentales del negocio, donde consentidos o no debe contrastarse la condición general accesoria con las pautas de la buena fe y equilibrio de prestaciones. La alternativa de asumir la nulidad de la cláusula, por otro lado, conllevaría la total nulidad del contrato y la restitución de prestaciones ante la inviabilidad de su integración.

De esta manera frente a la equiparación falta de trasparencia-abusividad²⁹ baste referir la doctrina reiterada del TJUE³⁰ en cuya virtud una vez que se ha declarado la falta de trasparencia se abre la posibilidad del control de abusividad de otra manera vedada al afectar a un elemento esencial del contrato³¹. En definitiva, la falta de trasparencia en ningún caso eximía de realizar el ulterior juicio de abusividad, a efectos de declarar la nulidad de la condición general, sino que precisamente amparaba el que tal control se proyectara sobre los elementos esenciales del contrato, de otra manera vedado (STJUE de 26 de enero de 2017, Asunto C-421/14, Banco Primus).

Planteado de nuevo el tema en las últimas cuestiones prejudiciales el TJUE, en los Autos de 17 de noviembre de 2021, expresamente confirma lo ya sabido y de lo que los Tribunales de instancia, autores de las nuevas cuestiones prejudiciales, persistían en renegar.

4. ERA EN AQUEL MOMENTO ABUSIVA LA CLÁUSULA IRPH CAJAS?

Como venimos exponiendo tras la STJUE de 3 de marzo de 2020 y a la vista de su valoración contenida en las Sentencia del Pleno de la Sala

Primera del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2020, el problema se reconducía al análisis de la eventual abusividad de la cláusula IRPH valorando si concurría o no en la entidad bancaria la conducta contraria a la buena fe causante de desequilibrio entre las posiciones de las partes. Es, lo cierto que los argumentos de la Sala Primera no aplacaron a los insistentes peticionarios de forma que el problema, una vez más, se puso en conocimiento del TJUE a través de las nuevas cuestiones prejudiciales con las que habían amenazado el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona al que se unió el número 3 de Ibiza.

Y antes de exponer el resultado de los últimos pronunciamientos resulta oportuno reproducir el debate entonces planteado.

A tal efecto debe ponerse de manifiesto, desde un primer momento, que las más argumentadas decisiones que concluyeron su abusividad realmente identificaban transparencia y abusividad pues no surgía esta última tanto de un eventual desequilibrio en perjuicio del consumidor —a valorar en el momento de concertación del contrato³²— como del déficit derivado de la defectuosa información precontractual que, como hemos apuntado, tan solo debiera servir para acceder a su falta de transparencia.

De esta forma, como reflexión general, debe ponerse de manifiesto que todas las decisiones y opiniones que hacen derivar de la falta de información precontractual también el carácter abusivo del Índice realmente consideran que la falta de información relevante no es la que mencionaba el TJUE y hubo de asumir la Sala Primera —evolución de los dos años anteriores— sino la mucho más ampliamente expresada por la cuestión prejudicial en orden al funcionamiento del Índice, las simulaciones, comparaciones y evolución pasada y futura, etc. Se pensaba que era la omisión de toda esa información precontractual —innecesaria según el TJUE— la que determinaba la abusividad de la cláusula al no poder establecerse la comparación con otros índices más conocidos.

Era significativo el ejemplo de la SAP de Álava de 14 de mayo de 2020. En su Fundamento de Derecho Noveno, parte de que «no constan realizadas simulaciones ni aportada información de este índice de referencia ni ninguna otra prueba sobre las características económicas del IRPH» lo que determinaba la falta de transparencia material que, acertadamente, considera la Sala de Álava que abría paso al juicio de abusividad. Lo hace minuciosamente si bien, a mi juicio, en el fondo, de nuevo, tal control de abusividad se va a identificar con el propio control de transparencia, es decir con la falta de información, pues «se limitó la facultad de la parte consumidora de analizar comparativamente la oferta de la entidad prestamista en la que se imponía un Índice con las características ya descritas que no era conocido por el público en general». Previamente se parte de la afirmación, un tanto voluntarista, de que en el marco de una negociación individual tratado de una manera

leal y equitativa el consumidor no habría aceptado una cláusula indexada al IRPH» para, a propósito del desequilibrio prestacional, incidir de nuevo en la falta de información al expresar que «desconociendo los aspectos que eran negativos para el prestatario se privó al consumidor de la posibilidad de efectuar una correcta comparación de la oferta con respecto a préstamos que estuvieran referenciados al índice habitual, el Euribor». Persistentemente se margina en tal discurso, a mi entender, la afirmación del TJUE sobre la validada accesibilidad al funcionamiento del IRPH contenida en el insistentemente referido punto 53 de su Sentencia de 3 de marzo de 2020 donde igualmente nos recordaba que no era necesario ofrecer el funcionamiento de otros Índices. Tal abusividad da pie a aplicar el índice subsidiario pactado que era el Euribor con un diferencial de un punto si bien es evidente que tampoco se había ofrecido información alguna sobre el Euribor que permitiera en aquel momento valorar sus ventajas e inconvenientes lo cual debiera llevar, por las mismas razones, a anular su aplicación y a la búsqueda de otro Índice. De nuevo, en la solución alcanzada por la Sala de Álava, late en el fondo la realidad acaecida para justificar la aplicación del índice subsidiario: una más favorable evolución posterior del Euribor que, de otro modo, nunca sería admitido por el consumidor como índice de aplicación alternativo.

Precisamente por todo ello es necesaria una reflexión adicional sobre el juicio retrospectivo acerca de lo que hubiera hecho el consumidor, si se le hubiera dado la información comparativa entre IRPH y Euribor respecto del cual habitualmente se asume el argumento³³ de que, sin duda, habría elegido el segundo. Al margen de la ya destacada irrelevancia del tema a la hora de decidir la abusividad/desequilibrio que deriva de su pasada concertación tal conclusión creo que debe ser muy matizada. Y no solo porque depende de la fecha del préstamo, sino porque la larga duración típica de los préstamos hipotecarios hacia imposible cualquier profecía fundada sobre el resultado final de las variaciones de los tipos de interés³⁴. El IRPH es, en el fondo, un tipo intermedio entre un interés fijo y uno puramente variable pues en su cómputo, aunque se suela olvidar incluso por los que defienden su no abusividad, se incluyen los préstamos a interés fijo. Por eso, podía llegar a ser menor que el Euribor en caso de subida rápida y radical de este. La distorsión de la prospección es evidente: aunque dice valorarse la previsión de su resultado por referencia al momento en que se concertó es incuestionable que se hace conociendo un dato decisivo que entonces era imprevisible: el derrumbe del Euribor como consecuencia de la crisis económica. Precisamente por ello la hipotética abusividad de la cláusula IRPH en ningún caso puede derivar de la falta de información precontractual, sino que, constatada esta, debiera analizarse si, en contra de la buena fe, se produjo en el momento del pacto un desequilibrio en las obligaciones de una y otra parte³⁵.

En resumen diríamos que las prospecciones sobre la hipotética conducta del consumidor debían tener en cuenta múltiples elementos fácticos y partir del desconocimiento en el momento de concertarse sobre la evolución de los Índices pues no cabe una simplificación de este factor probabilístico fundado en el conocimiento de lo luego acaecido: el hecho, por ejemplo, de que el IRPH incluyera los préstamos a interés fijo le hacía hipotéticamente más seguro frente a una subida insospechada del Euribor. Las variables eran infinitas e impredecibles. Por ello las Sentencias de la Sala Primera de 12 de noviembre de 2020 insistieron en que el desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes debe ser valorado en el momento de suscripción del contrato y que en su desenvolvimiento posterior el préstamo resulte más caro que otros no suponen desequilibrio determinante de abusividad, puesto que el control de contenido no puede derivar en un control de precios. A ello añade que el TJUE había descartado que las entidades bancarias tuvieran obligación de facilitar información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura o de asesorar a sus clientes sobre el mejor préstamo posible.

En definitiva, la referida abusividad exigiría la razonable acreditación de que la inserción de la cláusula resultaba objetivamente perjudicial para el consumidor, en función de las circunstancias económicas específicamente pactadas en aquel momento, sin que pueda fundarse en una valoración meramente presuntiva acerca de lo que el consumidor hubiera hecho de haber conocido la ulterior evolución del Índice o de su comparación con el Euribor. Por ello la Sala Primera del Tribunal Supremo va a considerar, por un lado, que la cláusula no implicaba desequilibrio económico alguno entre las prestaciones de las partes en el momento de concertarse el contrato³⁶ y, por otro lado, que superaría el test de expectativas contractuales que el consumidor pudiera llevar a cabo en relación con el pacto suscrito.

Adicionalmente, tal y como sancionan las Sentencias de la Sala Primera de 12 de noviembre de 2020 en términos ampliamente argumentados en la precedente STS 669/2017 de 14 de diciembre de 2017, hay un dato decisivo que arrumbaba apriorísticamente la posible abusividad de la cláusula y que, como veremos, va a ser plenamente asumido por el TJUE al resolver las últimas cuestiones prejudiciales planteadas. No puede considerarse contraria a la buena fe contractual la utilización de un Índice que incluso era recomendado por la Administración encargada de supervisar la actividad de las entidades de crédito³⁷, es decir por el Banco de España. Y, por la misma razón, no puede considerarse apriorísticamente desequilibrada una cláusula que no hace sino seguir las recomendaciones de tal Administración a la que, en su caso, de haber llegado a posibilitar con la recomendación de utilizar el IRPH Cajas un resultado perjudicial para el consumidor debía responsabilizarse y no a las entidades que asumieron

sus recomendaciones. En aquel momento al realizar la Sala Primera del Tribunal Supremo el juicio de abusividad de acuerdo con los parámetros del TJUE, consideró que el ofrecimiento por la entidad bancaria de un índice oficial, aprobado por la autoridad bancaria, no podía vulnerar por sí mismo la buena fe. Idea que va a tener un reflejo evidente en la ulterior doctrina del TJUE y que, por ello, se va a recoger en los pronunciamientos finales de la Sala Primera contenidos en las Sentencias 42, 43 y 44/2022 de 27 de enero.

Finalmente, la Sala Primera también recordó que no se había justificado que el índice IRPH, fiscalizado como estaba por la Administración pública, fuera más fácilmente manipulable que el resto de los índices oficiales. De hecho, el Euribor, índice cuya aplicación solicitaban los prestatarios, y que a pesar de ello de nuevo va a asumir el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona número 38 en su Sentencia de 20 de enero de 2022, se calcula por una entidad privada (EMMI)³⁸ siendo cierto que en los últimos años la Comisión Europea ha impuesto fuertes sanciones por la manipulación tanto del Euribor como del Libor.

VIII. LAS CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS POR LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 38 DE BARCELONA (C-655/2020) Y NÚMERO 3 DE IBIZA (C-79/2021)

Mediante Autos de 2 de diciembre de 2020 y 5 de mayo de 2021 los Juzgados de Primera Instancia número 38 de Barcelona y número 3 de Ibiza, plantean diversas cuestiones prejudiciales con las que ya se había amenazado tras los últimos pronunciamientos de la Sala Primera.

De esta manera, por referencia al primero de ellos es lo cierto que su titular reitera determinadas cuestiones por considerar que persistían dudas sobre la aplicación del Derecho de la Unión que, a su juicio, la STJU de 3 de marzo de 2020, recaída en el mismo asunto principal Gómez del Moral Guasch, no había diluido.

Resumidamente expresadas tales cuestiones prejudiciales tenían el siguiente contenido: (1) ¿Resulta conforme al derecho de la Unión que el contrato no incorpore la definición completa del IRPH, así como un folleto que recoja su anterior evolución? (2) La publicación del IRPH ¿salva su transparencia? (3) Es contrario al efecto disuasorio que tras la falta de transparencia se efectúe un juicio de abusividad. (4) Es contrario a la Directiva que el juez nacional, declarada la abusividad de la cláusula, no ofrezca al consumidor optar por la nulidad del contrato o por integrar la cláusula. (5) Es contrario a la Directiva que declarada la nulidad de la cláusula IRPH Cajas se sustituya por el IRPH entidades de crédito.

(6) Es contrario al derecho de la Unión el que declarada la nulidad no se reintegren al consumidor la totalidad de las cantidades indebidamente percibidas.

Realmente resultaba de interés la respuesta a las cuestiones primera a tercera pues las restantes contenían una petición de principio ya que partían de la nulidad de la cláusula IRPH. No obstante, las respuestas del TJUE a algunas de ellas tienen también gran interés.

El planteamiento del Juzgado de Ibiza contenía hasta diecisésis cuestiones prejudiciales, todas ellas resueltas también mediante Auto de 17 de noviembre de 2021, si bien la solución dada se fundaba en las mismas consideraciones que las referentes a las del Juzgado de Barcelona por lo que analizaremos específicamente estas.

En todo caso es oportuno reseñar que, a la vista de tales planteamientos la Sala Primera, decidió la suspensión de la tramitación de los recursos que afectaban al IRPH a la espera de la nueva decisión del TJUE.

IX. LOS AUTOS DEL TJUE DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2021

A mi juicio los referidos autos despejan definitivamente toda duda sobre la virtualidad de la utilización del IRPH Cajas si bien lo hacen dentro del ámbito de decisión que corresponde al TJUE, respetuoso a su vez con la singular competencia del Tribunal nacional a la hora de valorar la transparencia y abusividad por referencia al caso concreto para lo que, sin embargo, ofrece pautas aclaratorias. Tal margen de decisión sigue siendo utilizado, como veremos, para continuar afirmando lo que el TJUE no afirma, es decir para obviar las pautas a las que el tribunal nacional debiera atenerse conforme a los autos que pasamos a comentar.

En este sentido, a la hora de responder a las dos primeras cuestiones nos dice el TJUE en el punto 53: «De lo anterior se deduce que procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y segunda que el artículo 5 de la Directiva 93/13 y la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, deben interpretarse en el sentido de que *permiten al profesional no incluir en tal contrato la definición completa del índice de referencia* que sirve para calcular un tipo de interés variable o *no entregar al consumidor, antes de la celebración de ese contrato, un folleto informativo que recoja la evolución anterior de ese índice*³⁹, por la razón de que la información relativa al mencionado índice es objeto de publicación oficial...». Tal precedente resulta determinante para concluir que ello debe permitir a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender el funcionamiento del modo de cálculo de tal índice.

En este punto cabe hacer un inciso: la pauta de diligencia que tradicionalmente asumía el ordenamiento jurídico español, constituida por la del buen padre de familia, fundamentalmente encaminada a la tutela del grupo familiar y a sus relaciones personales, hace tiempo que se ha sustituido por una diligencia alternativa específicamente encaminada a valorar los aspectos patrimoniales de su actuación obviándose la caduca referencia familiar. Es desde esta nueva perspectiva —estamos en el siglo XXI— desde la que debe apreciarse la diligencia de quien concierta el contrato más relevante de su vida patrimonial.

Respecto de la cuestión Tercera, en la que insistentemente se había enrocado el Juzgado de Barcelona, se concluye (punto 37) que la mera circunstancia de que una cláusula no esté redactada de manera clara y comprensible no le confiere, por sí sola, carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13. Es preciso ulteriormente el control de su abusividad.

La respuesta a la cuestión Quinta es a mi juicio decisiva. En los puntos 56 y siguientes se diluye, ya sin duda alguna, el carácter abusivo de la cláusula IRPH al decir el primero de ellos lo que desde un primer momento nos venía argumentando la Sala Primera del Tribunal Supremo. Se afirma en este punto 56: «De ello se deduce que, en la medida en que el órgano jurisdiccional remitente confirme que el IRPH Entidades se basa en una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio en el sentido de esta jurisprudencia, dicho índice está comprendido en la exclusión prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 y, por tanto, queda fuera del ámbito de aplicación de esta». En definitiva, axiomáticamente diríamos no cabe valorar la hipotética abusividad del Índice refrendado por una disposición del Derecho nacional, como era el caso.

Ratifica el punto 57 que una cláusula contractual que incorpore un índice de este tipo no puede ser objeto de control respecto a su carácter supuestamente abusivo, ya que «refleja un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos establecido por el propio legislador (véase, en este sentido, la Sentencia de 9 de julio de 2020, Banca Transilvania, C-81/19, EU:C:2020:532, apartado 27)».

Finalmente, el punto 58 concluye la posibilidad de sustituir el índice abusivo —en el supuesto de que lo fuera— por otro índice legal siempre y cuando «el índice sustitutivo refleje efectivamente una disposición supletoria de carácter legal». Ello determinaría, en último caso, la aplicación del IRPH entidades de crédito en los términos que ya había asumido el TJUE en su Sentencia de 3 de marzo de 2020.

La respuesta a la hipotética cuestión prejudicial sexta reitera la posibilidad de sustituir la cláusula hipotéticamente nula «por una disposición supletoria de Derecho nacional».

X. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚMERO 42, 43 Y 44/2022 DE 27 DE ENERO

Como no podía ser de otra manera las primeras sentencias del Tribunal Supremo recaídas tras los Autos del TJUE de 12 de noviembre de 2021, confirman que la inclusión de la cláusula de revisión del interés de los préstamos hipotecarios referenciada al IRPH Cajas resultaba, por un lado, transparente y, por otro, se concluía que era apriorísticamente imposible considerar su abusividad dada la intervención de la Administración en su aplicación. Lo hace con fundamento en las matizaciones introducidas en tal sentido por los referidos Autos del TJUE y que, en definitiva, acogen todo el caudal argumental precedente que hemos ido exponiendo en las anteriores páginas. Ello hace que no tenga sentido reiterar una argumentación ya efectuada y que se nutre de cuanto ya se expuso en las previas sentencias de la Sala.

De esta manera, tras subrayar que una hipotética falta de transparencia —que no era el caso— abriría necesariamente el paso a un juicio de abusividad, la Sala Primera rescata los dos parámetros de transparencia de este tipo de cláusulas, contenidos en la anterior STJUE de 3 de marzo de 2020. Según el primero de ellos, la publicación del IRPH en el BOE permitía al consumidor medio comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, de modo que esa publicación salvaba, para todos los casos, las exigencias de transparencia en cuanto a la composición y cálculo del IRPH en los términos apuntados por los Autos de 17 de noviembre de 2021.

El segundo parámetro de transparencia establecido por el TJUE consistía en analizar la información que la entidad prestamista hubiera facilitado al prestatario sobre la evolución pasada del Índice. Recordemos que la omisión de la información sobre la evolución del Índice los dos años anteriores a la suscripción había sido inconsistente causa de obviar la transparencia en la STJUE de 3 de marzo de 2020.

En este sentido recuerda la Sala Primera que esta obligación de información ha sido matizada de forma significativa por los autos del TJUE de 17 de noviembre de 2021 —diluyendo la absurda exigencia reglamentaria que anteriormente sirvió para considerar la falta de transparencia— de forma que tal y como se apuntaba en el punto 34, anteriormente transcrita, se acepta que la entidad de crédito no hubiera entregado al consumidor, antes de la celebración del contrato, un folleto informativo que recogiera la evolución anterior de ese índice. Y ello por la sencilla razón de que la información relativa al mencionado índice había sido objeto de publicación oficial fácilmente accesible a un consumidor razonablemente atento.

Adicionalmente, aún en la hipótesis de que se siguiera considerando que la ausencia de información directa sobre la evolución pasada del IRPH pudiera determinar su falta de transparencia, ello no suponía su nulidad automática, como insistentemente pretendía la cuestión prejudicial planteada y en su momento la comentada SAP de Álava de 14 de mayo de 2020, sino que abría el paso al ulterior control de abusividad. Y en este sentido, ante el ofrecimiento por la entidad bancaria de un índice oficial, aprobado por la autoridad bancaria, se concluye tal y como apuntaba el TJUE que tal proceder no podía vulnerar por sí mismo la buena fe. Máxime cuando el Gobierno central y varios Gobiernos autonómicos habían venido considerando, a través de normas reglamentarias, que el índice IRPH era el más adecuado para utilizarlo como índice de referencia en el ámbito de la financiación de viviendas de protección oficial, por lo que resulta ilógico considerar como actuación contraria a la buena fe la incorporación de ese mismo índice a préstamos concertados fuera de ese ámbito de financiación oficial. Ello determinaba que por aplicación del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 fuera tema que quedaba al margen de su valoración como abusivo.

Se reconocía igualmente que, desde el punto de vista del desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, a valorar en el momento de suscripción del contrato, la evolución más o menos favorable del índice durante la vida del préstamo no podía tener relevancia alguna a estos efectos. Es decir, el hecho de que en su desenvolvimiento posterior el préstamo resultara más gravoso que otros no suponía el desequilibrio determinante de abusividad, puesto que el control de contenido no puede derivar en un control de precios y el TJUE había descartado reiteradamente que las entidades bancarias tuvieran obligación de facilitar información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura o de asesorar a sus clientes sobre el mejor préstamo posible.

Finalmente, la Sala Primera también argumentaba que no existía justificación alguna de que el índice IRPH, fiscalizado en todo caso por la Administración pública, concretamente por el Banco de España, fuera más fácilmente manipulable que el resto de los índices oficiales.

XI. EL AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE FEBRERO DE 2022

El Auto de la Sala Primera del pasado 15 de febrero resuelve un recurso de revisión formulado contra la imposición de costas derivada del desistimiento de un recurso de casación que se había interpuesto por el prestatario consumidor a propósito de una sentencia de la Audiencia de Tarragona afectante al IRPH. Dictadas las conocidas sentencias de la Sala era evidente

que el recurso estaba abocado al fracaso lo que legitimaba la exoneración de las costas impuestas con ocasión de tal desistimiento.

La relativa relevancia de tal Auto deriva de que parece haber sido el detonante de la interposición de una querella contra los magistrados de la Sala, impecables en su quehacer tanto en esta como en anteriores actuaciones vinculadas con el tema, pues su obsceno mentor ha llegado a afirmar que ello supone «incentivar de forma masiva a todos los consumidores a no presentar recursos de casación contra el IRPH». Supone, ciertamente, el fin del «negocio» de forma que el esperpento de su conducta es infinito pues la queja deriva de la exoneración de costas al consumidor: la alternativa incentivadora de tales recursos sería para el querellante que en todo caso le fueran impuestas las costas al consumidor. En todo caso la disparatada querella debiera ir dirigida ahora contra el TJUE y contra los mentores de su Sentencia de 3 de marzo de 2020 así como los autores de los Autos de 17 de noviembre de 2021.

XII. LA SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 38 DE BARCELONA DE 20 DE ENERO DE 2022

El titular del Juzgado número 38 se adelanta al dictado de la sentencia del Tribunal Supremo y, como era de esperar, efectúa una particular lectura del Auto del TJUE de 17 de noviembre de 2021. Lo hace en su Sentencia de 20 de enero de 2022 recaída en el procedimiento en el que se planteó la cuestión prejudicial resuelta por el TJUE en el referido Auto de 17 de noviembre de 2021 dimanante de un procedimiento ordinario cuya demanda se había planteado en abril del año 2017.

Toda vez que, previsiblemente, habrá sido objeto de Recurso de Apelación, no es esta sede propicia para interferir en tal debate por lo que me limitaré a efectuar una serie de apreciaciones sobre el contraste entre su argumentación y la vigente doctrina del TJUE.

La sentencia decide que la cláusula no supera el control de transparencia, por considerar que así lo había dicho la Sala Primera del Tribunal Supremo en sus Sentencias de 12 de noviembre de 2020 —argumento ciertamente insólito conocido su rechazo a cuanto emana de dicha Sala— y porque no se había informado al consumidor sobre la evolución del IRPH en los dos años anteriores a la firma. A tal efecto reinterpreta la STJUE de 3 de marzo de 2020 y descarta la relevancia de la publicación del índice en el BOE unida a la ausencia de otras informaciones. Me limitaré a concluir que, por no convenir a su discurso, margina las aclaraciones que el propio TJUE hace en el Auto de 17 de noviembre de 2021, a él dirigidas pues trae causa de su planteamiento de las nuevas cuestiones prejudiciales. Basta con

contrastar tal argumentación con el anteriormente y transcrita punto 34 del referido Auto⁴⁰.

Posteriormente, tras concluir la falta de transparencia, realiza el juicio de abusividad basado en la ausencia de buena fe de la entidad prestamista al no informar al prestatario de acuerdo con la normativa entonces vigente teniendo en cuenta además que su aplicación ha llevado a que el índice sea siempre superior al del mercado. De ello se extrae la consecuencia de que el índice pactado es esencial y su eliminación implica que no pueda subsistir el préstamo, por lo que el juez debe sustituir la cláusula por otra supletoria de derecho nacional. Para su sustitución es necesario el beneplácito previo del consumidor y, en caso de que no se alcance acuerdo entre las partes, no es posible aplicar la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013 porque no era esa la voluntad del legislador al dictarse la norma. Por esta razón la sentencia sustituye el IRPH por el Euribor.

Y alcanza esa conclusión, pese a la claridad del punto 66 de la STJUE de 3 de marzo de 2020, luego ratificada por el Auto de 17 de noviembre de 2021, en cuya virtud se decía: «En este contexto, en el supuesto de que el juzgado remitente constatara, en primer lugar, el carácter abusivo de la cláusula controvertida; en segundo lugar, que el contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal no podría sobrevivir sin tal cláusula, y, en tercer lugar, que debido a la anulación del contrato el demandante en el litigio principal quedaría expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, podría reemplazar la cláusula controvertida por el índice sustitutivo contemplado en la Ley 14/2013, siempre que pueda considerarse que con arreglo al Derecho nacional el referido índice tiene carácter supletorio».

Efectivamente, en el punto 67 del referido Auto, le dijo el TJUE: «Pues bien, en el presente asunto, la premisa en la que se basa la sexta cuestión prejudicial es precisamente que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no puede subsistir sin la cláusula controvertida que fija el tipo de interés variable y determina la remuneración del préstamo. Sería contradictorio con esta premisa considerar que ese contrato de préstamo hipotecario pudo producir sus efectos durante todo el período anterior a la adopción del índice sustitutivo en el año 2013 sin que el préstamo fuera remunerado mediante intereses. El reemplazo previsto por la jurisprudencia antes citada implica, por tanto, que la cláusula abusiva inaplicada quede sustituida por la disposición nacional supletoria en la fecha de celebración del contrato».

Y se concluye afirmando en el punto 68: «Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la sexta cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación en la que un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva

y la anulación del contrato en su conjunto deja al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, el juez nacional puede subsanar la nulidad de dicha cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional, debiendo producirse la aplicación del tipo resultante del índice sustitutivo desde la fecha de la celebración del contrato».

XIII. CONCLUSIONES

I. Tras más de cuatro años de incesantes y numerosísimos conflictos, alentados por una acrítica publicidad engañosa, el debate está concluido si bien algunos de sus interesados autores parecen querer llevarlo aún más lejos. Ello ocurrirá, a mi juicio, ahora ya al margen de toda razonabilidad jurídica. La utilización de la cláusula que contenía para la revisión de los intereses en préstamos hipotecarios el IRPH Cajas no es contraria al derecho de la Unión. Así lo había concluido el TJUE en su Sentencia de 3 de marzo de 2020 que ha matizado, abundando en esa misma línea, en los Autos de 17 de noviembre de 2021. A resultas de ellos se han dictado las Sentencias de la Sala Primera de 27 de enero de 2022 que cierran el paso a cualquier polémica ulterior.

II. De esta manera debe concluirse que el IRPH supera, en el sentir del TJUE, los dos niveles de control que deben valorarse para considerarlo acomodado al derecho de la Unión. Por un lado, el control de transparencia material que se extrae, axiomáticamente nos dicen, de su constante publicidad accesible para comprender su funcionamiento por cualquier consumidor razonablemente atento y perspicaz que quisiera consultarla. Por otro, en parecida línea, se concluye que no puede imputarse un déficit de buena fe a las entidades de crédito que no hicieron sino utilizar un Índice con publicidad y pleno refrendo por parte de las Administraciones nacionales competentes y que, precisamente ante el hecho de su incorporación al derecho nacional, debe quedar al margen del control de abusividad (art. 1, apartado 2, de la Directiva 93/13).

III. Todo lo demás resulta accesorio para la solución finalmente adoptada si bien, una vez, mas, debe ponerse en valor el proceder de la Sala Primera, siempre tuitiva del consumidor cuando los derechos derivados de las Directivas europeas se quebrantan, que no era el caso como ya intuyó en la Sentencia de 669/2017 de 14 de diciembre. Y en esta línea es de subrayar el pleno respeto de la Sala a los ulteriores condicionantes surgidos del TJUE —que otros operadores solo aceptan cuando a su discurso conviene— que obligaron a rectificar parcialmente su inicial pronunciamiento en materia de transparencia del Índice. Este, como sabemos, fue desvirtuado por la STJUE de 3 de marzo de 2020 aunque finalmente tal conclusión, fundada en la

irrelevante Orden de 5 de mayo de 1994, ha quedado totalmente diluida, por olvidada, en los Autos del TJUE de 17 de noviembre de 2021 donde este se ha hecho eco de cuanto, en un momento inicial, mucho más adecuadamente, la Sala Primera ya había sancionado.

IV. En este momento final debe también resaltarse la paradoja propiciada por el hecho de que tal rectificación haya venido alentada por el Tribunal nacional que frontalmente se ha venido oponiendo a cuantas decisiones emanaban de la Sala Primera y que, en este momento final, de distinta manera a como siempre procedió la Sala, ha evidenciado en su último pronunciamiento un escaso respeto por el TJUE en quien tan ilusionariamente confiaba.

De las mercantilizadas entidades de litigación, así como de su postrera y desbocada huida hacia adelante, mejor ya no hablar.

BIBLIOGRAFÍA

- BALLUGERA, C. Los recursos de casación del Supremo sobre el IRPH generan serias dudas y apuntan a que el TJUE tendrá que resolverlas, *Confíylegal*, 16 de noviembre de 2020.
- FENOY PICÓN, N. El control de transparencia (material) en la cláusula suelo: su análisis a través de la jurisprudencia del TJUE, de la doctrina científica española, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *ADC*, 71, 2018.
- PANTALEON PRIETO, F. Transparencia material y cláusulas accesorias predispuestas, *Almacén de Derecho* de 23 de febrero de 2020; La sentencia del Tribunal de Justicia sobre la cláusula IRPH: 12 comentarios a vuelapluma, *Almacén de Derecho* de 4 de marzo de 2020; De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, *Almacén de Derecho* de fechas 22 de marzo, 6 de abril y 19 de abril de 2020; Implicaciones económicas de la cláusula IRPH, *Almacén de Derecho* de 26 de septiembre de 2020.
— en el *Almacén de Derecho*.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. Las cláusulas abusivas por defecto de transparencia, Thomson-Aranzadi 2004. También del mismo autor *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, 2.^a ed., Tirant lo blanc 2017 y, recientemente El devenir de la cláusula IRPH tras la STJUE de 3 de marzo de 2020, *Diario La Ley* de 4 de septiembre de 2020.
- PLAZA PENADES, J. Luces y sombras de la Sentencia del Tribunal Supremo sobre la validez del IRPH: *Diario La Ley* 21 de diciembre de 2017.
- SEGURA MOREIRAS, A. y SUÁREZ DE PUGA, E. *Almacén de derecho*, 22 de noviembre de 2020.

NOTAS

¹ Hemos de considerar dramático para los consumidores que se haya constituido, o esté en trámites de hacerse, una «Plataforma de Afectados por A. Asociados» quienes dicen desconocer las condiciones de las hojas de encargo en su día suscritas. Y ello por su falta de transparencia y abusividad ya declarada por la SAP de Segovia de 21 de enero de 2020.

² El punto 34 de tal Auto expresamente omite ahora la necesidad de «entregar al consumidor, antes de la celebración del contrato, un folleto informativo que recoja la información anterior de dicho Índice».

³ Todas ellas comparten un Voto particular individual. A mi juicio, respetuoso para con el disidente, no debiera haberse emitido tal voto pues además de resultar escasamente solidario con el sentir de la abrumadora mayoría en un tema tan sensible priva a la sentencia de la deseable unanimidad alejando la persistencia de un debate sin duda ya cerrado. Por otro lado, como más adelante exponemos, no añade argumentalmente nada nuevo a lo ya dicho en términos que pudieran justificar su existencia.

⁴ Como veremos se trata de que, conforme al anexo VI de la Circular 8/1990, entre los elementos mínimos que debían figurar en los folletos de préstamos sobre los préstamos hipotecarios, con relación al Índice de interés variable, debiera estar «su último valor disponible y la evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales».

⁵ Para discrepar de las argumentaciones que criticaban la solución del Tribunal Supremo es imprescindible la lectura de las numerosas entradas de PANTALEÓN PRIETO, F. en el *Almacén de Derecho*. En cuanto vinculadas con el tema que nos ocupa me limitaré a señalar «Transparencia material y cláusulas accesorias predispuestas», 23 de febrero de 2020; La sentencia del Tribunal de Justicia sobre la cláusula IRPH: 12 comentarios a vuelapluma, 4 de marzo de 2020; también las tres entradas sobre «De nuevo sobre la consecuencia jurídica de la declaración de abusividad de una cláusula no negociada individualmente», de fechas 22 de marzo, 6 de abril y 19 de abril de 2020 y finalmente «Implicaciones económicas de la cláusula IRPH» de 26 de septiembre de 2020. No es posible tener una opinión cabal e informada del tema sin su lectura. Apuntaré finalmente que es quien con minucioso y estudiado detalle ha reforzado gran parte de la argumentación que finalmente sostiene la solución propiciada por la Sala Primera.

⁶ En el mismo sentido, también referidas a cláusulas suelo SS. Tribunal Supremo 138/2015 de 24 de marzo, 222/2015 de 29 de abril, 334/2017 de 25 de mayo y 367/2017 de 8 de junio.

⁷ Mas cabalmente la STS (Pleno) 171/2017 de 9 de marzo, recondujo, como era lógico, la valoración de la transparencia material —comprensión por el prestatario de las consecuencias económicas del contrato— a un análisis individual de las circunstancias concurrentes en la concertación del préstamo. Solución teóricamente adecuada pero que en la práctica determinó la caótica realidad de los Juzgados de cláusulas suelo imposibilitados de valorar contradictoriamente, con plenitud probatoria, los miles de supuestos planteados y donde se estiman, tardíamente —de aquí la persistencia de la oposición a las demandas por las entidades de crédito—, la totalidad de las demandas presentadas. Para ese viaje hubiera sido mejor no utilizar alforjas.

⁸ Sobre este tema, y la identidad falta de transparencia-abusividad, puede verse ampliamente, en un primer momento, PERTÍNEZ VILCHEZ, F. *Las cláusulas abusivas por defecto de transparencia*, Thomson-Aranzadi 2004. También del mismo autor *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, 2.^a ed., Tirant lo Blanc 2017 y, recientemente El devenir de la cláusula IRPH tras la STJUE de 3 de marzo de 2020, *Diario La Ley* de 4 de septiembre de 2020.

Verdaderamente ilustrativo resulta el trabajo de FENOY PICÓN, N. El control de transparencia (material) en la cláusula suelo: su análisis a través de la jurisprudencia del

TJUE, de la doctrina científica española, y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *ADC*, 71, 2018.

⁹ Básicamente se fundan en los argumentos del Voto particular entonces emitido, con continuidad/identidad, por ejemplo, en el comentario sobre «Luces y sombras de la Sentencia del Tribunal Supremo sobre la validez del IRPH: el voto particular» de PLAZA PENADÉS, J. *Diario La Ley* 21 de diciembre de 2017.

¹⁰ Efectivamente el apartado 28 del Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona distorsiona la realidad de lo dicho por el Tribunal Supremo afirmando, a propósito de la procedencia de valorar el que deba «ser en todo caso comprensible para el consumidor» y que por tanto «no le es aplicable la excepción del artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE» que «en sentido contrario resuelve recientemente el Tribunal Supremo en fecha 14 de septiembre de 2017».

¹¹ Es oportuno recalcar que la detalladísima exposición argumental que ofrecía el Auto de 16 de febrero de 2018 sobre la información a proporcionar por la entidad de crédito, si bien hacía referencia a la necesidad de explicar el funcionamiento pasado y el previsible funcionamiento futuro, en ningún caso hacía específica mención a la necesidad de que el folleto incorporara la información de la evolución en los dos años anteriores a la concertación del préstamo que luego sirvió al TJUE para, tras esbozar su eventual incumplimiento, apuntar a una eventual falta de transparencia material en la concertación de estos préstamos.

¹² La Sala Primera (F. de D. TERCERO.1 de la STS 597/2020, por ejemplo) considera, y detalladamente justifica, que «la cuestión prejudicial antes mencionada trasladó erróneamente al TJUE el sentido de la jurisprudencia de la Sala...».

¹³ Exigencia desaparecida, como es sabido, en la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios que reguló la FIPRE (ficha de información precontractual) y la FIPER (ficha de información personalizada) por considerar sin duda irrelevante tal información.

¹⁴ No me extenderé en las observaciones de la Comisión, suscritas en calidad de agentes por D. Napoleón RUIZ, D. Julio BAQUERO y D.^a Celine VALERO, partidarios de soluciones drásticas —nulidad total de la cláusula de intereses— pero que, ante los perjuicios que pudiera dar lugar al consumidor la obligada nulidad de un contrato sin precio, apuntan una irrisoria solución: que las partes, de buena fe, en negociación individual —cientos de miles de negociaciones— «se pongan de acuerdo sobre un índice sustitutivo y con plena restitución de las cantidades impagadas». Criterio que va a asumir la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona de 20 de enero de 2022.

¹⁵ Quizás este Abogado General había tomado conciencia de donde conducían los excesos en el entendimiento de los mantras de nuestro tiempo —la transparencia material y sus colaterales—. Lo apreció cuando la Gran Sala le recordó en la STJUE de 26 de marzo de 2019 como debe valorarse la continuidad de los contratos de préstamo hipotecario tras la supresión de la cláusula nula de vencimiento anticipado, en la cual fue frontalmente desautorizado.

Sobre el tema puede verse mi entrada en el *Almacén de Derecho* de 13 de septiembre de 2019 titulada «El Informe Szpunar sobre el IRPH».

¹⁶ En la misma línea se manifiestan las Observaciones del Reino Unido en el punto 17 donde se concluye a propósito de la cláusula discutida que «se puede asumir de forma razonable que el consumidor medio comprende los efectos del interés variable y las consecuencias económicas que supone para él en lo que respecta a la amortización del préstamo hipotecario». Y añade, sin que le falte razón, que «un mayor grado de detalle no ayudaría al consumidor de forma eficaz y significativa y podría aturdirlo y confundirlo en el momento de tomar la decisión...». En esta línea la propia Circular del Banco de España 5/1994 de 22 de julio, apunta con carácter general que «4. Las tarifas se recogerán en un folleto que se redactará de forma clara, concreta y fácilmente comprensible para la clientela, evitando la inclusión de conceptos innecesarios o irrelevantes».

¹⁷ La valoración crítica de la sentencia puede verse en el «Comentario de Javier ORDUÑA a la STJUE de 3 de marzo de 2020: un paso más hacia la consolidación de la transparencia como principio o valor general de la contratación predispuesta», auto-laudatorio de su voto particular, incluido en el Dosier de Thomson Reuters, marzo de 2020 titulado «Francisco Javier Orduña analiza la sentencia del TJUE sobre el IRPH». Difícilmente rebatibles son, sin embargo, en sentido contrario, la mayoría de los comentarios de PANTALEÓN PRIETO, F. «La sentencia del Tribunal de Justicia... *cit.*, *Almacén de Derecho* de 4 de marzo de 2020.

¹⁸ Esta referencia a la «ausencia de información» sirve al voto particular de las Sentencias de 12 de noviembre para asumir tanto la falta de trasparencia como su abusividad.

¹⁹ Trato con cierta exhaustividad tales pronunciamientos en mis entradas de el *Almacén de Derecho* sobre «Nuestras Audiencias y el IRPH tras la STJUE de 3 de marzo de 2020», I y II de los días 19 de mayo y 9 de junio de 2020.

²⁰ Concluye el Auto núm. 66/2020 de 14 de julio, de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Cataluña diciendo que: «A los mencionados efectos, consideramos que la forma de actuar del bufete de abogados querellante constituye una instrumentalización intolerable del proceso penal en general y de la acción popular en particular que conculca las reglas de la buena fe procesal y degrada a la Administración de Justicia, al lanzar una infundada y frívola acusación por prevaricación contra los tres integrantes de una Sección de la Audiencia Provincial de Barcelona con el propósito de prevenir el efecto que pudiera tener su sentencia en otros procesos similares pendientes o futuros, según se adivina por la tendenciosa difusión pública de su acción penal propiciada directamente por el bufete de abogados querellante». Por ello se impone una multa de 3000 € —hay otros dos autos del TSJ Cataluña con la misma multa— al querellante que el Auto de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid eleva a 6000 € por considerar que «su actuación ha conculado las reglas de la buena fe procesal incurriendo en un manifiesto abuso de derecho».

²¹ Por ejemplo, Sentencia de 23 de abril de 2020 de la Sección 5.^a de la Audiencia de Sevilla; Sentencia de 11 de mayo de 2020 de la Sección 3.^a de la Audiencia de Granada y Sentencia de 4 de mayo de 2020 de la Sección 2.^a de la AP de Huelva.

²² Sentencia de 30 de abril de 2020 de la Sección Octava de la Audiencia de Alicante y Sentencia de 11 de marzo de 2020 de la Sección Primera de Audiencia Provincial de Tarragona; Sentencia de 1 de junio de 2020 de la Sección 9 de la Audiencia Provincial de Valencia.

²³ Su precedente constituido por la SAP de Málaga de 21 de abril de 2020, apenas razona la solución a la que un tanto apodícticamente accede.

²⁴ Desde el ámbito consumerista se escucharon numerosas voces que propiciaban la necesidad de acudir de nuevo al TJUE como hicieron los titulares de los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona núm. 38 e Ibiza núm. 3, objeto de ulterior comentario. Se cuestionaba la comprensibilidad por el consumidor «razonablemente atento y perspicaz» del funcionamiento del Índice; se afirmó (BALLUGERA, Carlos) que el Tribunal Supremo debiera haberse limitado a asumir la nulidad de la cláusula ya decidida con efectos ultra partes por la Sentencia del Juzgado Mercantil 1 de Vitoria el 11 de marzo de 2016; que imperativamente el diferencial del IRPH debiera ser negativo conforme a la Circular 5/1994; que resulta «esperanzador» el voto particular emitido, etc., etc. Todo ello se refleja con detalle en la entrada «Los recursos de casación del Supremo sobre el IRPH generan serias dudas y apuntan a que el TJUE tendrá que resolverlas» *Confilegal*, 16 de noviembre de 2020.

²⁵ No me cansaré de comentar que la Sala Primera resulta siempre mucho más acertada en la aplicación a la realidad española de las reglas de consumo a como lo hace el TJUE, aunque se le deba a este el respeto que el artículo 4 bis LOPJ obliga.

²⁶ Como veremos tal conclusión va a ser utilizada por el Juzgado de primera Instancia núm. 38 de Barcelona en su reciente Sentencia de 20 de enero de 2022, si bien se valora aisladamente sin tener en cuenta el conjunto argumental en que se inserta.

²⁷ Fungibilizó con absoluta claridad uno y otro requisito en la falta de información la SAP de Valencia de 1 de junio de 2020 de igual manera que el salto desde la falta de transparencia a la nulidad está presente en la SAP de Tarragona de 11 de marzo de 2020 obviando que, como paso intermedio, es preciso el juicio de abusividad.

²⁸ Significaremos que en general, al igual que ocurría con las cláusulas suelo, se justifica esa identidad en «la alteración subrepticia del acuerdo que creía haber alcanzado a partir de la información precontractual incompleta o en una privación de la posibilidad de comparar correctamente la oferta del mercado» (PERTÍNEZ, F. *El devenir de la cláusula...* *cit.*), criticado por PANTALEÓN PRIETO, F. *Implicaciones económicas...* *cit.*), pues, efectivamente, con ello si bien se habla de dos presupuestos para acceder a la nulidad (falta de transparencia y abusividad) en realidad se refunden en uno solo derivado de la falta de información precontractual. No debe olvidarse nunca el decisivo argumento, puesto de manifiesto también por el propio TJUE de que las mismas deficiencias, incluso aumentadas, se proyectarían sobre el Euribor. Lo recoge PANTALEÓN PRIETO, F. *La Sentencia del Tribunal de Justicia...* *cit.* En su comentario tercero: «a nadie sensato se le ocurre que el TJUE fuera a incurrir en el monumental absurdo de imponer para la cláusula IRPH requisitos de transparencia material que no estaría cumpliendo, para empezar u coetáneamente, la cláusula Euribor».

²⁹ Es oportuna la referencia a la muy argumentada SAP de Álava de 14 de mayo de 2020 que, acertadamente, tras valorar la falta de transparencia sobre unos parámetros más reales que los decididos por el TJUE y que este deriva de la irrelevante falta de integración de la conocida prescripción reglamentaria sobre la evolución del Índice los dos años anteriores, analiza la eventual abusividad de la cláusula IRPH Cajas.

³⁰ SSTJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, Kásler; 20 de febrero de 2015, C-143/2013 Matei; 20 de septiembre de 2017, C-186/16, Andriciuc y 14 de marzo de 2019, C-118/2017, Dunaiy 5 de junio de 2019, C-38/17, GT.

³¹ Así lo recogen las Sentencias de la Sala Primera de 12 de noviembre como ya hizo, la Sentencia 241/2013 de 9 de mayo y las ulteriores 538/2019 de 11 de octubre y 121/2020 de 24 de febrero.

³² Expresa la STS 595/2020 (Fundamento de Derecho Séptimo.4) que la STJUE de 26 de enero de 2017 (C-421/14 Banco Primus) estableció como método de determinación de la abusividad de una cláusula de intereses remuneratorios la comparación con el interés legal, y a tal efecto nos recuerda que «el IRPH contractual estaba en la fecha del contrato en el 4,08% mientras que el interés legal estaba en el 4%».

³³ Así lo expresa la Sentencia de 14 de mayo de 2020 de la Sección Primera de la Audiencia de Álava.

³⁴ Resultan de gran interés las reflexiones de PANTALEÓN PRIETO, F. *Implicaciones económicas...* *cit.*, especialmente las contenidas en el epígrafe «Sobre la racionalidad económica de elegir el Índice IRPH en vez del Euribor». La autoría de las ideas que transcribo se nutre miméticamente de sus consideraciones.

³⁵ Al igual que no pocos autores, ya mencionados, y asimismo de conformidad con alguna Sala de nuestras Audiencias, el voto particular discrepante de las Sentencias de 12 de noviembre de 2020 se aferra a la misma idea: la falta de información determina no solo la falta de transparencia sino la abusividad a la que se accede «a partir de la información sorpresiva que creía haber alcanzado a partir de la información precontractual, que resultó incompleta privándole de la posibilidad de comparar las ofertas de mercado. A la vez la falta de información sobre la evolución de tal Índice, establecido por la Administración, entiende que es determinante de la mala fe de la entidad de crédito. Tales razonamientos son a mi juicio falaces: esencialmente porque, como ya advirtió la Audiencia de Madrid en su Sentencia de 22 de mayo de 2020, el conocer la evolución del Índice en los dos años anteriores, tan solo esto exige el TJUE, para nada habría determinado una representación diferente de lo contratado y mucho menos que tras conocer tal dato pudiera compararlo con la evolución de otros índices que no se le debían proporcionar. Si no había tenido la

elemental prevención de conocer/preguntar por la evolución del Índice que iba a contratar mucho menos la tendría para conocer la evolución de Índices alternativos. En definitiva, la mínima falta de información determinaba no solo el déficit de transparencia material sino un *deficit* «formal» de buena fe y un perjuicio para el consumidor con lo que, en definitiva, se identifica absolutamente falta de transparencia y abusividad mimetizando la solución que, por otras razones, acaeció en materia de cláusulas suelo.

³⁶ A propósito de tal desequilibrio se apuntó (SEGURA MOREIRAS, A. y SUÁREZ DE PUGA, E. *Almacén de derecho*, 22 de noviembre de 2020) que no era posible controlar el eventual desequilibrio de derechos y obligaciones en relación con la cláusula litigiosa, solo posible en el marco de las prestaciones accesorias pues ante la libertad de mercado no hay derecho supletorio que ampare tal contraste poniendo igualmente de relieve la inviabilidad de realizar un contraste de precios por parte de los Tribunales. El argumento, un tanto efectista, no resulta admisible para los críticos de la solución dada por la Sala Primera pues, sin acudir a derecho dispositivo alguno, el contraste —imposibilitado por la falta de transparencia— debiera efectuarse con otros índices.

³⁷ Por ello nos dijo la Sala Primera, que «tanto la Administración General del Estado como diversas Administraciones autonómicas han venido considerando, a través de normas reglamentarias, que el índice IRPH era el más adecuado para utilizarlo como índice de referencia en el ámbito de la financiación protegida destinada a la adquisición de viviendas de protección oficial, en el que el grado de intensidad de protección del consumidor se incrementa en atención al ámbito subjetivo de los beneficiarios que pueden acceder a dicha financiación. Por lo que resulta ilógico considerar como una actuación contraria a la buena fe la incorporación de ese mismo índice a contratos de préstamo hipotecario concertados fuera de ese ámbito de financiación oficial».

³⁸ No está de más recordar que el IRPH resultaba mucho más comprensible que el Euribor. El Euribor (acrónimo de Euro Interbank Offered Rate), refleja el tipo de interés al que un prime bank estaría dispuesto a prestar fondos a otro prime bank. Este índice se calcula a partir de las cotizaciones proporcionadas por un grupo o panel de bancos contribuidores y su gestión/administración se lleva a cabo por la European Money Markets Institution («EMMI»). El Euribor no responde, pues, a transacciones efectivas sino a variables mucho más complejas y mucho más alejadas del control por los consumidores y por los Tribunales.

³⁹ El subrayado es nuestro.

⁴⁰ Recordemos su contenido: «...deben interpretarse en el sentido de que permiten al profesional no incluir en tal contrato la definición completa del índice de referencia que sirve para calcular un tipo de interés variable o no entregar al consumidor, antes de la celebración de ese contrato, un folleto informativo que recoja la evolución anterior de ese índice».

(Trabajo recibido el 31 de diciembre de 2021 y aceptado para su publicación el 4 de abril de 2022)