

1.5. Obligaciones y contratos

Cláusula IRPH en préstamos hipotecarios

IRPH clause in mortgage loans

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO

Profesora Doctora de Derecho civil

Universidad de La Rioja

RESUMEN: De nuevo la Justicia europea analiza una de las cláusulas financieras que ha generado gran controversia en el ámbito de los contratos de préstamo hipotecario. Con la STJUE de 3 de marzo de 2020 (asunto *Gómez del Moral Guasch*, C-125/18) se resuelven varias cuestiones prejudiciales planteadas desde un juzgado español en relación con la posible abusividad de la cláusula de interés variable atendiendo a un índice de referencia IRPH. En este trabajo se analizan la naturaleza y características de esta cláusula y dicho índice de referencia, la previa STS de 14 de diciembre de 2017 (de Pleno) que abordó esta cláusula sentando doctrina, no unánime en cuanto se acompañó de un voto particular discrepante de dos magistrados, y, por último, los fundamentos de esta reciente STJUE de 3 de marzo de 2020.

ABSTRACT: Once again the European Justice analyzes one of the financial clauses that has generated great controversy in the field of mortgage loan contracts. With the STJUE of March 3, 2020 (*Gómez del Moral Guasch* case, C-125/18) several preliminary questions raised by a Spanish Court in relation to the possible abusiveness of the variable interest clause based on a reference index are resolved IRPH. This work analyzes the nature and characteristics of this clause and said reference index, the previous STS of December 14, 2017 (plenary) that analyzed this clause establishing doctrine, not unanimous as it was accompanied by a dissenting individual vote of two Magistrates, and, finally, the legal grounds of this recent STJUE of March 3, 2020.

PALABRAS CLAVE: Cláusulas abusivas. Consumidor. Control de transparencia. Índice IRPH. Intereses remuneratorios variables. Nulidad. Préstamo hipotecario.

KEY WORDS: Abusive clauses. Consumer. Transparency control. IRPH index. Variable-rate remuneration interests. Nullity. Mortgage loan.

SUMARIO: I. BREVE PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO.—II. EL ÍNDICE IRPH COMO REFERENCIA EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.—III. TRANSPARENCIA Y CONTROL DE LA «CLÁUSULA IRPH»: 1. LA «CLÁUSULA IRPH» COMO CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN. 2. OBJETO DEL CONTROL JUDICIAL DE TRANSPARENCIA. 3. LA STS NÚM. 669/2017, DE 14 DE DICIEMBRE. 4. LA STJUE DE

3 DE MARZO DE 2020. 5. ESTADO DE LA CUESTIÓN TRAS LA STJUE DE 3 DE MARZO DE 2020.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.

I. BREVE PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO

En los últimos años han sido constantes las alusiones al control de transparencia en el marco de distintas cláusulas financieras de los contratos de préstamo hipotecario y, especialmente, como fundamento para interesar su nulidad por abusivas ante esa falta de transparencia. Una transparencia que tiene como pilar esencial los deberes de información del prestamista al consumidor prestatario.

Un último capítulo en el ámbito de las controversias judiciales lo constituye la llamada «cláusula IPRH» o con más rigor, «cláusula de intereses remuneratorios a tipo de interés variable con referencia a un índice IPRH». Un índice este que es oficial, reconocido legalmente y por el Banco de España, con una fórmula concreta de cálculo, pero que ha generado gran controversia especialmente a raíz de la evolución en los últimos años de los tipos de interés Euríbor (el mayoritariamente aplicado en la práctica) y de este índice IPRH: mientras el Euríbor pasó a niveles negativos el IPRH no ha bajado tanto, y siempre se ha mantenido una diferencia más o menos constante de unos dos puntos entre ambos índices de referencia. Lo cual ha dado lugar a que los prestatarios con «cláusulas IPRH» abonen más intereses que los que tenían intereses con referencia al Euríbor: y entonces, viendo que un índice sí bajaba pero sus intereses no bajaban tanto, los prestatarios se dieron cuenta de que ese índice IPRH no evolucionaba como pensaban ni se parecía al Euríbor o, directamente, advirtieron que ese índice de referencia no entendían a qué se refería.

De ahí que surgieran, al amparo de esa exigencia de transparencia y de cumplimiento de unos mínimos deberes de información precontractual, la gran controversia en torno a estas cláusulas, que motivó la STS núm. 669/2017, de 14 de diciembre (que cuenta con un voto particular discrepante firmado por dos magistrados), y posteriormente, la reciente STJUE de 3 de marzo de 2010 (asunto *Gómez del Moral Guasch*, C-125/18).

En este trabajo, se analizarán críticamente ambas resoluciones, incluido el voto particular a la STS de 14 de diciembre de 2017, pero antes, en primer lugar, se tratará de concretar qué es y en qué consiste ese índice IPRH.

II. EL ÍNDICE IPRH COMO REFERENCIA EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

Aunque a nivel teórico no es un elemento esencial para la validez de los préstamos, lo cierto es que la práctica ha impuesto el tipo de interés remuneratorio como cláusula habitual y relevante en el marco de los préstamos inmobiliarios e hipotecarios, máxime en cuanto a su concesión por entidades bancarias.

Puede afirmarse que existen básicamente dos modalidades de tipos de interés remuneratorios: fijo o variable. En muchas ocasiones, como en el caso objeto de la STS núm. 669/2017, de 14 de diciembre, esos intereses remuneratorios en un inicio se fijan acogiendo un tipo fijo durante un determinado periodo de tiempo (por ejemplo, un año), pero a partir de entonces se acuerda que se aplicará un interés variable atendiendo principalmente a un índice de referencia al que, eventual y frecuentemente, se sumará un margen o diferencial fijo, de modo que el resultado de esa suma será el tipo de interés final que durante un

determinado periodo de tiempo (semestral, anual..., dependiendo de lo que se fije en el contrato como periodo de tiempo en que se revisará el tipo de interés actualizando el índice de referencia a tener en cuenta en el nuevo periodo temporal) se aplicará y deberá abonarse por el prestatario.

En los últimos años en los préstamos hipotecarios se ha utilizado fundamentalmente el índice Euríbor (*Euro InterBank Offered Rate*), que hace referencia al tipo de interés al que las principales entidades bancarias europeas se prestan dinero entre sí en el mercado interbancario; habitualmente se acoge la referencia del Euríbor a un año y se añade un diferencial o margen que es un elemento esencial en el marco de la comparación entre ofertas de préstamos de diferentes entidades bancarias¹.

Ahora bien desde 1994 (con la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España que modifica la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela) las entidades prestamistas podían reflejar también en los préstamos, como índices de referencia de los intereses remuneratorios variables fijados en sus contratos de préstamo, otros tipos de referencia oficiales; y entre ellos se encontraba el IRPH, considerado como el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, calculado como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas por los bancos, las cajas de ahorros o del conjunto de entidades de crédito en el mes a que se refiere el índice (anexo VIII de la Circular 5/1994; y en similar sentido, pero sin referencia expresa al conjunto de entidades de crédito, anejo 8.1 de la Circular 5/2012, del Banco de España). Inicialmente este IRPH tenía tres modalidades, atendiendo al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos o renovados por bancos (IRPH-Bancos), por cajas de ahorro (IRPH-Cajas) o por el conjunto de las entidades de crédito (IRPH-Entidades) en el mes al que se refiriese el índice (a partir de enero de 1997, sin embargo, el IRPH-Entidades se calculó atendiendo únicamente a los datos declarados por bancos y cajas). Posteriormente, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y la Circular que la desarrolla (Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España) determinaron la desaparición del IRPH-Bancos y el IRPH-Cajas como índices de referencia oficial del mercado hipotecario, pasando a ser considerado únicamente el IRPH-Entidades atendiendo al tipo medio de préstamos hipotecarios a más de tres años concedidos o renovados para la adquisición de vivienda libre por bancos y cajas de ahorro en el mes de referencia. Y este índice se calculaba conforme a la siguiente fórmula (anejo 8.1 de la Circular 5/2012, similar al anexo VIII.3 de la Circular 8/1990, modificada por la Circular 5/1994, del Banco de España):

$$I_c = \frac{\sum i_b + \sum i_{ca}}{n_b + n_{ca}}$$

Siendo:

I_c = La media de los tipos de interés medios ponderados del conjunto de entidades

i_b, i_{ca} = Los tipos de interés medios ponderados de los préstamos de cada banco y caja de ahorros, respectivamente.

n_b, n_{ca} = El número de bancos y cajas de ahorros declarantes.

Sin embargo, dado el amplio régimen transitorio previsto en esas normas, realmente la desaparición del IRPH como estaba configurado inicialmente de bancos y cajas se produjo definitivamente a partir del 1 de noviembre de 2013 con la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a emprendedores, que advierte de que el Banco de España desde ese 1 de noviembre de 2013 dejaría de publicar y dar difusión al IRPH de Bancos y Cajas en su sede electrónica, además de determinar la sustitución automática de ese índice IRPH a partir del 1 de noviembre de 2013 por el índice sustitutivo previsto en los propios contratos, y si ello no se hubiera previsto, por «el tipo de interés oficial denominado “tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España”, aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo» (disposición adicional decimoquinta de la referida Ley 14/2013).

Por tanto, a partir de lo expuesto, cabe advertir que este índice IRPH viene determinado en cierta medida por las propias entidades financieras en atención a los productos que ellas mismas ofrecen a sus potenciales clientes. Ciertamente es que tanto la Orden de 1994 (art. 6.2) como la posterior de 2011 (art. 26) advertían que esos índices de referencia oficiales solo podrían usarse bajo las siguientes condiciones: que se calculasen a coste de mercado, que no dependieran exclusivamente de la entidad financiera oferente y que no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades; además de que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo (forma de cálculo que se recogía en las circulares del Banco de España antes indicadas); y además dichos índices tendrán una publicidad y difusión periódica por el Banco de España y en el BOE mensualmente. Pero, dado que los tipos medios ponderados que se acogen para tomar la media simple de los mismos (media simple que es la que se fijará como IRPH) serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de bancos y cajas de ahorros como los utilizados por ellos en sus operaciones financieras del mes anterior (de acuerdo con el apartado 4 de la norma decimosexta de la Circular 5/2012) son las entidades las que, aun no llegando a hablar de control o manipulación pues se trata de un índice legal oficial basado en varias operaciones del conjunto de entidades y calculado con base a una fórmula matemática, sí que puede afirmarse al menos que tienen un más fácil acceso a información y una mayor información directa sobre ese índice y su posible evolución.

Por otro lado, cabe tener en cuenta, además, en relación con el índice Euríbor que, dado que este último índice se habrá usado añadiendo un margen o diferencial en la mayoría de operaciones de préstamos hipotecarios declarados por las entidades y tomadas después como referencia para calcular el IRPH, finalmente aunque el Euríbor bajase conforme instrucciones del Banco Central Europeo, al añadirsele un marginal a ese Euríbor (marginal cada vez mayor para compensar las bajadas de ese índice de referencia), los tipos de interés declarados por cada entidad mensualmente al Banco de España y tomados en cuenta para la media que calcule el IRPH son siempre más elevados que el Euríbor (pues se incluye ya el diferencial o margen medio ponderado aplicado por las entidades en sus operaciones), y por tanto el IRPH siempre será más elevado que el Euríbor²; y si, como sucede en el caso de la STS núm. 669/2017, de 14 de diciembre, al IRPH

además se le añade un margen o diferencial (aunque normalmente sea menor que el aplicado en los préstamos con Euríbor), pues entonces la brecha comparativa con el uso del Euríbor es más amplia. De hecho, cabe advertir que así como el Euríbor desde 2007 ha ido sufriendo importantes bajadas hasta llegar a tipos negativos a partir de 2016, el IRPH, aunque también se ha reducido desde 2007, se ha mantenido en tipos más constantes en estos últimos años y con una diferencia con el Euríbor de unos dos puntos, tal y como puede observarse en la siguiente tabla (fuente: <https://www.rankia.com/blog/euribor/3510686-irph-2017-mientras-euribor-baja-vuelve-situarse-cerca-2>, última consulta el 15 de marzo de 2020):

	2011		2012		2013		2014		2015		2016		2017	
	IRPH	Euribor	IRPH	Euribor	IRPH	Euribor	IRPH	Euribor	IRPH	Euribor	IRPH	Euribor	IRPH	Euribor
Enero	2,918%	1,55	3,716%	1,837	3,216%	0,575	3,274%	0,562	2,436%	0,298	2,014%	0,042	1,928%	-0,095
Febrero	2,962%	1,714	3,737%	1,678	3,216%	0,594	3,199%	0,549	2,457%	0,255	2,007%	-0,008	1,881%	-0,105
Marzo	3,120%	1,924	3,624%	1,499	3,415%	0,545	3,177%	0,577	2,324%	0,212	1,919%	-0,012	1,880%	-0,110
Abril	3,226%	2,086	3,617%	1,368	3,378%	0,528	3,181%	0,604	2,251%	0,18	2,030%	-0,01	1,906%	-0,119
Mayo	3,455%	2,147	3,453%	1,266	3,331%	0,484	3,164%	0,592	2,156%	0,165	1,890%	-0,013	1,947%	-0,127
Junio	3,458%	2,144	3,481%	1,219	3,363%	0,507	3,064%	0,513	2,161%	0,163	1,970%	-0,028	1,913%	-0,149
Julio	3,540%	2,183	3,488%	1,061	3,438%	0,525	3,033%	0,488	2,152%	0,167	2,007%	-0,056	1,929%	-0,154
Agosto	3,533%	2,097	3,430%	0,877	3,474%	0,542	3,021%	0,469	2,182%	0,161	1,957%	-0,048	1,953%	-0,156
Septiembre	3,570%	2,067	3,347%	0,74	3,467%	0,543	2,949%	0,362	2,117%	0,154	1,903%	-0,057	1,873%	-0,168
Octubre	3,586%	2,110	3,078%	0,65	3,252%	0,541	2,819%	0,338	2,127%	0,128	1,921%	-0,069	1,904%	-0,185
Noviembre	3,696%	2,044	2,992%	0,588	3,393%	0,506	2,606%	0,335	2,132%	0,08	1,936%	-0,074	-	-
Diciembre	3,626%	2,004	3,023%	0,549	3,287%	0,543	2,557%	0,329	2,054%	0,059	1,874%	-0,08	-	-

Y similar tendencia tuvo en el año 2018 como puede verse en esta tabla (fuente: https://www.irph.es/irph_comparado.php, última consulta el 15 de marzo de 2020):

	ene-18	feb-18	mar-18	abr-18	may-18	jun-18	jul-18	ago-18	sep-18	oct-18	nov-18	dic-18	ene-19
■ Euribor	-0,189	-0,191	-0,191	-0,190	-0,188	-0,181	-0,180	-0,169	-0,166	-0,154	-0,147	-0,129	-0,116
■ IRS	0,369	0,480	0,425	0,381	0,381	0,318	0,279	0,291	0,337	0,397	0,333	0,254	0,183
■ IRPH Entidades	1,938	1,900	1,895	1,905	1,892	1,862	1,854	1,932	1,891	1,932	2,009	2,037	2,022

Evolución y diferencias entre ambos índices que se siguen evidenciando desde 2019 hasta la actualidad³.

III. TRANSPARENCIA Y CONTROL DE LA «CLÁUSULA IRPH»

1. LA «CLÁUSULA IRPH» COMO CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN

Un primer paso necesario en todo análisis de las cláusulas cuya posible abusividad, o falta de transparencia o, en todo caso, nulidad se pretende en los asuntos conflictivos que llegan a los tribunales o que se plantean como un clamor social popular contrario a su justa admisibilidad, es la de determinar si la referida cláusula litigiosa debe calificarse o no como condición general de la contratación. Tal calificación como tal no es baladí en la medida que la declaración de abusividad y, por ende, la nulidad por tal motivo pretendidas por los demandantes en estos supuestos cabría en cuanto se tratase de cláusulas no negociadas individualmente, pues son las condiciones generales de la contratación relativas a elementos esenciales del contrato las que se encuentran sujetas a esos especiales controles de incorporación y de transparencia que han

sido el mecanismo esencial sobre el que ha basado nuestro Tribunal Supremo en los últimos años sus resoluciones en materia de protección de consumidores frente a cláusulas litigiosas en préstamos fundamentalmente hipotecarios: entre otras, SSTS núm. 241/2013, de 9 de mayo, núm. 464/2013, de 8 de septiembre, núm. 171/2017, de 9 de marzo, núm. 367/2017, de 8 de junio y núm. 608/2017, de 15 de noviembre. De hecho, precisamente es alegación usual por la entidad financiera (así también se hizo en el caso de la STS núm. 669/2017, de 14 de diciembre) que tales cláusulas no son una condición general de la contratación; y en el caso de la «cláusula IRPH» se viene a alegar que, tratándose de una cláusula relativa a los intereses remuneratorios, precisamente se viene a negociar individualizadamente, de modo que no ha sido impuesta ni prerredactada por una de las partes unilateralmente.

Teniendo en cuenta el artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC)⁴, se vincula la existencia de estas cláusulas generales a las siguientes notas: prerredacción e incorporación unilateral de las mismas por una de las partes del contrato (predisponente) y, por tanto, en contratos de mera adhesión, sin posibilidad de negociación respecto de esas cláusulas por la otra parte contratante (adherente, sea consumidor o no, pero con una protección especial en caso de serlo); y utilización en la llamada contratación en masa o seriada (STS núm. 406/2012, de 18 de junio). Por su parte, en el ámbito de la protección de los consumidores, la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores ya advertía que «se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión» (art. 3.2 de la referida Directiva). La negociación individual de una cláusula será carga de la prueba del que la alegue, concretamente del profesional o empresario. Dentro de nuestra jurisprudencia, cabe destacar los requisitos señalados en la STS núm. 241/2013, de 9 de mayo, para que una cláusula se considere como condición general de la contratación: a) contractualidad (que sean cláusulas contractuales, no incorporadas en cumplimiento de una norma imperativa); b) predisposición (prerredactada por una de las partes, de modo que no es consecuencia de un acuerdo ni negociación previa); c) imposición (la cláusula se impone por el empresario al adherente, de modo que este no puede más que acatarse a la inclusión de la cláusula o no acceder al bien o servicio objeto del contrato); d) generalidad o pluralidad de contratos a los que esa misma cláusula se ha incorporado; y e) resulta irrelevante la autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias y que el adherente sea un profesional o consumidor. Por otro lado, en el marco de la declaración de las cláusulas no negociadas individualmente como abusivas, tanto la Directiva 93/13/CEE, en su artículo 3.1, como el artículo 82 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLCU) ponen el acento en que esa cláusula implique, en contra de la buena fe, un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor entre los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato.

En relación con ello, cabe aludir asimismo a la doctrina consolidada ya desde la citada STS núm. 241/2013, de 9 de mayo, y reiterada en sentencias posteriores (como las SSTS núm. 464/2013, de 8 de septiembre, núm. 171/2017, de 9 de marzo, núm. 367/2017, de 8 de junio y núm. 608/2017, de 15 de noviembre, entre otras), además de a la doctrina del TJUE (como la sentencia de 30 de abril de

2014, asunto *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13, la sentencia de 21 de diciembre de 2016, casos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, y la sentencia de 20 de septiembre de 2017, asunto *Andriciuc* C-186-16) en relación a las condiciones generales relativas a elementos esenciales del contrato y a su control. Conforme a esta doctrina jurisprudencial en este tipo de cláusulas o condiciones generales sobre el objeto principal del contrato no cabría control de abusividad por su contenido, pero sí un control de transparencia doble concretado en: por un lado, un control formal de incorporación, exigible para toda condición general de la contratación (que exigiría el cumplimiento de los requisitos formales previstos en los arts. 5 y 7 LCGC, sobre transparencia, claridad, concreción y sencillez en la redacción de la cláusula, y efectiva aportación o puesta a disposición al adherente de tal cláusula y demás condiciones generales de la contratación, así como los deberes formales exigidos por la normativa sectorial bancaria); y, por otro lado, un control de transparencia material, como parámetro abstracto de validez en correspondencia con el estándar de formación de un consumidor medio, que atiende a la incidencia que ha podido tener la inclusión de esa cláusula en la defraudación de la expectativa legítima del consumidor sobre la oferta o contrato que pensaba estaba celebrando, y con el que se pretende, fundamentalmente, comprobar que el deudor adherente conoce efectiva y realmente tanto la carga económica (onerosidad) del contrato que va a suscribir, como la carga jurídica (su posición jurídica y los riesgos asumidos) y comprende la posible incidencia de tal cláusula en su obligación de pago y el desarrollo económico del contrato, lo cual exige un plus de información por parte de la entidad financiera predisponente (especialmente en la fase precontractual) conforme a la cual el consumidor esté en condiciones para poder comparar distintas ofertas de productos similares y poder adoptar consciente y voluntariamente una decisión al respecto de la efectiva contratación. Por ello, el elemento del contrato que presente una especial complejidad deberá ser objeto de una información plena y comprensible de cara a la formación y perfección del contrato (entre otras, SSTS núm. 464/2013, de 8 de septiembre, y núm. 608/2017, de 15 de noviembre).

Expuesto lo anterior y atendiendo concretamente a la cláusula de intereses remuneratorios variables referidos al índice IRPH cabe concluir que se trata de una cláusula que efectivamente se refiere al objeto principal del contrato en cuanto configura el precio o contraprestación a abonar por el deudor como remuneración del préstamo recibido. En cuanto a su carácter de condición general, en la STS núm. 669/2017, de 14 de diciembre se advierte que no consta que dicha cláusula fuera negociada individualmente, de modo que cabe otorgarle tal consideración, reuniendo como reúne todos los requisitos que se han señalado que deben concurrir para que se califique como tal.

2. OBJETO DEL CONTROL JUDICIAL DE TRANSPARENCIA

A este respecto, a efectos del control judicial, debe diferenciarse entre el índice IRPH y la cláusula que incorpora ese índice.

Tal y como advierte la STS núm. 669/2017, de 14 de diciembre y también su voto particular, no puede controlarse por los tribunales un índice oficial fijado legal o administrativamente, como es el caso del IRPH-Entidades. La propia LCGC en su artículo 4 y la Directiva 93/13/CEE ampararían tal postura al advertir que quedan excluidas de su ámbito de aplicación las cláusulas que se limiten a recoger disposiciones legales o administrativas.

Sin embargo, aunque el índice IRPH-Entidades no pueda controlarse como tal índice en cuanto a su cálculo, fórmula y determinación cuando se ajusta a las previsiones legales (pues ese control de legalidad viene implícito en la disposición legal que lo contempla y regula su aplicación), sí que podrá controlarse cómo se ha usado ese índice dentro de la contratación bajo condiciones generales, fundamentalmente en el marco de los especiales deberes de información exigibles a la entidad predisponente.

Y en ese marco es en el que se encuadra el control desarrollado por la STS núm. 669/2017: lo que se controla judicialmente es la cláusula o condición general del concreto contrato que incluye el IRPH-Entidades como índice de referencia para la determinación de los intereses remuneratorios de ese préstamo, y no el IRPH en sí mismo, como tal índice de referencia oficial o legal.

A estos efectos, y en el marco de la previsión del artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE, cabe indicar también que la aplicación de este índice IRPH no es imperativa para la entidad financiera, sino que podía haber optado por otros índices o tipos de referencia oficiales (como el Euríbor, que es, tal y como se señaló anteriormente, el mayoritariamente usado en los préstamos hipotecarios).

3. LA STS NÚM. 669/2017, DE 14 DE DICIEMBRE

Como punto de partida, el Tribunal Supremo en este asunto resuelto por la STS núm. 669/2017, de 14 de diciembre, asume (sin que se plantee contradicción en el voto particular emitido), en cuanto que era una cuestión afirmada en la sentencia recurrida, que la «cláusula IRPH» litigiosa supera el control de incorporación pues cumple con los requisitos formales y gramaticales de claridad y comprensibilidad, así como de conocimiento de la existencia de tal cláusula. Así, pues, se centra el Tribunal Supremo en el control de transparencia, y para ello acoge la definición de este control respecto a las cláusulas que afectan a elementos esenciales del contrato indicada en las SSTS núm. 367/2017, de 8 de junio y núm. 593/2017, de 7 de noviembre, como «parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta» con el objeto de que el adherente conozca claramente la carga económica y jurídica derivada del contrato; y, asimismo, tiene en cuenta la exigencia advertida en las SSTS núm. 241/2013, de 9 de mayo y núm. 171/2017, de 9 de marzo, de que en el caso de las cláusulas referidas a intereses remuneratorios variables, además de que la redacción de la cláusula debe ser clara y comprensible, debe quedar claro que el precio del crédito está constituido por un índice de referencia variable (en este caso sería el IRPH-Entidades) al que se le suma un diferencial pactado.

Atendiendo a todo ello, el Tribunal Supremo considera que el análisis del cumplimiento del control de transparencia debe centrarse en determinar si al consumidor se le había informado, y por tanto era consciente, de que esa cláusula de intereses era un elemento esencial del contrato y de cómo se calculaba ese interés variable (índice de referencia oficial concreto más diferencial). Y concluye que «dado el carácter esencial de la propia cláusula, no cabe considerar que el consumidor no se apercibiera de su importancia económica y jurídica», así como que era conocedor de que el interés a pagar se correspondía con un índice oficial calculado como media de los índices hipotecarios de todas las entidades que actúan en España al que se le sumaba un margen o diferencial (en este caso de 0,50). Y apoyándose en distintos argumentos que a continuación se expondrán, nuestro Alto Tribunal concluye que se supera tal control de transparencia, y por

ello estima el recurso de casación planteado por la entidad financiera y acuerda la revocación de la sentencia recurrida y la de primera instancia en lo referido a esta cláusula de intereses remuneratorios, al no considerarla abusiva ni, por tanto, nula. Una decisión y su argumentación en cuanto a la aplicación del control de transparencia en la sentencia con la que discrepa el voto particular emitido por el Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno, al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, por considerar que no se ajusta a la doctrina que el TJUE ha establecido al respecto.

Entiende el Pleno del Tribunal Supremo que no es necesario ni exigible a la entidad que informe más sobre el IRPH ni explique pormenorizadamente cómo se determina pues se trata de un índice oficial, supervisado por el Banco de España y que goza de publicidad y difusión periódica pública y accesible para cualquiera (aunque debe advertirse que desde el 1 de noviembre de 2013 dejó de publicarse en la sede electrónica del Banco de España), de modo que, siendo un índice oficial, un «consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz» podía conocer el sistema de cálculo del interés variable y comparar las condiciones de las ofertas de los distintos prestamistas, y comparar también otros índices que también son de publicidad periódica. Señala que el estándar de validez de este tipo de cláusulas viene ya marcado por la normativa bancaria y por el hecho de que el consumidor pueda conocer y comprender fácilmente qué tendrá que pagar: un índice de referencia variable, que tiene oportuna difusión, más un diferencial indicado en el contrato. El Tribunal Supremo en este caso viene a señalar que por el hecho de que se acoja un índice oficial supervisado por una entidad pública no es exigible ninguna información a la entidad prestamista más allá de indicar cuál es el índice de referencia acogido y cuál el diferencial o margen que se le sumará. Pero con esta postura el Tribunal Supremo no sigue las pautas advertidas a este respecto por él mismo en sentencias anteriores ni por el TJUE acerca de la exigencia, de cara al control de transparencia de las condiciones generales de la contratación relativas al objeto principal del contrato de préstamo (como son las relativas al precio o intereses del capital a devolver), de un plus de deber de información por el prestamista para garantizar la comprensibilidad real de la carga asumida por el adherente en el contrato; con esta postura no atiende a la función y finalidad del control de transparencia.

A este respecto, en el voto particular a esta sentencia emitido por el Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno, al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, se critica este argumento y que se entienda superado así el control de transparencia, sin exigir al prestamista que aporte al prestatario ninguna información más, y que se presuma la comprensibilidad del prestatario dando por sentado que «un «consumidor medio» conoce que se utilizan diferentes sistemas de cálculo de interés variable y que, por tanto, los índices de referencia no responden a una misma configuración o confección, pudiendo presentar diferencias notables». Los magistrados firmantes de este voto particular entienden que debe hacerse una valoración extensiva de los deberes de información exigibles a profesionales y entidades prestamistas, que van más allá de la mera referencia a un índice oficial. Advierten de la complejidad y dificultad de comprensión del concepto de IRPH y de su mecanismo de aplicación a los contratos; complejidad medida atendiendo a parámetros abstractos bajo la posición de un consumidor medio «que, por definición, no tiene una formación específica acerca de la configuración y funcionamiento de estos índices de referencia (entre otras, STJUE de 3 de septiembre de 2015,

Costea, C-110/14)». Una complejidad que se extiende, advierten también, a la fórmula matemática prevista para su cálculo, a la cual también debe alcanzar la exigencia de transparencia: como advierte el TJUE en su sentencia de 30 de abril de 2014 (asunto *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13), el profesional debe articular «los criterios precisos y comprensibles que sean necesarios para que el consumidor medio pueda comprender los mecanismos aritméticos de la determinación de su tipo de interés y valorar sus consecuencias económicas sobre el contrato ofertado».

Efectivamente debe procurarse en todo momento (especialmente en la fase precontractual, pero también en la perfección y ejecución del contrato) la comprensión oportuna del adherente de la carga económica y jurídica que asumirá con el contrato. Y por facilidad informativa y facilidad en el acceso a la información y por su cualificación, conocimientos y experiencia profesional, es la entidad prestamista quien debe asumir esa carga informativa y proporcionar al consumidor ese «plus informativo» sobre condiciones generales relativas a elementos esenciales del contrato exigido por el TJUE y el Tribunal Supremo. Máxime en cláusulas como las que nos ocupan que, tal y como se señala en el voto particular, son de evidente complejidad en su funcionamiento, configuración, aplicación y cálculo. Ahora bien, a este respecto, en mi opinión no creo que haya acreditación de manipulación del IRPH por las entidades, aunque los datos usados para el cálculo de ese índice provengan de ellas mismas: esos datos proceden de muy diversas operaciones y hay una supervisión al respecto del Banco de España; y mientras no se acredite algún tipo de connivencia y abuso a este respecto para manipular el índice conjuntamente por todas las entidades, no creo que pueda hablarse de manipulación a tal efecto. Pero esta forma de cálculo lo que sí pone de manifiesto es la complejidad de su cálculo y que las entidades tienen una información directa sobre el mismo y sobre su evolución previa y también datos relevantes para una predicción de la evolución futura: el que esa información no se haga llegar al adherente debe considerarse como falta de transparencia y un mantenimiento de la asimetría informativa que precisamente se pretende eliminar con el control de transparencia. El deber de transparencia tiene como función y finalidad lograr la contratación eficiente y consciente por los consumidores con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica asumida. Para ello se requiere que el consumidor medio adherente cuente con la información oportuna, debiendo evitar y eliminar las asimetrías informativas propias de contratos financieros de adhesión como es el préstamo hipotecario.

Dada esa complejidad incuestionable del índice IRPH, de comprensión para un consumidor medio de su fórmula de cálculo y su configuración, el control de transparencia, a juicio de los magistrados firmantes del voto particular, exige que la entidad prestamista (que cuenta con experiencia y conocimientos adecuados: cfr. STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto *Andrić*, C-186-16) facilite activamente información sobre la aplicación y funcionamiento de este índice y la cláusula en el concreto contrato, no pudiendo dar por supuesta la comprensión del consumidor en una cláusula como esta por la mera indicación de un índice oficial aplicable o a la composición del interés a abonar (índice más diferencial); esas meras indicaciones no son suficientes para reflejar el alcance del compromiso y de la carga realmente asumida por el consumidor cuya comprensión es el fin del control de transparencia. Tal y como se señala en este voto particular, el deber de transparencia tiene como función «restablecer la simetría de información» que consustancialmente se ve alterada por este tipo de contratación, con el fin de que el consumidor medio pueda contratar con pleno conocimiento de la carga

económica y jurídica asumida, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado de los elementos esenciales del contrato. El profesional podría acudir a diversos medios o parámetros para lograr esa comprensibilidad, pero dentro de la jurisprudencia (así, STS núm. 241/2013, de 9 de mayo, y STJUE de 20 de septiembre de 2017, entre otras) se resalta la importancia y el deber de aportar al consumidor posibles escenarios que comporten la aplicación de los mecanismos propios de la operativa financiera objeto del litigio; escenarios de situación previa y de la evolución previsible.

Por otro lado, advierte el Pleno del Tribunal Supremo en esta STS núm. 669/2017 que tampoco es exigible a la entidad prestamista ofrecer ni varios índices oficiales (no solo el IRPH-Entidades) ni la posibilidad de contratar otros productos usando otro índice oficial de referencia (como el Euríbor). Entiende, además, que no cabe afirmar la posibilidad de manipulación del IRPH por las entidades ni cabe presumir que se ofreció el IRPH porque se sabía era más ventajoso para el prestamista. La media simple en que se basa el cálculo del IRPH atiende a todas las operaciones con intereses realizadas por las entidades principales de toda España. Asimismo, la diferencia entre Euríbor e IRPH anterior al contrato era pequeña, y teniendo en cuenta que el diferencial aplicable al IRPH era menor, al final los intereses eran similares con uno u otro índice. Advierte el Tribunal Supremo que lo relevante no era la diferencia entre Euríbor e IRPH antes del contrato, sino cuál sería la evolución futura, pero resulta imposible exigir información sobre previsiones futuras ni siquiera que la entidad prestamista pudiera conocer esa evolución, especialmente en un préstamo a treinta y cinco años. A lo sumo, según el Tribunal Supremo, podría informarse de que, si el IRPH evolucionaba peor que el Euríbor eso podría perjudicar al prestatario, pero eso es obvio y consustancial al hecho de que existan varios índices oficiales y cada prestatario se verá afectado por el concreto que le sea aplicable, viéndose afectado por su respectiva evolución, por lo que no entiende el Tribunal Supremo que no informar sobre ello afecte a la transparencia de la cláusula.

El Tribunal Supremo critica a la Audiencia Provincial de Álava que en la sentencia recurrida:

a) se tenga muy presente la evolución más favorable del Euríbor respecto al consumidor porque, dice el Tribunal Supremo, se tiene en cuenta desde un sesgo retrospectivo no admisible para el control de transparencia;

b) que no se tenga en cuenta que el interés a abonar se forma no solo con el índice de referencia sino también con un diferencial o margen que se le suma, y que no consta que los diferenciales aplicables a los préstamos referidos al Euríbor fueran más favorables (de hecho, advierte de que estadísticamente el diferencial aplicable al IRPH ha sido siempre menor que el aplicable al Euríbor, para hacer más competitivo al primer índice);

c) que no se atienda al hecho de que el diferencial aplicable se fija también en función de otros datos contractuales (como la vinculación del cliente con la entidad por otros productos, la domiciliación de nómina o recibos, etc.), «por lo que resulta imposible anudar la transparencia del tipo de interés al mero hecho de su referenciación a uno u otro tipo índice oficial»;

d) porque no puede afirmarse que el IRPH es en todo caso más caro pues el plazo de vigencia del préstamo es muy amplio y quedan más de dos tercios de cumplimiento. Critica el Tribunal Supremo, por considerarlo inadmisibles, que de hecho la Audiencia Provincial esté haciendo un control de precios como base de su pronunciamiento declarativo de nulidad.

Ahora bien, cabe advertir que la mención de definición descriptiva del IRPH contenida en la cláusula litigiosa es la definición prevista en la normativa pero realmente no ilustra ni informa suficientemente sobre el contenido real de la carga asumida, cómo funciona ese índice, con base en qué se calcula realmente, cuál fue su evolución anterior, cuál su posible previsión en un futuro... Ciertamente que no puede exigirse a la entidad una responsabilidad de cara a una predicción futura, y por ello podría incluso excluirse esa exigencia de hacer predicciones futuras (aunque, aun con ese carácter de mera predicción, de cara al control de transparencia sin duda esa información podría ayudar al consumidor en la adopción de su decisión conscientemente). Pero la entidad podía sin ningún problema (pues tenía acceso a esa información directa y fácilmente) informar al consumidor sobre la evolución previa del índice IRPH, sobre su cálculo y determinación, así como el diferencial aplicable. De la evolución previa a la celebración del contrato del IRPH en comparación con el Euríbor, que sin duda era conocida por la entidad predisponente, se observa que el IRPH siempre ha tenido una evolución superior al Euríbor (que es el índice más conocido para el consumidor medio), pero de eso no se informó al adherente; que después los diferenciales podían ser distintos, menor el del IRPH que el del Euríbor, y por ello al final el tipo de interés a abonar sería similar, pues lo cierto es que tampoco se dio información oportuna al consumidor que permitiera comprobarlo y con base en ello tomar más conscientemente la decisión de contratar o no el préstamo ofrecido o preferir otro. Lo más probable para un consumidor medio es que, ante distintas ofertas de préstamos a interés variable, compararía los diferenciales o márgenes a aplicar al índice de referencia, y al ser el del IRPH menor que el del Euríbor, optar por el primero pensando que le sería más beneficioso, sin darse cuenta de que el IRPH ya tenía un valor superior que el del Euríbor, por lo que la comparativa entre márgenes aplicables (frecuente a la hora de comparar y valorar ofertas de préstamos) en estos casos no era eficiente y llevaba a errores, que con una información adecuada sobre el IRPH podían evitarse.

Sobre esta cuestión, precisamente el voto particular emitido a esta STS de 14 de diciembre de 2017 advierte que, teniendo en cuenta que el control de transparencia debe realizarse atendiendo al momento de celebración del contrato, no cabe duda de que en este concreto caso la entidad prestamista conocía la configuración del IRPH respecto de otros índices oficiales, su incidencia específica en el contrato celebrado y el carácter residual de su utilización con respecto al Euríbor (un índice este con el que el consumidor medio estaba más familiarizado y le era más accesible), además de que desde su aplicación el IRPH siempre ha estado en valores superiores al Euríbor. Sin embargo, se ha acreditado que no se proporcionó información específica o adicional en cuanto al alcance y funcionamiento de ese índice de referencia IRPH en el concreto contrato ofertado; la entidad prestamista en este caso no aportó al consumidor adherente la información debida y exigible en el marco del deber de transparencia, pese a la complejidad que rodea el IRPH y pese a los conocimientos y experiencia del profesional y entidad prestamista. No se cumplió con ese plus de información exigible y por ello entienden los magistrados firmantes del voto particular que no se puede entender superado el control de transparencia y debió haberse declarado la abusividad de la cláusula. Si bien, en contra de lo señalado por la Audiencia Provincial en la sentencia recurrida, consideran los Magistrados firmantes de este voto particular que la consecuencia no habría sido excluir la cláusula de intereses remuneratorios y dejar el préstamo sin intereses, sino señalar como índice aplicable el Euríbor, conforme a lo previsto en la STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre.

Una cuestión esta última con la que discrepo, por cuanto, precisamente, entiendo que la solución aportada por la Audiencia Provincial de Álava y el Juzgado de Vitoria es la más oportuna y la que se ajusta mejor a la doctrina del TJUE (así, Sentencias de 14 de junio de 2012, asunto *Banesto*, C-618/2010, de 30 de mayo de 2013, asunto *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11, y de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados *Unicaja y Caixabank*, C-482/13, C-484-13, C-485/13 y C-487/13); tras la declaración de nulidad de la cláusula no cabe moderar el contrato ni integrar la cláusula, sino que debe dejarse sin aplicación la cláusula contractual abusiva para que no afecte al consumidor. Por lo tanto, en este caso, debía dejarse sin aplicación la cláusula de interés remuneratorio declarada abusiva y, en consecuencia, el préstamo se convertiría en un préstamo sin intereses; préstamo que es perfectamente válido, pues la cláusula de intereses no es esencial. El voto particular en la decisión de aplicar el Euríbor se basaba en lo previsto en la STS número 608/2017, de 15 de noviembre, relativa a la llamada hipoteca multidivisa, en la que se declara la nulidad de las cláusulas de referencia a divisa extranjera en un préstamo hipotecario. En esta última sentencia se declara la nulidad parcial del contrato y se determina la eliminación de las referencias que se hagan a la denominación en divisas del préstamo para referirse a un préstamo en euros. Se acuerda esa nulidad parcial y no total «porque si se eliminase por completo la cláusula en la que aparece el importe del capital del préstamo, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio cuando las cuotas se abonan en euros, el contrato no podría subsistir, porque para la ejecución del contrato es necesaria la denominación en una moneda determinada tanto de la cantidad que fue prestada por el banco como la de las cuotas mensuales que se pagaron por los prestatarios, que determina la amortización que debe realizarse del capital pendiente» (apartado 53, del fundamento octavo de la referida STS núm. 608/2017). Se declara la nulidad parcial y no total para no perjudicar al consumidor más que al predisponente (pues aquel en ese caso debería amortizar de una sola vez el capital pendiente de amortizar); se sustituye el régimen contractual para evitar esa nulidad total y ese mayor perjuicio para el consumidor (atendiendo en esto a lo señalado por la STJUE de 30 de abril de 2014, asunto *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13), partiendo además de que ya en el contrato se recogía el régimen contractual acogido como sustituto (al preverse la posibilidad de que se denominase el préstamo y el capital en euros).

Pero esta doctrina excepcional no es extrapolable al caso que nos ocupa del IRPH. La cláusula de intereses remuneratorios no es esencial para la subsistencia del contrato: el préstamo puede subsistir sin intereses. La sanción oportuna a la actuación no transparente y abusiva del predisponente es precisamente la eliminación de los intereses remuneratorios y no sustituirlos por otro índice de referencia, salvo que en el contrato se previera expresamente un índice sustitutivo de ese IRPH. La sustitución contractual que se acuerda en la STS núm. 608/2017 sobre la hipoteca multidivisa es una decisión que excepciona la regla general de exclusión de la cláusula del contrato sin integración ni moderación contractual con base en no perjudicar al consumidor y atendiendo a las propias previsiones del contrato con referencias al euro. Y en este caso del IRPH la sustitución contractual propuesta en el voto particular de la STS número 669/2017, de 14 de diciembre, no encuentra tal justificación.

4. LA STJUE DE 3 DE MARZO DE 2020

En esta resolución del Tribunal de Justicia europeo en el asunto *Gómez del Moral Guasch*, C-125/18, de 3 de marzo de 2020, se atiende a una petición de

decisión prejudicial en relación con diversas cuestiones planteadas desde el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona relativas al control de la cláusula de interés variable atendiendo a un índice de referencia IRPH; en concreto, se atendía a un IRPH-Cajas, si bien, las consideraciones son igualmente atendibles para el caso del índice IRPH-Entidades, que es al que se refería la STS de 14 de diciembre de 2017 anteriormente analizada.

El TJUE, en primer lugar, advierte que esta cláusula que acoge un índice IRPH sí que esta comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En tal sentido, en los apartados 33 a 36 de la STJUE se advierte que la normativa nacional aplicable no imponía la utilización en préstamos a interés variable de un concreto índice de referencia oficial, «sino que se limitaba a fijar los requisitos que debían cumplir los «índices o tipos de interés de referencia» para que las entidades de crédito pudieran utilizarlos»; de modo que la entidad bancaria tenía la facultad de definir de otro modo el tipo de interés variable. Considera el TJUE por ello que esta cláusula no refleja disposiciones legales o reglamentarias de carácter imperativo a los efectos del artículo 1.2 de la referida Directiva, de modo que esa cláusula sí es susceptible de control de abusividad.

Y a tales efectos advierte, además, el TJUE que deberá comprobarse siempre por el juzgador nacional que estas cláusulas referidas al objeto principal del contrato sean claras y comprensibles con independencia de que, como sucede en el Derecho español, no se haya adaptado el ordenamiento jurídico a lo previsto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE (apartado 47 de la STJUE analizada); no pudiendo limitarse esa exigencia de comprensibilidad al plano formal y gramatical (apartado 46, con referencia a la STJUE de 30 de abril de 2014, asunto *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13), sino que debe permitir «que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras (véanse en este sentido, por analogía, las sentencias de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 75, y de 20 de septiembre de 2017, *Andriiciuc y otros*, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 51)» (apartado 51).

Y para controlar que esta claridad y comprensibilidad se haya cumplido en este tipo de cláusula el TJUE advierte que el juzgador nacional debe atender a todos los elementos de hecho pertinentes, como la publicidad y la información proporcionada en el marco de la negociación del préstamo, y más concretamente, señala que «incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trate, se hubieran comunicado al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo» (apartado 52); debe buscarse por tanto la comprensibilidad real en cuanto al funcionamiento de la forma y fórmula de cálculo del interés remuneratorio que le será aplicable y en cuanto a que pueda valorar al consumidor las consecuencias económicas que se derivarían de esa cláusula.

Por lo tanto, la información vuelve a manifestarse como la piedra angular del control de transparencia y la comprensibilidad del contenido y consecuencias económicas de las cláusulas contractuales sobre las obligaciones financieras asumidas por el consumidor. A este respecto, alude el TJUE al hecho de que los

elementos principales relativos al cálculo del IRPH resulten asequibles a cualquier persona pues aparecen en una circular del Banco de España, publicada en el BOE, y por ello un consumidor medio podría comprender tal cálculo (apartado 53). En este punto, no obstante, en mi opinión, considero que no puede basarse la comprensibilidad del cálculo de un índice en el hecho de que se publique en el BOE la norma con la fórmula, sino que debiera incidirse más en el hecho de que se informe realmente sobre los conceptos utilizados en la fórmula publicada, pues la comprensibilidad de la aplicación de esa fórmula matemática y los conceptos o elementos objeto de la misma, sí que exigen mayor información que la remisión a una circular y al BOE (esto atendiendo a lo que se ha venido estableciendo como requisito de transparencia en los últimos años también por el TJUE). Sí que resulta muy pertinente la advertencia del TJUE en esta sentencia de 3 de marzo de 2020, en su apartado 54, de que para evaluar la transparencia de la cláusula controvertida la entidad de crédito deba informar al consumidor de la evolución del IRPH (pasada o futura), como ya exige la Circular del Banco de España 5/2012, y ya antes lo exigía la Circular 8/1990. Como señala el TJUE: «Tal información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés» (apartado 54).

Por último, alude el TJUE a los efectos que la declaración como no transparente y abusiva de la «cláusula IRPH» pudiera conllevar. Tras reiterar su doctrina sobre la prohibición de integrar el contrato modificando el contenido de la cláusula considerada abusiva (SSTJUE de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 73; de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 77, y de 26 de marzo de 2019, *Abanca Corporación Bancaria y Bankia*, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 53), advierte también en el apartado 61 de esta STJUE de 3 de marzo de 2020 que, no obstante, también es doctrina de este Tribunal, justificada por la finalidad de la Directiva 93/13/CEE, que si el contrato no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula considerada abusiva y nula, y si, de anularse totalmente el contrato, ello supondría mayores y especiales perjuicios para el consumidor (lo que frustraría el efecto disuasorio de la anulación del contrato), entonces se permite al juzgador que sustituya la cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 80 a 84; de 26 de marzo de 2019, *Abanca Corporación Bancaria y Bankia*, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartados 56 y 64, y de 3 de octubre de 2019, *Dziubak*, C-260/18, EU:C:2019:819, apartado 48).

Para el caso que nos ocupa sobre la cláusula IRPH, el TJUE parte de la consideración de que el contrato no puede subsistir sin esa cláusula, pues ni siquiera se plantea la opción de que simplemente se anule la cláusula del interés remuneratorio y persista el contrato de préstamo, pero sin intereses. No. Sin atender a tal posibilidad, lo que a mi juicio es un error, simplemente atiende a la posibilidad de que sea sustituida la cláusula con un índice IRPH-Cajas por un índice, que a su juicio sería el índice sustitutivo previsto en la Ley 14/2013 «siempre que pueda considerarse que con arreglo al Derecho nacional el referido índice tiene carácter supletorio» (apartado 66). Pero, ¿y si no se configura como índice supletorio? ¿Y, a qué índice se refiere exactamente? La Ley 14/2013 en su disposición adicional decimoquinta acogía el régimen de transición para la

desaparición de tipos de interés de referencia. Como indiqué al comienzo de este trabajo, el 1 de noviembre de 2013 dejaron de publicarse en la sede electrónica del Banco de España los índices IRPH-Bancos e IRPH-Cajas, y en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013 se determinó, además, la sustitución automática de esos índices IRPH por el índice sustitutivo previsto en los propios contratos; pero si no se hubiera previsto, entonces se preveía su sustitución por «el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España» aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo». Ahora bien, este último es el índice IRPH-Entidades al que se ha aludido en este trabajo y se atendía en la STS de 14 de diciembre de 2017 también comentada. No tiene sentido que se hable de sustituir un índice IRPH por otro, sobre el que la información y la comprensibilidad sobre la aplicación de la fórmula está igualmente en entredicho. El TJUE advierte de esta posible sustitución atendiendo al índice IRPH-Cajas existente en el caso controvertido del que derivó la cuestión prejudicial; pero es que este índice desapareció en 2013 y desde entonces ya se le aplicaba al contrato, conforme a lo previsto en la referida disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, el índice sustitutivo indicado en dicha norma. El problema es que ese índice «sustitutivo» es igualmente controvertido en la práctica, y sobre él no se habrá aportado la información oportuna y suficiente al consumidor para poder determinar la comprensibilidad real exigida como cláusula transparente. En todo caso, la alusión del TJUE al índice sustitutivo supletorio legal no es claro, pues como he indicado antes la Ley 14/2013 a lo que alude es a otro índice IRPH, igualmente controvertido; y la previsión del Euríbor, por muy mayoritaria que sea su aplicación, aun tratándose de un índice oficial, en modo alguno puede considerarse como índice legal supletorio. De modo que, a mi juicio, el TJUE no aporta una solución efectiva a la cuestión.

A este respecto, cabe recordar cómo el voto particular de la STS número 669/2017, de 14 de diciembre, abogaba por la sustitución del índice IRPH por el índice Euríbor. Consideraba que la consecuencia de la nulidad de la «cláusula IRPH» que debió considerarse como no transparente, debiera suponer, conforme a la STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre, la aplicación del Euríbor y no, como hace la Audiencia Provincial de Álava y el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Vitoria, eliminar la cláusula de intereses remuneratorios y convertir el préstamo en uno sin intereses.

Como ya expuse en un anterior apartado, discrepo de esta apreciación de ese voto particular y, por las mismas razones, también de la apreciación del TJUE en su sentencia de 3 de marzo de 2020 al respecto de la integración de la «cláusula IRPH» considerada no transparente, abusiva y nula, por entender que la solución más oportuna y más ajustada a la doctrina del TJUE⁵ es que tras la declaración de nulidad de la cláusula no cabe moderar el contrato ni integrar la cláusula, sino que debe dejarse sin aplicación la cláusula contractual abusiva para que no afecte al consumidor. Por lo tanto, en ese caso, debió dejarse sin aplicación la cláusula de interés remuneratorio declarada abusiva y, en consecuencia, el préstamo se convertiría en un préstamo sin intereses; préstamo que es perfectamente válido, pues la cláusula de intereses remuneratorios no es esencial para la subsistencia del contrato: el préstamo puede subsistir sin intereses.

A mi juicio, la sanción oportuna a la actuación no transparente y abusiva del predisponente es precisamente la eliminación de los intereses remuneratorios y no sustituirlos por otro índice de referencia, salvo que en el contrato se previera expresamente un índice sustitutivo de ese IRPH.

En este caso del IRPH, la sustitución contractual propuesta en el voto particular de la STS número 669/2017, de 14 de diciembre, y en la STJUE de 3 de marzo de 2020, en mi opinión, no encuentra la justificación que sí cumplía la integración acogida en la STS número 608/2017 sobre la hipoteca multidivisa (que excepciona la regla general de exclusión de la cláusula del contrato sin integración ni moderación contractual con base en no perjudicar al consumidor y atendiendo a las propias previsiones del contrato con referencias al euro).

En todo caso, con el control de transparencia no se trata de hacer cálculos matemáticos de qué índice es más conveniente o ventajoso económicamente para el consumidor. No es un control para que el tribunal determine si a su juicio esa cláusula es o no más favorable para el consumidor que otras posibles que pudieran ofrecérsele; no se trata de un mecanismo para inmiscuirse o alterar el principio de libertad de contratación. El Tribunal ciertamente no puede limitarse ni reducirse a señalar que no está acreditado que el IRPH fuese más caro que el Euríbor u otro índice o que, aunque fuera más alto ese índice, hay otras posibles condiciones que podían justificar su contratación.

De lo que se trata es de comprobar si cuando el consumidor firmó ese contrato de préstamo lo hizo contando con toda la información que le permitiera adoptar la decisión oportuna y conscientemente de cuál es la carga asumida con ese contrato. Con el control de transparencia se busca la eficiente y consciente contratación libre y voluntaria del consumidor adherente y para ello debe eliminarse la asimetría informativa. El elemento clave que define la transparencia es la información.

Si en estos casos de IRPH al consumidor se le informa oportunamente de en qué consiste este índice, su funcionamiento, cómo se calcula, cuál ha sido su evolución hasta ahora, su comparativa con el Euríbor como índice de referencia más conocido, el marginal aplicable, etc., la decisión que después adopte el adherente (incluida la de contratar el préstamo con IRPH y no otro préstamo bajo otro índice de referencia distinto) será libre y consciente y por ello amparada en el principio de la autonomía y de la libertad contractual.

Consecuencia de todo lo anterior, estimo que, efectivamente si no hay información suficiente y específica del prestamista al consumidor en los términos exigidos y que se han expuesto en relación con esta «cláusula IRPH», debe declararse que no se supera el control de transparencia y, por tanto, declararse la nulidad de la cláusula y suprimirla del contrato, sin posibilidad de integración de este ni de la cláusula de intereses con referencia a otro índice (salvo que se previera expresamente en el contrato un índice sustitutivo del IRPH), por cuanto no cumple el presupuesto para ello relativo a que la supresión de la cláusula declarada nula implique la imposibilidad de que el contrato subsista: un préstamo puede existir sin intereses remuneratorios; y, además, esa consecuencia sería realmente disuasoria ante el comportamiento no transparente del prestamista.

5. ESTADO DE LA CUESTIÓN TRAS LA STJUE DE 3 DE MARZO DE 2020

Los pronunciamientos de juzgados y audiencias provinciales tras dicha Sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020 han sido diversos y contradictorios⁶.

Los juzgados de primera instancia que se han pronunciado hasta la fecha tienden a anular la cláusula que incluye el IRPH como índice de referencia por no superar el control de transparencia y lo sustituyen por el Euríbor (así, los Juzgados de Primera Instancia n.º 4 de Burgos, n.º 6 de Lérida, n.º 6 de Orihuela, n.º 2 bis de Jaén, n.º 2 de Cornellá de Llobregat y n.º 17 de Palma de Mallorca) o por Euríbor más un diferencial (así, el Juzgado Mixto n.º 4 de Guadalajara y los Juzgados de Primera Instancia n.º 4 de Sanlúcar La Mayor, n.º 4 de Ourense y n.º 14 de Vigo).

Entre las Audiencias Provinciales, la tendencia es considerar válida la cláusula que incluye el IRPH. Así, las de Barcelona (Sección 15ª), Sevilla (Sección 5ª), Alicante (Sección 8ª), Cáceres (Sección 1ª), Huelva (Sección 2ª) y Granada (Sección 3ª). Solo la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga ha anulado la cláusula que incluye el IRPH como índice de referencia por no superar el control de transparencia y lo ha sustituido por Euríbor más un diferencial. Por su parte, la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Tarragona ha anulado la cláusula que incluía el IRPH-Cajas y el sustitutivo que se preveía en el contrato (el CECA) lo ha sustituido por el IRPH-Entidades.

Ante las dudas que suscita la STJUE de 3 de marzo de 2020 y que se refleja en dicha disparidad de criterios judiciales dictados tras la misma, el magistrado del Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona que ya planteó la cuestión prejudicial que resolvió dicha sentencia está considerando el sometimiento de nuevas peticiones concretas al TJUE y así lo ha planteado a las partes de dicho procedimiento. Habrá que esperar si el TJUE las aclara.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE de 14 de junio de 2012 (asunto *Banesto*, C-618/2010)
- STJUE de 30 de mayo de 2013 (asunto *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11)
- STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13)
- STJUE de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados *Unicaja y Caixabank*, C-482/13, C-484-13, C- 485/13 y C-487/13)
- STJUE de 21 de diciembre de 2016 (casos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15)
- STJUE de 20 de septiembre de 2017 (asunto *Andriciuc*, C-186-16)
- STJUE de 3 de marzo de 2020 (asunto *Gómez del Moral Guasch*, C-125/18)
- STS núm. 406/2012, de 18 de junio
- STS núm. 241/2013, de 9 de mayo
- STS núm. 464/2013, de 8 de septiembre
- STS núm. 171/2017, de 9 de marzo
- STS núm. 367/2017, de 8 de junio
- STS núm. 593/2017, de 7 de noviembre
- STS núm. 608/2017, de 15 de noviembre
- STS núm. 669/2017, de 14 de diciembre

NOTAS

¹ Sobre la definición y cálculo del Euríbor, *vid.*: anejo 8, apartado 4, de la Circular 5/2012 del Banco de España a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos: «4. Referencia interbancaria a un año (euríbor). Se define como la media aritmética simple mensual de los valores diarios del índice de referencia euríbor® que figura en el Anexo del Reglamento de ejecución (UE) 2016/1368 de la Comisión de 11 de agosto de 2016, por el que se establece una lista de los índices de referencia cruciales utilizados en los mercados financieros, de conformidad con el Reglamento (UE) 2016/1011 del Parlamento Europeo y del Consejo. El índice se refiere al euríbor® al plazo de doce meses». Asimismo, *vid.* artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y norma decimocuarta de la citada Circular 5/2012.

² Así se ha evidenciado desde el comienzo de la aplicación del IRPH como índice de referencia. Una comparativa de la evolución de ambos índices de referencia desde el año 2000 hasta enero de 2019 puede verse en https://www.irph.es/irph_comparado.php; y en relación a la evolución del Euríbor desde 1998 a la actualidad puede consultarse en <http://www.euribordiarario.com.es/articulos/valor-euribor-historico/> (última consulta: 15 de marzo de 2020).

³ Así se observa de los gráficos y análisis expuesto en la siguiente web: https://www.irph.es/irph_comparado.php (última consulta: 15 de marzo de 2020).

⁴ Artículo 1 LCGC: «Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos».

⁵ Así, SSTJUE de 14 de junio de 2012, asunto *Banesto*, C-618/2010, de 30 de mayo de 2013, asunto *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11, y de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados *Unicaja y Caixabank*, C-482/13, C-484-13, C- 485/13 y C-487/13.

⁶ Vid. al respecto: <https://www.asufin.com/2020/05/irph-el-juez-que-llego-al-tjue-plantea-ra-una-segunda-cuestion-a-luxemburgo-porque-aun-hay-dudas/> y <https://www.asufin.com/sentencias-listados/irph/> (última consulta: 30 de mayo de 2020).