

## Revisión jurisprudencial del índice IRPH en los préstamos hipotecarios

### *The IRPH index in mortgage loans: a jurisprudential review*

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*Profesora Doctora de Derecho civil, Universidad Francisco de Vitoria*

**RESUMEN:** Los préstamos hipotecarios, o préstamos garantizados con hipoteca, se caracterizan por ser préstamos a largo plazo debido a lo elevado de la cuantía de la obligación asegurada. Por ello, el tipo de interés de estos préstamos suele ser variable, y sometido a los vaivenes y fluctuaciones de la moneda en que se concedió el préstamo. Esos intereses remuneratorios se calculan, sumando un diferencial a alguno de los índices de referencia que recoge la ley: sea el EURÍBOR; el MIBOR; el CECA, o el IRPH (índice de referencia del préstamo hipotecario), que miden el precio del dinero. Este último índice de referencia, para el cálculo de los intereses en un préstamo garantizado con hipoteca, ha estado en el punto de mira: primero, por su cuestionada validez, y más recientemente, por los perjuicios que supone al consumidor, ya que los intereses debidos conforme a su cálculo son muy superiores a los generados por el EURÍBOR, por ejemplo. La reciente STJUE de 3 de marzo de 2020 aclara las cuestiones sobre su validez y abusividad por falta de transparencia, arrojando luz sobre el asunto. En este trabajo hacemos un repaso a todas las cuestiones jurisprudenciales controvertidas sobre el mismo, tratando de concluir sobre su viabilidad y oportunidad.

**ABSTRACT:** Mortgage loans, or loans guaranteed with a mortgage, are characterized by being long-term loans, due to the high amount of the insured obligation. For this reason, the interest rate of these loans is usually variable, and subject to the swings and fluctuations of the currency in which the loan was granted. These remunerative interests are calculated by adding a differential to one of the interest rates that the law includes: be the EURÍBOR; the MIBOR; the CECA, or the IRPH (benchmark mortgage loan index), which measure the price of money. This last benchmark for the calculation of interest on a secured mortgage loan has been in the spotlight: first, because of its questioned validity, and more recently, for the damages that it entails to the consumer since the interest due under their calculation are much higher than those generated by the EURÍBOR, for example. The recent STJUE March 3, 2020 clarifies questions about its validity and abuse due to lack of transparency. In this work we review all the controversial jurisprudential questions about it, trying to conclude on its feasibility and timeliness.

**PALABRAS CLAVE:** Cláusulas abusivas. Consumidor. Hipoteca. Préstamo hipotecario. Índice de referencia de intereses. IRPH.

**KEY WORDS:** *Unfair terms. Consumer. Mortgage. Mortgage loan. Interest rate. IRPH.*

**SUMARIO:** I. PRÉSTAMO HIPOTECARIO E INTERESES.—II. EL ÍNDICE IRPH: 1. LA CLÁUSULA IRPH COMO CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN. 2. VALIDEZ DE LA CLÁUSULA DEL IRPH.—III. LA STJUE DE 3 DE MARZO DE 2020 SOBRE LA CLÁUSULA IRPH: 1. LA CLÁUSULA IRPH PUEDE SER ABUSIVA. 2. CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA IRPH. 3. CONFIRMACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TJUE POR LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA.—IV. CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. PRÉSTAMO HIPOTECARIO E INTERESES

Los préstamos garantizados con hipoteca sobre un bien inmueble son, normalmente, préstamos con un principal asegurado de cuantía elevada, porque en muchas ocasiones sirven para adquirir el propio inmueble que los garantiza, y estos se caracterizan por su elevado precio, o bien, simplemente son elevados y por eso requieren una garantía inmobiliaria de alto valor que los cubra. Además del principal, hay que devolver los intereses del préstamo, los intereses remuneratorios, que son el precio del dinero prestado, que suponen el beneficio para el acreedor prestamista. El elevado importe del préstamo hace que deba ser amortizado, devuelto, en varios plazos dilatados en el tiempo para disminuir la cuota mensual. Por este motivo, es normal que los préstamos hipotecarios sean préstamos a medio o largo plazo; pero, esta característica que favorece su amortización al deudor, disminuyendo la cuota, trae como riesgo inherente el que el préstamo, y su precio (intereses remuneratorios), se vean sometidos a las fluctuaciones de la moneda en el tiempo; de forma que puede encarecerse o abarataarse el préstamo en función de la variación del tipo de interés al que se ven sometidos en ese largo periodo.

Para evitar esas fluctuaciones puede establecerse un tipo de interés fijo, para todo el periodo de devolución del préstamo, pero, si no, el tipo de interés, como hemos dicho, es variable, y sometido a los cambios monetarios. En cualquier caso, tanto si son intereses fijos como variables, debe establecerse cuál es el criterio de determinación de la variación o fijeza del tipo.

Si se trata de intereses a tipo fijo, este generalmente será un tipo nominal, que generalmente es el EURÍBOR o CECA<sup>1</sup> del momento en que se constituyó la hipoteca. Aunque, para inscribirse en el Registro, no pueden hacerlo por el tipo nominal, sino que deben hacerlo en forma TAE. Ya que, si no, como indica YSAS SOLANES<sup>2</sup>, se produce un desajuste entre lo reclamado en ejecución por los ellos, y lo que aparecería como exigible según los datos del Registro, con base en el tipo nominal.

Los intereses variables, que aparecen para compensar los riesgos de la variación del precio del dinero en una obligación a largo plazo, son más complejos, y suponen, asimismo, una mayor indeterminación respecto a su cuantía, pues esta se desconoce, ya que va cambiando con el transcurso del tiempo. Respecto a los mismos, habrá que especificar cuál es el criterio que determina su valor en cada momento, que deberá ser objetivo<sup>3</sup>.

Generalmente, la determinación de su valor se hace de la siguiente forma: se fija, al inicio y para el primer periodo determinado, un tipo de interés inicial, que es un porcentaje del capital garantizado y puede ser cualquiera, aunque generalmente coincide con el EURÍBOR y, posteriormente, un tipo de referencia (EURÍBOR) que se compara con el inicial y se le suma o no un diferencial para calcular el tipo aplicable a cada periodo. Como no se conoce la cantidad de la que responde la finca hipotecada en cada momento por estos intereses, se hace necesario establecer un máximo de responsabilidad hipotecaria por aquellos, cumpliendo, así, con las exigencias del principio de determinación<sup>4</sup>.

Es decir, en todo préstamo hipotecario, y como consecuencia del principio de determinación respecto a estos intereses, se exige que conste: 1) máximo de responsabilidad hipotecaria, o hipoteca de máximo sobre ellos; 2) tipo de interés inicial; 3) tipo de referencia; 4) el diferencial fijo; 5) el momento y forma en que se revisa el interés. Por supuesto, habrá que establecer el tipo o porcentaje en que consisten. Es decir, habrá que cuantificar cuál es la parte o porcentaje del principal con la que se identifican (vgr. un 2, un 5, 10 % del capital).

Pues bien, entre esos índices o tipos de referencia de los intereses variables, nos encontramos con los más frecuentes y usados en la práctica que son: EURÍBOR, CECA y IRPH.

El EURÍBOR (European Interbank Offered Rate, tipo europeo de oferta interbancaria) es el índice de referencia del tipo de interés del mercado interbancario europeo; es decir, es el tipo de interés al que se prestan el dinero los bancos entre sí, en Europa. Es un índice de referencia hipotecario, que se publica diariamente, y se calcula utilizando como referencia los tipos de interés de las transacciones entre los principales bancos europeos mediante depósitos interbancarios y depende del tipo de interés establecido por el Banco Central Europeo.

El CECA es el índice de referencia en préstamos hipotecarios de la Confederación Española de Cajas de Ahorro, publicado en el BOE, de un valor superior al EURÍBOR y al IRPH, que se obtiene de redondear la media aritmética de los préstamos personales formalizados en operaciones a plazo de uno a tres años y la media aritmética de los préstamos con garantía hipotecaria de más de tres años, concedidos por las extintas cajas de ahorro, hoy entidades bancarias. El índice de referencia CECA dejó de aplicarse con la entrada en vigor de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores, en su disposición adicional decimoquinta.

Por último, el IRPH (Índice de Referencia de los Préstamos Hipotecarios), objeto de análisis en este artículo, es el índice que se calcula con la media aritmética de los préstamos hipotecarios concedidos a más de tres años, existiendo tanto el de cajas de ahorro como el de entidades bancarias, siendo el tipo medio del IRPH Entidades la media de estos dos que, por lo tanto, engloba todos los préstamos hipotecarios de más de tres años, tanto de bancos como cajas de ahorro. El índice IRPH Cajas también dejó de existir y aplicarse a raíz de la Ley 14/2013 citada.

## II. EL ÍNDICE IRPH

Este índice de referencia de préstamos hipotecarios que, como hemos dicho, proviene de calcular la media de todos los préstamos hipotecarios de entidades

financieras de más de tres años, fue utilizado con frecuencia en el pasado, si bien, desde la entrada en vigor del EURÍBOR su utilización fue cada vez menor; pero claro, al establecerse en préstamos que son a largo plazo, hoy todavía, existen préstamos hipotecarios referenciados a él<sup>5</sup>.

En cualquier caso, se trata de un índice que nunca ha estado exento de polémica, ya que se ha cuestionado en diversas ocasiones su validez, y últimamente, al ser «más caro» que el propio EURÍBOR, se ha puesto en tela de juicio porque perjudica al deudor hipotecario que se ve obligado a devolver unos intereses mayores de su préstamo, como consecuencia de este índice, que en los préstamos referenciados, por ejemplo, al EURÍBOR, cuyo importe es normalmente más bajo; de tal forma que, de haber sabido sus inconvenientes, probablemente no habría contratado con ese índice. Por eso, se ha vuelto a cuestionar la inclusión de este índice de referencia por su falta de transparencia material, ya que la entidad que lo incluyó en el clausulado del préstamo no informó debidamente al deudor de las desventajas de este índice, ni la forma de calcularlo es clara y fácilmente comprensible para un consumidor medio, lo que hace improbable que ese deudor pudiera llegar a entender el alcance del mismo.

Lo vemos.

## 1. LA CLÁUSULA IRPH COMO CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN

En primer lugar y antes de abordar la posible abusividad por falta de transparencia de la cláusula que incluye el índice IRPH, en un préstamo hipotecario, debemos pararnos a reflexionar si se trata de una condición general de la contratación que deba estar sometida al control de abusividad y transparencia o por el contrario no lo es.

Se han mantenido posturas encontradas a este respecto por parte de la jurisprudencia, si bien, con carácter general, como ahora veremos, se ha admitido que, efectivamente, se trata de una condición general de la contratación, no el propio índice, si no la cláusula que lo incorpora.

Los argumentos para defender que no se trata de una condición general de la contratación son precisamente que los intereses (que se regulan y establecen en esa cláusula que contiene el IRPH) forman parte de un elemento esencial en el contrato de préstamo, como es el precio, pues son ellos los que determinan el precio del dinero prestado. De este modo, si se trata de un elemento esencial del contrato, su regulación contractual debe hacerse a través de cláusulas particulares negociadas y no de condiciones generales pre redactadas.

Hay que decir que la propia jurisprudencia ya ha admitido en otras ocasiones que la cláusula relativa al precio del préstamo hipotecario (intereses), a pesar de afectar a un elemento esencial, sí puede considerarse como una condición general de la contratación y, por tanto, sometida al control de transparencia.

Tal fue el caso de la propia STS de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo, donde el Tribunal Supremo confirmó dicha posibilidad, basándose en lo establecido en la exposición de motivos de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), que afirma lo siguiente.

«(En la LCGC) Desde el punto de vista objetivo se excluyen ciertos contratos que, por sus características específicas, por la materia que tratan y por la alienación de la idea de predisposición contractual, no deben estar comprendidos en la Ley». Pero si se trata de contratos sujetos a la norma especial, a diferencia de

otros ordenamientos, no se excluyen aquellas cláusulas o condiciones definitorias del «objeto principal», por lo que no hay base para el planteamiento alternativo que hace la sentencia recurrida.

142. En nuestro sistema una condición general de la contratación puede referirse al objeto principal y, de hecho, para el empresario probablemente la mayor utilidad de las condiciones generales se halla precisamente en la definición de este. Cuestión distinta es determinar cuál es el grado de control que la ley articula cuando las condiciones generales se refieren a él y, singularmente, cuando los intereses en juego a cohonestar son los de un profesional o empresario y un consumidor o usuario, ante la necesidad de coordinar, por un lado, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, que proclama el artículo 38 CE (RCL 1978, 2836) y, por otro, la defensa de los consumidores y usuarios que el artículo 51CE impone a los poderes públicos, al exigir que garantice mediante procedimientos eficaces «los legítimos intereses económicos de los mismos».

Antes de esta conclusión, la propia STS recoge cuáles son los caracteres para considerar a una cláusula como condición general, basándose en lo que la propia LCGC establece. Estos rasgos son:

a) Contractualidad: se trata de “cláusulas contractuales” y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes —aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario—, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse».

Teniendo en cuenta lo aquí dispuesto, parece que nada obsta para considerar a la cláusula que recoge el IRPH como una condición general de la contratación, pues es contractual (préstamo hipotecario), predispuesta por la entidad financiera (son los bancos los que redactan el contrato), impuesta (pues normalmente no hay negociación sobre este índice, máxime —como ahora veremos— cuando las propias entidades entendían que era una obligación legal o administrativa que debía imponerse a los clientes), y desde luego, general, en cuanto se incorpora a una pluralidad de préstamos hipotecarios.

Pero, no obstante, el carácter de condición general de la cláusula que recoge el índice de referencia del interés se siguió discutiendo por la jurisprudencia, hasta la STS de 14 de diciembre de 2017 que analizó, en concreto, la validez de la cláusula IRPH y su posible abusividad por falta de transparencia.

Esta sentencia afirmó que, efectivamente, esta cláusula se trataba de una condición general de la contratación, y después de recoger lo dispuesto por la

STS de 9 de mayo de 2013 transcrita, y tras cotejar con otras SSTS como las de 18 de junio de 2012, 7 de abril de 2014, y 29 de abril de 2015, el Alto Tribunal concluyó lo siguiente:

«Aunque en principio resulte lógico que una cláusula que afecta al objeto principal del contrato, como es el interés remuneratorio (el precio de la operación), se incluya como una condición particular, es posible que una cláusula que se refiere al objeto principal del contrato se haya incluido en el clausulado general y se configure como una condición general de la contratación (por ejemplo, en el caso de la cláusula suelo). En este sentido, la sentencia 222/2015, de 29 de abril, indica:

«[...] Que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el TRLCU».

Esta sentencia incide en esta idea de que es posible que una cláusula sobre un elemento esencial del contrato sea una condición general, pues es posible que no haya sido objeto de negociación individual cuando se trata de contratos de consumo: «Para que pueda existir negociación individual, como mínimo, ambas partes habrán de tener capacidad de influir en la configuración del contrato, aunque ello no signifique que efectivamente se haya influido en la fijación de la cláusula. Desde esta perspectiva, la propia noción de negociación individual tiene difícil encaje en los contratos de consumo, en los que el consumidor no tiene capacidad para modificar el clausulado predispuesto que le ofrece el empresario».

Posteriormente, recoge jurisprudencia europea en el mismo sentido, como es la STJUE de 10 de mayo de 2001, asunto C-144/99, caso «Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos». En este caso, «la legislación holandesa no permitía el control de contenido por falta de transparencia, ni la interpretación «contra proferentem» (que se prevén en los citados arts. 4.2 y 5 de la Directiva) de las condiciones generales relativas a los elementos esenciales del contrato, porque el artículo 231 del libro VI del «Burgerlijk Wetboek» (Código civil holandés) excluía del concepto de condiciones generales aquellas que tuvieran por objeto las «prestaciones esenciales», que por tanto estaban sometidas al régimen general de ineficacia contractual de los contratos por negociación. Pues bien, el Tribunal de Justicia, en la citada sentencia, entendió que Holanda había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias administrativas necesarias para garantizar la adaptación completa del Derecho neerlandés no solo al artículo 5 de la Directiva (interpretación «contra proferentem»), sino también al artículo 4.2 de la citada Directiva (posibilidad de tal control de abusividad si hay una falta de transparencia en esas condiciones generales reguladoras de las prestaciones esenciales)».

Y concluye el Tribunal Supremo, después de este repaso jurisprudencial, en su Fundamento Primero que «En consecuencia, como conceptualmente no es imposible que una cláusula en la que se establece el interés remuneratorio de un contrato de préstamo sea una condición general de la contratación, y como no consta que la que aquí nos ocupa fuera negociada individualmente, debe

considerarse que tiene tal cualidad de condición general, en tanto que reúne todos y cada uno de los requisitos que hemos visto que son necesarios para su calificación como tal».

Si la cláusula que contiene el índice de referencia del tipo de interés es una condición general de la contratación puede estar sometida, entonces, al control de abusividad y transparencia de toda condición general, y según ese resultado, ¿puede considerarse esta cláusula como abusiva?

## 2. VALIDEZ DE LA CLÁUSULA DEL IRPH

Si estamos de acuerdo en que nada obsta para considerar a esta cláusula que recoge un elemento esencial del contrato de préstamo como condición general de la contratación, debemos analizar, a continuación, si sobre la misma cabe control de abusividad y de transparencia, y en consecuencia si es válida, o por el contrario, esta estipulación puede considerarse abusiva por incorporar un índice impuesto, perjudicial para el deudor hipotecario consumidor y no superar el control de transparencia.

Esta cuestión ya se analizó en la citada STS de 14 de diciembre de 2017, y venía precedida por una serie de sentencias de tribunales menores (Audiencias provinciales) donde mayoritariamente se consideró que la cláusula del IRPH forma parte del elemento esencial del contrato, en la que no cabía el control de abusividad, aunque sí el control de transparencia, como a continuación veremos.

La STS de 14 de diciembre de 2017, después de analizar y considerar, como ya hemos dicho, que se trata de una condición general de la contratación, sin embargo, entendió, al igual que esas sentencias menores, que no cabía aplicar el control de abusividad a esa concreta cláusula pues se refería a un elemento esencial del contrato, y que superaba el control de transparencia porque se trataba de un índice legalmente impuesto, no negociado (siempre que no hubiera sufrido modificación contractual), controlado por la administración, correspondiendo a esta el control y adecuación del mismo a la legalidad vigente, donde el banco no tenía capacidad de información o maniobra. De este modo, si este índice responde a una disposición administrativa, queda excluido del control de incorporación y transparencia tal y como se desprende del artículo 4.2 LCGC y artículo 1.2 Directiva 93/13 de cláusulas abusivas<sup>6</sup>, y no correspondería al juez valorar su validez.

A continuación, la sentencia aludida argumentó cómo esta condición general se excluía del control de abusividad y superaba el doble control formal de incorporación y transparencia.

Parte, como hemos adelantado, de la premisa de que el IRPH es un índice impuesto legalmente, donde no cabe su control judicial: «No obstante, la parte predisponente no define contractualmente el índice de referencia, sino que se remite a uno de los índices oficiales regulados mediante disposiciones legales para este tipo de contratos. Por ello, es a la Administración pública 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.

La Administración tiene mecanismos de sanción respecto de aquellas conductas de las entidades financieras que contravengan las normas sobre transparencia bancaria.

2. En consecuencia, el índice como tal no puede ser objeto del control de transparencia desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE, sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores. El artículo 4 LCGC excluye de su ámbito de aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas, al igual que hace el artículo 1.2 de la Directiva 93/13. Así lo indica también el preámbulo de la Directiva, cuando dice que: “(c)onsiderando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; que a este respecto, la expresión ‘disposiciones legales o reglamentarias imperativas’ que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo”.

Y continúa afirmando que «como reconoce la propia sentencia recurrida, no puede controlarse judicialmente el carácter abusivo de una condición general de la contratación cuando la misma responda a una disposición administrativa supletoria, ya que en estos casos el control sobre el equilibrio entre las obligaciones y derechos de las partes viene garantizado por la intervención de la administración pública, siempre y cuando su contenido no haya sido modificado contractualmente».

Con posterioridad, explica que, como el cliente fue informado y la cláusula que contiene el IRPH estaba redactada de forma clara, supera el control de inclusión: «se aprecia que el interés remuneratorio variable se determina conforme a la aplicación de uno de los tipos legales de referencia, en concreto el IRPH-Entidades. Gramaticalmente, la cláusula es clara y comprensible y permite al prestatario conocer, comprender y aceptar que el interés variable de su préstamo hipotecario se calcula con referencia a un tipo fijado y controlado por el Banco de España. De forma que, desde esta perspectiva, la cláusula en cuestión supera el control de inclusión, como también afirma la sentencia recurrida».

Y por último, con respecto al control de transparencia, después de definirlo como aquel que «tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo», la sentencia también lo considera superado, reincidiendo en los argumentos que ya explicó con anterioridad, del carácter impuesto y de disposición administrativa del índice IRPH, estableciendo que “para determinar la transparencia de la cláusula que incorpora el índice de referencia (IRPH-Entidades) habrá que ver si el consumidor era consciente, porque había sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial, así como la manera en que se calculaba el interés variable”. Dado el carácter esencial de la propia cláusula, no cabe considerar que el consumidor no se apercibiera de su importancia económica y jurídica y que pudiera conocer que el interés resultante en dicho periodo se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial consistente en una media



de los índices hipotecarios de todas las entidades que actuaban en España al que se sumaba un margen o diferencial.

Al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial como el propio precepto del préstamo».

Además, el Tribunal Supremo, en relación con el control de transparencia hace una serie de afirmaciones que conducen a su conclusión final de que no se infringe la transparencia como son: a) El hecho de que el IRPH sea menos favorable al deudor hipotecario que otros índices, como el Euríbor o Ceca, no tienen nada que ver con la transparencia, de forma que no alteran esta, porque a ese índice se le suma un diferencial que puede hacer variar el tipo final de interés a aplicar, no siendo este más favorable que los de otros índices de referencia, b) el cálculo del IRPH es comprensible por el deudor, pues se ofrece un índice legal y se describe el modo de variación del tipo c) el Banco no tiene porque ofrecer distintas alternativas de índices al deudor para cumplir el deber de transparencia, d) la comprensión del deudor hay que analizarla en el momento de la contratación y no en su devenir a lo largo de los años, y el prestamista no puede informar del comportamiento futuro —ni pasado— de ese índice.

Con estas consideraciones, concluye finalmente que sí se da por superado el control de transparencia, y en consecuencia la validez de la cláusula que contiene el IRPH, que puede seguir siendo eficaz en aquellos contratos de préstamos en los que estaba incorporada.

No obstante, hay que poner de relieve que en esta sentencia se incorporó un voto particular (del magistrado Javier ORDUÑA MORENO) que difería de esta doctrina, en el que el ponente del mismo considera que esta cláusula con el IRPH no supera el control de transparencia, y por lo tanto debía declararse su nulidad. Fundamentan su voto particular en el hecho de que el concepto, interpretación y aplicación del control de transparencia que ha hecho el Tribunal Supremo en esta sentencia, para la cláusula del IRPH, no es adecuado porque, por el hecho de ser un índice legal, no puede por ello entenderse que es perfectamente comprensible por el deudor hipotecario, máxime cuando se destaca la propia dificultad de cálculo de este índice<sup>7</sup> y la poca o nula información que la entidad ofreció sobre el mismo al deudor, apartándose de lo dispuesto por el TJUE respecto al control de transparencia<sup>8</sup>. No se cumplieron los deberes de información precontractual exigidos por el control de transparencia. En este voto particular se «redefine» o se «reestructura» qué debe entenderse por control de transparencia y cómo debe aplicarse al caso concreto.

De este modo, se afirma que «la utilización del tipo o índice de referencia, como elemento específico de la cláusula predispuesta, queda comprendida en el marco del control de transparencia, la aplicación de dicho control debe ser también metódica y completa, tanto con relación a la caracterización y contenido que ha delimitado la doctrina jurisprudencial del TJUE, como con el plano normativo que regula el alcance de estos índices de referencia en la contratación predispuesta con consumidores y usuarios. No basta, por tanto, como hace la sentencia, reconducir el control de transparencia hacia conceptos más amplios o generales que, por más que quiera señalar que resultan ilustrativos, no permiten valorar al prestatario, de un modo directo, fácil y accesible, esto es, sin necesi-

dad de realizar un posterior análisis minucioso o pormenorizado del elemento en cuestión, las consecuencias económicas que se derivan de la peculiaridad y funcionamiento del “propio” índice de referencia aplicado por la entidad bancaria. Caso de los supuestos indicados que reconducen la comprensibilidad del índice a los conceptos de remuneración del interés o a la mera fluctuación del interés variable (fundamento sexto, apartados 4 y 7), o de aquellos que lo reconducen alternativamente a una fórmula meramente descriptiva “tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años concedidos por el conjunto de entidades de crédito” (fundamento sexto, apartado 9 de la sentencia)».

Para concluir, este voto particular considera que, así entendido, el control de transparencia —con un ámbito mucho más objetivo y extenso— implica unos mayores deberes de información por parte de la entidad para explicar las dificultades propias del mismo, que no pueden entenderse cumplidos simplemente por el hecho de que se trate de un índice legalmente establecido y que se trate de parte de un elemento esencial como es el precio del préstamo. Los deberes de información deben alcanzar de forma objetiva a la comprensión por parte de cualquier consumidor medio<sup>9</sup> y debe probarse que la entidad financiera ofreció toda la información necesaria para la comprensión de este antes de contratar, para asegurar su libre y consciente consentimiento a tal contratación.

Transcribimos las palabras del voto particular donde se concluye lo que se acaba de expresar: «En el presente caso, esta exigencia o deber del profesional a tenor del contenido de aplicación del control de transparencia no se ha cumplido, por lo que debe concluirse que la cláusula predisuelta objeto de la presente litis es abusiva y, por tanto, ineficaz.

En efecto, dada la complejidad del índice de referencia IRPH-Entidades para la comprensibilidad del consumidor medio, los conocimientos y experiencia del profesional y las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato, este debió realizar el plus de información que le era exigible acerca del alcance y funcionamiento concreto que dicho índice comportaba para las obligaciones financieras que iba a asumir el consumidor.

Dicha información no se suple con la mera referencia del índice, o su reconducción hacia conceptos más amplios y, a su vez, genéricos o simplemente descriptivos, sino que requiere explicar la peculiaridad de la configuración de este índice respecto de otros posibles índices de aplicación, y el funcionamiento concreto de su mecanismo de aplicación, en especial los escenarios anteriores acerca de cómo había evolucionado dicho índice y su comportamiento razonablemente previsible en el momento de la contratación. El consumidor medio puede conocer que, al igual que el interés variable, los índices de referencia pueden fluctuar. Pero no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que no todos los índices fluctúan de igual forma a tenor de su configuración, ni tampoco su previsible comportamiento sin los escenarios de variación que se hayan producido. Información, junto a otra posible, que el profesional no suministró al consumidor pese a disponer de la misma. En particular, que desde su aplicación, el IRPH-Entidades se ha mantenido en valores superiores a otros índices más usuales y conocidos por el consumidor medio, caso del Euríbor».

Compartimos la opinión de este voto particular. Los deberes de información precontractual son esenciales para la validez de las cláusulas insertas en el con-

trato, pues solo así puede asegurarse la perfecta comprensión de las mismas y de su alcance por el consumidor. En este caso, el cálculo complicado, la dificultad de conocer la forma de obtención del mismo por las entidades financieras, y lo complejo de su aplicación y devenir a lo largo del tiempo, parecen exigir mayores deberes de información por parte de la entidad prestamista, sin que puedan reconducirse esos deberes a la publicidad legal que del mismo se hace por el Banco de España. Habría que analizar en este caso concreto si dicho índice fue o no entendido por el deudor para concluir si superó o no el control de transparencia y en consecuencia se declarase su abusividad.

### III. LA STJUE DE 3 DE MARZO DE 2020 SOBRE LA CLÁUSULA IRPH

#### 1. LA CLÁUSULA IRPH PUEDE SER ABUSIVA

A pesar de esta sentencia favorable a la validez de la cláusula que contenía el índice IRPH, la cuestión no resultó todavía clara, con discrepancias entre los jueces, que llevan a plantear una cuestión prejudicial sobre este asunto en el JPI Barcelona número 38, en el caso de Marc Gómez del Moral Guasch contra Bankia, relativo a la cláusula de interés variable y remuneratorio contenida en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre ambos, que estaba referenciado a este índice IRPH.

En este caso, el juez de instancia planteó esa cuestión para que el TJUE resolviera sobre la validez de dicha cláusula, o si podía considerarse como abusiva por falta de transparencia, contraviniendo la normativa de protección de consumidores.

En concreto, el juez de instancia pregunta sobre

a) Si el hecho de que el IRPH sea un índice regulado tiene como consecuencia que sea aplicable la excepción del artículo 1.2 Directiva 93/13.

b) Si debe informarse al consumidor de la forma de cálculo de ese índice y de su evolución anterior a la contratación.

c) Si en el caso de que la cláusula fuera contraria al Derecho de la Unión, si sería procedente sustituir dicho índice por otro similar (vgr. Euríbor).

La reciente STJUE de 3 de marzo de 2020 analiza la cuestión y resuelve el tema de una forma, podemos decir, equitativa, sin dar la razón a ninguna de las partes enfrentadas (bancos y consumidores), pues entiende que dicha cláusula es válida, pero deberá ser analizada en cada caso para ver si ha sido suficientemente explicada, y comprendida por el consumidor, antes de concluir si supera o no el control de transparencia. Es decir, es una cláusula en principio válida pero que puede verse sometida al control de transparencia y no superarlo, contradiciendo en este punto a lo establecido por el Tribunal Supremo en la sentencia 14 de diciembre de 2017.

En concreto, los puntos fundamentales de esta sentencia pueden resumirse en los siguientes<sup>10</sup>:

a) Los bancos o entidades prestamistas no tienen obligación legal de imponer el índice IRPH en los préstamos hipotecarios, pudiendo utilizar otros índices. De esta forma, no puede decirse que se trate de una disposición administrativa obligatoria que escape al control de abusividad y transparencia conforme al ar-

título 4.1 LCGC y al artículo 1.2 de la Directiva 93/13<sup>11</sup>, sino que esta cláusula entra de lleno en las condiciones generales de la contratación sobre las que puede establecerse esos controles, conforme a la Directiva 93/13 CEE. No puede decirse que Bankia estuviera obligada a establecer este índice o alguno de los oficiales publicados ya que este no es el resultado de «una disposición legal o reglamentaria imperativa». Por ello, concluye el tribunal europeo respecto de esta primera cuestión que «de ello se deduce que procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que sí está comprendida en el ámbito de aplicación de esa misma Directiva la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que estipule que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y que las entidades de crédito pueden aplicar a los préstamos hipotecarios, cuando esa normativa no establezca ni la aplicación imperativa del índice en cuestión con independencia de la elección de las partes en el contrato ni su aplicación supletoria en el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa».

b) Los jueces, en consecuencia, pueden y deben entrar a valorar esta cláusula aún siendo un elemento esencial del contrato, sin que pueda oponerse la excepción prevista en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13<sup>12</sup>, pues siempre debe poder analizarse si la cláusula controvertida está redactada de forma clara y comprensible para el consumidor. De este modo, concluye que «los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con independencia de la transposición del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro».

c) Pero, es que, además, el índice IRPH es un índice complejo, no es fácil de calcular ni de entender para un consumidor medio. Por eso se hace más necesario que la redacción de la cláusula que lo contiene sea clara, sencilla y comprensible, para que el consumidor medio pueda entender el funcionamiento del cálculo de ese índice, y aceptar —o no— el alcance y consecuencias jurídicas y económicas de la cláusula que lo contiene. Pero, la exigencia de transparencia «no puede reducirse exclusivamente a su carácter comprensible en un plano formal y gramatical. Toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo relativo, en particular, al nivel de información, la mencionada exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por tanto, de transparencia, a que obliga la propia Directiva, debe interpretarse de manera extensiva (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 71 y 72, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 44)».

d) Por ello, y para ello, corresponde a la entidad prestamista informar al consumidor de todo aquello que resulte necesario para la debida comprensión de la cláusula. En este sentido, los deberes de información precontractual deben ser detallados, y adaptados a las circunstancias, para conseguir la comprensión de su importancia y alcance económico y jurídico para ese consumidor medio y, entiende el Tribunal, que debe informarse al consumidor sobre el procedimiento de cálculo del interés (y que este sea comprensible), y de la evolución del índice

en los dos años anteriores a la contratación. El juez debe entrar a examinar si se ha proporcionado dicha información y si esta ha sido clara y comprensible para el consumidor, con el fin de asegurar que contrató asumiendo las consecuencias económicas de la cláusula.

e) Si se prueba que esos deberes no se cumplieron, esa cláusula no supera el control de abusividad, por falta de transparencia y debe declararse nula.

En esta sentencia, tal y como confirma el magistrado Javier ORDUÑA MORENO, y ya adelantó en su voto particular de la STS de 14 de diciembre de 2017, se está interpretando correctamente el control de transparencia, que no puede quedarse en un plano meramente formal (redacción clara, sin errores), sino que desciende el plano sustantivo o material alcanzando la verdadera comprensión del consumidor. Esto se deduce claramente de las palabras del TJUE cuando afirma que «para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras».

Se produce una clara extensión del control de transparencia a los deberes de información precontractual concretos sobre el procedimiento del cálculo del índice y de la evolución del mismo con anterioridad al contrato; pero, también, como dice ORDUÑA MORENO, se produce una extensión de este control de transparencia al quedar dentro del mismo la posibilidad de examinar si se han cumplido esos deberes de información con respecto a una cláusula que recoge un índice que es consecuencia de una disposición legal o administrativa; porque no es el índice el que se somete al control de transparencia, si no el cumplimiento de los deberes de información precontractual sobre el mismo.

Coincido con ORDUÑA MORENO en que hay que empezar a considerar la importancia del control de transparencia en la contratación con consumidores porque se está convirtiendo en un «principio informador de la contratación pre-dispuesta», y se está produciendo —como afirma este autor— una «interpretación vertebradora y extensiva del control de transparencia»<sup>13</sup>. Son ya varias las sentencias, tanto del Tribunal Supremo como del TJUE, que continúan en esta línea iniciada, a mi modo de ver, con la STS de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo, y hoy ya parece consolidarse. Fui crítica en un principio con esa extensión del control de abusividad, por las exigencias que el mismo suponía para el caso concreto y la dificultad de comprobar la comprensión de cada consumidor; pero está claro que la generalización del control de transparencia objetiva, sobre la capacidad de un consumidor medio, es algo conveniente y creo que, ya, necesario.

## 2. CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA IRPH

Si esa cláusula en el caso concreto no supera el control de transparencia porque no se informó al consumidor —y este no comprendió— el alcance y consecuencias jurídicas del índice IRPH, el juez podrá declarar la cláusula nula

por ser abusiva, debe expulsarse del contrato, tal y como nos dice la TRLDU y la normativa europea.

En principio, el juez no puede integrar el contrato con otro índice. El problema de la expulsión del contrato es que al tratarse de un elemento esencial (precio), y tener que suprimirlo, su nulidad conlleva la nulidad de todo el contrato en cuestión, pues este no puede subsistir sin aquella, debiendo, en consecuencia, reestablecerse las prestaciones (art. 1303 CC); es decir, el consumidor, declarada la nulidad de la cláusula IRPH, tiene que devolver todo el préstamo, todo el capital prestado. Esto le supone un perjuicio mayor que el que puede ocasionar la propia cláusula, tal y como dice el TJUE. Por eso, y en aras de esa protección del consumidor, se facilita al juez nacional la posibilidad de sustituir ese índice IRPH por otro, para que el contrato siga desarrollando sus efectos, contestando así a la tercera cuestión prejudicial planteada por el juez de instancia. En concreto, el juez nacional podrá «en aplicación de principios del Derecho de los contratos, suprimir la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización (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)».

Esta decisión se basa en los siguientes argumentos:

La propia Ley 14/ 2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores que eliminó definitivamente el IRPH, ya previó un índice sustituto, «índice supletorio» salvo que las partes dispusieran otra cosa, en su disposición adicional decimoquinta<sup>14</sup>. Es decir, en España, ya se contempla un índice supletorio al IRPH, por lo que la sustitución que puede realizar el juez nacional está ya prevista en nuestra legislación, haciendo posible lo que plantea el TJUE, sin contravenir la normativa europea.

Además, tal y como afirma el TJUE, esta decisión supone el menor perjuicio del consumidor, ya que si la nulidad de la cláusula implica la no subsistencia del préstamo que deviene nulo en su totalidad, como ya hemos dicho, el consumidor debería devolver todo el principal, cuestión económicamente complicada para él ya que le supondría un gran esfuerzo. De este modo, se perjudica a quien se pretende proteger, y viceversa, el prestamista no se vería disuadido de volver a incorporar una cláusula de este tipo porque realmente a él no le perjudica<sup>15</sup>.

Por último, la jurisprudencia ya ha considerado esta opción en otras ocasiones, y ha entendido que es posible acudir a una disposición supletoria de derecho nacional para evitar el perjuicio al consumidor, y evitar, asimismo, el efecto disuasorio para el prestamista de no incorporar más esa cláusula sustituida. Se trata con esta medida de «reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas». Esto ocurrió ya en relación con la cláusula que contenía el vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, que se permitió sustituir la cláusula declarada nula por la disposición legal en vigor del momento (art. 693 LEC), en cuanto al número de plazos impagados para hacer posible el

vencimiento anticipado (STJUE 26 de marzo de 2019), y asimismo en la STJUE de 30 de abril de 2014.

En definitiva, es posible sustituir el índice IRPH por otro legalmente establecido en la legislación nacional<sup>16</sup>; en este caso, hoy, normalmente se sustituye por el EURÍBOR, que es el índice de referencia más utilizado en la práctica, tal y como confirma el informe de ASUFIN, que señala que el IRPH se ha sustituido por el EURÍBOR en un 60,53% de los casos, mientras que en un 37,04% ha dejado el préstamo sin interés<sup>17</sup>. Compartimos esta solución como la más adecuada para conseguir esa protección del deudor consumidor ante la existencia de una cláusula abusiva.

### 3. CONFIRMACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TJUE POR LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

Nada más publicarse la STJUE de 3 de marzo de 2020, han confirmado su doctrina dos sentencias de juzgados de primera instancia, a favor del control de transparencia de la cláusula que contiene el IRPH, su declaración de nulidad por no superar este control y de la sustitución de este índice por otro (el EURÍBOR), tal y como contempla la sentencia europea.

En efecto, la SJPI núm. 4 de Burgos de 4 de marzo de 2020, en el caso de un particular contra el Banco de Santander, discutiendo sobre la validez de la cláusula que incorporaba el índice IRPH Entidades en el préstamo hipotecario, entra a valorar si se cumplieron las exigencias del principio de transparencia y los correspondientes deberes de información precontractual, considerando que no fue así y declarando la nulidad de la cláusula: «no es necesario que el consumidor pueda llegar a comprender la forma de cálculo del índice de referencia adoptado ni del sustitutivo, aunque tales tipos de referencia estén legalmente permitidos; pues de la prueba practicada, no se acredita, correspondiendo la carga de la prueba a la entidad demandada, que esta suministrara a la parte actora información específica relativa al alcance o funcionamiento de este tipo de referencia en virtud de la cual la actora pudieran valorar si le interesaba el préstamo con este tipo de referencia o un préstamo referenciado a Euríbor; que era lo habitual en el momento de la constitución del préstamo con garantía hipotecaria, ni tampoco figura información sobre la evolución histórica del tipo de referencia, en comparación con el Euríbor. En consecuencia, la entidad bancaria demandada no suministró información suficiente a los actores para que estos pudieran comprender el alcance económico y jurídico de la cláusula. No se cuenta con la declaración de la actora, habiendo declarado el testigo que no recuerda la operación, ni si el IRPH en el momento de la formalización del préstamo era superior o inferior al Euríbor. Y en la propia Oferta Vinculante, que no ha sido firmada por los demandantes, figura el índice de referencia IRPH enmarcado en la cláusula Tercera. Por ello, procede declarar la nulidad por falta de transparencia de la cláusula pacto 3.º bis de la Escritura de Préstamo Hipotecario de fecha 2 de agosto de 2005».

Igualmente, suscribe la tesis del TJUE en cuanto que, si no puede eliminarse la cláusula nula sin que afecte al contrato, podrá sustituirse por otro índice, en este caso, el EURÍBOR: «En base a ello, las consecuencias de la declaración de nulidad del tipo de referencia IRPH-entidades y tipo de referencia sustitutivo IRPH-Bancos, la declaración de nulidad de la cláusula 3 bis de la escritura de préstamo hipotecario de 2 de agosto de 2005 conlleva la eliminación de esta cláusula, y siguiendo el criterio del Voto Particular contenido en la Sentencia

del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017, el índice de referencia que resultaría aplicable sería el Euríbor más el diferencial del 0,50% que se indica en la cláusula 3. bis. D. El Euríbor más 0,150% se aplicará con efectos retroactivos durante toda la vida del préstamo en que se haya aplicado el tipo de referencia IRPH Entidades y en consecuencia la entidad bancaria deberá devolver a la parte actora la diferencia que resulte de la sustitución de tipo de referencia IRPH Entidades por el tipo de referencia Euríbor más 0,50% junto con los intereses, lo que será calculado en ejecución de sentencia. Igualmente, desde el dictado de la presente resolución será de aplicación el artículo 576 de la LEC».

En el mismo sentido resuelve la SJPI núm. 6 de Lérida, de 9 de marzo de 2020, en un caso contra Caixabank, entendiendo que la cláusula IRPH no ha superado el control de transparencia, y lo sustituye, en virtud de lo establecido en la STJUE 3 de marzo de 2020, por el EURÍBOR<sup>18</sup>.

Entiendo que esta es la senda que se abre en este momento y que, a partir de ahora, en una probable avalancha de demandas, los sucesivos juzgados, siguiendo la puerta abierta por el Tribunal Europeo, entrarán a analizar si la cláusula que contiene el índice de referencia IRPH supera el control de transparencia o no, interpretado extensivamente como adelantaba el voto particular de la sentencia del Supremo y confirma el tribunal europeo. De ese análisis extensivo del control de transparencia, me atrevo a aventurar que una gran mayoría entenderá que no se han cumplido los deberes de información precontractual y, en consecuencia, que no se supera el control de transparencia, declarando nula dicha cláusula, y sustituyéndola, en su mayoría, por el EURÍBOR. Nuevos problemas judiciales, nueva etapa de saturación judicial y, en definitiva, nuevo perjuicio económico para todos.

Probablemente, sería necesario, como comentábamos antes que, para poner fin a este escenario judicial, y de incertidumbre financiera que se puede provocar, el control de transparencia material, extensivo, se reconozca totalmente como principio informador de la contratación en masa o predispuesta. Esperemos que, a partir de ahora, y con las modificaciones que a este respecto introdujo la Ley Reguladora de Contratos de Crédito Inmobiliario (LCCI), los nuevos préstamos se constituyan sin deficiencias en cuanto al control de transparencia.

#### IV. CONCLUSIONES

I. Los préstamos hipotecarios, normalmente a largo plazo, se ven sometidos a las fluctuaciones monetarias. Los intereses variables, que aparecen para compensar los riesgos de la variación del precio del dinero en una obligación a largo plazo, son más complejos, y suponen, asimismo, una mayor indeterminación respecto a su cuantía, pues esta se desconoce, ya que va cambiando con el transcurso del tiempo. Para su cálculo, existen diversos índices de referencia a los que se suma un diferencial previamente determinado.

II. Uno de esos índices de referencia es el IRPH (Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios), que proviene de calcular la media de todos los préstamos hipotecarios de entidades financieras de más de tres años. Este índice de referencia dejó de existir definitivamente en 2013, pero todavía persiste en numerosos préstamos hipotecarios.



III. Sobre este índice se ha cuestionado su validez en cuanto que no supera el control de transparencia material, y el perjuicio que supone para el consumidor con respecto a otros índices de referencia, más baratos.

IV. La STS 14 de diciembre de 2017 estableció que la cláusula que contenía este índice era una condición general de la contratación, a pesar de referirse a un elemento esencial del contrato como es el precio. Además, añadió que sobre ella no cabía aplicar el control de abusividad y que superaba el control de transparencia porque se trataba de un índice legalmente impuesto, no negociado, que responde a una disposición administrativa donde el banco no tenía capacidad de información o maniobra sobre el mismo. Es decir, si este índice responde a una disposición administrativa, queda excluido del control de incorporación y transparencia tal y como se desprende del artículo 4.2 LCGC y 1.2 Directiva 93/13 de cláusulas abusivas, y no corresponde al juez valorar su validez.

V. Pero, la STJUE de 3 de marzo de 2020 no confirmó la tesis del Tribunal Supremo español sino que consideró que, esta cláusula se trata, efectivamente, de una condición general de la contratación, que puede y debe verse sometida al control de transparencia por el juez nacional, pues las excepciones previstas en los artículos 4.2 LCGC y artículo 1.2 de la Directiva 93/13 se refieren a condiciones impuestas en normas de carácter imperativo, lo cual no es el caso de la legislación española al prever el IRPH como índice de referencia de los préstamos hipotecarios.

VI. Es necesario que el juez nacional examine en cada caso si se supera o no el control de transparencia material de la cláusula controvertida, con el fin de averiguar si el consumidor medio-tipo, entendió y pudo entender las consecuencias económicas y jurídicas de dicha cláusula y valorar a la hora de contratar el esfuerzo económico que la misma supone. Para ello, es necesario que el prestamista informe debidamente y con carácter previo al consumidor sobre el procedimiento de cálculo del índice IRPH y de la variación en los años anteriores, para que el consumidor otorgue su consentimiento perfectamente formado.

VII. Si el juez considera que no se ha superado ese control de transparencia, declarará la cláusula nula, y se eliminará del contrato. Pero, si el contrato no puede subsistir sin ella, y se declara nulo, esto puede producir un mayor perjuicio para el consumidor que se ve avocado a devolver todo el principal del préstamo. Por eso, en este caso, se permite al juez nacional que sustituya el índice IRPH, en virtud de una disposición supletoria de Derecho nacional, por otro índice allí contemplado.

VIII. Se produce, en consecuencia, una nueva interpretación extensiva y objetiva del control de transparencia, que lleva a establecerlo como un principio necesario e informador de toda la contratación en masa que, entiendo, así debe configurarse, y del que ya no debe caber duda, con el fin de acabar con la incertidumbre jurídica y el sinfín de demandas en relación con la declaración de nulidad de cláusulas abusivas. Es de esperar que la nueva regulación a través de la LCCI, ponga ya fin a ello.

## V. ÍNDICE RESOLUCIONES

### SENTENCIAS TRIBUNAL SUPREMO

- 18 de junio de 2012
- 7 de abril de 2014

- 29 de abril de 2015
- 14 de diciembre de 2017
- 9 de mayo de 2013

#### SENTENCIAS TRIBUNAL JUSTICIA UNIÓN EUROPEA

- 10 de mayo de 2001
- 14 de marzo de 2013
- 30 de abril de 2014
- 10 de septiembre de 2014
- 20 de septiembre de 2017
- 26 de marzo de 2019
- 3 de octubre de 2019
- 3 de marzo de 2020

#### SENTENCIAS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- Burgos, núm. 4, 4 de marzo de 2020
- Lérida, núm. 6, 9 de marzo de 2020

#### RESOLUCIONES DIRECCIÓN GENERAL REGISTROS Y NOTARIADO

- 26 de octubre de 1984
- 31 de octubre de 1984
- 21 de enero de 1988
- Septiembre de 1988
- 16 de febrero de 1990
- 26 de diciembre de 1990
- 14 de enero de 1991
- 17 de marzo de 1994
- 9 y 10 de octubre 1997
- 24 de agosto de 1998

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- AHEDO PEÑA, O. (2019). Contratos de préstamo, singular consideración del préstamo hipotecario. Cláusula IRPH. En *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*. Tirant lo Blanch. Disponible en [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).
- ASUFIN (2020). Estudio Jurisprudencial ASUFIN 2019. Especial IRPH. Disponible en [https://www.asufin.com/wp-content/uploads/2020/02/ASUFIN\\_ESPECIAL\\_IRPH\\_DEF-1.pdf](https://www.asufin.com/wp-content/uploads/2020/02/ASUFIN_ESPECIAL_IRPH_DEF-1.pdf)
- DEL OLMO, A. (2020). La sentencia del TJUE sobre la cláusula IRPH ¿Resuelve el problema?. Disponible en <https://blog.sepin.es/2020/03/sentencia-tjue-clausula-irph-marzo-2020/>.

ORDUÑA MORENO, J. (2020). Dossier: Francisco Javier ORDUÑA analiza la sentencia del TJUE sobre el IRPH. Disponible en <http://www.legaltoday.com/actualidad/noticias/francisco-javier-orduna-analiza-la-sentencia-del-tjue-sobre-el-irph>.  
YSAS SOLANES, M. (1993). Las obligaciones garantizadas con hipoteca en el contrato de préstamo, *DN*, 1993, núm. 34/35, 3 y sigs.

## NOTAS

<sup>1</sup> Anteriormente, y antes de la entrada en la Unión Europea, era muy frecuente el uso de MIBOR, y como luego apuntaremos, hoy el índice CECA está suprimido.

<sup>2</sup> Cfr. YSAS SOLANES, M. (1993). Las obligaciones garantizadas con hipoteca en el contrato de préstamo. *DN*, 1993, núm. 34, 35, 2 y 17.

<sup>3</sup> RDGRN de 7 de septiembre de 1988: declara que la fijación de ese tipo objetivo no puede quedar al arbitrio de una de las partes; y RRDGRN de 16 de febrero de 1990; 26 de diciembre de 1990; 14 de enero de 1991; 17 de marzo de 1994.

<sup>4</sup> RRDGRN de 26 de octubre de 1984; 31 de octubre de 1984; 21 de enero de 1988; 16 de febrero de 1990; 26 de diciembre de 1990; 14 de enero de 1991; 17 de marzo de 1994, 9 y 10 de octubre de 1997, y 24 de agosto de 1998.

<sup>5</sup> El índice de referencia IRPH para préstamos hipotecarios surgió en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que facultó al Ministerio de Economía y Hacienda, o al Banco de España, a publicar los índices de referencia de los préstamos a interés variable. Y fue el Banco de España en Circular 5/1994, de 22 de julio de quien estableció los índices IRPH Cajas, IRPH Bancos e IRPH Entidades. Véase sobre este extremo a AHEDO PEÑA, O. (2019). Contratos de préstamo, singular consideración del préstamo hipotecario. Cláusula IRPH. En *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos, cláusulas de préstamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*. Tirant lo Blanch. Disponible en [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com).

<sup>6</sup> Artículo 4 LCGC: «La presente Ley no se aplicará a los contratos administrativos, a los contratos de trabajo, a los de constitución de sociedades, a los que regulan relaciones familiares y a los contratos sucesorios.

Tampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes».

Y el artículo 1, apartado 2, de la Directiva dispone lo siguiente:

«Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, [en los que] los Estados miembros o la [Unión Europea] son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva».

<sup>7</sup> Afirma la sentencia en este sentido: «presenta una complejidad de comprensión para el consumidor medio que lo hace “idóneo” como elemento o componente susceptible del control de transparencia y, por tanto, de las exigencias derivadas para el profesional de facilitar, activamente, una información adecuada y comprensible de su aplicación y funcionamiento en el contrato de préstamo ofertado. Exigencia que ya venía implícita en el curso de su autorización legal o administrativa desde la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre».

<sup>8</sup> Continúa la sentencia: «La aplicación o proyección del control de transparencia que realiza la sentencia, con relación a la validez de la cláusula predisuelta por la que el profesional utiliza o incluye el índice de referencia, no se ajusta a los parámetros y contenido que la doctrina jurisprudencial del TJUE ha establecido para proceder, correctamente, a la aplicación del control de transparencia».

<sup>9</sup> Continúa la sentencia: «la exigencia del deber de transparencia tiene como función «restablecer» la simetría de información que de forma consustancial se ve alterada por este modo de contrato. Para que el consumidor medio, como destaca la jurisprudencia del TJUE, sin necesidad de realizar un análisis pormenorizado y minucioso de los elementos esenciales del contrato, pueda contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que asume.

Esto es, en los términos del propio TJUE, que «el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, pueda estimar razonablemente que este aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual» (entre otras, STJUE de 14 de marzo de 2013).

<sup>10</sup> En este sentido, hace un buen resumen de los puntos esenciales de esta sentencia DEL OLMO, A. (2020). La sentencia del TJUE sobre la cláusula IRPH ¿Resuelve el problema? Disponible en <https://blog.sepin.es/2020/03/sentencia-tjue-clausula-irph-marzo-2020/>

<sup>11</sup> Para que proceda tal exclusión es necesario que esa cláusula refleje una disposición legal o reglamentaria y que sea imperativa (SSTJUE de 10 de septiembre de 2014 y 20 de septiembre de 2017) cuestión esta última que no se da en el supuesto analizado, pues según el TJUE «la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 no obligaba a utilizar en los préstamos a tipo de interés variable un índice de referencia oficial, entre los que se incluye el IRPH de las cajas de ahorros, 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».

<sup>12</sup> Artículo 4.2. Directiva 93/13: «La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible».

<sup>13</sup> ORDUÑA MORENO, J. (2020). Dossier: Francisco Javier ORDUÑA analiza la sentencia del TJUE sobre el IRPH. Disponible en <http://www.legaltoday.com/actualidad/noticias/francisco-javier-orduna-analiza-la-sentencia-del-tjue-sobre-el-irph>.

<sup>14</sup> Disposición adicional decimoquinta Ley14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores, párrafo 2.º y 3.º:

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

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

<sup>15</sup> Esto se desprende claramente de las palabras del TJUE en esta sentencia de 3 marzo 2020: «Si, en una situación como la descrita en el apartado 58 de la presente sentencia, no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse. En efecto, en el caso de un contrato de préstamo, tal anulación tendría en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor; y, por esa razón, penalizaría a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca».

<sup>16</sup> No olvidemos que también es posible, ante la nulidad de la cláusula que contiene el índice IRPH, que se opte por no devolver los intereses, pero sí el principal, sin tener que sustituir ese índice.

<sup>17</sup> Véase el reciente informe de ASUFIN (Asociación de usuarios financieros), sobre la jurisprudencia y el índice IRPH. ASUFIN (2020). Estudio Jurisprudencial ASUFIN 2019. Especial IRPH. Disponible en [https://www.asufin.com/wp-content/uploads/2020/02/ASUFIN\\_ESPECIAL\\_IRPH\\_DEF-1.pdf](https://www.asufin.com/wp-content/uploads/2020/02/ASUFIN_ESPECIAL_IRPH_DEF-1.pdf)

<sup>18</sup> SJPI núm. 6 Lérida, de 9 de marzo de 2020: «por lo que se refiere a una cláusula que, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, estipule la retribución del correspondiente préstamo mediante intereses que se calculan según un tipo variable, la referida exigencia se ha de entender como la obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible para el consumidor en un plano formal y gramatical, sino también de que posibilite 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». Y continúa «En este orden de cosas, será procedente, en consecuencia, que las partes se restituyan recíprocamente cuantas obligaciones hayan satisfecho como consecuencia de la escritura pública litigiosa, y en tanto aquella no supone la desaparición de la obligación inicial, lo procedente será la sustitución del índice IRPH por el índice de referencia EURÍBOR, con la restitución de los intereses indebidamente cobrados por la entidad bancaria al no haberse aplicado el índice Euríbor; más los intereses devengados desde cada uno de los cobros indebidos, que se determinará en ejecución de sentencia».