

CONSIDERACIONES SOBRE LA CLÁUSULA IRPH A LA LUZ DE
SUS ANTECEDENTES Y DE LA DOCTRINA CONSOLIDADA
DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA

*CONSIDERATIONS ON THE IRPH CLAUSE IN THE LIGHT OF ITS
BACKGROUND AND THE CONSOLIDATED DOCTRINE OF THE
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION*

Rev. Boliv. de Derecho N° 31, enero 2021, ISSN: 2070-8157, pp. 504-549

Carolina
Del Carmen
CASTILLO
MARTÍNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 29 de agosto de 2020

ARTÍCULO APROBADO: 15 de septiembre de 2020

RESUMEN: Mediante el dictado de su sentencia de 3 de marzo de 2020, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha dado por finalizado el último episodio en la evolución del índice IRPH al que se ha venido referenciando casi una décima parte de las hipotecas en España, frente al resto que toma como referencia el Euribor, declarando en esencia que los consumidores podrán acudir a los tribunales a los efectos de que se declare la abusividad de la cláusula que en las escrituras de constitución de hipoteca contiene el referido índice. Para comprender el alcance de la situación actual conviene considerar siquiera someramente en qué consiste el IRPH y las consecuencias que su aplicación ha supuesto para los prestatarios consumidores afectados, atendiendo para ello a los antecedentes fácticos que motivaron el dictado de la señalada resolución, al precedente que a su respecto supusieron las conclusiones del Abogado General, al contenido de la propia STJUE y, últimamente y hasta que se produzca algún pronunciamiento por parte de nuestro Tribunal Supremo, a las más recientes resoluciones emanadas de nuestros Juzgados y Audiencias Provinciales. Todas estas referencias integran el contenido del presente trabajo.

PALABRAS CLAVE: Hipoteca; índice IRPH; cláusula abusiva; interés variable; consumidor.

ABSTRACT: *By issuing its judgment of March 3, 2020, the Court of Justice of the European Union (CJEU) has terminated the last episode in the evolution of the IRPH index to which almost a tenth of mortgages have been referring in Spain, compared to the rest that the Euribor takes as a reference, declaring in essence that consumers will be able to go to court to declare the abusiveness of the clause that the aforementioned index contains in the deeds of constitution of the mortgage. To understand the scope of the current situation, it is convenient to consider even briefly what the IRPH consists of and the consequences that its application has entailed for the affected consumer borrowers, taking into account the factual background that led to the issuance of the aforementioned resolution, the precedent that in this regard, they included the conclusions of the Advocate General, the content of the STJUE itself and, lately and until there is any pronouncement by our Supreme Court, the most recent resolutions issued by our Courts and Provincial Courts. All these references integrate the content of this work.*

KEY WORDS: Mortgage; IRPH index; abusive clause; variable interest; consumer.

SUMARIO.- I. EL ÍNDICE IRPH Y LOS ANTECEDENTES FÁCTICOS DE LA RESOLUCIÓN DEL TJUE.- II. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL MACIEJ SZPUNAR.- III. LA STJUE DE 3 DE MARZO DE 2020.- IV. PRONUNCIAMIENTOS MÁS RECIENTES DE NUESTROS JUZGADOS Y AUDIENCIAS PROVINCIALES.- 1. Sentencias que declaran el carácter abusivo de la cláusula IRPH.- 2. Sentencias que no acogen la abusividad de la cláusula IRPH.

I. EL ÍNDICE IRPH Y LOS ANTECEDENTES FÁCTICOS DE LA RESOLUCIÓN DEL TJUE.

Con su sentencia de 3 de marzo de 2020¹, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha dado por finalizado el último episodio en la evolución del índice IRPH al que se ha venido referenciando casi una décima parte de las hipotecas en España, frente al resto que toma como referencia el Euribor, declarando que los consumidores podrán acudir a los tribunales a los efectos de que se declare la abusividad de la cláusula que en las escrituras de constitución de hipoteca contiene el referido índice. Para comprender el alcance de la situación actual conviene considerar siquiera someramente en qué consiste el IRPH y las consecuencias que su aplicación ha supuesto para los prestatarios consumidores afectados, atendiendo para ello a los antecedentes fácticos que motivaron el dictado de la señalada resolución, al precedente que a su respecto supusieron las conclusiones del Abogado General, al contenido de la propia STJUE que consolida doctrina al respecto y, últimamente y hasta que se produzca algún pronunciamiento por parte de nuestro Tribunal Supremo, a las más recientes resoluciones emanadas de nuestros Juzgados y Audiencias Provinciales. Todas estas referencias integran el contenido del presente trabajo mediante el que se pretende ofrecer un panorama general de actualidad en relación con la situación del IRPH.

El Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH) constituye uno de los tipos aplicados para remunerar los préstamos con garantía hipotecaria concedidos por las entidades de crédito en España. Su denominación técnica es la de “Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para

¹ STJUE (Gran Sala) 3 marzo 2020, en el asunto C-125/18, que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona, mediante auto de 16 de febrero de 2018, recibido en el Tribunal de Justicia ese mismo día, en el procedimiento entre Marc Gómez del Moral Guasch y Bankia, S. A.

• **Carolina del Carmen Castillo Martínez**

Magistrado-juez titular del Juzgado de Instancia n.º 4 de Castellón. Doctora en Derecho. Profesora Titular de Derecho Civil (excedente). Profesora Asociada de Derecho Civil. Universitat de València Académica de número de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación.

adquisición de vivienda libre”, resultando que hasta el 1 de noviembre de 2013 concurrían hasta tres tipos de IRPH. A saber: (i) IRPH Bancos; (ii) IRPH Cajas; y (iii) IRPH Entidades conjunto de entidades (consistente en un promedio de los dos anteriores). Pero desde la fecha señalada dejó de publicarse por el Banco de España el IRPH Bancos y el IRPH Cajas, sustituidos en los préstamos referenciados a cualquiera de estos tipos, por el IRPH de Entidades de Crédito más un diferencial. Como ya avancé, se calcula que en torno a algo más de una décima parte de los préstamos hipotecarios concertados en España aplicaron los referidos índices, cuya característica más destacada es la de haber sido siempre más elevados que el Euribor que, como es sabido, constituye el índice más usualmente empleado para referenciar la remuneración en las hipotecas. Resulta significativo que a partir de 2009 esta diferencia es cada vez mayor, con especial relevancia en los años 2012 y 2013.

Ciertamente, durante un prolongado espacio de tiempo las entidades bancarias ofrecieron los índices IRPH Cajas, IRPH Bancos e IRPH Conjunto de Entidades, resultando la circunstancia de que fueran las Cajas de Ahorros las entidades de crédito que más hipotecas comercializaron con este índice el dato que mejor explica que con anterioridad a noviembre de 2013 más de la mitad de las hipotecas constituidas se encontraran referenciadas al IRPH Cajas, frente al resto que lo estaba al IRPH Entidades, constituyendo a tal efecto un buen reclamo comercial el que este índice aseguraba una mayor estabilidad frente a las fluctuaciones que venían afectando al Euribor.

Precisamente el asunto C-125/18, que se siguió ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, el TJUE) surgió como consecuencia del litigio que enfrentó a Marc Gómez del Moral Guasch y Bankia, S.A, y resultó iniciado como efecto de la interposición de la cuestión prejudicial de interpretación planteada por el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona, mediante Auto datado en 16 de febrero de 2018. Básicamente, el supuesto reproduce el patrón habitual de las reclamaciones frente a las entidades financieras tan usuales en los últimos años, esencialmente a partir de la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. Los hechos fueron los siguientes: D. Marc Gómez del Moral, en fecha 19 de julio de 2001, convino un préstamo con garantía hipotecaria con la entidad financiera Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (actualmente, Bankia, S.A) por importe de 132.222,66 euros, en cuya cláusula tercera *bis*, se declaraba que el índice de referencia aplicable al cálculo del tipo de interés variable sería el IRPH Cajas con adición de un diferencial de 0,25 puntos porcentuales. Complementariamente, se establecía el índice CECA como sustitutivo. Conviene significar que, al tiempo de constitución de la relación crediticia asegurada hipotecariamente, ambos índices eran oficiales, toda vez que se encontraban regulados por la norma sexta *bis*, apartado 3, letras b) y d) de

la Circular del Banco de España número 8/1990, resultando que su actualización constaba publicada con mensualidad en el BOE.

A pesar de ello, y como resultado de los procesos de reestructuración bancaria, fusiones y ventas de las cajas de ahorros a otras entidades, determinados por la crisis financiera que comenzó en el año 2007, y también por efecto de la recomendación de la Unión Europea de 2009 de eliminar los tres índices de referencia – el IRPH Cajas, el IRPH Bancos y el CECA – por no ser suficientemente transparentes, el Ministerio de Economía y Hacienda aprobó la conocida Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que vino a afectar a los señalados índices en un doble sentido. A saber: (i) por una parte, se proyectó su completa desaparición una vez “transcurrido un año de la entrada en vigor de la presente orden y su normativa de desarrollo”, en definitiva, cuando se hubiese aprobado el régimen transitorio aplicable a los préstamos que por el mismo se encontraban afectados²; por otra parte, (ii) además, consecuentemente con lo expresado, los referidos dejaban de ser índices oficiales³.

Posteriormente, en fecha 27 de septiembre de 2013, y mediante la publicación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y a su internacionalización⁴ resultó establecido el “régimen de transición para la desaparición de índices o tipos de interés de referencia” que, no obstante, no entraría en vigor hasta el 1 de noviembre de 2013, en definitiva, unos seis meses después de la fecha límite dispuesta en la ya mencionada Orden EHA/2899/2011⁵. Este régimen transitorio disponía la sustitución de “índices o tipos de interés de referencia” por el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España (o IRPH Conjunto de Entidades), estableciendo, además, que “[l]as partes carecerán de acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo o crédito como contrapartida de la aplicación de lo dispuesto en esta Disposición”.

En el mencionado contexto, el pleito originador de la controversia que ahora nos ocupa, determinante de la STJUE 3 marzo de 2020, principió con anterioridad a que la Sala Civil de nuestro Tribunal Supremo dictara la STS, 1ª, Pleno, 14 diciembre

2 A tales efectos conviene tener en cuenta que la Orden entró en vigor el 29 de abril de 2012, de manera que el plazo para culminar la aprobación de un índice sustitutivo al IRPH Cajas, IRPH Bancos y al índice CECA concluía el 29 de abril de 2013.

3 Cfr. art. 27 de la Orden EHA/2899/2011.

4 Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y a su internacionalización, publicada en el BOE núm. 233, 28 de septiembre de 2013.

5 Al respecto, puede consultarse, MARTINEZ ESPÍN, P., (2013), “Nuevo índice hipotecario para sustituir al IRPH de las Cajas”, en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, publicado en agosto de 2013, en 8 páginas.

2017⁶, por la que resultaron frenadas las reclamaciones de consumidores fundadas en el supuesto carácter abusivo de la cláusula que referenciaba el tipo de interés variable al IRPH Conjunto de Entidades⁷. Y, precisamente, como consecuencia de la STS 14 diciembre 2017, resultó que el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona planteó una cuestión prejudicial ante TJUE, interesando del máximo intérprete del ordenamiento jurídico comunitario que respondiera a una serie de cuestiones vinculadas con (i) el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁸ y, en particular, sobre si la cláusula que referencia el tipo de interés variable al IRPH Cajas – al resultar dicho índice regulado por una disposición administrativa – puede ser objeto de tutela por el juez nacional o si, diversamente, queda excluido del control judicial en virtud del artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE; (ii) la compatibilidad con los artículos 4.2 y 8 de la Directiva 93/13/CEE de la invocación por parte de un órgano jurisdiccional nacional de la excepción al control del carácter abusivo de una cláusula cuando se trata de cláusulas que constituyen el objeto principal del contrato, y cuando dicho artículo no ha sido transpuesto expresamente al ordenamiento jurídico nacional; (iii) la proyección de los deberes informativos de la entidad financiera para con el cliente y las consecuencias de su incumplimiento; y también (iv) acerca de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula que contiene la referenciación del tipo de interés variable al IRPH Cajas.

Por su parte, otros juzgados y tribunales, como la Audiencia Provincial de Almería (asunto C-283-18) y el Juzgado de Primera Instancia número 6 de Reus (asunto C-352-18), al igual que el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona, por esta misma materia han planteado cuestiones prejudiciales ante el TJUE que se encuentran pendientes de sentencia.

II. LAS CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL MACIEJ SZPUNAR.

El pasado 10 de septiembre de 2019 el Abogado General Maciej Szpunar publicó -con una extensión de cuarenta y cinco páginas- sus conclusiones, relativas a la cuestión prejudicial sobre el IRPH formulada por el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona en fecha 16 de febrero de 2018, expresando su consideración acerca de que, si bien la cláusula, *a priori* y sin perjuicio de lo que pueda considerar el juzgador nacional, cumple, o no, con las exigencias de transparencia, los Tribunales españoles están obligados a valorar su carácter abusivo por no haberse transpuesto formalmente el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE. Seguidamente expondré los argumentos que sustentan la posición del

6 STS, Sala 1ª, Pleno, 14 diciembre 2017 (ES:TS:2017:4308).

7 Cfr., al respecto, MARTÍNEZ ESPÍN, P., (2018), "Las cláusulas IRPH son transparentes ¿o no?", en *Revista CESCO de Derecho de consumo*.

8 DOCE núm. L 095, 21 de abril de 1993.

Abogado General Szpunar para llegar a cada una de las conclusiones que, por materias diferenciables en tención a las cuestiones planteadas por el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona, conforman su informe.

- *Acerca del ámbito aplicativo de la excepción que se contiene en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE.*

Sobre este particular conviene considerar que el artículo 1.1 de la Directiva 93/13/CEE señala la finalidad armonizadora de la misma en materia de “cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”. Pero es que, además, el artículo 1.2 claramente excluye del ámbito de aplicación de la Directiva – y de los controles en ella regulados– a aquellas cláusulas que se incorporen por su previsión en “disposiciones legales o reglamentarias imperativas”. Es de apreciar, pues, que concurren dos requisitos para que la señalada excepción resulte aplicable, y son que su incorporación se deba a (i) una disposición “legal o reglamentaria” y (ii) que esta sea “imperativa”. Pues bien, en la consideración de esta previsión de la Directiva, el Abogado General inicialmente se refiere a la STJUE, de 21 de marzo de 2013 (C-92/11), asunto RWE Vertrieb⁹, en el que por primera vez el Tribunal de Luxemburgo abordó el alcance de la excepción, y según la cual son imperativas aquellas cláusulas que “reflejan las disposiciones del Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes con independencia de su elección o aquellas de tales disposiciones aplicables por defecto”, siendo el motivo de esta exclusión que “es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes”.

En el supuesto analizado, con precisa referencia a si la cláusula tercera bis que referencia el tipo de interés variable al IRPH se encuentra excluida por aplicación de la previsión contenida en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13, la conclusión del Abogado General es negativa, al entender que la cláusula que referencia al IRPH Cajas el cálculo del tipo de interés variable aplicable al préstamo no está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva. En concreto, sobre este particular, se expresa lo que sigue por parte del Abogado General Szpunar: “[...] soy de la opinión de que la cláusula controvertida está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. En efecto, el mero hecho de que una disposición nacional permita a una entidad bancaria incluir opcionalmente en las condiciones generales de un contrato de préstamo hipotecario un índice tras haberlo elegido entre los distintos índices de referencias oficiales previstos en esta disposición es suficiente, desde mi punto de vista, para considerar que dicha disposición no es imperativa en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 y, por lo tanto, que esta Directiva resulta aplicable” (§ 83). Y es que, según el

9 STJUE 21 marzo 2013, C-92/11, asunto RWE Vertrieb, (EU:C:2013:180).

Abogado General, la interpretación de la excepción contenida en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE debe ser estricta. Además, en concreta mención al momento relevante a los efectos de verificar el análisis de si la cláusula responde, o no, a una disposición legal o reglamentaria imperativa, se declara que debe ser el “momento en que se celebró el contrato”, y no cuando la cláusula contractual litigiosa se vio afectada por la actuación del legislador, criterio concordante con una interpretación sistemática de la Directiva y de su artículo 4.1, según el cual “el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará [...] considerando, en el momento de la celebración del [contrato], todas las circunstancias que concurran en su celebración”.

Partiendo de cuanto antecede, el Abogado General analiza la literalidad de la Orden de 5 de mayo de 1994, por la que se autorizaba al Banco de España a definir mediante circular un conjunto de índices de referencia que, según el Abogado General, resultaban “susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito”. Y esta valoración como índice posible -o elegible- en orden a la aplicación del IRPH Cajas se confirma por la circunstancia de que la Orden permitía, a elección de las partes, la concreción del índice de referencia de cálculo del tipo de interés variable, siempre y cuando éste cumpliera con las dos condiciones establecidas por la orden, a saber: (i) que no dependiera exclusivamente de la entidad de crédito, ni fuera susceptible de influencia por ella; y que (ii) los datos que sirvieran de base al índice fueran agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo. Así, según señala el Abogado General: “la Orden de 5 de mayo de 1994 no exigía [...] la utilización de uno de los seis índices de referencia oficiales, incluido el IRPH Cajas, sino que establecía [...] las condiciones que debían cumplir los «índices o tipos de referencia» para poder ser utilizados por las entidades bancarias”, de modo que “la elección [...] no debía efectuarse de manera imperativa entre los seis índices de referencia oficiales”, aunque es obvio que se presumía que los índices oficiales “cumplían, en principio, las dos condiciones mencionadas” (§ 78). En opinión del Abogado General esta conclusión resulta confirmada por la propia entidad financiera en sus alegaciones escritas, al utilizar expresiones como que “el IRPH no se impon[ía] obligatoriamente a los contratantes”, y también se confirma del voto particular emitido por los Excmos. Sres. Magistrados D. Francisco Javier Orduña Moreno y D. Francisco Javier Arroyo Fiestas en la referida STS, Sala 1ª, precedentemente citada al respecto.

- Acerca del alcance del control de transparencia.

En este ámbito debe anticiparse que el precepto que responde a la letra a) de la segunda cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona es el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, por cuya disposición no será posible realizar el control del carácter abusivo de cláusulas

que versen sobre “el objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”. Asimismo, conviene tener en cuenta que la considerada cuestión ya fue objeto una previa cuestión prejudicial que determinó el dictado de la STJUE, 3 de junio de 2010¹⁰, citada por el propio Abogado General, en la que el Tribunal de Luxemburgo argumentaba que el legislador español, al no transponer expresamente el artículo 4.2 mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación¹¹, quiso otorgar al consumidor una mayor protección que proporcionada por la Directiva, como bien permite el artículo 8 de la Directiva.

Y con precisa referencia a si la jurisprudencia del Tribunal Supremo que incorporó el control de transparencia reforzado a nuestro ordenamiento jurídico resulta acorde con el Derecho de la Unión Europea, debe señalarse en principio que si bien es cierto que la precitada STJUE Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid llegó a esta conclusión, no lo es menos que, con posterioridad a la misma, resultó aprobada una modificación de la ya mencionada Ley 7/1998, que sustituyó la expresión de “justo equilibrio de las contraprestaciones” por “desequilibrio importante de los derechos y obligaciones” lo cual, en opinión del Gobierno nacional, bastaría para concluir que la voluntad del legislador español fue transponer el artículo 4.2 de la Directiva al ordenamiento jurídico nacional. Menciona asimismo el Abogado General las SSTS de 18 de junio de 2012¹² y 9 de mayo de 2013¹³, que efectuaron una interpretación teleológica de la referida Ley 7/1998, para concluir que “aunque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, debe entenderse [...] que los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante, pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y transparencia”. No obstante, con los anteriores precedentes, el Abogado General considera que el Derecho de la Unión Europea exige que el acto de transposición, que no debe ser necesariamente efectuado por medio de una acción legislativa, sí debe ser “suficientemente precis[o] y clar[o]”, todo ello con el propósito de no vulnerar la seguridad jurídica de los justiciables, exigencia que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no cumpliría pues “no puede tener la claridad y la precisión necesaria para poder constituir un fundamento jurídico apropiado [...] para transponer la excepción prevista en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13”. Y, aunque se considera que la transposición no requiere de una acción legislativa, el Abogado General seguidamente declara que en un país como España la tarea de transponer las normas de derecho de la Unión Europea

10 STJUE 3 junio 2010 C-484/08, asunto Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (EU:C:2010:309).

11 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, publicada en el BOE núm. 89, de 14 de abril de 1998.

12 STS 18 junio 2012 (ES:TS:2012:5966).

13 STS 9 mayo 2013 (ES:TS:2013:1916).

al ordenamiento jurídico nacional corresponde “al legislador” y no a los Tribunales de Justicia.

En definitiva, entiende el Abogado General que no consta que el legislador español haya realizado ninguna acción dirigida a la transposición del artículo 4.2 de la Directiva, al menos no con la suficiente precisión y claridad, y, considerando que el precepto antedicho no es imperativo para los Estados miembros, concluye que su falta de transposición determina que el legislador utilizó la prerrogativa que le confería el artículo 8 de la Directiva 93/13/CEE, optando por conceder una mayor protección a los consumidores, lo cual supone que los jueces y tribunales pueden¹⁴ realizar un control completo y sin más limitación que la normada por el artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE. A este último respecto se afirma que “la falta de transposición en Derecho interno implica que, al autorizar un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, como las contempladas en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, la normativa española permite garantizar al consumidor, conforme al artículo 8 de dicha Directiva, un nivel de protección más elevado que el previsto por esta Directiva, incluso cuando esta cláusula se refiera al objeto principal del contrato o a la relación calidad/precio de la prestación” (§ 98). De la revisión de su texto cabe concluir que el Abogado General va más allá de lo interesado por el propio órgano jurisdiccional remitente en su elevación de la cuestión prejudicial, al afirmar que ese control incluiría ya cualquier cláusula (no sólo la del IRPH), sino también aquellas que afecten al objeto principal del contrato. No obstante, buena prueba de nos hallamos ante un pronunciamiento *obiter dictum* del Abogado General es que en las propuestas de respuesta para el TJUE no se alude a esta cuestión, sino que se limita a contestar lo que solicita el órgano jurisdiccional remitente¹⁵. Finalmente, el Abogado General reitera que cualquier interpretación contraria a esta visión sería contraria al artículo 8 de la Directiva¹⁶.

- *Acerca del alcance y el contenido de los deberes de información que incumben al profesional respecto del consumidor.*

Sobre este particular conviene tener en cuenta que el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE regula el control del carácter abusivo de las cláusulas no negociadas individualmente impuestas por el profesional en un contrato celebrado con un

14 Es más: y deben. Al respecto por el Abogado General se declara lo que sigue: “En consecuencia, los órganos jurisdiccionales españoles están obligados, en el marco de la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales de conformidad con el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, a examinar la transparencia de dichas cláusulas, en virtud del artículo 5 de esta Directiva” (§ 99).

15 Cfr. § 129.2 de las conclusiones del Abogado General Szpunar.

16 Contra este criterio, cfr. CÁMARA LAPUENTE, S.: “El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 junio 2010 (“Caja Madrid”) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 6, 2013, pp. 98-115.

consumidor, disponiendo que una cláusula es abusiva si “pese a las exigencias de la buena fe, causa [...] en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. Pero es que, además, la disposición contenida en el artículo 5 de la Directiva 93/13 impone que las cláusulas contractuales deben estar “redactadas siempre de forma clara y comprensible” prevaleciendo, en caso de duda, la interpretación que resulte favorable al consumidor. Pues bien, a los efectos de ofrecer una interpretación de lo que debe entenderse por redacción de forma “clara y comprensible”, el Abogado General se remite a la STJUE, de 30 de abril de 2014¹⁷, en la que el TJUE declaró que la exigencia de redacción clara y comprensible no solo alcanzaba al plano formal o meramente gramatical, sino que debía interpretarse de forma extensiva, y esto demandaba la concurrencia de información acerca de (i) el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiera la cláusula, (ii) la relación entre ese mecanismo y otras cláusulas y (iii) cualesquiera otros elementos (“todos”) necesarios para concluir si el compromiso contractual asumido por el consumidor se hizo con conocimiento de causa, esto es, si el consumidor medio podía razonablemente valorar las consecuencias económicas del préstamo, en definitiva, su coste total.

Por cuanto se refiere a la información que debe trasladar el profesional al consumidor a los efectos de cumplir con el control de transparencia que impone el artículo 5 de la Directiva 93/13, considera el Abogado General que la cláusula por la que se referencia el tipo de interés variable al IRPH Cajas es clara y comprensible gramaticalmente, toda vez que de la misma se colige con facilidad que el tipo de interés variable se determinará a través de la suma de un diferencial al índice de referencia elegido. No obstante lo indicado, el Abogado General se plantea la cuestión de si “no convendría que el consumidor medio estuviera en condiciones de comprender asimismo el funcionamiento exacto del índice de referencia contenido en ese método de cálculo”¹⁸. Y sobre este particular concluye en un sentido negativo, toda vez que, a su criterio, la señalada exigencia de conocimiento del mecanismo de cálculo que se desprende de las SSTJUE *Kásler y Káslerné Rábai y Andriciuc*, entre otras más, permite concluir que en estos dos supuestos la cláusula litigiosa no era otra sino la que proyectaba sobre el prestatario el riesgo derivado del tipo de cambio en contratos de

17 STJUE 30 abril 2014 C-26/13, *asunto Kásler y Káslerné Rábai* (EU:C:2014:282).

18 Al respecto el § 113 de las conclusiones del Abogado General Szpunar resulta del tenor siguiente: “Sin embargo, aún es preciso determinar si la cláusula controvertida cumplía la exigencia de transparencia impuesta por la Directiva 93/13, en particular habida cuenta de la obligación que resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que se expone en el punto 107 de las presentes conclusiones, según la cual el contrato debe exponer «de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate». En este contexto podría plantearse la siguiente cuestión: para comprender el método de cálculo del tipo de interés aplicable al préstamo hipotecario, que establece que el consumidor deberá pagar el resultado de la suma del índice de referencia y del diferencial (IRPH Cajas + diferencial), ¿no convendría que el consumidor medio estuviera en condiciones de comprender asimismo el funcionamiento exacto del índice de referencia contenido en ese método de cálculo?”.

préstamo denominados en divisas extranjeras, en los que se había observado que las fluctuaciones del tipo de cambio entre el euro y el franco suizo o el yen japonés -considerando éstas como las divisas en las que más comúnmente se denominaron los referidos préstamos en las naciones de nuestro ámbito más próximo- propiciaron determinadas "consecuencias económicas, potencialmente significativas" para los prestatarios. Así, en consideración del Abogado General, la consecuencia económica que estos préstamos pueden ocasionar al prestatario consumidor no es de la misma intensidad en los préstamos a que se refiere la cuestión prejudicial de referencia, en los que el tipo de interés variable puede verse influido por la evolución de los índices de referencia, entendiéndose que en tales supuestos el consumidor medio fácilmente hubiera podido calcular el impacto que una variación del índice de referencia podía suponer para las cuotas que tenía que abonar, especialmente porque la carga económica del préstamo, diversamente de lo que sucede con los préstamos multdivisa, no se altera más allá de lo que sucede con la ya referida evolución del índice de referencia. En concreto, a este respecto el Abogado General declara cuanto seguidamente queda expuesto: "En cambio, contrariamente al contrato de préstamo hipotecario denominado en una divisa extranjera que, habida cuenta del riesgo de tipo de cambio que recae sobre el prestatario, puede tener consecuencias económicas, potencialmente significativas, que le serán difícil de asumir, en el presente asunto las consecuencias que se derivan del préstamo hipotecario controvertido en el litigio principal, cuyo tipo de interés variable se calcula con arreglo a un índice de referencia oficial, no pueden calificarse de «potencialmente significativas» en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En efecto, la carga económica que se derivaba del préstamo podía ser prevista y calculada por el consumidor, que se encontraba en condiciones de valorarla antes de la celebración del contrato. En consecuencia, dejando al margen el hecho de que su préstamo está sujeto a un tipo de interés variable, el demandante en el litigio principal no está expuesto a un riesgo imprevisible de variación de la carga económica que se deriva de su préstamo" (§ 119 de las conclusiones del Abogado General Szpunar). Así, el Abogado General considera que la información que el profesional debe facilitar a un consumidor en este tipo de contratos es aquella que le posibilite conocer que el IRPH Cajas se obtiene a partir de la tasa anual equivalente -o TAE- de los contratos de préstamo hipotecario celebrados por cajas de ahorro españolas durante el mes de referencia, resultando que esta información, al tiempo de la celebración del contrato, no se podía deducir de la fórmula matemática incorporada en la cláusula litigiosa, aunque sí que constaba en la Circular 8/1990.

Partiendo de cuanto antecede, el Abogado General viene a concluir que un consumidor medio hubiera podido comprender sin dificultad en qué consistía el IRPH Cajas, atendida, además, la circunstancia de que el prestatario podía acceder gratuitamente a la información que sobre el mismo ofrece el Boletín Oficial del

Estado. Pero es que, a mayor abundamiento, confirmando la doctrina contenida en la STS, Sala Civil, de 14 de diciembre de 2017, el Abogado General pondera que la circunstancia de que al tiempo de la celebración del contrato se tratara de un índice oficial “permite presumir que a un consumidor medio le resultaba especialmente fácil acceder a los sistemas de cálculo de los diferentes índices oficiales y comparar las diferentes opciones que ofrecen las entidades financieras”, sin que resulte imprescindible trasladar a la entidad financiera la carga de ofrecer a los consumidores todas las alternativas posibles, pues ello transformaría la obligación informativa de los profesionales en una obligación de asesoramiento, que no es la que persigue la Directiva.

En atención a lo considerado, el Abogado General concluye que, de la documental obrante a las actuaciones, debe colegirse que la entidad bancaria cumplió con las exigencias derivadas del control de transparencia, sin que ello prejuzgue la resolución que corresponde, en última instancia, a los órganos jurisdiccionales nacionales, quienes deberán valorar si, en un caso como el que se discute, en el que la cláusula contiene una fórmula matemática “compleja y poco transparente para un consumidor medio”, la información proporcionada es “suficiente para que este pueda tomar una decisión prudente y con pleno conocimiento de causa en lo que se refiere al método de cálculo del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo hipotecario y a los elementos que lo componen”, lo cual incluye “la definición completa del índice de referencia empleado [así como] las disposiciones de la normativa nacional pertinentes que determinan dicho índice y, por otra parte referirse a la evolución en el pasado del índice de referencia escogido”. Y finaliza señalando que, a pesar de que la cláusula cuestionada supere las exigencias del control de transparencia, ello no constituye impedimento para que el juez nacional valore si concurre el determinante de su declaración de nulidad por ser abusiva, considerando la falta de transposición formal del artículo 4.2 de la Directiva. Específicamente declara que, de alcanzarse “la conclusión de que la exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por lo tanto, de transparencia ha sido respetada [...], ello no implicaría la exención del deber de someter [...] la cláusula controvertida a un examen referido a su eventual carácter abusivo en cuanto al fondo, habida cuenta de la posible existencia de un desequilibrio importante causado, en detrimento del consumidor, entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”, en definitiva, si la cláusula “cumple asimismo las exigencias de buena fe y equilibrio”. Sin embargo, a los efectos del señalado análisis no se expone por parte del concluyente ningún expediente concreto mediante el cual poder verificarlo, aunque cabría recurrir al que el propio Abogado General aplica a los efectos de evaluar la transparencia material de la cláusula, en definitiva, el recurso a las circunstancias en las que se produjo la contratación y al dato de si la entidad financiera predisponente ofreció suficiente información al consumidor para que este último pudiera tener

cabal conocimiento de las consecuencias jurídicas y económicas inherentes a la suscripción del contrato con la cláusula litigiosa, esto es, la aplicación del criterio de las ya referidas "consecuencias económicas, potencialmente significativas". Y así, considera el Abogado General que no procede entrar a valorar ni la letra c) de la segunda pregunta, ni la tercera pregunta formuladas por el órgano jurisdiccional remitente.

III. LA STJUE DE 3 DE MARZO DE 2020.

Como ya se ha indicado, el TJUE, en su Sentencia de fecha 3 de marzo de 2020, ha venido a dar respuesta a las cuestiones prejudiciales formuladas por el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona, en el ámbito de un pleito suscitado entre un consumidor y una entidad financiera en relación con la cláusula relativa al tipo de interés variable y remuneratorio (IRPH) incluida en el contrato de préstamo hipotecario concertado entre las partes litigantes.

Y el TJUE responde exponiendo los argumentos que, en síntesis, seguidamente se resumen y referencian. Así, por el Tribunal de Luxemburgo se viene a declarar lo siguiente.

1º. La cláusula que regula el índice IRPH se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, toda vez que no le es de aplicación el artículo 1.2 de la misma, por el que se establece que las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no estarán sometidas a las disposiciones de la Directiva 93/13. Esto es así porque "... 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". El tribunal declara que "el citado precepto establece la exclusión de tales cláusulas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, exclusión que es de interpretación estricta (...). Pero tal exclusión requiere que concurren dos requisitos: la cláusula contractual debe reflejar una disposición legal o reglamentaria y esta disposición debe ser imperativa (...). Y así, la sentencia declara que: "Para determinar si concurren los mencionados requisitos, el Tribunal de Justicia ha declarado que incumbe al juez nacional comprobar si la cláusula contractual de que se trata refleja normas de Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes de manera imperativa, con independencia de su elección o normas de naturaleza dispositiva y, por tanto, aplicables con carácter supletorio, es decir, cuando las partes no hayan pactado otra cosa (...)". En atención a lo expuesto, la Sala concluye que no nos hallamos ante una norma imperativa, declarando al respecto lo siguiente: "... la Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 8, debe interpretarse en el sentido de

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...". Considera la Sala que el referido examen "... ha de comprender, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario que estipule la retribución del correspondiente préstamo mediante intereses que se calculan según un tipo variable, 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 (...)".

2º. La cláusula de las hipotecas que incluye como índice de referencia el IRPF, debe superar el doble control de transparencia para no ser declarada nula por un tribunal español, y ello a tenor de la previsión contenida en la Directiva 93/2013/CEE, cuyos artículos 4º y 5º exigen una redacción clara y comprensible del texto de la cláusula para el consumidor. Desde esta consideración la resolución sienta doctrina sobre el índice IRPH y declara que el IRPH de las cajas de ahorros no es un índice legal o reglamentario de obligada aplicación por los bancos que, por lo tanto, no estaban obligados a incluirlo en las hipotecas concertadas con los consumidores. El Tribunal de Luxemburgo viene a reponer el criterio de que el doble control de transparencia de esta cláusula se aplica incluso en el caso de que el Estado miembro no haya transpuesto a su legislación la Directiva 93/2013, concretamente su artículo 4, apartado 2 de la Directiva. Al respecto se declara que: "Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa (...) 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".

3º. Considera el TJUE que es necesario que la cláusula que se incluya en el préstamo hipotecario como índice del tipo de interés pueda calcularse para toda la vida del préstamo, y en el supuesto de no ser así, los elementos necesarios para poder realizar el cálculo del índice IRPH de las Cajas de Ahorros deben de ser de fácil comprensión para cualquier persona, al estar publicados en la Circular

8/1990, publicada, a su vez, en el BOE. Y es que la exigida claridad en la citada cláusula permitirá al cliente bancario titular del préstamo hipotecario entender cómo se calcula el índice, según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, y que, en el contrato de préstamo hipotecario que ha dado lugar a la sentencia del TJUE, ese índice se redondeaba por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en el 0,25 %.

4°. Por otra parte, y atendida la circunstancia de que la competencia del TJUE comprende exclusivamente la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión, en este caso de la Directiva 93/13, corresponde únicamente al órgano judicial remitente llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que figuran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo. Más precisamente, 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. En este sentido se significa que desempeñan un papel decisivo en tal apreciación, entre otras circunstancias, la relativa a si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de manera que permitan a un consumidor medio evaluar tal coste, debiéndose sancionar la falta de mención en el contrato de préstamo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato.

5°. Considera el Tribunal que resulta pertinente a los efectos del señalado análisis la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el BOE. Y es que esta circunstancia permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades.

6°. Además, la Sentencia precisa que resulta pertinente, a los efectos de evaluar la transparencia de la cláusula controvertida la circunstancia de que, según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal (anexo VII de la Circular 8/1990), las entidades de crédito estuvieran obligadas a informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a

la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible. Por otra parte, esta 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. En definitiva, el juzgado nacional que conoce del asunto debe comprobar si en el momento y antecedentes a la celebración del contrato de préstamo hipotecario el banco prestamista cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información al cliente consumidor establecidas por las leyes y reglamentos españoles. Y es que las entidades de crédito, están y estaban obligadas a realizar el control de transparencia de incorporación de la citada cláusula al contrato, a tenor de la legislación nacional vigente en la fecha de celebración del contrato, en la cual los bancos y financieras estaban obligadas a informar a los consumidores de productos bancarios, del último valor disponible y de cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años anteriores a la celebración de los contratos de préstamo hipotecario. De esta manera, mediante el conocimiento y manejo de la indicada información, el usuario de los servicios financieros podría tener una información esencial sobre las consecuencias de la aplicación del índice IRPH, para poder comparar entre el cálculo del IRPH de las cajas de ahorros y otros índices del tipo de interés aplicables a su hipoteca, entre ellos el Euribor.

7°. Considera asimismo el TJUE que el juez competente para conocer de este caso "... podría reemplazar la cláusula controvertida por el índice sustitutivo contemplado en la Ley 14/2013, siempre que pueda considerarse que, con arreglo al Derecho nacional, el referido índice tiene carácter supletorio", si bien siempre y cuando concurren los requisitos siguientes: el carácter abusivo de la cláusula controvertida; que el contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal no pudiera sobrevivir sin tal cláusula; y que debido a la anulación del contrato el demandante en el litigio principal pudiera quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales. En definitiva, la sentencia no se opone a que el juez nacional en su resolución pueda sustituir la cláusula abusiva del índice IRPH de la hipoteca por otra más equilibrada a tenor de la Directiva 93/2013, a los efectos de evitar anular todos los contratos que contengan ese tipo de cláusulas y reemplazarlas por otras que impongan al contrato un equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes para restablecer la igualdad entre el contratante consumidor y el empresario. Y en el caso de que no se pudiera sustituir la cláusula abusiva por el juez, esto obligará al juzgador a anular todo el contrato, con la consecuencia para el consumidor de que tendría que devolver al banco prestamista las prestaciones recibidas, es decir, el importe del capital prestado. Para el supuesto de préstamos hipotecarios, la anulación conllevaría, en caso de no poderse devolver el capital por el consumidor, que el banco podría exigir el

pago del importe del préstamo pendiente de devolución, lo que en muchos casos sería imposible para consumidor, resultando que la declaración de nulidad de la cláusula por abusiva penalizaría al consumidor más que al propio prestamista, que seguiría incluyendo en sus contratos este tipo de cláusulas abusivas sin posibilidad de defensa para el consumidor.

8°. Además, el Tribunal razona que, con carácter general, “cuando el juez nacional ha declarado la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma de Derecho nacional que permite al juez nacional integrar dicho contrato modificando el contenido de esa cláusula (...)”. No obstante, la Sala precisa que, “en una situación en la que un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se opone a que el juez nacional, en aplicación de principios del Derecho de los contratos, suprima 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 (...)”.

9°. La STJUE declara también que: “(E)n el caso de un préstamo, tal anulación podría tener, 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 (...)”, para concluir que “(...), procede considerar que, en una situación en la que un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva que se refiere a un índice legal de cálculo del tipo de interés variable aplicable al préstamo, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede interpretarse en el sentido de que se opone a que el juez nacional, con el fin de evitar la nulidad del contrato, sustituya esa cláusula por un índice establecido como supletorio por el Derecho nacional, en la medida en que la anulación del contrato exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales (...)”.

En suma, la STJUE permite establecer las siguientes conclusiones:

a) La cláusula IRPH está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Y con referencia a esta cuestión conviene tener en cuenta la posición de las entidades bancarias acerca de que el índice

IRPH, al estar previsto en una norma administrativa, quedaba fuera del control de abusividad, pues sobre este particular el TJUE precisa que la referencia al IRPH de las Cajas de Ahorros no es el resultado de una disposición legal o reglamentaria imperativa, de manera que los bancos no se encontraban obligados a incluirlo en sus préstamos hipotecarios. Todo ello, y sin perjuicio de que el juzgado remitente verifique tal circunstancia, resulta que la cláusula se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE.

b) Los Tribunales españoles está obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiera al objeto principal del contrato, independientemente de la trasposición del artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE al ordenamiento jurídico. Sobre esta cuestión, la Sala declara que el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE incorpora asimismo la exigencia de redacción clara y comprensible que se contiene en su artículo 4, lo cual permite deducir que la previsión será de aplicación, en cualquier caso, también cuando una cláusula se encuentre comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva e incluso en el supuesto de que el Estado miembro de que se trate no haya transpuesto esta disposición. Para el supuesto de la cláusula IRPH que incluye una referencia a un tipo de interés variable cuyo valor exacto no puede determinarse en un contrato de préstamo para toda la vigencia del contrato, los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las Cajas de Ahorro deben ser fácilmente asequibles a cualquier persona, toda vez que figuraban en la Circular 8/1990, publicada en el BOE. Conviene reiterar que la señalada circunstancia posibilitaba al consumidor el entender que el índice debía calcularse según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, y que, en el contrato de préstamo hipotecario en cuestión, ese índice se redondeaba por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en el 0,25 %. Por otra parte, resulta asimismo idóneo a los efectos del control de transparencia el dato de que, según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato, las entidades de crédito se encontraban obligadas a informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH de las Cajas de Ahorro durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible, pues esta información proporcionaría al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas de la aplicación del índice y hubiera sido un término útil de comparación entre el cálculo del IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés.

c) La cláusula IRPH cumplirá la exigencia de transparencia siempre que resulte comprensible tanto formal como gramaticalmente, y si permite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda comprender el funcionamiento del modo de cálculo y de valorar sus consecuencias

económicas. Así, el Juez nacional considerará si los elementos principales para el cálculo del tipo de interés son fácilmente asequibles a cualquier persona, y, por otro lado, si se proporcionó información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés. Sobre este particular la Sala considera que, no obstante la prohibición general de integración de los contratos, cuando un contrato entre profesional y consumidor no puede subsistir, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE no se opone a que el juez nacional, suprima la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional cuando la declaración de nulidad obligue al juez a anular el contrato en su totalidad y deje expuesto al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales. Y es que el TJUE tiene declarado en reiteradas ocasiones que la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional resulta plenamente justificada a la luz de la finalidad de la Directiva 93/13/CEE, toda vez que pretende sustituir el equilibrio formal entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas. Y es que de no permitirse la sustitución de una cláusula abusiva constriñéndose al juez a anular el contrato, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse. Así, en el supuesto de préstamos, la anulación determinaría la necesidad de la inmediata exigibilidad del pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que pudiera exceder de la capacidad económica del consumidor, y, por tal razón, resultaría más penalizado el prestatario que el prestamista, que no iba a resultar disuadido de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca.

d) La Directiva 93/13 no se opone a que, en caso de declaración de nulidad de la cláusula IRPH, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales. Sobre este aspecto, el TJUE considera que el índice IRPH, previsto por la Circular 8/1990, fue reemplazado, en virtud de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de 2013, por un índice sustitutivo que el Gobierno español calificó de "supletorio, y por tal motivo, sin perjuicio de la comprobación que pueda verificar el juzgado remitente, la disposición establece que se aplicará dicho índice sustitutorio en defecto de otro acuerdo diferente entre las partes del contrato. En este ámbito, en el caso de que el juez remitente comprobara tanto el carácter abusivo de la cláusula controvertida, como la circunstancia de que el contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal no podría sobrevivir sin tal cláusula, y también el dato de que, debido a la anulación del contrato, el demandante en

el litigio principal quedaría expuesto a concretas consecuencias especialmente perjudiciales, podría reemplazar la cláusula controvertida por el índice sustitutivo contemplado en la Ley 14/2013¹⁹, siempre y cuando pueda considerarse que, de conformidad con el Derecho nacional, el señalado índice tiene carácter supletorio.

IV. PRONUNCIAMIENTOS MÁS RECIENTES DE NUESTROS JUZGADOS Y AUDIENCIAS PROVINCIALES.

Con posterioridad al dictado de la STJUE 3 marzo de 2020, nuestros tribunales han venido emitiendo resoluciones en sentido no siempre coincidente con la doctrina sentada por el Tribunal de Luxemburgo. Seguidamente, por orden cronológico, reseño algunos de los pronunciamientos más significativos.

I. Sentencias que declaran el carácter abusivo de la cláusula IRPH.

- *SJPI N° 4 Burgos 4 marzo 2020*²⁰, en la que se declara nula, por falta de transparencia, la cláusula de IRPH contenida en la escritura y se sustituye por el Euribor, concluyéndose que: "En el caso de autos, la cláusula 3 bis. 3 de la Escritura de Préstamo Hipotecario, evidencia ausencia de información detallada y pormenorizada, que no permite que un 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 ésta 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 Euribor, 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 Euribor. En consecuencia. La entidad bancaria demandada no suministró información suficiente a los actores para que éstos 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 Euribor. Y en la propia Oferta Vinculante, que no ha sido firmada por los demandantes, figura el índice de referencia IRPH enmarañado en la cláusula Tercera. Por ello, procede declarar la nulidad por falta de transparencia de la cláusula pacto 3º bis de la Escritura de Préstamo Hipotecario de fecha 2 de agosto de 2005".

¹⁹ Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, publicada en el BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013.

²⁰ SJPI N° 4 Burgos 4 marzo 2020 (Roj: SJPI 3/2020 - ECLI: ES:JPI:2020:3).

- *SJPI nº 6 Lleida 9 marzo 2020*²¹, en la que se declara lo siguiente:“(…) Los demandantes depusieron en Sala que no recordaban negociaciones previas con el banco, y además, no se les explicó la diferencia entre el índice de referencia Euribor ni IRPH, así como la evolución anterior de éste. Los empleados de la entidad bancaria propuestos como testigos no aportaron claridad al asunto, puesto que uno de ellos a causa de una enfermedad posterior perdió memoria y no recordaba la contratación con los actores, y el otro empleado no recuerdo a los actores ni la contratación de la hipoteca con ellos. Si tenemos en cuenta la inversión de la carga de la prueba del artículo 82.2 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, por la que se impone la carga de la prueba sobre una posible negociación e información al empresario, nada se ha probado sobre la información previa facilitada al prestatario. La Jurisprudencia europea (...) exige que para dar cumplimiento a las exigencias de buena fe y equilibrio amparadas en la Directiva 93/13/CEE en los contratos celebrados entre consumidor y profesional, el Bando o entidad financiera correspondiente debe facilitar información que facilite a un consumidor medio la comprensión de las consecuencias jurídicas y económicas que supone referenciar el interés variable de su préstamo hipotecario al índice de referencia IRPH. Y esta información, específicamente, alude a una explicación completa sobre el método de cálculo empleada para obtener tal índice de referencia, así como un estudio de la evolución que tal índice había tenido con anterioridad a la firma del contrato. La demandada arma su defensa a la legalidad del IRPH por tratarse de un índice de referencia oficial, recogido en legislación nacional y controlado por el Banco de España. Sin embargo, y a pesar de lo anterior, como ha señalado el TJUE, debe de superar un control de transparencia material, el cual en el caso presente no se ha probado por el empresario. Lo anteriormente expuesto, conduce a declarar la nulidad del pacto tercero bis de la escritura de préstamo litigiosa, en el cual se pactó que el índice de referencia aplicado para el cálculo de los intereses fuera el IRPH”. La Juzgadora, por cuanto se refiere a los efectos de la nulidad de la cláusula relativa al IRPH, declara que: “Sobre esta cuestión, la sentencia C-125/2018 del TJUE establece que: “ 67. Por consiguiente, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 (...) deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales”. En la descrita situación resulta procedente, en consecuencia, que las partes se restituyan recíprocamente cuantas

21 *SJPI nº 6 Lleida 9 marzo 2020 (Roj: SJPI 5/2020 - ECLI: ES:JPI:2020:5).*

obligaciones hayan satisfecho como consecuencia de la escritura pública litigiosa, y en tanto aquélla no supone la desaparición de la obligación inicial, lo procedente será la sustitución del índice IRPH por el índice de referencia EURIBOR, con la restitución de los intereses indebidamente cobrados por la entidad bancaria al no haberse aplicado el índice Euribor, más los intereses devengados desde cada uno de los cobros indebidos, que se determinará en ejecución de sentencia”.

- *SJPI n° 4 Guadalajara 8 abril 2020*²², en la que se señala, al abordar el “análisis jurídico y jurisprudencial de la cláusula objeto de declaración de nulidad en la presente litis, el Índice de Referencia de los Préstamos Hipotecarios (en adelante IRPH), cabe indicar que la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (actualmente derogada) habilitó al Banco de España para definir un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable. En cumplimiento de dicha habilitación, la Circular 5/1994 del Banco de España, de 22 de julio, estableció como oficiales los siguientes índices: a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por los bancos (IRPH BANCOS). b) IRPH 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 en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario”. Y se precisa que: “Tal y como considera razonable la STJUE de 3 de marzo de 2020, en el supuesto de litis, de la documental aportada a las actuaciones no se desprende que la entidad financiera demandada haya informado a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible. Tal información hubiera podido dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituye un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés”. Para concluir que: “Así pues, y en el caso de autos, no se considera 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

22 *SJPI n° 4 Guadalajara 8 abril 2020. Procedimiento 765/2017.*

sobre sus obligaciones financieras. Recordemos que en el presente caso la única prueba que existe es la documental por reproducida ya que la entidad bancaria no pudo facilitar datos de la persona que comercializó el préstamo para que depusiera como testigo y la respuesta de la AEAT tampoco es relevante al objeto debatido. En atención a lo expuesto procede declarar la nulidad de la cláusula de IRPH adoptado en el préstamo de litis y de su sustitutivo, por incumplimiento de la normativa comunitaria sobre transparencia en los términos expuestos, de conformidad con la STUJE de 3 de marzo de 2020”.

- *SJPI nº 17 Palma de Mallorca 20 abril 2020*²³, declara la nulidad de la cláusula de IRPH. A tal efecto la Juzgadora declara que: “En el caso de litis la cláusula de índice de referencia tiene este tenor literal: “Índice de Referencia Adoptado. Es el “tipo medio de los Préstamos Hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorros” que se publica por el Banco de España con periodicidad mensual en el Boletín Oficial del Estado”. Fijándose como índice de referencia sustitutivo: “No obstante, en el supuesto de que en la fecha establecida para el cálculo del tipo de interés nominal anual correspondiente a cada período de interés de la segunda fase, hubiese transcurrido más de dos meses sin que el Índice de Referencia Adoptado se hubiese publicado en el BOE, se adoptará como Índice de Referencia el “Tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorro” que se define en el Anexo VIII de la Circular 8/90 del Banco de España, índice que se publica por el dicho Banco con periodicidad mensual en el Boletín Oficial del Estado”. Se parte de la consideración de esta cláusula como condición general de la contratación. Como ya ha manifestado en numerosas ocasiones el TS desde la STS 9 mayo 2013 (referente a la cláusula suelo), los requisitos para ser condición general de la contratación son los siguientes: a) Contractualidad: se trata de “cláusulas contractuales”, que se ha incluido en el contrato por voluntad de los contratantes y no por 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. c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes (suele ser el empresario al consumidor, pero la LCGC no se aplica sólo en el ámbito de la relación entre empresario y consumidor), de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato no pueda obtenerse más que mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula. La conocida fórmula “take it or leave it”. d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos con la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse. Frente a las cláusulas negociadas individualmente se utilizan en la llamada contratación en masa o seriada. Aunque resulte lógico que una cláusula que afecta al objeto principal del contrato, como es el interés remuneratorio (el precio de la operación), se incluya

23 *SJPI nº 17 Palma de Mallorca 20 abril 2020. Procedimiento 1089/2018.*

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 (...). En este sentido han resuelto tanto el TS como el TJUE. Y, no constando que en el caso de autos, fuera negociada individualmente, debe considerarse que tiene tal cualidad de condición general, en tanto que reúne todos y cada uno de los requisitos necesarios para su calificación como tal (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad). No se utilizó la expresión abreviada IRPH, siglas que más allá de su reciente popularidad a través de la difusión en los medios de comunicación de la cuestión prejudicial elevada ante el TJUE, distaban de ser conocidas para el ciudadano medio en este país, no obstante tampoco se define con precisión dicho índice de referencia, sino que nos hallamos ante una cláusula que establece que la definición de ese índice está en una Circular, es decir, es una cláusula con remisión normativa, no considerada válida como información precontractual o contractual por pacífica jurisprudencia, ya que se obliga a que el contrato contenga perfectamente definidos los elementos del mismo y las fórmulas de cálculo, especialmente los elementos esenciales y las cláusulas complejas u oscuras, sin que sea válida la remisión normativa para que sea el consumidor el que se informe del funcionamiento de dicha cláusula mediante su propia búsqueda de información, fuera del contrato. Cabe destacar asimismo, la especial complejidad y dificultad que presenta este índice IRPH tanto al tenor de su fórmula matemática de cálculo, como por su peculiar configuración (incluye comisiones y además gasto del cliente, y se calcula por una media no ponderada) 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. El profesional que configura condiciones generales que inciden sobre elementos esenciales se le exige un plus de información, o de exigencia de transparencia, que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga jurídica y económica que les supondrá concertar el contrato, sin necesidad, desde la asimetría de información existente, de realizar por el mismo un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. De ahí que esta exigencia comporte que el elemento que presenta cierta complejidad sea objeto de una información principal y comprensible en la formación y perfección del contrato. Para cumplir con esta exigencia de información el profesional puede recurrir a diversos parámetros de comprensibilidad del elemento en cuestión, sin que, en principio, haya un listado taxativo o jerárquico de los mismos. Sin embargo, la STJUE de 20 de septiembre de 2017 (en un supuesto de hipoteca multdivisa), con relación a la comprensión de estos mecanismos que versan sobre una operativa financiera, caso de la variación en el tipo de cambio de una divisa, pero también de la aplicación de un índice de referencia, resalta el deber del profesional de proporcionar los posibles escenarios

que comporte la aplicación de dichos mecanismos. En el caso de autos no se considera acreditado que la entidad financiera demandada facilitara información específica o adicional al consumidor relativa al alcance y funcionamiento concreto de este índice de referencia en el marco del contrato de préstamo ofertado, tanto en la fase precontractual, como en las fases de perfección y ejecución del contrato. Este parámetro resulta relevante en el presente caso, en donde el profesional, sin duda, conocía la peculiar configuración de este índice, así como el carácter residual de su utilización, pues más del 80% de los préstamos hipotecarios ya venían en el año en el que se concertó el préstamo, referenciados al Euríbor como índice aplicable. Con lo que el plus o exigencia de transparencia era mayor en estos casos, pues debe recordarse que las variaciones del Euríbor, desde el año 2000, fueron objeto de difusión periódica por los canales televisivos y la prensa en general, por lo que el consumidor medio tenía mejor acceso y estaba más familiarizado con el alcance de este índice de referencia que con el IRPH. 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, cabe destacar que, desde su aplicación, el IRPH se ha mantenido en valores superiores a otros índices más usuales y conocidos por el consumidor medio, como el EURIBOR. Además, se constata que en el caso de litis no se considera acreditado que se informara al consumidor de las circunstancias concretas del modo de cálculo y de la posibilidad que tenían las Cajas o entidades financieras de influir sobre dicho cálculo. En concreto la documental aportada a autos no arroja información de que el IRPH se calculaba a partir de los datos facilitados por las mismas entidades financieras cada mes; de que el IRPH se calcula como media simple, con el mismo peso de todas las entidades (IRPH sectorial), con independencia del volumen de préstamos concedidos. Por ello, si una entidad por haber incrementado un mes los tipos de interés o comisiones, perdía cuota de mercado, no variaba su representatividad en el IRPH. Por lo tanto, a menos entidades financieras, más influencia en el IRPH de las que quedan y, por consiguiente, cualquiera podía influir en el resultado del IRPH incrementado los intereses o las comisiones que aplicaba en el mes en cuestión. Tampoco se considera acreditado que informara al consumidor que el dato que proporcionaba la entidad bancaria o caja de ahorros para obtener la media aritmética del IRPH lo era con el TAE con comisiones y gastos. Asimismo, y desde el punto de vista de la publicidad que solía acompañar la utilización de este índice de referencia, cabe destacar que era habitual publicitar el IRPH al cliente como un índice menos volátil, más seguro y más estable que el euríbor, por lo que también parece razonable, en opinión de esta Juzgadora que debe exigirse a la entidad financiera, haber facilitado

con carácter precontractual la exhibición de las diferentes gráficas, extraídas con datos del Banco de España y conocidas entonces por la entidad profesional, a los efectos de dar a conocer la evolución de uno (IRPH) y otro tipo (EURÍBOR) al consumidor, así como la realización de simulaciones en diferentes contextos alcistas y bajistas de cada uno de los índices de referencia, a los efectos de que el consumidor pudiera tener una exacta información del coste jurídico y económico que conllevaba acogerse a uno u otro índice de referencia. Todos estos datos, además de su fórmula de cálculo matemático, que también es parte de su comprensibilidad, abocan a que pudiera tratarse de un índice complejo en su conjunto, lo que debería determinar por parte de la entidad financiera un plus de información y publicidad, justamente por afectar a un elemento esencial del contrato. Añadiéndose un plus en la transparencia para nuestro derecho al no transponer el art. 4.2 de la Directiva. Es decir, el nivel de protección debe ser más elevado que el de la propia Directiva 93/13/ CEE. No comparte este Juzgador la opinión del TS en su mencionada sentencia de 14 de diciembre de 2017 de que esta información del coste comparativo en una evolución de tiempo razonable (dos años antes de la celebración del contrato, tal y como señala la STJUE de 3 de marzo de 2020), mediante exhibición de gráficos y realización de simulaciones que evidenciaran y cuantificaran que si el IRPH evolucionaba más desfavorablemente que el EURIBOR, tal circunstancia perjudicaría y en qué medida concreta al prestatario, si pese a los distintos márgenes, el resultado era superior, sea “una obviedad”, “ya que resulta evidente que siempre que existen varios índices oficiales, los prestatarios cuyos préstamos estén referenciados al índice que en el futuro se comporte mejor (en el sentido de que baje más o suba menos) saldrán ganando, y los que lo estén al índice que evolucione peor, saldrán perdiendo. Como ocurre con los préstamos fijos: si el índice al que está referenciado el préstamo a interés variable más el diferencial baja por debajo del tipo fijo, los prestatarios que hayan optado por éste saldrán perdiendo; si ocurre lo contrario, saldrán ganando”. No parece que esta simplista comparación realizada por el TS en la citada sentencia sea acertada ni afortunada, ya que resulta evidente que no nos encontramos ante supuestos de similar complejidad y facilidad de entendimiento para el “consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”. Máxime si tenemos en cuenta que era habitual que el diferencial del IRPH fuera inferior al del EURIBOR, elemento que, en opinión de esta Juzgadora, contribuía más a generar en el consumidor la expectativa de que el IRPH no sólo era un índice de referencia más “seguro y estable” sino más “barato” por tanto con menor coste económico en su préstamo hipotecario. Tal y como considera razonable la STJUE de 3 de marzo de 2020, en el supuesto de litis, de la documental aportada a las actuaciones no se desprende que la entidad financiera demandada haya informado a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible. Tal información hubiera podido dar al

consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituye un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés. Así pues, y en el caso de autos, no se considera 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". Por lo expuesto la Juzgadora declara "la nulidad de la cláusula de IRPH adoptada en el préstamo de litis y de su sustitutivo, por incumplimiento de la normativa comunitaria sobre transparencia en los términos expuestos, de conformidad con la STUJE de 3 de marzo de 2020". En relación a las consecuencias relacionadas con el alcance de la nulidad, la Sentencia señala que el "interés del préstamo afecta a un elemento esencial y podría entenderse que un préstamo no puede sobrevivir sin el interés al ser primordial para el profesional. Es decir, el profesional no hubiera concedido el préstamo, por lo que la nulidad conllevaría la restitución y devolución inmediata e íntegra del préstamo por el deudor, con pérdida del beneficio del plazo, lo que sería claramente perjudicial para el consumidor". Seguidamente se explica que "también podría aplicarse estrictamente el art. 10 LCGC, art. 83 TRLGCU, art. 1303 del Código Civil y el principio de no vinculación en absoluto al consumidor de las cláusulas declaradas nulas por abusivas ex art. 6.1 de la Directiva 93/13 y dejar sin efecto el interés quedando obligado tan solo el consumidor a la devolución del capital en los plazos estipulados. Acorde con el principio declarado por el TJUE relativo a la obligatoriedad del contrato para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas, al ser ello jurídicamente posible, y así conseguir el efecto disuasorio y evitar en lo sucesivo la imposición de esta cláusula sin la debida información, conforme con el art. 7 de la Directiva 93/13". La Juzgadora precisa que "la opción de que el préstamo siga desplegando su eficacia, suprimiendo el citado índice de referencia y dejando el préstamo sin intereses no es una opción viable en nuestro ordenamiento jurídico ya que desnaturaliza el contrato de préstamo mercantil que por definición debe ser oneroso" y que "la nulidad total del contrato de préstamo, declarando su vencimiento anticipado, sería gravemente perjudicial para el consumidor". Por ello, se concluye que "procede declarar aplicable al préstamo hipotecario de litis el EURIBOR, condenando a la entidad financiera demandada al recálculo de todos los intereses devengados durante toda la vida del préstamo hipotecario, utilizando como índice de referencia el EURIBOR y a restituir a la parte actora la diferencia resultante en relación a las cantidades percibidas utilizando el IRPH cuya nulidad

se ha declarado. Cantidad a la que habrá que añadir los intereses legales desde la fecha de cada uno de los pagos y hasta su efectiva satisfacción”.

- *SAP Málaga, Sección 6ª, 21 abril 2020*²⁴. Esta Sentencia mantiene la nulidad del IRPH Cajas y sus sustitutos, admitiendo parcialmente el recurso de la entidad y acordando su sustitución por el Euribor, así como la fijación de un nuevo diferencial. La resolución ofrece una completa síntesis sobre las exigencias informativas necesarias para superar el control de transparencia que resultan enumeradas, con precisión de los elementos informativos requeridos, y confirma el carácter de proceso informativo y no de acto puntual de información que debe concurrir en la firma, así como el deber de la entidad de informar proactivamente y probar en sede judicial que informó debidamente al consumidor. Esta Sentencia supone una novedad en el panorama nacional, en el aspecto relativo a la asunción de los pronunciamientos del TJUE en cuanto a la aplicabilidad del control de transparencia, estableciendo una línea distinta de la pautada por la Audiencia Provincial de Barcelona. También por especificar aquellos elementos de información necesarios para dar cumplimiento al deber de información, precisando el análisis del cumplimiento o incumplimiento del señalado deber. E igualmente por la “innovación que supone en el aspecto relativo al tratamiento del diferencial aplicable al préstamo una vez declarada la nulidad. En definitiva, la Sentencia elimina el índice fijado en la escritura de constitución de la hipoteca y lo reemplaza, aplicando la Disposición Adicional 15ª Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, incorporando a su texto un link a la página de Banco de España para el cálculo del nuevo diferencial (https://app.bde.es/asb_www/es/diferencial.html#/principalDiferencial), el “diferencial medio Euribor”, que, en función de su interpretación, implica el cambio del diferencial del préstamo, o bien la corrección al alza del Euribor hasta reajustarlo al IRPH. A los efectos de justificar esta sustitución de tipos, la AP de Málaga recoge parcialmente en su Sentencia el pronunciamiento contenido en la STJUE de 3 de marzo de 2020 (C-125-18), pero omitiendo el inciso final siguiente: “La consecuencia no puede ser la aplicación sustitutiva necesariamente, sino aquella que pudiera el Tribunal establecer a petición de parte, en defecto de pacto, y en protección del consumidor. Evidentemente entre ellas podría situarse el que se ha previsto como sustitutivo atendiendo a dicha protección, lo que en el caso, salvo pacto en contrario entre las partes, en virtud de todo lo expuesto, no es posible. Lo anterior es consecuente con lo previsto en el considerando 67 de la referida Sentencia de 3 de marzo de 2020 del TJUE: “...deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta

24 *SAP Málaga, Sección 6ª, 21 abril 2020. Recurso: 1227/2017.*

de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales (F.Jco 5º)". Y es que, por sorprendente que pueda parecer el hecho de que el préstamo hipotecario quede remunerado exclusivamente por el diferencial, la cuestión esencial es que la dinámica de "integración" que la resolución aplica viene a eliminar el carácter correctivo que, de futuro, tienen las disposiciones de la Directiva 93/13/CEE. Mediante esta Sentencia la AP de Málaga se alinea con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y considera que la cláusula que establece el índice de referencia (IRPH cajas y TAR) es condición general, asumiendo expresamente el criterio que sostiene que no es de aplicación la excepción del art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE por lo que cabe el análisis de transparencia de la incorporación. Y al no estar excluida (ex art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE), procede verificar el análisis de transparencia en su incorporación al contrato de préstamo, resultando que, analizados los hechos concretos, la resolución ratifica lo acordado en la instancia, para concluir que no se supera el control de transparencia, confirmando la nulidad obtenida.

- *SAP Toledo 29 abril 2020*²⁵. La Sala declara lo que sigue: "En este caso la demanda afirma que no existió explicación alguna por parte de la entidad financiera a los prestatarios acerca de cómo se haya el IRPH ni como se había comportado el IRPH en los últimos años y la demandada como se expuso no se especifica claramente cuál fue la información dada concretamente a D. y A. sino que habla de "la práctica habitual de mi principal", es decir que no existe certeza de lo que en este caso se ha hecho, que "era y es explicar verbalmente y por escrito al cliente todos los pormenores relativos a los intereses que debería pagar por su préstamo, lo que incluía lo relativo a la cláusula en donde se establecía el índice de referencia aplicable al Préstamo –IRPH-". A lo que se añade que: "Pero aparte de lo expuesto, en ningún momento ni se alega ni menos aún se prueba (no olvidemos que sólo se aporta documental y no se ha practicado la prueba de interrogatorio de parte) que la entidad bancaria haya explicado las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y concretamente cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible".

- *SAP Toledo 20 mayo 2020*²⁶. La Sala analiza la cláusula relativa al IRPH declarando lo siguiente: "(...) la cláusula contemplada en el contrato gozaba de una cierta complejidad, puesto que la mera descripción del tipo contemplado en la estipulación contractual no permitía una fácil comprensión no sólo de su

25 *SAP Toledo 29 abril 2020. Recurso: 87/2018.*

26 *SAP Toledo 20 mayo 2020. Recurso: 694/2018.*

contenido gramatical, sino, esencialmente, de las consecuencias económicas e implicaciones que la misma conllevaría durante la ejecución del contrato, tampoco una información sobre su concepto, evolución y especificidades. Y la entidad de crédito no ha acreditado que se facilitara información al consumidor al respecto. Esto es, tal y como queda reflejado en la sentencia de instancia no informó a los clientes de la existencia de dicha cláusula relativa al IRPH, impidiendo así a ellos clientes que pudieran alcanzar un conocimiento adecuado a lo que firmaban. Tampoco consta información relevante sobre otras opciones para que los clientes pudieran valorar su inclusión en el contrato o pudieran, en su caso, variar las condiciones del mismo. Hemos de partir de que el predisponente es quien tiene atribuida la obligación de facilitar la información necesaria en los contratos concertados con consumidores. Así se indica en numerosas resoluciones de la Sala Iª del Tribunal Supremo, v.gr, sentencia núm. 188/2019 de 27 de marzo, a cuyo tenor: "(...) El control de transparencia se proyecta sobre el cumplimiento de estos especiales deberes de información y comprensibilidad material que incumben al predisponente en la formación y perfección del contrato". En coherencia con lo anterior, hemos de colegir que pesa sobre la demandada la carga de la prueba en relación al cumplimiento suficiente de la obligación que le incumbe, conforme al principio de facilidad y disponibilidad probatoria contenido en el artículo 217.7 LEC. Resulta impensable hacer recaer sobre el consumidor la prueba negativa de que la entidad bancaria no ha cumplido de modo suficiente con sus obligaciones informativas. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la falta de constancia del cumplimiento de estas obligaciones siempre ha perjudicado al predisponente (...). Es por lo expuesto por lo que, en aras a asegurar el principio de primacía del Derecho Comunitario, reconocido en la jurisprudencia del TJUE (v. gr., SSTJUE 15 de julio de 1964, asunto Costa contra Enel) y la aplicación de la Directiva 13/93, y conforme ha sido desarrollada por la jurisprudencia del TJUE citada en el asunto C- 125/18, procede declarar abusiva la estipulación que regula el tipo de interés remuneratorio en el contrato". La Audiencia concluye que: "El efecto de tal decisión, en la medida en que la supresión de la cláusula que regula el tipo de interés podría afectar a la viabilidad de la propia pervivencia del préstamo, ocasionando perjuicios para el consumidor, será la sustitución del índice pactado por el índice EURIBOR, con las consiguientes consecuencias económicas que su sustitución genere desde el inicio del contrato. De esta forma, se deberá efectuar un recálculo de las cantidades (cuotas de amortización) que hubieran debido abonar los demandantes para el caso de que el índice de referencia pactado en el contrato a partir del período previsto contractualmente hubiera sido el EURIBOR, debiendo, en su caso, ser abonada la diferencia existente a la parte actora, más el interés legal devengado en aplicación de los artículos 1100 y 1108 del Código Civil desde la fecha de cada uno de los cobros. Asimismo, el contrato podrá continuar subsistente en lo sucesivo, si bien mediante la aplicación, como

índice de referencia del interés remuneratorio, del EURIBOR, más el diferencial pactado en el contrato”.

- *SAP Guadalajara 27 mayo 2020*²⁷, en la que se declara lo siguiente: “..., el Juez nacional deberá tener en cuenta, al determinar el carácter abusivo o no de la cláusula controvertida, el carácter claro y comprensible de su redacción -control de incorporación-, y si el empresario cumplió efectivamente con su obligación de dar información al consumidor antes y en el momento de la celebración del contrato -control de transparencia-, sobre el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés, basándose en criterios precisos y comprensibles, y sobre la evolución en el pasado de ese índice, de forma que pudo conocer las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras. (ii). En el presente caso, debemos partir de que, conforme la documental aportada con la demanda, aunque no se ha discutido este extremo, la parte demandante ostenta la condición de consumidor, en la acepción que recoge el artículo 3 del RDL 1/2007. Así, consta que el objeto del préstamo hipotecario tenía como objeto la construcción de lo que iba a ser la vivienda habitual de los actores, sin que ello tuviera ninguna relación con una actividad comercial, empresarial, oficio o profesión de la parte prestataria. En cuanto a la cláusula controvertida, como señala la sentencia recurrida, en la escritura pública de fecha 23 de febrero de 2001, de constitución del crédito hipotecario, en la cláusula tercera bis se establece que el tipo de interés variable, a aplicar tras el periodo de carencia, es decir, a partir del 1 de septiembre de 2001, estaría determinado, según el apartado B) por el índice de referencia (IRPH) más el diferencial, siendo el índice de referencia adoptado el “tipo medio de los Préstamos Hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorros” que se publica por el Banco de España con periodicidad mensual en el Boletín Oficial del Estado”, conocido como IRPH Cajas. Fijándose como índice de referencia sustitutivo, en el apartado C), el tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorro”, conocido como IRPH CECA; y como sustitutivo de este el último publicado (doc. 2 de los acompañados a la demanda). Dicha cláusula de IRPH Caja y CECA, en primer lugar, constituye (...) una condición general de la contratación pues está incorporada como modelo tipo a una pluralidad de contratos, y ha sido predispuesta por el empresario, de tal modo que el adherente no tuvo otra posibilidad que aceptarla o rechazarla, sin posibilidad de negociar de forma singularizada el establecimiento de otro tipo de interés que no fuera la aplicación del índice de referencia indicado, reuniendo, por tanto, los requisitos que el artículo 1 apartado primero de la LCGC exige para que se trate de una condición general de contratación. El hecho de que se hubiera acordado un periodo de carencia o el capital o plazos de devolución, no es óbice para considerar que nos encontramos ante una condición general pues una cosa

27 *SAP Guadalajara 27 mayo 2020. Recurso: 278/2019.*

es que las cláusulas se ajusten a las necesidades de financiación requeridas para la adquisición de la vivienda hipotecada y las posibilidades de pago del préstamo, y otra distinta que ello suponga una negociación sobre las cláusulas en las que se incluyen tales elementos, o que los prestatarios interviniesen directamente en la redacción de estas. En todo caso, la carga de la prueba de que ha existido tal negociación particular le corresponde al predisponente, concurriendo una apariencia externa de encontrarnos ante cláusulas estandarizadas con el objeto de incluirse en múltiples contratos con clientes, algo, por otra parte, lógico en atención al sector en que opera la demandada. Lo anterior no puede verse enervado por el hecho de que las mismas sean aceptadas voluntariamente por el adherente o se suscribiera a petición del actor. En consecuencia, del conjunto probatorio obrante en autos, la redacción y términos de la cláusula atinente al IRPH Caja incorporada al contrato, constituye una propuesta e iniciativa de la entidad demandada y fue un clausulado redactado y predispuesto por ésta, sin que se haya probado que, con respecto a la misma, hubiera existido una negociación personal e individualizada con la parte prestataria". (...) "No consta que se les informase, ni por escrito ni verbalmente de las circunstancias concretas del modo de cálculo del IRPF Cajas y de la posibilidad que tenían las Cajas o entidades financieras de influir sobre dicho cálculo. En concreto, no consta que se les informase de que el IRPH Cajas se calculaba a partir de los datos facilitados por las mismas entidades financieras cada mes y como media simple, con el mismo peso de todas las entidades (IRPH sectorial), con independencia del volumen de préstamos concedidos; que si una entidad, por haber incrementado un mes los tipos de interés o comisiones, perdía cuota de mercado, no variaba su representatividad en el IRPH; que, a menos entidades financieras, más influencia en el IRPH de las que quedan y, por consiguiente, cualquiera podía influir en el resultado del IRPH incrementado los intereses o las comisiones que aplicaba en el mes en cuestión. Tampoco consta acreditado que se informara a los consumidores que el dato que proporcionaba la entidad bancaria o caja de ahorros para obtener la media aritmética del IRPH lo era con el TAE con comisiones y gastos. Y tampoco consta que dicha información se realiza en relación con los índices que se establecían como sustitutos. Tampoco consta, pues no se ha aportado, que se les hiciese simulaciones de escenarios diversos de los índices de referencia posibles, sobre los distintos escenarios que podían producirse (principalmente aquellos más desfavorables en función de la evolución del índice de referencia), ni la práctica de advertencias claras, precisas y comprensibles sobre el coste comparativo entre ambos índices, lo que sin duda hubiera contribuido a comprender los riesgos que suponía una opción u otra" (...) "La propia naturaleza de la obligación protectora de consumidores requería y exigía tener un control sobre la información que se daba a los consumidores sobre dichos índices de referencia, debiendo ser completa. No debe olvidarse que la oferta vinculante y la minuta para la redacción de la escritura pública fueron redactados por la propia entidad, y su aceptación genérica, es totalmente

inoperante para demostrar que se produjo una información en las condiciones precisadas para el entendimiento de la opción del índice de referencia indicado, su funcionamiento, su sustitutivo y los riesgos que el mismo entrañaba. Así, no resulta probado que se suministrase, ni por escrito ni verbalmente, la información precontractual necesaria para que los prestatarios conocieran adecuadamente la naturaleza y riesgos vinculados a las cláusulas relativas al tipo de interés a aplicar”.

- *SAP Valencia 1 junio 2020*²⁸, en la que se declara que “no consta que la entidad prestamista cumpliera con tal información, pues, si bien medió oferta vinculante, exhibida al Notario autorizante (así escribe el fedatario en la escritura pública), no consta la expresión del valor último del IRPH Cajas, tampoco su evolución en los dos últimos años, y en las advertencias finales del notario tampoco se menciona tales datos...”. Dice que la Orden Ministerial de fecha 05/05/1984, en los “presupuestos de su aplicación a préstamo o créditos hipotecarios, fijaba el límite cuantitativo de 25 millones de pesetas, (artículo 1-3º que no fue modificado expresamente y mantuvo esa redacción hasta su derogación por la EH OM 2899/2011), pero el artículo 48.2 de la Ley 26/1988 sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito, (que es de reiterar desarrolla aquella Orden Ministerial) ni en su redacción original ni en su modificación en el año 2002, fijó una limitación cuantitativa para el cumplimiento de la información y publicación de los índices aplicables en esos contratos y el precepto legal fue modificado por la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, con una redacción en la que claramente ya dispuso el cumplimiento de los deberes informativos, en esta clase de operación, con independencia de la cuantía”. Se declara, en cuanto a la consecuencia de la nulidad de la cláusula relativa al IRPH, que: “si bien estamos ante un elemento esencial del contrato, cuya nulidad y desaparición, dada tal naturaleza llevaría a que el contrato no pueda subsistir, en claro perjuicio de los consumidores, por su inmediata obligación de la restitución de todo el montante adeudado, (...), resulta palmario que los actores interesan la prosecución del contrato y por ende su vigencia, aún con su eliminación, desde el momento en que en su pretensión principal solicitan se regle la retribución del crédito con la aplicación del índice Euribor más un punto o subsidiariamente con el IRPH Entidades”. La Sala considera que “(...) en el pacto Tercero bis se fijó la aplicación del índice IRPH Cajas y con carácter sustitutivo (siguiendo precisamente los dictados de la citada Orden Ministerial, el IRPH CECA). Es decir, en momento alguno hubo una previsión contractual de aplicar como índice el Euribor que, además, la demanda anexaba solo a la nulidad del IRPH Cajas por manipulable, motivo este que como se ha motivado supra se ha rechazado y ajustándonos al principio de rogación y congruencia, resulta inviable tal aplicación”. Y, después de recordar que el TJUE, en su Sentencia de fecha 3 de marzo de 2020, declaró que “los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben

28 SAP Valencia 1 junio 2020 (ECLI: ES:APV:2020:539).

interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales”, la Sala argumenta lo siguiente: “Los índices legales al año 2005 (fecha de contrato) a los que remitía la OM 5/5/1995, venían establecidos por el organismo regulador (Banco de España) en la Circular 5/1999, con modificación de la Circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela y fijó; “3. A efectos de lo previsto en la Disposición Adicional Segunda de la Orden sobre préstamos hipotecarios, se consideran oficiales los siguientes índices o tipos de referencia, cuya definición y forma de cálculo se recoge en el anexo VIII: a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por los bancos. b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorro. c) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito. d) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorro. e) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años. f) Tipo interbancario a 1 año (Mibor). El Banco de España dará una difusión adecuada a estos índices que, en todo caso, se publicarán, mensualmente, en el “Boletín Oficial del Estado””. No estaba en tal relación el Euribor y, además, los contratantes como sustitutivo fijaron el Tipo CECA. La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, en su Disposición Adicional Decimoquinta, Régimen de transición para la desaparición de índices o tipos de interés de referencia, ha fijado una “novación legal” para los contratos donde se pactaron los índices IRPH CAJAS; IRPH Bancos y Tipo CECA, determinando 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” (es decir, el denominado IRPH Entidades). Por consiguiente, nos encontramos que para esta clase de préstamos con esos índices que dejaron de publicarse, es el legislador quien ha impuesto, el índice aplicable en su retribución, implicando una novación del contrato de carácter imperativa, porque así califica en la propia Ley y por consiguiente obligatoria, hasta el punto de eliminar la viabilidad de cualquiera acción por tal modificación al establecer: “4. Las partes carecerán de acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo o crédito como contrapartida de la aplicación de lo dispuesto en esta Disposición”. Es decir, no se trata de verificar ahora el cumplimiento de la obligación informativa sobre el Índice IRPH Entidades al momento de la contratación, sino de aplicar un precepto

imperativo sustitutivo por ley que fija cual es el índice del tipo de interés que ha de aplicarse al contrato y sin posibilidad de accionar por tal cambio. Aparte de ello es que no concurre un acuerdo contrario a tal efecto entre partes, pues basta leer el segundo suplico del escrito de demanda. En consecuencia, la nulidad del tipo IRPH Cajas ha de ser sustituido, en el caso presente, por el Tipo IRPH Entidades que, además, es el que efectivamente viene aplicando la entidad demandada en cumplimiento de la citada disposición legal, desde diciembre de 2013. Por consiguiente, deberá la entidad demandada restituir el exceso abonado por los demandantes entre el tipo aplicado con el IRPH CAJAS en comparación con la aplicación del Tipo IRPH entidades, desde la fecha de contrato hasta diciembre de 2013²⁹.

- *SAP Castellón 28 julio 2020*³⁰, en la que en aplicación de la STJUE de 3 de marzo de 2020 se declara nulo el IRPH, por abusivo, estableciéndose, no obstante, un índice sustitutorio. Al respecto, inicialmente la Sala considera que “no apreciamos óbice alguno a que se someta al control de transparencia (en su doble vertiente de incorporación y comprensibilidad) derivado la normativa protectora de consumidores y usuario, la cláusula debatida que fija un interés remuneratorio variable y su cálculo tomando como referencia el IRPH Cajas más un diferencial. Aun cuando regula un elemento esencial del contrato que forma por tanto parte de su objeto principal, es bien sabido que conforme al art.4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, quedará exenta del denominado control de contenido siempre que sea clara y transparente, y de ahí lo expuesto, todo ello partiendo de que la cuestión introducida y extensamente tratada por la parte actora acerca de la incorporación de dicha norma a nuestro ordenamiento interno ha sido zanjada por la Sentencia antedicha del TJUE estableciendo su aplicabilidad directa. Junto a ello tenemos que, pese a la insistencia de la parte demandada en defender lo contrario, no consta que haya sido negociada individualmente, debiendo sentarse por ello que se está en presencia de una condición general como por otro lado es habitual en este sector del tráfico. Incumbiendo a la entidad financiera la prueba de dicha circunstancia (art. 82.2 RD Legislativo 1/07 por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias), ningún elemento probatorio apunta hacia la misma, no siéndolo tal desde luego la mera presencia de una oferta vinculante que nada indica en este sentido (como se desprende de la Sentencias del Tribunal Supremo de fecha 15 de noviembre de 2017 y 16 de julio de 2019). Es más, apunta claramente en sentido contrario el hecho que el empleado de la entidad bancaria que gestionó la operación manifestara que ofreció dicho índice porque era con el que trabajaban,

29 En el mismo sentido cfr. SSJPI nº 50 bis Barcelona, número 1625/2020, de 20 de mayo. Procedimiento: 4286/2017 y número 1636/2020, de 2 de junio. Procedimiento: 2893/2017.

30 *SAP Castellón 28 julio 2020*. Rollo de apelación: 931/2020.

no pudiendo por ello en modo alguno afirmarse que pudo influir la parte prestataria de modo sustancial en su contenido (en este sentido, Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14 de diciembre de 2017)". Para concluir, sobre este particular que, "discrepando de la apreciación vertida en la instancia entendemos que la cláusula reseñada no supera dicho control de transparencia y que por dicha razón resulta abusiva, lo que deriva esencialmente de que no conste que fuera informada debidamente la parte prestataria de un elemento esencial del mencionado índice (evolución pasada del mismo) en orden a adoptar la pertinente decisión de contratar el producto ofertado por la apelada con debido conocimiento de la carga jurídica y económica que podía suponer, todo ello de conformidad con la doctrina más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia de fecha 3 de marzo de 2020) y la aplicación práctica de la misma que resulta en los términos que ya hemos determinado en Sentencias recaídas en la fecha en que estaba señalada la deliberación de la presente resolución (Sentencias n. 462 y 464 de fecha 16 de julio de 2020), no debiendo de extrañar por ello que se reproduzcan a continuación consideraciones y determinaciones vertidas en la misma y plenamente aplicables o extensibles al supuesto litigioso". Y es que: "En el presente supuesto, aun cuando la primera exigencia pudiese considerarse debidamente atendida, pese a las reticencias al respecto de la parte apelante, dada la extensa referencia en la escritura al modo básico de cálculo del índice en relación con las publicaciones oficiales en que consta, lo que desde luego no consta en modo alguno es que se haya informado y facilitado a la parte apelante en méritos a su posición contractual la evolución en el pasado del índice, y de ahí la abusividad previamente apuntada. Así resulta, por mucho que se trate de elementos probatorios que no hayan merecido mucha atención por las partes pese a su trascendencia, de la ausencia de referencia a la misma en la oferta vinculante y declaración testifical del empleado de la entidad bancaria a las que ha estado la Juez de primer grado para sentar la transparencia de la cláusula. De hecho, éste último reconoció que no entregó folleto alguno informativo sobre el IRPH, lo que concentra toda la información documental derivada del contrato en su propio contenido y oferta vinculante, llegándose así al resultado señalado". Resuelta la cuestión del control de transparencia se plantea la consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula IRPH, respecto de lo cual se declara lo siguiente: "Debemos plantearnos a continuación cuales son las consecuencias de la declaración de la nulidad por abusiva de la referida cláusula, aspecto respecto el que la demanda postula simplemente la exclusión de su aplicación (sin referencia siquiera a la virtualidad de los índices sustitutivos previstos en el propio contrato) y el reintegro de las sumas percibidas en su aplicación. Circunstancia básica de la que debemos partir es que en el ámbito de la contratación bancaria el interés remuneratorio es un elemento esencial del contrato sin el que no puede subsistir como tal, de donde derivaría un notorio perjuicio al consumidor al conllevar la obligación de restitución inmediata de la totalidad del capital prestado.

Consecuentemente no puede más que plantearse la posibilidad de aplicar un tipo sustitutivo, considerándose, tal como determinamos en las sentencias antedichas, que el índice que debe aplicarse es el establecido por la Disp. Adicional Decimoquinta de la Ley 14/2013, en vigor desde el 29 de septiembre de 2013. Su apartado 1 suprimió el índice cuestionado en este procedimiento y su apartado 2 acordó su sustitución por el “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”. Para concluir la sustitución por el índice IRPH Conjunto de Entidades, en relación con lo cual se indica que: “Dos circunstancias avalarían dicha solución en el presente caso. Por un lado, los índices sustitutivos previstos en el contrato, dado que es el que legalmente ha sustituido al anulado (primer tipo sustitutivo), dándose la misma situación respecto el siguiente (Índice CECA), con previsión además de sustitución igualmente por el que legalmente le sustituya para el caso de dejar de publicarse, que aunque no es la situación que aquí se da como tal guarda la precisa analogía por la necesidad de aplicar un tipo de referencia sustitutivo para el mantenimiento del contrato y resultar ello acorde al principio de la autonomía de la voluntad, deviniendo idéntica situación en el caso de considerarse que procediera la declaración de nulidad de la previsión contractual de este último por estar aquejado de los mismos defectos de transparencia que el principal que fue objeto únicamente de la demanda. En todo caso, de albergarse alguna duda al respecto por la diferencia situación contractualmente prevista, susceptible desde luego de consideraciones más que diversas, en la ya mencionada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2020 (...)”. A lo que se añade que: “Esta solución (sustitución por el índice IRPH Conjunto de Entidades conforme a la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 14/13 ya reseñada), por otro lado, es la que viene siendo considerada pertinente también por otros tribunales para el caso que nos incumbe (fundamentalmente por lo determinado al respecto en la antedicha Sentencia básica del TJUE de fecha 3 de marzo de 2020), pudiendo citarse en este sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, S.I, de 11 de marzo de 2020, y las Sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia, S.9, de 1 y 30 de junio de 2020”.

2. Sentencias que no acogen la abusividad de la cláusula IRPH.

- SAP Cáceres 11 de marzo 2020³¹, en la que se declara que: “(...) En la Escritura Pública de Préstamo Hipotecario de fecha 9 de Noviembre de 2.006 (...) se fija el tipo de interés ordinario en el pacto Tercero y en el pacto Tercero Bis

31 SAP Cáceres 11 de marzo 2020. Recurso: 997/2020.

(que es la estipulación que la parte impugnante considera nula por abusiva) se establece la determinación del tipo de interés variable, con un diferencial (que es válido) de 0,75 puntos que incrementa el tipo de referencia que es el “tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorro”. Asimismo, se establece un índice sustitutivo, si el anterior dejara de aplicarse, bajo la denominación “tipo activo de referencia de las cajas de ahorro-indicador CECA tipo activo”. La Sala considera que “el índice de referencia que se cuestiona (“tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorro”) no es abusivo ni, por tanto, nulo, en la medida en que supera el estándar de transparencia y, por supuesto, el de incorporación, no solo porque se trata de un índice oficial, sino porque es claro y de sencilla comprensión para el prestatario, así como de fácil conocimiento. En el propio Pacto Tercero Bis, se indica que se publica en el Boletín Oficial del Estado, “sin realizar ningún tipo de ajuste o conversión, tomándose el publicado como nominal”, de tal modo que para la determinación del índice de referencia no es necesaria ningún tipo de operación matemática ni financiera al objeto de conocer el tipo de interés en cada momento, y siempre es público. Finalmente, la transparencia del Pacto se torna patente con las indicaciones puestas de manifiesto por el Notario actuante en el otorgamiento del instrumento público conforme a la Orden de 5 de Mayo de 1.994, especialmente las siguientes: la advertencia expresa al prestatario de que el tipo de interés aplicable durante el periodo inicial es inferior al que resultaría teóricamente de aplicar en dicho periodo inicial el tipo de interés variable pactado para periodos posteriores; en segundo lugar, la advertencia a ambas partes de que no se han establecido límites a la variación del tipo de interés, y, finalmente, que el proyecto de esa Escritura Pública había estado a disposición de la parte prestataria, en su despacho, durante los tres días hábiles anteriores al del otorgamiento”. Por todo lo cual, la Sala concluye que el “Pacto Tercero Bis de la Escritura Pública de Préstamo Hipotecario supera los controles de incorporación y, sobre todo, de transparencia, claridad y comprensión, sin que se puedan suscitar dudas racionales sobre el conocimiento por el prestatario del tipo de interés variable aplicable en cada momento, dicha Estipulación no se considera abusiva ni, por ende, nula”³².

- *SAP Barcelona 24 abril 2020*³³. Se mantiene que la cláusula analizada no es condición general y, por consiguiente, no resulta aplicable el control de transparencia, por lo que la consecuencia práctica es que la cláusula que establece los índices de referencia no es abusiva³⁴. A este respecto el Tribunal considera que la cláusula de referenciación al IRPH resulta encuadrable dentro del art. 1.2 93/13/CEE y, por lo tanto, no es susceptible de aplicar el análisis transparencia,

32 En igual sentido, entendiéndose que la cláusula IRPH analizada es válida, por superar el control de transparencia, se expresa la *SAP Sevilla, Sección 5ª, 23 abril 2020. Rollo de apelación: 4956/2018*. Y la *SAP Alicante, Sección 8ª, 30 abril 2020. Rollo de apelación: 1532/2019*.

33 *SAP Barcelona 24 abril 2020. Recurso: 1557/2019*.

34 Participa del mismo criterio la *SAP Granada, Sección 3ª, 11 mayo 2020*.

por lo que se concluye que la cláusula ha resultado incorporada válidamente a la hipoteca y cabe apreciar abusividad. En opinión de quien esto escribe, esta posición resulta contraria a la del Tribunal Supremo en su Sentencia nº 669/2017 y también a la STJUE 3 marzo 2020 (asunto C-125/18). Es contraria a la postura del Tribunal Supremo (STS 669/2017), toda vez que la cláusula que establece el índice de referencia constituye para el Alto Tribunal una condición general de la contratación y no resulta excluida por la vía del 1.2 de la Directiva 93/13/CEE, por lo que no puede pretenderse con carácter general que, al referirse la cláusula a un elemento principal y esencial del contrato, deja de ser automáticamente una condición general³⁵. En definitiva, habrá que estar al caso concreto y comprobarse por el tribunal si la cláusula fue negociada individualmente o no, incumbiendo la prueba de esta negociación a la entidad predisponente. Por su parte, como ya hubo ocasión de explicar, el TJUE en su Sentencia de 3 de marzo de 2020 (asunto C-125/18) declara que la cláusula que establece el índice de referencia no se encuentra dentro de la exclusión prevista en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE³⁶.

- *SAP Barcelona 26 de mayo 2020*³⁷, en la que se concluye que el índice de referencia no es una condición general de la contratación. En este sentido, se argumenta lo siguiente: “En un contrato de préstamo, el tipo de interés será el que libremente establezcan las partes. Aunque rija el principio de libertad de

35 Con precisa referencia a la consideración de condición general de la cláusula, la STS 14 diciembre 2017, en su Fundamento Jurídico Segundo declara: “4.- 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. 5.- Así lo ha considerado también el TJUE en diversas sentencias relacionadas con intereses remuneratorios de préstamos a consumidores (...) 6.- Por lo que este primer motivo de casación debe ser desestimado”. Así, el alto Tribunal deja sentado que no se puede realizar una valoración de carácter general y erga omnes de esta condición, ni en un sentido ni en otro, por mucho que sea un elemento esencial y principal del contrato. Lo mismo sucede con las cláusulas que establecen un suelo, que no por afectar al precio dejan de ser una condición general. Por otra parte, resulta de interés señalar que la STS 669/2017 recoge la postura del TJUE al respecto de la no inclusión de esta cláusula en el ámbito del art. 1.2 93/13/CEE. A tal efecto el Alto Tribunal declara: “Esta conclusión queda reafirmada si se atiende a la propia interpretación que el TJUE realiza sobre la referida excepción del art. 1.2 de la Directiva. En efecto, el Tribunal expresamente ha resaltado que dicha excepción debe ser objeto de una interpretación «restrictiva» (STJUE de 10 de septiembre de 2014, Kusionová, C- 34/13), de forma que el elemento de la cláusula predispuesta no sólo debe reflejar directamente una disposición legal o reglamentaria, sino que ésta además debe ser imperativa. Requisito que tampoco concurre en el presente caso, en donde el profesional emplea uno de los posibles índices de referencia de entre los siete autorizados en su momento (entre otros, el Mibor, Ceca y Euribor), por lo que el IRPH-Entidades no constituía el único índice como valor de referencia y su aplicación no resultaba imperativa para el profesional”.

36 Precisamente lo contrario de lo que establece la STJUE en su punto 37 y también en su fallo - punto 1.- “El artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, 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”.

37 *SAP Barcelona 26 de mayo 2020. Recurso: 1308/2019.*

pacto, el legislador estableció la posibilidad de que el Ministerio de Economía, a través del Banco de España, publicara unos tipos oficiales de referencia para que las entidades bancarias pudieran aplicar a los préstamos a interés variable que suscribieran con sus clientes. Por lo tanto, las partes pueden pactar libremente los intereses, pero si se remiten a estos tipos oficiales, su definición, su publicación y su control corresponden al Banco de España”. Considera la Sala que el control del índice de referencia corresponde a la Administración Pública y no a los Tribunales. Y declara que “normalmente las partes de un contrato de préstamo no definen el índice de referencia contractualmente, sino que lo que hacen es remitirse a uno de los índices oficiales regulados mediante disposiciones generales para este tipo de contratos. Es a la Administración Pública a quien corresponde controlar que esos índices no sean abusivos, lo que hace que ese control quede fuera de los tribunales (al menos de los tribunales del orden civil)”.

- *SAP Girona 29 mayo 2020*³⁸, en la cual, con mención de su Sentencia número 498/2018, de 31 de octubre, se declara que: “(...) La escritura, en el último párrafo de la cláusula tercera bis C), dispone lo siguiente: “Durante los periodos en que, por no haberse publicado durante el plazo mencionado, ninguna de las previsiones anteriores, no exista tipo de referencia específico utilizable, se mantendrá el mismo tipo de interés nominal aplicado en el periodo de interés anterior”. Las previsiones anteriores era que se aplicaría como índice principal el IRPH Cajas (apartado B) y como índice sustitutivo el CECA (apartado C) Al haber desaparecido y dejado de publicarse tanto el índice IRPH- Cajas como IRPH-CECA, el préstamo de autos ha pasado a tener un tipo de interés fijo de acuerdo con la previsión contractual referida. La demandante considera que la cláusula está redactada de forma clara, por lo que no se infringiría el artículo 5.5 de la Ley 7/1998, sino que la infracción se encontraría en la falta de información suficiente y se infringiría el apartado 5.1 de dicha Ley, así como el artículo 7, a), al no haber tenido la adherente oportunidad de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato dicha cláusula. Dicho argumento no puede ser compartido, pues dicha cláusula forma parte y se integra dentro del pacto relativo a la estipulación del índice referencia principal y del sustitutivo, por lo que si se ha declarado en la sentencia recurrida y se acepta por el recurrente que la fijación del interés variable con base al IRPH Cajas y de forma sustitutiva CECA se efectuó con la debida transparencia, no existe razón para que no se informara debidamente y el prestatario no conociera que en el caso de la desaparición de dicho índices, el interés se convertiría el fijo. Si dicha estipulación se encontrara en otro pacto y enmascarado con otras estipulaciones, podría aceptarse el argumento de la recurrente. Por otro lado, el pacto es de una claridad meridiana que no precisa de ninguna explicación, pues desaparecidos los índices de referencia, se aplica el último determinado. La

38 *SAP Girona 29 mayo 2020. Recurso: 134/2020.*

información que debe darse ha de referirse a aquellas estipulaciones que puedan ser difíciles de comprender o que sean perjudiciales para el consumidor, sin que tal estipulación como veremos, tenga porque serlo”.

- *SAP Barcelona 29 mayo 2020*³⁹, en la que se declara que: “La cláusula no ofrece ninguna dificultad de comprensión y, lógicamente, al igual que acontece con el interés variable vigente hasta la supresión de aquellos tipos oficiales, define directamente el precio. Su ubicación en la escritura es la adecuada, en la medida que aparece inmediatamente después del interés variable aplicable transcurrido el primer periodo pactado. Es natural que ambas partes prestaran mayor atención a la referencia principal (IRPH Cajas), dado que no era previsible que los dos primeros índices fueran suprimidos”. Además, se precisa que “aunque aceptáramos como hipótesis que el último de los índices sustitutivos no se incorporó con transparencia o que faltó información, no estimamos que sea abusivo. Recordemos que para que pueda prosperar la acción de nulidad y conseguir el efecto práctico pretendido de expulsar la cláusula del contrato, no basta con constatar que ha existido infracción del deber de información, sino que es preciso que la cláusula pueda considerarse abusiva, esto es, que, en contra de las exigencias de la buena fe cause, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Ese análisis, además, debe hacerse atendidas las circunstancias existentes en el momento en que se suscribió el contrato, sin que puede verse condicionado el juicio de abusividad por hechos posteriores, como puede ser la evolución de las distintas referencias hipotecarias. Pues bien, en este caso la desaparición del IRPH, en sus dos modalidades, es un hecho ajeno a la entidad de crédito y absolutamente imprevisible cuando se suscribió el préstamo. No advertimos, por tanto, que la demandada actuara contraviniendo las exigencias de la buena fe ni podemos concluir que sea perjudicial para el consumidor un tipo fijo tan reducido como el que resultaba de aplicar el último interés vigente antes de la desaparición del IRPH. Ante un escenario altamente improbable cuando se firmó el contrato (la desaparición de todas las referencias hipotecarias), no nos parece desequilibrado que el contrato contemple que se mantenga el último tipo resultante de aplicar las previsiones contractuales”. Concluye señalando que “es la propia Ley 14/2013, de 27 de septiembre, que dispone la desaparición del IRPH, la que otorga prioridad al tipo o índice de referencia previsto en el contrato frente al tipo de interés oficial que establece el apartado tercero de la disposición adicional decimoquinta de la citada Ley”.

- *SAP Cantabria 8 junio 2020*⁴⁰, en la que se considera que “la cláusula relativa a los intereses debe ser considerada una condición general, pues ninguna prueba se

39 *SAP Barcelona 29 mayo 2020. Recurso: 1944/2019.*

40 *SAP Cantabria 8 junio 2020. Recurso: 814/2019.*

ha aportado sobre que fuese fruto de una negociación individualizada". La Sala entiende que "la cláusula resulta clara y formalmente comprensible; la cláusula Tercera Bis se ocupa claramente de la definición del tipo de interés aplicable, destacando que se trata de IRPH, explicando con suficiente claridad la aplicación de un tipo fijo el primer año y variable el resto, revisable anualmente y que es el resultado de añadir al tipo de referencia un diferencial de 0,10 puntos; y explica qué se entiende por tipo de referencia a efectos del contrato y en que consiste el IRPH (...) la cláusula reúne los requisitos para considerarla válidamente incorporada al contrato conforme a la LCGC., por más que el recurrente alegue desde su contestación a la demanda que fue omitida en la negociación y que no fue comunicada su existencia al prestatario. Al respecto debe destacarse, además, que en la escritura de préstamo consta comprobado por el sr. Notario, conforme a lo dispuesto en la OM de 5 de mayo de 1994, que no existía discrepancia alguna entre las condiciones financieras de la oferta vinculante y las cláusulas financieras contenidas en la escritura, y que la minuta de la escritura con las condiciones generales de la contratación estuvo a disposición del prestatario en la notaría desde el día 21 de noviembre anterior, con lo que evidencia que el empleo del índice IRPH constaba ya en aquella oferta y no fue en modo alguno sorpresivamente introducido en el momento de la perfección del contrato". La Sala considera que: "Distinta respuesta debe darse al juicio de transparencia material. En efecto, es patente que la cláusula es clara en cuanto se refiere al tipo de interés a pagar por el préstamo, en términos tales que no pudo pasar desapercibida para el consumidor, (...), pues es el precio mismo del préstamo; como no es posible razonablemente considerar que el ahora recurrente, conforme al parámetro de "consumidor razonablemente diligente y perspicaz", no advirtiera que el tipo de interés se fijaba con un tipo de referencia oficial y un diferencial añadido, como consta con evidencia en la escritura, en la que además tal diferencial era cero para el caso de sustitución del índice IRPH Entidades por el IRPH Cajas, diferencia claramente apreciable. Además, en la escritura (Anexo), constaba el importe de las cuotas mensuales a pagar en el primer periodo de interés fijo - 375,46 euros-. Tampoco puede dejar de considerarse que, (...), el tipo de referencia del contrato es un índice oficial, elaborado conforme a una regulación publicada en el BOE y cuyo resultado se publicaba mensualmente en el Boletín oficial del Estado, lo que consta en el contrato mismo, lo que constituye un poderoso factor de transparencia porque permite a dicho consumidor medio conocer ese índice y su forma de elaboración, como antes se ha expuesto según lo razonado por el Tribunal Supremo, cuyos criterios acerca de la no exigencia de ofrecer comparaciones con otros índices oficiales o no asesorar al respecto son de plena aplicación al caso". No obstante, el tribunal explica que "no consta el cumplimiento por parte de la entidad bancaria de su obligación de informar de la evolución, del tipo de interés de referencia durante, al menos, los dos últimos años. Tal información era obligada por la Orden Ministerial antes mencionada precisamente como elemento de transparencia en la

contratación de los préstamos hipotecarios y tiene relación directa con la evaluación por parte del cliente de la carga económica que asumía al contratar conforme al tipo de referencia de que se trataba, y es precisamente uno de los elementos a considerar por el tribunal conforme a la doctrina del TJUE (...). Ciertamente, esa información no era exigible en todos los contratos sino solo en los incluidos en el ámbito de aplicación de la Orden Ministerial, entre los que se encuentra el de este proceso; y aunque con posterioridad y desde la EHA/2899/2011 ya no se contempla tal información como relevante a efectos de transparencia, lo cierto es que sí lo era en el momento de celebración del contrato que nos ocupa. No consta tampoco que la entidad facilitara esa información por otras vías o procedimientos. En tales condiciones no puede por menos de afirmarse un déficit de transparencia respecto de la cláusula analizada". En el caso examinado, la Sala considera las siguientes circunstancias: "... no se ofrecen por el recurrente concretas razones para sostener esa abusividad, salvo la mera alusión a la condición de índice más gravoso que el Euribor; pero, al margen de la falta total de prueba al respecto y aun admitiendo que históricamente este último índice haya tenido un comportamiento más favorable para los prestatarios que el IRPH Entidades aquí utilizado, es patente que esa sola diferencia no justifica la afirmación de que el empleo de este último índice provocara ya al tiempo de celebración del contrato -que es el momento a considerar-, un desequilibrio importante para el consumidor en contra de la buena fe, porque: a) El tipo de referencia no es el componente exclusivo del precio del préstamo, pues habitualmente se añadía y se añade al mismo un diferencial, como en este caso ocurre, de manera que el coste final debe contemplar los dos elementos, no bastando por tanto comparar solo los tipos de referencia, sino también el diferencial, obviamente variable y en este caso claramente muy pequeño; en el mismo contrato se aprecia el distinto diferencial aplicado al IRPH Entidades previsto como índice de referencia principal, y al aplicable al tipo previsto como supletorio. b) El hecho de que históricamente se haya constatado un mayor valor del índice IRPH Entidades en relación al Euribor - atendiendo únicamente al índice de referencia-, no permite afirmar un desequilibrio importante en el momento de la contratación, que es el que debe considerarse, ni permite imputar a la entidad de crédito mala fe dado que por definición no es previsible la evolución de los tipos de intereses, ni puede afirmarse que la entidad pudiera prever que ocurriera. Ninguna prueba se ha aportado de que el índice pactado, con el diferencial añadido, fuera ya al tiempo del contrato perjudicial para el consumidor por notoriamente superior al resultado de aplicar otros índices con el diferencial habitualmente aplicado en ellos. c) No hay base para pensar, en términos de la jurisprudencia del TJUE (...), que el profesional pudiera estimar que, tratando de manera leal y equitativa al consumidor, este no aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual; no se ha puesto de relieve ninguna circunstancia del caso que permita considerarlo así, y no cabe considerar en términos generales que el empleo por una entidad de

crédito de cualquiera de los índices oficiales, elaborados por el Banco de España conforme a un método también oficial y público sea una conducta de mala fe, ni que de por sí cause un perjuicio al consumidor; desde luego, no cabe presumir su alteración dolosa o manipulación por las entidades de crédito, cuya sola posibilidad podría predicarse de cualquiera de los índices de referencia existentes en la medida en que su cálculo tome en consideración el funcionamiento mismo del mercado en el que intervienen lógicamente las entidades de crédito; y el hecho de que el índice oficial tome en cuenta datos facilitados por la propia prestamista en tanto entidad de crédito considerada para su elaboración, es patente que no es en sí mismo indicativo de manipulación. d) No puede valorarse como conducta de mala fe por parte del profesional, como tampoco de falta de transparencia según se expuso, la falta de información sobre otros tipos de interés de posible empleo, pues la entidad no tenía obligación de asesoramiento sobre distintos productos o sobre los comercializados por la competencia; e) El legislador mismo, a través de la Ley 14/2013 de Emprendedores, en su Disposición Adicional Decimoquinta, estableció el índice IRPH Entidades -que es el de referencia del contrato que nos ocupa, como supletorio legal de los demás índices IRPH Bancos y Cajas y del tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorro- (...); y f), el mismo TJUE, en la sentencia de 3 de Marzo 2020, ha admitido la posibilidad de que, en caso de que se considerara la nulidad de la cláusula y se considerara necesaria la integración del contrato en beneficio del consumidor y para evitar su nulidad, esta se hiciera con el índice IRPH Entidades conforme a esa norma legal, siempre que el juez nacional la considere norma supletoria (Fundamento de Derecho 66, apartado 3) del Fallo); de suerte que en este caso incluso en la hipótesis sostenida por el recurrente, habría de integrarse el contrato con el mismo tipo de interés IRPH Entidades que se combate". Por todo lo expuesto, la Sala rechaza la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula del contrato relativa a los intereses remuneratorios en el periodo de interés variable del contrato.

- *SAP Palma de Mallorca 25 junio 2020*⁴¹, en la que se rechaza la nulidad, por falta de transparencia, del IRPH, al considerar la Sala que no resulta exigible de la entidad bancaria una información más exhaustiva que la proporcionada a sus clientes en relación con el referido índice, entendiéndose que de la misma se deduce que el consumidor pudo conocer las consecuencias económicas que se le derivaban de su contratación⁴².

41 *SAP Palma de Mallorca 25 junio 2020*. Rollo de apelación n° 418/2019.

42 En el mismo sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección Sexta, n° 638/2020, de 29 de junio. Rollo de apelación n° 883/2018. Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Shaw Morcillo, acuerda que el IRPH contenido en la escritura de referencia supera el control de transparencia y, por consiguiente, no procede su declaración de nulidad.

BIBLIOGRAFÍA

CÁMARA LAPUENTE, S.: “El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 junio 2010 (“Caja Madrid”) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 6, 2013

MARTÍNEZ ESPÍN, P.:

- Las cláusulas IRPH son transparentes ¿o no?”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, 2018.

- “Nuevo índice hipotecario para sustituir al IRPH de las Cajas”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, agosto 2013.