

ÚLTIMAS SENTENCIAS EN MATERIA DE CLÁUSULAS
ABUSIVAS. ESTADO DE LA CUESTIÓN (II)

LATEST JUDGMENTS ON UNFAIR TERMS. STATE OF PLAY (II)

Rev. Boliv. de Derecho N° 38, julio 2024, ISSN: 2070-8157, pp. 334-369

María José
REYES LÓPEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 9 de abril de 2024

ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2024

RESUMEN: Este trabajo analiza las recientes sentencias del TJUE falladas durante la segunda mitad del año 2023 sobre la validez de determinadas cláusulas abusivas, en concreto: IRPH y su repercusión en la aplicación del derecho nacional.

PALABRAS CLAVE: Préstamo hipotecario; cláusulas abusivas; comisión de apertura; IRPH; contratos consumidores.

ABSTRACT: *This paper analyzes the recent judgments of the CJEU issued during the second half of 2023 on the validity of certain unfair terms; in particular, IRPH and its impact on the application of national law.*

KEY WORDS: *Mortgage; unfair terms; arrangement fee; IRPH; consumer contracts.*

SUMARIO.- I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. II. CONTRATOS CON CONSUMIDORES. RASGOS BÁSICOS.- 1. Contratación con cláusulas predispuestas. Notas características.- 2. Rasgos definitorios de los contratos con consumidores.- A) *El deber de información.*- B) *El principio de transparencia.*- C) *Criterios de la Comunicación del Consejo de 2019.*- III. TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD.- IV. ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS EN 2023 SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS.- 1. La cláusula sobre el IRPH. Significado.- 2. La STJUE de 13 de julio de 2023.- A) *Supuesto de hecho.*- B) *Cuestiones resueltas.*- C) *Interpretación sobre la necesidad de aplicar un diferencial negativo.*- D) *Inclusión de comisiones.*- 3. STJUE de 12 de octubre de 2023.- 4. STJUE 9 noviembre 2023.- 5. STJUE 23 noviembre 2023.- 6. STJUE 7 diciembre 2023.- V. CONCLUSIONES.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

En el pasado mes de julio publicaba en esta misma revista un artículo comentando alguno de los pronunciamientos del TJUE en materia de cláusulas abusivas durante el primer semestre. Entrados ya en el nuevo año procede comentar las habidas en los restantes meses con el fin de analizar la doctrina que dicho tribunal va consolidando en orden a conformar un cuerpo de doctrina sobre la interpretación y aplicación de cláusulas no negociadas individualmente. La trascendencia práctica de dicha doctrina en el ámbito interno se manifiesta con observar tan solo el elevado número de pronunciamientos que se han fallado por parte del TS durante estos últimos meses, que han versado particularmente sobre la imposición de determinadas comisiones e intereses impuestos en préstamos hipotecarios concertados con consumidores. De entre todos ellos merece destacarse la STJUE 13 julio 2023¹, sin perjuicio de la importancia de las restantes. Para ello, se hará una somera referencia a los criterios generales establecidos sobre la contratación con cláusulas predispuestas y su fundamentación pasando seguidamente al análisis en particular de alguno de los pronunciamientos fallados durante el último semestre del 2023.

II. CONTRATOS CON CONSUMIDORES. RASGOS BASICOS.

Los contratos con consumidores constituyen una modalidad específica, caracterizados por realizarse entre un consumidor o un usuario con un empresario para realizar una actividad fuera del ámbito de su actividad profesional o industrial, lo que excluye las relaciones que se estipulen entre particulares o empresas entre sí. Lo específico por tanto de esta modalidad es su regulación de las relaciones que se establecen entre dos sujetos que no son iguales dentro de las relaciones de mercado, previamente definidos en los arts. 3 y 4 del TRLGDCU, a sus propios

¹ STJUE 13 julio 2023, (TJCE 2023/124).

• **María José Reyes López**

Catedrática de Derecho Civil de la Universitat de València. Correo electrónico: maria.j.reyes@uv.es.

efectos. Esta situación de desigualdad material marca todas las situaciones en las que interviene un consumidor, que, en el ámbito contractual se traduce, en que sus normas, a diferencia de la mayor parte de contratos que se realizan entre particulares, en los que predomina la autonomía de la voluntad de las partes, sean de carácter imperativo.

Las normas que rigen las relaciones contractuales exigen un comportamiento conforme a un deber de lealtad mínimo, así como que sus actuaciones sean conformes al principio de buena fe tanto en la fase de formación del contrato, como en la de su ejecución y cumplimiento. Dado, no obstante, que se trata de una categoría específica, todo contrato deberá ajustar su normativa, en primer lugar, a las disposiciones recogidas en el TRLGDCU, y, en su defecto, a la normativa civil o mercantil que corresponda, sin perjuicio de que, en el caso, frecuentísimo, de que se trate de contratos con condiciones generales, también tengan que acomodarse a lo dispuesto en la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. En cualquier caso, el carácter estatutario y tuitivo de la normativa de protección al consumidor determina que la aplicación e interpretación de todas las normas deban hacerse en concordancia con el principio pro consumatore, conforme al principio de buena fe objetiva, incluso en los supuestos de omisión de información precontractual relevante. Con todo, el rasgo más significativo de estos contratos es que su regulación se hace mediante cláusulas no negociadas individualmente al tratarse de un modelo de contratación en masa o seriada, que requiere de una particular normativa que se ajuste a sus características, como se expone seguidamente.

I. Contratación con cláusulas predispuestas. Notas características.

El modelo sobre el que se forjan las relaciones con los consumidores parte, como recuerda el TJUE, de la posición de debilidad que le rodea frente al empresario. Dicha visión genera consecuencias que no solamente afectan a dichas relaciones, sino también al mercado y se traduce en la existencia de mecanismos de defensa y protección para ambas entidades. En concreto, para remediar la situación de desequilibrio el TJUE tiene establecida una doctrina consolidada sobre la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, de condiciones generales de la contratación sobre cláusulas abusivas y la Comisión de la UE ha publicado una serie de criterios sobre las mismas en un informe de 2020 en el que sistematiza todos las dudas interpretativas sobre las que se ha pronunciado el TJUE. A ello se une que, con la idea de reequilibrar la posición de los contratantes, se hayan establecido normas que protegen al contratante débil y de regulación del mercado².

² La STS 18 junio 2012 ha aludido a esta doble función de la normativa de protección de los consumidores, al afirmar que su desarrollo responde a una finalidad de práctica legislativa definida programáticamente en el texto Constitucional que incorpora, además del reforzamiento del principio de libertad contractual,

El concepto de cláusula no negociada trae causa del art. 3.2 de la Directiva 13/93/CEE, que considera que una estipulación no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular, en el caso de los contratos de adhesión.

El elemento de la predisposición es el factor fundamental que hace que los adherentes a estas cláusulas sean merecedores de una tutela especial.

De este precepto derivan tres obligaciones que deben reunir las cláusulas predispuestas:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

Esta obligación queda vinculada con la redacción de las cláusulas, que exige que estén escritas de forma que puedan ser comprendidas por el consumidor medio sin grandes esfuerzos, para lo que precisa que su redacción sea clara y no induzca a confusión.

Este primer apartado persigue que el consumidor pueda tener un conocimiento acertado de las condiciones del contrato antes de su firma para lo que se exige que se facilite su entrega sin reenvíos a otros textos, sin perjuicio de que se mencione su existencia en el documento contractual. La valoración de esta exigencia de claridad y de comprensibilidad de las cláusulas pactadas es lo que se conoce como control de transparencia, cuyo propósito es que el consumidor tenga un conocimiento real de las consecuencias jurídicas y económicas del contrato.

Dicha claridad y comprensibilidad en las cláusulas está enfocada fundamentalmente al conocimiento del objeto principal del contrato y a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida. Así lo estableció la STS 9 mayo 2013³ y ha sido reiterado posteriormente por otras muchas. También dicho pronunciamiento determina que para evitar el control de contenido es necesario superar el segundo control de transparencia también llamado control de comprensibilidad real.

b) Accesibilidad y legibilidad.

La segunda obligación consiste en la aportación de los documentos necesarios por parte del empresario al consumidor. Estos deben poder conocerse y leerse

unas claras finalidades de la Unión Europea en orden a fomentar el consumo y la competencia dentro del mercado único...

3 STS 9 mayo 2013, (RJ 2013\3088).

directamente, lo que impide reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, además de que debe hacerse una referencia expresa de su existencia en el documento contractual, ha de facilitar un ejemplar y constar la aceptación de la otra parte mediante la firma.

De manera explícita se exige que reúnan el requisito de accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior a los 2.5 milímetros, el espacio entre líneas fuese inferior a los 1.15 milímetros o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.

El modo de procurar la accesibilidad ha de adaptarse a la forma del contrato y al procedimiento empleado para la contratación. La legibilidad afecta al clausulado que se presente por escrito, tanto en contratos que se celebran por escrito como en los orales en los que la información también precise lectura. Además, la información deberá ser legible siempre que se facilite en un "soporte duradero" y ha de facilitarse al menos, en castellano (arts. 60.4 y 98.I TRLGDCU).

c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

El primero de estos conceptos está vinculado con el modo de imposición del contenido contractual mientras que la valoración de si existe o no proporcionalidad entre los derechos y obligaciones de ambas partes requiere ser ponderado en cada concreta situación.

El primer presupuesto incide en la realización de un comportamiento dentro de lo que marcan los cánones de lealtad que rigen en las relaciones negociales mientras que el segundo se fija en que la relación establecida no suponga imposiciones que causen perjuicios notorios al consumidor porque las cláusulas del contrato se hayan fijado en interés exclusivo del empresario. En todo caso, cada relación contractual habrá de enjuiciarse en relación con los usos y costumbres, atendiendo a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa, siendo un criterio determinante que no prevalezca el interés exclusivo del predisponente. Sin embargo, como han reiterado las SSTs 11 mayo 2022⁴ y 18 enero 2022⁵ para que la cláusula sea abusiva no es preciso que se aprecie deslealtad o mala fe subjetiva en la entidad predisponente.

4 STS 11 mayo 2022 (RJ 2022\2185).

5 STS 18 enero 2022 (RJ 2022\55).

2. Rasgos definitorios de los contratos con consumidores.

A) El deber de información.

Uno de los aspectos a los que ha dedicado una mayor atención el derecho de consumo ha sido el relativo a regular la información que tiene derecho a recibir el consumidor por parte del empresario antes de la celebración del contrato; esto es, el referido al período precontractual, que conforma todas aquellas actividades que se desarrollan entre las partes antes de que presten el consentimiento para la celebración del contrato, sin perjuicio de que deba mantenerse a lo largo de la vida del contrato.

Tradicionalmente se señala que uno de los pilares sobre los que se fundamenta esta normativa es en el derecho a la información, que surge precisamente con la pretensión de remediar alguna de las deficiencias existentes en el derecho de contratos regulado en el CC. A ello responde que inicialmente el art. 51 CE y posteriormente los arts. 2 LGDCU y 8 d) TRLGDCU recogiesen este derecho entre los denominados básicos de los consumidores, de contenido irrenunciable.

El art. 8 del TRLGDCU reconoce como derecho básico de los consumidores y usuarios el derecho a recibir una información correcta sobre los diferentes bienes o servicios. Se trata sin embargo de una mera declaración programática, que deberá reflejarse en las distintas normas sectoriales. Por otra parte, y con una mayor concreción, el art. 18 del mismo cuerpo legal regula el derecho del consumidor a recibir una información clara, comprensible y suficiente de las características esenciales de los bienes o servicios que se pongan a su disposición.

Los deberes precontractuales de información tienen su fundamento último en el principio de buena fe, que impone a las partes la obligación de comportarse lealmente en la fase previa a la celebración del contrato. La finalidad que se persigue al imponer estas obligaciones es que el consumidor o usuario disponga de la información suficiente sobre las características fundamentales del bien o servicio que se le ofrece para que de ese modo pueda formar correctamente su voluntad contractual. En este sentido cabe señalar que donde se ha reflejado su trascendencia ha sido sobre los vicios de la voluntad y, entre ellos, principalmente, sobre el error.

Estos deberes precontractuales recaen sobre el empresario, que es la parte más fuerte de estos contratos y quien suele proponer su celebración a los consumidores y usuarios, estando además su contenido en la mayoría de los casos prerredactado unilateralmente por él⁶. Este deber no tiene por qué abarcar el

6 PAZOS CASTRO, R.: *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017; Íd.: "El control de transparencia en los préstamos hipotecarios indexados al IRPH", *Ley*

de aconsejar puesto que el obligado cumple con el mero hecho de transmitir la debida información a la otra parte⁷. Así, por ejemplo, en la cláusula multidivisa el prestamista tiene que suministrar la información precontractual sobre la carga económica de la cláusula, para que el prestatario conozca adecuadamente la naturaleza y riesgos vinculados a la fluctuación de la divisa. Si no queda acreditado que facilitó esa información, se entiende que la cláusula no es transparente⁸.

Una información adecuada constituye el fundamento para conocer si el consumidor ha gozado de las condiciones necesarias e imprescindibles sobre las que configurar su consentimiento. Es en la norma recogida en el art. 20 TRLGDCU sobre información previa a la contratación donde el legislador pone especial énfasis en que la información dirigida al público e incluida en la oferta comercial se haga en términos claros, comprensibles y veraces, así como en formatos adecuados, accesibles y comprensibles para que los consumidores tengan una adecuada comprensión y tomen una decisión contractual óptima. Por ello, la elevación a principio básico en el ámbito constitucional se valoró como un avance incuestionable en la esfera de protección de los derechos de un sector de la población que se encuentra inmerso en un mercado en el que cada vez más prolifera un sinnúmero de prácticas comerciales que ofrecen múltiples productos de idénticas condiciones, cuyas diferencias de calidad y de prestaciones entre unos y otros son de difícil apreciación por parte del público; en el que la complejidad técnica de muchos de los productos o servicios resulta de confusa comprensión para un buen número de consumidores..., unido todo ello a una gran diversidad de modalidades comerciales, regidas por normativas distintas según se trate de contratación a distancia, venta fuera de establecimiento mercantil..., caracterizadas en su mayor parte por realizarse de forma verbal o mediante condiciones generales de la contratación en las que poco puede mediar el consumidor y en las que el vendedor suele ser un mero intermediario que cubre una notoria laguna entre el fabricante y el destinatario del bien o servicio o incluso, en muchas ocasiones, entre el cliente y el vendedor.

Este precepto cumple una función preventiva, al querer que el consumidor tenga un conocimiento razonable de lo que adquiere, cuáles son sus prestaciones y características, así como las expectativas que cabe esperar del producto o servicio. Se pretende, en suma, que el consumidor pueda configurar libremente su consentimiento. Desde esta perspectiva, se ha entendido que la información precontractual preceptiva, antes de que el consumidor y usuario quede

Unión Europea, núm. 82, 2020.

7 GÓMEZ CALLE, E.: *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994, p. 129.

8 SSTS 10 noviembre 2021, (RJ 2021\5002) y 10 de enero 2023, (RJ 2023\742). Lo explica la STS 27 septiembre 2022, (RJ 2022\4399): "no habiendo quedado acreditado que los prestatarios hubieran recibido una información precontractual sobre los riesgos del préstamo hipotecario multidivisa que estaban contratando, se incumplieron los deberes de transparencia".

vinculado por un contrato y oferta correspondiente, asegura una mejor decisión del consumidor, libre e informada y disminuye la probabilidad de anulación de contratos por error esencial. Por ello se ha predicado que el fundamento del deber de transparencia radica en el deber de suministro de información precontractual⁹.

Este derecho del consumidor se concreta en el ámbito de los contratos celebrados con consumidores en el art. 60 TRLGDCU, que impone al empresario la obligación de informar al consumidor o usuario antes de la celebración del contrato sobre las características esenciales del propio contrato y sobre aspectos concretos del bien o servicio, al tiempo que configura esta modalidad como una nueva categoría con rasgos propios.

Principalmente será el empresario quien, por esta vía de la integración del contrato según las exigencias de la buena fe quedará obligado al cumplimiento de determinadas obligaciones frente al consumidor. No obstante, su tratamiento no es específico, sino que se reconduce a los mismos criterios que regulan las relaciones obligatorias entre particulares si bien contando con unas salvaguardas encaminadas primero a respetar el funcionamiento de las normas del mercado, donde tiene especial importancia las dirigidas a proteger la competencia y, en segundo lugar, las dirigidas a mantener el equilibrio contractual entre las partes contratantes.

La relevancia práctica de la importancia y trascendencia del deber de información ha sido objeto de valoración nuevamente en la STJUE 21 septiembre 2023¹⁰, que ha incidido de manera particular en la obligación de informar al consumidor por parte del profesional sobre las características esenciales del contrato celebrado y de los riesgos inherentes al mismo, aun cuando dicho consumidor sea su empleado y disponga de un conocimiento adecuado sobre la materia objeto de dicho contrato.

La peculiaridad del caso radica en que la prestataria, que poseía un título universitario de posgrado, trabajaba para la entidad bancaria demandada desde hacía tres años y medio. En el concreto caso, AM, que era empleada de mBank celebró junto con PM, un contrato de préstamo indexado a una moneda extranjera. Debido a su formación y a su experiencia profesional poseía conocimientos relativos a las características esenciales y a los riesgos inherentes a ese contrato de préstamo que eran los de un consumidor más perspicaz que el consumidor medio. Basándose en esas facultades de la prestataria el órgano jurisdiccional competente

9 Según establecen las SSTS 23 enero 2019 (RJ 2019\93), (RJ 2019\92) y (RJ 2019\91) respectivamente. lo evaluado en la transparencia material es el grado de cumplimiento de los deberes informativos para que cualquier consumidor normal en esas circunstancias hubiese advertido la importancia y alcance de la cláusula.

10 STJUE 21 septiembre 2023, (Asunto C-139/2022), (JUR 2023\347742).

pregunta si la prestamista estaba obligada a facilitar información sobre el riesgo de la hipoteca habida cuenta de dicha formación y experiencia profesional por parte de la demandante además de tratarse de una empleada de dicha entidad bancaria en la fecha de solicitud del préstamo.

En este caso, el TJUE parte de dos premisas. La primera de ellas se centra en que la exigencia de transparencia debe medirse en relación con el estándar objetivo del consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. No obstante, dicho parámetro no excluye la información a consumidores que se encuentren en un nivel más avanzado de conocimientos. La segunda, que la obligación por parte de la empresa queda referida a la persona consumidora, por lo que debe atender al propósito que guíe sus actuaciones con independencia de cuál sea la actividad profesional que desarrolle. En respuesta a ello, responde que la cuestión planteada en relación con el art. 2 b) de la Directiva 93/13/CE, debe interpretarse en el sentido de que un profesional está obligado a informar al consumidor de las características esenciales del contrato celebrado con él y de los riesgos inherentes a ese contrato, aun cuando sea su empleado y disponga de un conocimiento adecuado en la materia de dicho contrato. Se basa para ello en que la protección conferida por la Directiva 93/13 depende del propósito con el que actúe una persona física, a saber, aquel que es ajeno a la actividad profesional de esta, y no de los conocimientos particulares de que disponga.

B) El principio de transparencia.

Dependiente de cada relación, el deber de información puede integrar el contenido de las obligaciones de las partes, la propia actividad precontractual, los derechos de los que son titulares cada una de ellas o las condiciones del contrato... que se incorpora a lo debido contractualmente. Además, en algunas otras ocasiones por razones de política legislativa, entre las que tiene un peso considerable la transparencia en el mercado y la protección al más débil, interesa conocer con exactitud el alcance de los derechos y obligaciones de cada parte con el fin de delimitar el alcance de su compromiso¹¹. Por ello, el control de contenido de las condiciones generales va más allá de lo que deriva del derecho imperativo y de los límites generales de la autonomía privada puesto que exigen además su conformidad con las normas del derecho dispositivo¹². En este sentido, la finalidad última de la información no consiste solo en asegurar una decisión contractual consciente del contratante, sino que también incide en la competencia

11 GARCÍA VICENTE, J. R.: *La contratación con consumidores. Tratado de contratos*, T. 2, Tirant lo Blanch, 2020, p. 1858.

12 MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: "Comentario al art. 82 TRLGDCU", en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.): *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2011, p. 716.

del mercado. Sobre esta premisa se han estructurado criterios de referencia desvinculados de las concretas relaciones, que es el principio de transparencia y que actúa también como presupuesto del orden concurrencial¹³.

La segunda fase del deber de información a cargo del empresario es distinguir entre conocimiento, comprensión y consentimiento por parte del adherente con el fin de proteger su libertad de decisión de contratar o no. La contratación estandarizada requiere añadir una base protectora con el fin de reequilibrar el equilibrio entre las partes contratantes. A tal fin, una vez superado el control de incorporación con relación a la observancia de los requisitos formales, la STS 18 junio 2012¹⁴ introdujo como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del “error propio” o “error vicio”, un nuevo presupuesto que fue el de verificar que el consumidor conocía el alcance de las cláusulas que aceptaba; esto es, que la cláusula no solo debe reunir los presupuestos de ser legible, comprensible y estar redactada en un formato que resulte fácilmente accesible al consumidor, sino que el consumidor debe ser consciente de las consecuencias económicas y jurídicas que entraña su firma. Como expresa posteriormente el TJUE, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo. Es preciso, por tanto, que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato. Por tanto, no sólo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas y jurídicas¹⁵.

Este nuevo principio es el conocido como principio de transparencia, sin embargo, su falta de regulación, así como de otros mecanismos de protección y defensa del consumidor es la causa de que los tribunales tengan que seguir

13 GARCÍA VICENTE, J. R.: “La contratación con consumidores”, cit., pp. 1860 y ss.

14 STS 18 junio 2012, (RJ 2012\8857).

15 BERROCAL LANZAROT, A.I.: “La protección del consumidor en los créditos o tarjetas revolving: la importancia de la información y el control de transparencia en su contratación”, *RGLJ*, núm. 1, enero-marzo 2021, pp. 103 y ss.

interpretando la Directiva 93/13, que ha ido consolidando criterios sobre su interpretación y aplicación.

La exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales se ha de entender como la obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible para un 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 de dicha cláusula y de valorar así las consecuencias económicas de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras. Lo decisivo es que, en el propio contrato, la cláusula informe de manera clara y comprensible de las consecuencias económicas y jurídicas que conlleva, y que no tenga un inadecuado tratamiento secundario que haga que pase desapercibida a un consumidor medio. Además, cada modalidad contractual exigirá atenerse a unos presupuestos específicos. Así, por ejemplo, en los préstamos indexados a una divisa, el profesional debe informar claramente al consumidor de que, al celebrar tal contrato, este se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de depreciación de la moneda en la que percibe sus ingresos.

La STS 9 mayo 2013¹⁶, en su epígrafe 211 establece dos criterios que resumen la función de la transparencia en los contratos no negociados:

a) El cumplimiento de los requisitos de transparencia de la cláusula aisladamente considerada, exigidos por la LCGC para la incorporación a los contratos de condiciones generales, es insuficiente para eludir el control de abusividad de una cláusula no negociada individualmente, aunque describa o se refiera a la definición del objeto principal del contrato, si no es transparente.

b) La declaración de transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

Como explica dicho pronunciamiento en sus párrafos 210 y 211, el control de incorporación exige el cumplimiento de los arts. 5.5 y 7 LCGC y 80.1 TRLGDCU; esto es, la redacción debe ser clara y sencilla, y la información facilitada al consumidor debe ser accesible y posibilitar el conocimiento de dichas cláusulas por parte del contratante y, una vez superado dicho control debe someterse al “control de transparencia” propiamente dicho, que tiene por objeto “que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la carga económica... como la carga jurídica” es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado,

16 STS 9 mayo 2013, (RJ 2013\3088).

como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo, que exige que “la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato”.

Esta interpretación sobre el alcance del principio de transparencia pasó a ser aplicada por el TJUE a partir de su sentencia de 20 septiembre 2017¹⁷, que determina que esta exigencia no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical, sino que debe entenderse de manera extensiva (ap. 44)¹⁸.

En nuestro ordenamiento interno, esta configuración del control de transparencia se ha visto recogida en el art. 9 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y en el art. 14, que establece las normas de transparencia en la comercialización de préstamos inmobiliarios. Igualmente, ha sido incorporado al art. 83 TRLGDCU, que, en su párrafo 2º sanciona que las cláusulas deberán ser transparentes.

El principio de transparencia implica un deber especial de información a cargo del profesional o predisponente. Por ello, la transparencia de una cláusula se valorará en función de la información que previamente deba conocer el consumidor. Como ha señalado el TS¹⁹, esta información variará de una cláusula a otra, dependiendo de las circunstancias concurrentes en cada caso y de la naturaleza de los bienes o servicios que se contratan²⁰, que deberán valorarse tomando como referencia los elementos de que disponía ese profesional en la fecha en que se celebró el contrato²¹.

La referencia que el juzgador debe tomar para apreciar la transparencia o no de una cláusula debe hacerse desde el momento de celebración del contrato²² y con relación al denominado consumidor medio, que, según definición del

17 STJUE 20 septiembre 2017, (TJCE 2017\171), (Asunto C-186/16).

18 SSTJUE 3 marzo 2020, (Asunto C-125/18), (TJCE 2020\3) y 9 julio 2020, (TJCE 2020\167), (Asunto C-452/18), apartados 50 y 44. Esta doctrina se repite en posteriores pronunciamientos del Tribunal Supremo: SSTS 27 septiembre 2022, (RJ 2022\4399); 4 octubre 2022, (RJ 2022\4406); 11 octubre 2022, (RJ 2022\4454); 30 noviembre 2022, (RJ 2022\5480) 10 enero 2023, (RJ 2023\445) y 16 enero 2023, (RJ 2023\784).

19 STS 9 mayo 2013, (RJ 2013\3088).

20 MARÍN LÓPEZ, J.M.: “El control de transparencia material de la cláusula de intereses remuneratorios del crédito revolving”, *Revista Cesco de Derecho de consumo*, núm. 45, 2023.

21 SSTJUE 9 julio 2020, (RJ 2020\1607), ap. 49 y 12 enero 2023, (TJCE 2023\17), ap. 42.

22 Al respecto, se pronuncia de forma específica la STS 776/2021, de 10 de noviembre, que considera que para apreciar si la cláusula es transparente, ha de analizarse conforme a todas las circunstancias que rodearon el momento de la celebración del contrato, por ser en ese momento cuando el consumidor decide si desea vincularse contractualmente a un profesional adhiriéndose a las condiciones redactadas por este último.

TJUE es el normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, que esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto de la cláusula litigiosa²³, según ha reiterado la STJUE 15 julio 2023. Por tanto, la valoración de la transparencia excluye la referencia a un concreto consumidor que celebre el contrato.

Aunque el derecho de consumo es un derecho formalista en el sentido de incorporar al contrato todos los elementos que configuran la información al consumidor, como la mera incorporación al documento no es suficiente, habrá que valorar la relevancia de los distintos instrumentos que haya utilizado el empresario encaminados a la comprensión por parte del consumidor y, como también indicó la STS de 18 de junio 2012, estos mecanismos tienen que adaptarse a la complejidad de cada situación. Esta es la línea interpretativa que ha seguido el TS. De manera particular con relación a cláusulas concretas, la doctrina jurisprudencial ha establecido una serie de criterios por los que regirse.

Así, con relación a la imposición del tipo de interés referenciado al IRPH, el TS ha establecido que para juzgar la transparencia es preciso que el consumidor conozca previamente a la formalización del contrato la composición, la forma de cálculo del IRPH y la evolución pasada del índice durante los dos años anteriores a la celebración del contrato²⁴, si bien anteriormente, la STS de 14 de diciembre de 2017 consideró que, tratándose de índices oficiales, publicados por el Banco de España, basta que superen el control de transparencia material de manera clara y comprensible en la escritura de préstamo, sin que fuese necesario realizar ninguna información adicional, sobre el cálculo de dicho índice, del mismo modo que no hay que explicar la metodología del cálculo del Euribor²⁵, entendiendo que la cláusula IRPH, se reputa transparente porque “la publicación del IRPH en el BOE... permite al consumidor medio comprender... la composición y cálculo del IRPH”²⁶. Aunque ha sido muy cuestionada esta afirmación²⁷, el TS sigue sosteniendo este mismo criterio en la actualidad²⁸.

23 STJUE 3 marzo 2020, (TJCE 2020\3), (Asunto C-125/18), ap. 51; STJUE 9 julio 2020, (TJCE 2020\167), (Asunto C-452/2018), ap. 46 y 55; ATJUE 3 marzo 2021, (TJCE 2021\50), (Asunto C-13/19), ap. 54 y 65; ATJUE 1 junio 2021, (TJCE 2021\188), (Asunto C-268/19), ap. 50.

24 SSTS 27 de enero 2022, (RJ 2022\629), (RJ 2022\553) y (RJ 2022\563).

25 PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: “Un nuevo paradigma”, cit., p. 2047.

26 MARIN LÓPEZ, M. J.: “El control de transparencia”, cit.

27 ORDUÑA MORENO, F. J.: “Comentario a la STJUE de 13 de julio de 2023: «Las advertencias de la Circular 5/1994, como expresión o medida del control de transparencia y del juicio de abusividad del IRPH”, *Diario La Ley*, núm. 10331, 19 de julio 2023.

28 “... la publicación del IRPH en el BOE... puesto que, según el Tribunal Supremo, permite al consumidor medio comprender que el referido índice se calcula según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, puesto que se trata de un medio de general conocimiento para un consumidor medio. De modo que esa publicación salva, para todos los casos, las exigencias de transparencia en cuanto a la composición y cálculo del IRPH” (STS 42/2022, de 27 de enero).

C) *Criterios de la Comunicación del Consejo de 2019*²⁹.

La Comunicación del Consejo de 2019 presenta, de manera estructurada, la interpretación que el Tribunal ha proporcionado sobre los conceptos y disposiciones claves de la Directiva 93/13/CEE, a la luz de los asuntos específicos de los que han conocido los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, resumiéndola en las tres siguientes:

i) las cláusulas que no estén redactadas de forma clara y comprensible se interpretarán de la forma más favorable para el consumidor.

ii) el objeto principal o la adecuación del precio y la retribución establecidos en el contrato están sujetos a una evaluación de conformidad con el art. 3, apartado I, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

iii) el incumplimiento de la exigencia de transparencia puede ser un elemento de la evaluación del carácter abusivo de una determinada cláusula contractual y un elemento indiciario.

III. TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD.

El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE vincula la transparencia con el juicio de abusividad porque la falta de la primera trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según se vincule con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. Sin embargo, como sostiene la STS 25 marzo 2015³⁰, el juicio de abusividad queda conectado, pero no diluido en el juicio de transparencia, dejando patente que la constatación de la falta de transparencia es la causa de un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor.

En esencia, para que pueda realizarse el control de abusividad sobre una cláusula que afecta a los elementos esenciales del contrato ha de considerarse no transparente con carácter previo, sin que quepa un control de contenido directo. En efecto, aunque existen opiniones discrepantes³¹, la falta de transparencia no significa una inmediata declaración de abusividad por la evidente subrepticia alteración del equilibrio subjetivo de precio y prestación sino que, conforme

29 Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, (2019/C 323/04).

30 STS 25 marzo 2015, (RJ 2015\735).

31 ORDUÑA MORENO, F. J.: *Control de transparencia y contratación bancaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

estableció la STJUE 26 enero 2017³², debe el órgano juzgador, tras valorar la falta de transparencia, examinar su carácter abusivo y, en particular, si causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato.

Los pronunciamientos del TS distinguen entre lo que supone el proceso del control de abusividad como un proceso complejo, de la mera declaración de abusividad. Esta distinción implica reconocer la existencia de un análisis valorativo, tanto de la transparencia inicialmente, como de la abusividad con posterioridad. En definitiva, no se reconoce una conexión directa de la comprobación de falta de transparencia con declaración de abusividad, sin perjuicio que, como tantas veces se ha reiterado, tal falta de transparencia trae consigo, en el caso concreto, un desequilibrio de los derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor, es decir, la ausencia de transparencia genera consecuencias en el equilibrio, aunque podría no hacerlo. Dicha dicotomía la asume el TS cuando se pronuncia sobre la cláusula que fija el IRPH como índice de referencia para calcular los intereses remuneratorios en préstamos hipotecarios, sobre el que señala que, a pesar de no ser transparente, no es abusiva. En este mismo sentido, la STS 19 diciembre 2018³³ tampoco relaciona el art. 4.2 de la Directiva y la falta de transparencia con la declaración de abusividad de la cláusula, sino con el juicio de abusividad. Dicha distinción implica reconocer la necesidad de realizar una doble valoración tanto de la transparencia como de la abusividad, que es el criterio mantenido por la jurisprudencia que, al menos desde la STS 9 mayo 2013³⁴, ha exigido el previo doble control o juicio de transparencia.

Tampoco se puede olvidar que actualmente el art. 83 TRLGDCU ha recogido la nulidad como sanción para aquellas cláusulas que se declaren no transparentes.

IV. ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS EN 2023 SOBRE CLÁUSULAS ABUSIVAS.

Establecidos estos criterios generales el paso siguiente es analizar cómo han sido adaptados a cada situación específica. Al respecto, ha habido pronunciamientos sobre la cláusula suelo, de vencimiento anticipado, comisión de apertura, cláusula multidivisa..., haciendo hincapié en la que adopta el IRPH como índice de referencia de forma específica.

I. La cláusula sobre el IRPH. Significado.

Un número considerable de los pronunciamientos habidos durante estos años sobre cláusulas abusivas ha concernido a la valoración sobre la cláusula que

32 STJUE 26 enero 2017, (TJCE 2017\31).

33 STS 19 diciembre 2018, (RJ 2018\5455).

34 STS 9 mayo 2023, (RJ 2013\3088).

referenciaba el tipo de interés en relación con el denominado IRPH. Por ello, su trascendencia no sólo económica sino jurídica es incuestionable³⁵ puesto que una buena parte de préstamos hipotecarios escogieron fijar el índice de valoración de su interés remuneratorio con relación al mismo, a pesar de su escaso conocimiento sobre su cuantificación y la ignorancia de que esta elección suponía un coste más elevado que si el interés se hubiese referenciado al Euribor.

El IRPH se denomina oficialmente tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre que hayan sido iniciadas o renovadas durante el mes al que se refieren los índices, y se calcula como la media aritmética simple de los precios ponderados por el saldo de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria a plazo igual o superior a tres años. En el cálculo de la media se utilizan tipos anuales equivalentes, que son datos con valores más elevados que los tipos nominales.

En el año 2009, la Unión Europea obligó a España a eliminar los índices IRPH de Bancos y Cajas de Ahorro, sin embargo, no fue hasta la entrada en vigor de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre³⁶, de apoyo a los emprendedores y su internalización, cuando se eliminó el IRPH de Cajas, aunque no así el IRPH Entidades. Fue, por tanto, desde el 1 de noviembre de 2013 cuando los tres tipos de IRPH existentes hasta ese momento: IRPH Bancos; IRPH Cajas y IRPH Entidades de Crédito, desaparecieron y quedaron sustituidos por el IRPH de Entidades, por haber sido considerados poco transparentes. Actualmente, el índice habitual y más utilizado para préstamos hipotecarios es el Euribor, que presenta importantes diferencias con el IRPH. Mientras el primero es el tipo de interés al que los bancos de la eurozona prestan el dinero, el IRPH es la media simple de los tipos TAE de los préstamos hipotecarios a más de tres años adquiridos durante el mes al que viene referido el índice. Por tanto, a diferencia del Euribor, el IRPH no es un tipo nominal sino una TAE, que engloba todos los costes del préstamo medio, incluyendo intereses, comisiones...

El primer pronunciamiento relevante sobre el IRPH por parte del TS fue su sentencia de 14 diciembre 2017³⁷. Dicha resolución ha sido seguida por la STS (Pleno) 6 noviembre 2020³⁸, en la que dicho órgano ordenó sustituir este índice de préstamos hipotecarios por el euríbor más un diferencial, al ser la alternativa más beneficiosa para el consumidor. Sin embargo, en las posteriores sentencias de 6 y 12 de noviembre de 2020³⁹ el TS fijó como doctrina que el índice de

35 Según Asufin se ha apreciado que una décima parte de préstamos hipotecarios se encuentran referenciados a este índice.

36 Disposición adicional decimoquinta.

37 STS 14 diciembre 2017 (RJ 669/2017).

38 STS 6 noviembre 2020 (RJ 2020\3857).

39 STS 6 noviembre 2020 (RJ 2020\3857) y STS 12 noviembre 2020 (RJ 2020\4196).

referencia del interés remuneratorio, aunque la cláusula no sea transparente no implica necesariamente que sea abusiva, siendo este el criterio que mantiene.

El TJUE se ha manifestado, por su parte, en la STJUE 5 marzo 2020⁴⁰, que proporcionó orientación sobre la falta de transparencia de las cláusulas IRPH y su posible carácter abusivo. En ella se establece que las cláusulas IRPH deben someterse a un control judicial por falta de transparencia. En particular, se señaló que los jueces nacionales deben verificar si son comprensibles y también si se proporcionó a los consumidores la información necesaria para entender su funcionamiento y las implicaciones económicas que conllevan. Al respecto, establece que la Directiva 93/13, y en particular sus arts. 4, apartado 2, y 5, deben interpretarse en el sentido de 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. Más recientemente ha reiterado dicho criterio en la STJUE 13 julio 2023⁴¹, que se expone seguidamente.

2. La STJUE de 13 de julio de 2023.

La STJUE de 13 de julio incide nuevamente sobre la validez de la cláusula que impone como referencia el tipo expresado en el IRPH-Cajas, dando respuesta a la cuestión prejudicial promovida por el JPI núm. 17 de las Islas Baleares, si bien añade, respecto a la consolidada jurisprudencia establecida por el TJUE, la necesidad de analizar si dicho índice de referencia incluye también otras comisiones ya cobradas a cargo de otros conceptos.

Realmente, después del informe preparado por la Comisión sobre la aplicación de las cláusulas abusivas, no sería muy consecuente que el TJUE se manifestase en sentido contrario a sus propias decisiones. Es más, su publicación ha contribuido a la consolidación de la doctrina que ha fijado los presupuestos y efectos que conlleva la declaración de abusividad de una determinada cláusula. En concordancia con ello, la apreciación del carácter abusivo de una estipulación deberá atenerse a los criterios reiteradamente expresados por el TJUE en sus pronunciamientos, que, en aplicación del art. 4bis LOCPJ, constituye un cuerpo de doctrina que vincula a los órganos judiciales en la aplicación del derecho. Este criterio no obstante

40 STJUE 5 marzo 2020 (TJCE 2020\31).

41 STJUE 13 julio 2023 (TJCE 2023\124).

también deberá relacionarse con el principio establecido por el TJUE de que corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional pronunciarse sobre la calificación de cláusulas supuestamente abusivas en función de las circunstancias específicas del caso concreto, sin perjuicio de la competencia del juez comunitario para deducir de los arts. 1.2 y 4.2 de la Directiva los criterios que aquel debe aplicar al llevar a cabo dicha calificación, dada la necesidad de que sean objeto, en toda la Unión Europea, de una interpretación autónoma y uniforme.

En esta sentencia el TJUE también incide en que el control de transparencia debe valorar las informaciones precontractuales que, por cualquier medio, hayan sido proporcionadas al consumidor y, en lo relativo al análisis de la obligación de transparencia sobre la cláusula IRPH, considera relevante, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultasen 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 Boletín Oficial del Estado y, por otro, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés. A tal efecto, considera especialmente pertinente que, según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato⁴², las entidades de crédito estuvieran obligadas a informar a los consumidores de la evolución que había sufrido el 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.

A) Supuesto de hecho.

El 12 de mayo de 2006, ZR y PI, por una parte, y el predecesor legal de Banco Santander, por otra, celebraron un contrato de préstamo hipotecario por la cantidad de 197.934,54 euros.

De conformidad con la cláusula 3 bis de dicho contrato, el tipo de interés era variable y, al término de cada período de doce meses, debía determinarse un nuevo tipo para los doce meses siguientes hasta que finalizase el plazo del contrato. El nuevo tipo de interés se fijó con relación a un «tipo de referencia» -el IRPH de las entidades de crédito, incrementado en 0,20 puntos porcentuales- o a un «tipo de referencia sustitutivo» -el IRPH de los bancos, incrementado en 0,50 puntos porcentuales-.

En el apartado 3 de dicha cláusula se define el tipo de referencia, como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las

⁴² Orden Ministerial de 5 mayo de 1994, sobre Transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre que hayan sido iniciadas o renovadas por los Bancos, las Cajas de Ahorros y las Sociedades de Crédito Hipotecario en el mes a que se refiere el índice, tomando a efectos de referencia el último de estos Tipos Medios publicado por el Banco de España en el BOE antes del inicio de cada nuevo período de interés y dentro de los tres meses naturales previos al mismo.

Este mismo apartado 3 define en términos análogos el tipo de referencia sustitutivo, que resulta de aplicación en caso de no publicarse el tipo de referencia. Dicha cláusula expresa que tanto el tipo de referencia como el tipo de referencia sustitutivo se encuentran descritos en el anexo VIII de la Circular 8/1990.

El 13 de febrero de 2020, ZR y PI presentaron ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca, que es el órgano jurisdiccional remitente, una demanda solicitando que se declarara la nulidad de la cláusula controvertida por ser abusiva y que se condenara a Banco Santander a reparar el perjuicio que supuestamente habían sufrido como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula.

ZR y PI alegan ante el citado órgano jurisdiccional que resulta engañoso que la cláusula controvertida remita, para revisar anualmente el tipo de interés de su préstamo, a los IRPH y que al mismo tiempo contemple un ligero incremento de estos, a saber, de 0,20 puntos porcentuales cuando se trata del IRPH de las entidades de crédito o de 0,50 puntos porcentuales si se trata del IRPH de los bancos. En tal sentido, consideran que presentarlo en tales términos, como un incremento relativamente limitado, incita a los potenciales prestatarios a suscribir un préstamo cuyo tipo será revisable por referencia al IRPH en lugar de por referencia al tipo de interés de oferta en el mercado interbancario del euro «Euríbor», a pesar de que una referenciación al euríbor, con un incremento mucho mayor, incluso del orden del 2%, llevaría a aplicar un tipo de interés revisado menor. Esto deriva, según afirman, del hecho de que, a diferencia del euríbor, los IRPH se calculan sobre la base de tipos que tienen en cuenta las comisiones. Según los demandantes en el litigio principal, el perjuicio que sufrieron como consecuencia de la aplicación de la cláusula controvertida asciende a 39.799,25 euros.

La parte demandada en el litigio principal se opone a la referida demanda, en lo que se refiere tanto a la afirmación del carácter abusivo de la cláusula controvertida como a la evaluación del supuesto daño. Sostiene además que esta cláusula fue negociada individualmente y que es de fuente legal, puesto que, al constituir los IRPH índices oficiales y públicos y, por lo tanto, ser accesibles a los consumidores, estos podían conocer los datos relevantes en cuanto a su modo de cálculo y a su evolución histórica basándose en la información contenida en el contrato objeto del litigio principal.

En el procedimiento ante el órgano jurisdiccional remitente, los demandantes en el litigio principal alegaron asimismo que debía declararse la nulidad de la cláusula controvertida, puesto que, al designar un IRPH como tipo de referencia para las revisiones periódicas del tipo de interés del préstamo en cuestión, tendría que haberse previsto en ella la aplicación de un diferencial negativo, como exige la Circular 5/1994 y no de un diferencial positivo.

El órgano jurisdiccional remitente señala que el preámbulo de la Circular 5/1994 aunque carece de valor normativo, pone de manifiesto que la autoridad administrativa autora de dicha circular consideraba que la comercialización de productos referenciados a un IRPH debe ir acompañada de la aplicación de un diferencial negativo. En cuanto a la presentación de la cláusula controvertida, el órgano jurisdiccional remitente destaca que el contrato objeto del litigio principal no recoge las indicaciones que figuran en el citado preámbulo sobre la aplicación de un diferencial negativo a los IRPH para ajustarlos al tipo del mercado. Finalmente, con relación a los efectos de la cláusula controvertida, el órgano jurisdiccional remitente subraya que la referencia a un IRPH es intrínsecamente desfavorable para los prestatarios, en la medida en que un índice de esa naturaleza está constituido por una media de los tipos de interés del total de las operaciones de préstamo en curso, tipos que comprenden, en parte, comisiones y aumentos. Con base en ello, el órgano jurisdiccional remitente considera que no haber informado a los prestatarios sobre el contenido del preámbulo de la Circular 5/1994 y, por tanto, sobre las características de los IRPH, ni tampoco, de manera más general, sobre los tipos respectivos de los IRPH y del euríbor puede ser contrario a la buena fe y crear un desequilibrio en perjuicio de los consumidores, lo que justificaría que la cláusula controvertida se califique de abusiva. Por otra parte, estima que la falta de información sobre el contenido del preámbulo de la Circular 5/1994, combinada con la aplicación de un diferencial positivo ligeramente inferior a los aplicados a los préstamos cuyos tipos se fijan por referencia al euríbor, podría constituir una estrategia comercial destinada a dar la impresión de que el coste de los intereses era ventajoso mientras que, comunicar a los potenciales prestatarios la información que figura en el preámbulo de la Circular 5/1994, les permitiría tomar una decisión informada.

En tales circunstancias, el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

“1) Como para la confección del IRPH de las entidades de crédito en el que se han incluido las comisiones y los diferenciales aplicados a estas que se incorporan al tipo de interés son más gravosos para el consumidor que el resto de TAE del mercado, diferenciales que, en base a la normativa de la Circular 5/1994

del Banco de España criterio normativo del organismo regulador se establece la necesidad de que sean de negativos, lo que se ha omitido e incumplido por las entidades financieras de forma generalizada, ¿apartarse completamente del criterio normativo del órgano regulador se opone a los artículos 5 y 7 la Directiva [2005/29]?

2) Demostrado que apartarse del criterio normativo anterior se opone a los artículos 5 y 7 de la Directiva [2005/29], conforme a la jurisprudencia del TJUE en el asunto C-689/20 ¿esta práctica desleal constituye un indicio a la hora de valorar y apreciar el carácter abusivo de cláusula y se opone a los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) ?

3) Si la Circular 5/1994 (RCL 1994, 2281) [...], propia del sector financiero, pero ajena al conocimiento general de la población, no fue objeto de ningún tipo de consideración, y se declara que se opone al artículo 7 a la Directiva [2005/29], ¿constituye un indicio a la hora de valorar el carácter abusivo con arreglo al artículo 6.1 de la Directiva 93/13 que debe de aplicar un control de transparencia a dicho índice que se compone de “índice de referencia y diferencial”?

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

5) ¿Se opone al artículo 6.1 de la Directiva [93/13] no hacer un control de incorporación y abusividad ante un diferencial impuesto de forma oculta cuando el diferencial debe ser negativo en la oferta realizada por una entidad bancaria y que el consumidor en el momento de la fase de información precontractual no llegue a conocer el comportamiento económico del interés aplicado de su préstamo, por oponerse así la Directiva [2005/29]?⁴³”.

43 AGÜERO ORTIZ, A.: “No debería haber cambios en la doctrina del TS sobre el IRPH tras la STJUE de 13.7.2023”, *Revista Cesco de derecho de consumo*, núm. 47, 2023.

B) *Cuestiones resueltas.*

Con anterioridad a esta sentencia, tanto el TS como el TJUE se habían pronunciado sobre tres cuestiones relacionadas con este índice. En concreto, la primera de ellas, a si la opción por el IRPH como índice de referencia queda afecta al precio total del préstamo hipotecario, que el art. 4.2 identifica con las cláusulas relativas al objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra; la segunda, sobre si el IRPH se trata de un índice legal de obligada referencia y por tanto excluido del control de incorporación y, la tercera, sobre si el consumidor debe darse por informado debidamente sobre la naturaleza de este índice al haber sido publicado en el BOE.

Respecto al primer apartado, el TJUE ha precisado que las cláusulas incluidas en el concepto de “objeto principal del contrato” se corresponden con aquellas que regulan las prestaciones esenciales. Su fundamento reside en que para que exista plena libertad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado es preciso que el consumidor tenga un conocimiento exacto del precio y de las condiciones completas de la contraprestación antes de la celebración del contrato. Por ello, la relación entre precio y contraprestación pasa a ser trascendente cuando dicha ecuación no se haya expresado de forma transparente por faltar la base de su exclusión del control de contenido, que es el consentimiento⁴⁴. Dicha razón es la que justifica, como estableció la STJUE 30 abril 2014⁴⁵, que las cláusulas no sólo deban ser claras y comprensibles gramaticalmente, sino que deben estar expresadas de forma que el adherente pueda percatarse de las consecuencias económicas y jurídicas que derivan de su aceptación siendo este el criterio mantenido por la Comisión Europea desde hace ya dos décadas que acogen dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CE, las cláusulas que estipulan el método de cálculo o las modalidades de modificación del precio⁴⁶. Lo determinante residirá por tanto en valorar cómo la cláusula ha podido desvirtuar la comprensión que de dicha oferta tenía el consumidor⁴⁷. Sin embargo, la labor concreta de discernir entre cláusulas principales y accesorias compete al juez nacional, quien, a la luz del criterio restrictivo indicado, habrá de apreciar si una cláusula constituye o no un componente esencial de la prestación a cargo del consumidor o el profesional, atendiendo a la naturaleza, sistema general y estipulaciones del contrato litigioso, valorado en su contexto jurídico y de hecho.

44 PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica”, en *Tratado de contratos*, T. 2, Tirant lo Blanch, 2020, p. 2041.

45 STJUE 30 abril 2014 (TJCE 2014/1165).

46 NAZÁBAL BARANDA, R., “Evolución del tratamiento jurisprudencial del control de transparencia en contratos de préstamo hipotecario”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, febrero 2022, pp. 1602-1617.

47 PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: “Los contratos de adhesión”, cit. p. 2042.

Con relación a la segunda cuestión, el problema gira en torno a si las cláusulas que se remiten a disposiciones legales deben ser sometidas a control de abusividad, así como si cabe considerar que puede establecerse en condiciones generales y aplicarle por tanto la normativa de protección al consumidor.

La finalidad perseguida por el TJUE es que el consumidor sea consciente de la naturaleza del índice que ha escogido, aunque sea superior al Euribor. El criterio que sigue al respecto el Tribunal Supremo es que el consumidor medio debe tener al menos conocimientos suficientes para leer las disposiciones publicadas en el BOE y a falta de un mínimo nivel de duda, también debe de ser capaz de preguntar e informarse sobre el contenido del contrato de préstamo. Precisamente este último pronunciamiento sobre el IRPH expresa la duda sobre el posible carácter abusivo de una hipoteca variable en la que se fijaba la revisión anual según el IRPH de los establecimientos de crédito más un diferencial del 0,20% o el IRPH de los bancos más un diferencial del 0,50%. Poco añade dicha resolución a lo fallado en sentencias anteriores⁴⁸, entre otras razones porque no es competencia de este órgano jurisdiccional pronunciarse sobre cuestiones que afectan al derecho nacional de cada Estado. En esta línea, el TJUE declara que debe corresponder al juez nacional evaluar el posible incumplimiento de las "exigencias de la buena fe", y la existencia de "un posible desequilibrio importante" en perjuicio de los consumidores, siempre atendiendo a los elementos del contrato y a las indicaciones que el Tribunal Europeo ha ido realizando sobre esta cuestión a lo largo de los años.

Si bien es cierto que el EURIBOR es el índice predominante para los préstamos hipotecarios, estas cláusulas IRPH fueron incluidas en muchos contratos de préstamos hipotecarios en España, especialmente durante el período anterior a la crisis financiera de 2008⁴⁹. Como consecuencia de ello actualmente todavía restan muchos préstamos hipotecarios sujetos a dicho IRPH, que de aceptar el criterio que sostiene una parte considerable de la doctrina supondría la declaración de su carácter nulo por abusivo, con el correspondiente reembolso a los afectados de sus cantidades más la indemnización por los daños generados, que podrían llegar al millón, mientras que, según diferentes estimaciones, una sentencia favorable a los clientes podría suponer la devolución a los mismos de entre 3.600 millones de euros, según Barclays, y 44.000 millones de euros, conforme las estimaciones de Goldman Sachs⁵⁰.

El IRPH se trata de un índice de referencia legal cuya opción depende de lo establecido por las partes, pero en modo alguno consiste en un índice de obligado

48 Anteriormente se había pronunciado en la STJUE 3 marzo 2020 y AATJUE 17 de noviembre 2021.

49 FRANCH FLUXÀ, J.: "La protección del consumidor bancario a raíz de las sentencias europeas sobre IRPH", *La Ley mercantil*, núm. 107, noviembre de 2023.

50 *Conflegal*, 13 julio 2023.

sometimiento, puesto que se considera una opción y no una imposición. De ello deriva que no puede considerarse dentro de los supuestos recogidos en el art. 1.2 de la D. 93/13/CE y que, al no quedar incluido en dicho precepto y afectar al objeto principal del contrato de préstamo dicha cláusula deberá someterse al principio de incorporación material y de transparencia.

El art. 1.2 de la Directiva de cláusulas abusivas dice que «las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva». Dicha exclusión debe vincularse con la previsión contenida en el art. 4.2, conforme al cual “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” y supone que se han de reproducir las disposiciones legales, reglamentarias o convencionales vigentes aplicables al tipo contractual al ser preciso que la cláusula refleje la disposición que deba ser aplicada, ya imperativamente, con independencia de la elección de los contratantes, ya con carácter supletorio, para el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa, sin perjuicio, en todo caso, de que aunque estas cláusulas gocen de la presunción de licitud, la norma legal no haya de ser parámetro directo de validez, que puede ser desmentida mediante la utilización ponderada de los demás criterios rectores de su evaluación⁵¹.

Finalmente, con relación al tercer aspecto, la postura sostenida por el TS parte de la premisa de que las normas publicadas por el Banco de España han sido sometidas a controles previos de supervisión. Resulta sin embargo difícil de entender su conclusión de que a pesar de no ser transparente no es abusiva, puesto que dicha falta de transparencia implica además que se le han omitido al consumidor datos que se consideran esenciales para configurar su consentimiento, que ya de por sí implicaría un elemento para considerar su carácter abusivo por falta de transparencia⁵². En este sentido, la STS 27 enero 2022⁵³, salvó, para todos los casos, las exigencias de transparencia en cuanto a la composición y cálculo del IRPH al afirmar que no se trata de una cláusula abusiva en tanto se ha

51 CARBALLO FIDALGO, M.: “La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas y su desarrollo por el Tribunal de Justicia de La Unión Europea. Aportaciones a la construcción de una disciplina protectora y cuestiones abiertas”, *Cuadernos de derecho transnacional*, marzo 2022, vol. 14, núm. 1, pp. 65-87.

52 PANTALEÓN PRIETO, F.: “Las cláusulas IRPH, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo”, *Almacén de derecho*, núm. 28, 2023; PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: “Una nota sobre la STJUE de 13 de julio de 2023 sobre la cláusula IRPH”, *Almacén de derecho*, 24 julio 2023.

53 STS 27 enero 2022 (RJ 2022\722).

impuesto una cláusula que se encontraba publicada en el BOE y que cumplimenta adecuadamente la información que se debe dar al adherente⁵⁴, lo que impide considerar que se trata de una norma contraria a la buena fe puesto que fue elegida por el usuario que pudo optar por el Euribor como referencia. Contrariamente a ello se ha expresado que dicha consulta al BOE por parte de un consumidor medio no puede detectar la condición fundamental en la que se basa el desequilibrio, consistente en hacer pasar una tasa efectiva por un tipo nominal. Por su parte, la STJUE 3 marzo 2020⁵⁵ determinó que la cláusula para ser transparente requiere no sólo que sea fácilmente comprensible para el consumidor medio, sino que éste pueda percatarse de las consecuencias económicas y jurídica que ello le reporta. En dicho caso el TJUE consideró que el IRPH se trata de un índice más elevado para el consumidor que si hubiese optado por el Euribor, de lo que deriva la conveniencia de mencionar al cliente que, a estos efectos, la exposición de motivos recomendaba la aplicación de un índice de referencia negativo para que quedase asimilado a las restantes TAE, como señalaba la Circular 5/1994.

El Tribunal Europeo señala que para determinar si existió transparencia suficiente en el contrato hipotecario acerca del IRPH se debe tener en cuenta la Circular 5/1994 del Banco de España que recogía la necesidad de aplicar dicho diferencial negativo. Esta circular lo que hacía era añadir un anexo a otra circular anterior, la Circular 8/1990, donde se definía este índice IRPH en las tres modalidades del IRPH Bancos, Cajas y entidades.

En el preámbulo de la Circular 5/1994, el propio Banco de España advertía de que este índice, por estar conformado con la media de las TAE, se iba a encontrar siempre por encima del valor de mercado, por lo que para equilibrar el sobreprecio que conlleva el IRPH, se tendría que acompañar de un diferencial negativo. De hecho, dicho diferencial negativo sólo se ha llegado a incluir en los préstamos sobre vivienda protegida, ya que se trata de contratos supervisados por la Administración, pero no se ha respetado en los préstamos de vivienda libre en los que incluso se añadía un diferencial que incrementara aún más el tipo de interés aplicable. En consecuencia, el carácter abusivo de la cláusula que referencia el interés en un préstamo hipotecario de interés variable al IRPH radica en la falta de información previa al contrato por parte de la entidad financiera de su incidencia sobre el coste del crédito.

En el caso de esta última STJUE de 15 de julio de 2023 se intenta precisar el contenido de la información que debe proporcionarse al consumidor en las cuestiones prejudiciales que se interponen por parte del JPI núm. 17 de Palma

54 ORDUÑA MORENO, F. J.: "La protección jurídica del consumidor y del cliente en el mercado asegurador conforme a la primacía del derecho de la Unión Europea: Una perspectiva sistemática y transversal desde el principio de transparencia". Informe I+Dret, abril 2022.

55 STJUE 3 marzo 2020, (TJCE 2020\3).

de Mallorca, sin embargo, el alcance de alguna de ellas sobre la interpretación de normas de derecho interno impide que se pueda pronunciar sobre las mismas y se tenga que limitar a reiterar su doctrina.

En esta sentencia el TJUE da las claves para valorar si la inclusión del IRPH como índice de referencia supera el control de transparencia y de abusividad, cláusula que es declarada por el TS no transparente pero no abusiva. Con relación a este índice, la información debería centrarse en si se conoce que su elección implica aceptar o no que resulta más oneroso que el Euríbor. Para constatar la existencia de dicho conocimiento se exige que documentalmente se aporte la evolución de los dos últimos años, así como que se le haya informado de la previa exigencia de aplicar un índice negativo, obligación esta última que se cuestiona y que por el momento el TS ha resuelto entendiendo que, al tratarse de un índice legal, publicado en el BOE, no precisa de ulterior información.

El problema que presentaban estas cláusulas se originaba porque los índices IRPH son más altos que otros índices de referencia, como el Euríbor. Sin embargo, cuando el prestamista ofrecía al prestatario un contrato de préstamo hipotecario con un tipo de referencia IRPH, normalmente le incentivaba a aceptarlo a través de la oferta de un diferencial más bajo, lo que hacía que se presentase como un producto más competitivo, cuando la realidad era que se había contratado un préstamo más oneroso que otro préstamo referenciado con Euríbor, aunque su diferencial fuera más alto. Por tanto, teniendo en cuenta que el índice IRPH es un tipo de interés variable del que el consumidor medio suele desconocer su metodología de fluctuación, el adherente podría sentirse influenciado a aceptar la oferta por el dato del precio, siendo que, un préstamo referenciado a IRPH provoca intereses más altos para los prestatarios por la propia metodología de cálculo. Desde esta tesitura, la cuestión radica en valorar si por la información aportada en la fase contractual el consumidor se encuentra en condiciones de percatarse de las consecuencias económicas que derivan a su cargo por la inclusión de este índice. Para ello se establece como premisa que el consumidor necesita saber que es más costoso que el Euríbor y que en épocas de bajada es más reticente a la bajada que éste último. Además, es necesario que se le haya aportado una información comparativa sobre la evolución de este índice en los dos últimos años junto al Euríbor a fin de que pueda apreciar las diferencias existentes entre ambos. El perjuicio para el consumidor no consiste por tanto en que el precio sea más o menos costoso sino en que la aplicación de la cláusula supone que el interés es distinto del que se había representado el consumidor en función de una cláusula contractual incompleta⁵⁶. La abusividad consiste por tanto en evitar que el consumidor se beneficie de las bajadas de tipos.

56 PERTIÑEZ VILCHEZ, F.: "Los contratos de adhesión", cit., p. 2044.

Todo ello aboca a que respecto a las cuestiones que le son preguntadas al TJUE en la cuestión prejudicial presentada por el Juzgado núm. 17 de Palma de Mallorca, el tribunal se limite a determinar que son los jueces nacionales a quienes compete evaluar si las cláusulas IRPH eran comprensibles para los consumidores y si estos fueron adecuadamente informados sobre su funcionamiento y las implicaciones económicas. Al respecto, el TJUE establece que ello requiere un examen particularizado de cada caso y de sus circunstancias, y entender que la complejidad del índice exige que el contrato contenga la mención a la información que se considere esencial dada la naturaleza de los bienes contratados y disponer de elementos suficientes para, así, claramente comprender el método de cálculo del índice de referencia. De ahí, que, no se puede obviar que la propia Circular de 1994 establece dos exigencias cuyo incumplimiento dejaría clara constancia de la mala fe de la entidad que concede el préstamo. Como se ha adelantado, se exigía en concreto como información que había que facilitar al consumidor para que pudiera comparar: a) un apunte sobre la evolución en los dos años naturales previos del índice de referencia, así como su último valor disponible y, b) la información relativa al índice de referencia con la aplicación de un diferencial negativo. Sobre el conocimiento de estas circunstancias, el TJUE considera que el hecho de que el Banco de España advirtiera a las entidades sobre la necesidad de aplicar diferenciales negativos, en el preámbulo de su circular se convierte en una información insoslayable para el consumidor, al tiempo que no considera suficiente exponer solamente la definición del índice, sino que se debe asimismo informar de los elementos que lo componían con el fin de que el usuario conociera su funcionamiento según la norma que lo calculase e informar al cliente de la evolución que había sufrido en el pasado.

Dicha interpretación, en relación con el alcance que debe darse al principio de transparencia debe aplicarse de manera extensiva según criterio mantenido por el TJUE⁵⁷. Sin embargo, este iter difiere del seguido por el TS, que ha ido restringiendo el criterio de su interpretación⁵⁸. El primero sigue un criterio en el que valora e incluye todos los elementos que pueden aportar al consumidor una mayor comprensión de los elementos que configuran el contrato mientras que el TS ha optado por una interpretación restrictiva⁵⁹.

C) Interpretación sobre la necesidad de aplicar un diferencial negativo.

La STJUE finaliza exponiendo que, tanto para determinar la transparencia como la posible abusividad de la cláusula, será determinante que se haya informado

57 También, en su reciente STJUE 13 julio 2023 mantiene que debe darse información suficiente, aunque se trate de u consumidor que trabajase en dicha entidad y tuviese conocimientos suficientes para valorar las repercusiones de la aceptación de dicho contrato.

58 Este sentido restrictivo puede apreciarse contrastando los criterios expuestos en sus SSTS 18 de junio 2012; 9 mayo 2013 y 15 noviembre 2017.

59 FRANCH FLUXÀ, J.: "La protección del consumidor", cit.

al adherente acerca de las advertencias del Banco de España de que el IRPH debe ir acompañado de un diferencial negativo. Este es uno de los puntos más controvertidos. Implica establecer si un diferencial negativo es en sí mismo una obligación, o si simplemente se trata de una aclaración que evidencia que se trata de un índice que tiene un valor por encima del mercado que es necesario corregir, pero que no obliga a su inclusión. Si consiste en una verdadera obligación, el hecho de no incluir ese diferencial negativo implica la nulidad de la cláusula. Y este tipo de nulidad afecta tanto a consumidores como a no consumidores. Pero si se trata de nulidad por falta de transparencia y por abusividad sólo la pueden pedir quienes sean consumidores. Al respecto, la STJUE 13 julio 2023⁶⁰ se pronuncia en el sentido de que para apreciar la transparencia y el carácter eventualmente abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés variable que designa como índice de referencia para la revisión periódica del tipo de interés aplicable a ese préstamo, un índice establecido por una circular que fue publicada oficialmente y al que se aplica un incremento, es pertinente facilitar el contenido de la información incluida en otra circular. De ello se desprende la necesidad de aplicar a ese índice, dado su modo de cálculo, un diferencial negativo a fin de igualar dicho tipo de interés con el del mercado. Igualmente se aprecia que es necesario que dicha información sea suficientemente accesible para un consumidor medio. Nada nuevo que no hubiera señalado el TJUE, en la ya citada sentencia de 3 de marzo 2020.

D) Inclusión de comisiones.

La STJUE en su párrafo 67 señala que, "..., dado que, a tenor del preámbulo de la Circular 5/1994, los IRPH incorporan el efecto de las comisiones, puede ser pertinente examinar la naturaleza de las comisiones eventualmente estipuladas en otras cláusulas del contrato objeto del litigio principal, con el fin de comprobar si existe un riesgo de doble retribución de determinadas prestaciones del prestamista." En su anterior sentencia no se había pronunciado sobre su existencia, por ello, esta resolución presenta como novedad la apreciación de que el juzgador español debe valorar si este índice incluye comisiones comprendidos en otros conceptos, dado que, al calcularse con los valores medios de las TAE, ya incluye los valores medios de comisiones y gastos, lo que podría generar dobles retribuciones.

3. STJUE de 12 de octubre de 2023.

La STJUE 12 octubre 2023⁶¹ incide sobre una cuestión que tuvo una repercusión relevante en nuestro sistema puesto que resultado de sus consideraciones fue la reforma consistente en limitar la función de los tribunales al declarar la nulidad de

⁶⁰ STJUE 13 julio 2023 (TJCE 2023\124).

⁶¹ STJUE 12 octubre 2023 (JUR 2023\374430).

una cláusula por abusiva en contra del criterio establecido anteriormente de que era a los jueces a quien competía establecer cómo debía seguir entendiéndose en el futuro el contrato para que pudiese resultar aplicable. Este pronunciamiento plantea las mismas cuestiones sobre la que posteriormente incide la STJUE 7 diciembre 2023⁶².

Esta sentencia declara que el art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, cuando un juez nacional declara la imposibilidad de mantener un contrato después de la supresión de una cláusula abusiva y el consumidor afectado manifiesta la intención de que se mantenga ese contrato modificando dicha cláusula, ese juez pueda pronunciarse sobre las medidas que deben adoptarse para que se restablezca el equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes de dicho contrato sin examinar previamente las consecuencias de la anulación del mismo contrato en su totalidad, aunque dicho juez tenga la posibilidad de sustituir la referida cláusula por una disposición del Derecho interno de carácter supletorio o por una disposición aplicable en caso de acuerdo entre esas partes. Se trata, en suma, de un criterio consolidado que atiende a la correcta función que los jueces tienen encomendada que no es la creación del derecho sino su aplicación.

El TRLGDCU de 16 de noviembre de 2007 reconocía en su art. 83 la facultad del Juez de integrar el contrato cuando subsistía el contrato, así como de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor; sin embargo, la Ley 3/2014, de 27 de marzo, modificó dicho precepto estableciendo que al juez sólo le compete declarar la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato.

La sustitución de la cláusula abusiva por una disposición supletoria de derecho nacional es admitida por el TJUE cuando la inaplicación de la cláusula enjuiciada obligue al juez nacional a anular el contrato en su totalidad, dejando al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales. Tal circunstancia concurría en el asunto resuelto por la sentencia de 30 abril 2014⁶³. En este caso, el tribunal hubo de pronunciarse sobre las consecuencias de la nulidad de la cláusula definitiva del deber de reembolso del consumidor prestatario de un préstamo hipotecario. Bajo el presupuesto de que, de apreciarse efectivamente la abusividad y consecuente inaplicación de la cláusula, el contrato no podría subsistir, el TJUE admite su sustitución por una norma jurídica de derecho nacional⁶⁴ habida cuenta de que la aplicación del derecho supletorio permitía restablecer el equilibrio real entre los derechos y obligaciones de las partes y concluye que “el artículo 6,

62 STJUE 7 diciembre 2023 (JUR 2023\432901).

63 STJUE 30 abril 2014 (TJCE 2014\105), Asunto Kásler y Káslerné Rábai.

64 En este caso, el art. 237.2 del Código civil húngaro.

apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional" (apartado 85)⁶⁵.

4. STJUE 9 noviembre 2023.

La STJUE 9 noviembre 2023⁶⁶ se pronuncia sobre la validez de una cláusula de vencimiento anticipado de un crédito garantizado con la vivienda familiar, estableciendo que los arts. 3, apartado 1, 4, apartado 1, 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional en virtud de la cual el control jurisdiccional del carácter abusivo de una de estas cláusulas incluida en un contrato de crédito al consumo no tiene en cuenta la proporcionalidad de la facultad atribuida al profesional de ejercitar el derecho que le confiere dicha cláusula, a la luz de criterios relativos, en particular, a la importancia del incumplimiento por parte del consumidor de sus obligaciones contractuales -como el importe de los plazos vencidos que no se hayan satisfecho con respecto al importe total del crédito y a la duración del contrato- y a la posibilidad que la aplicación de esa cláusula ofrece al profesional de proceder al cobro de las cantidades que en virtud de la propia cláusula se adeudan mediante la venta, al margen de cualquier proceso judicial, de la vivienda familiar del consumidor.

En el concreto caso, las partes litigantes suscribieron un contrato de crédito al consumo, reembolsable durante un plazo de veinte años, asegurado con una garantía real sobre la vivienda familiar en la que residían los prestatarios. Al haber incurrido en mora y antes de transcurrir un año desde su celebración la entidad financiera reclamó la devolución de la totalidad de las cantidades adeudadas sobre la base de una cláusula de vencimiento anticipado incluida en este y les notificó su ejecución de ejecutar la garantía mediante la venta en subasta extrajudicial del inmueble sobre el que se constituyó la garantía. Los prestatarios presentaron una demanda de suspensión de la venta.

El órgano jurisdiccional remitente, considerando de especial importancia proteger los derechos de los consumidores, entre ellos su derecho a una vivienda frente a un eventual perjuicio desproporcionado, plantea al TJUE si la aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado debe tener en cuenta la gravedad del incumplimiento de las obligaciones del consumidor en relación con el importe

65 CARBALLO FIDALGO, M.: "La Directiva 93/13/CEE" cit., pp. 65-87.

66 STJUE 9 noviembre 2023 (JUR 2023\406110), (Asunto C-598/21).

del préstamo y el plazo de reembolso, toda vez que en este caso se aplicó antes de transcurrir un año tras la celebración del contrato de crédito y tener este una duración de veinte años.

El TJUE señala que para establecer el carácter abusivo de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario de larga duración que fija las condiciones en las que el acreedor puede exigir su reembolso anticipado es esencial determinar, entre otras cuestiones, si esta facultad conferida al acreedor está prevista para los casos en los que el incumplimiento de la obligación del consumidor tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo. Para ello, el juez nacional debe examinar el carácter proporcionado de la posibilidad de exigir la totalidad de las cantidades adeudadas teniendo en cuenta el importe de los vencimientos que no han sido satisfechos en relación con el importe total del crédito y con la duración del contrato. Además, tratándose de un contrato de crédito al consumo garantizado por la vivienda familiar, el juez nacional, en su análisis del eventual desequilibrio contractual creado por la referida cláusula, también ha de tener en cuenta que su aplicación puede, en su caso, dar lugar al cobro por el acreedor de las cantidades que en virtud de la propia cláusula se adeudan mediante la venta de esa vivienda al margen de cualquier proceso judicial. En atención a todo ello, la sentencia concluye que si el juez nacional constata que la cláusula de vencimiento anticipado permite al profesional ejercitar ese derecho de reclamar el reembolso anticipado del saldo deudor sin tener en cuenta la importancia del incumplimiento de los consumidores en relación con el importe concedido y la duración del préstamo, tal constatación podría llevar al referido órgano jurisdiccional a tener que considerar que la cláusula es abusiva, en la medida en que crearía un desequilibrio importante en detrimento de los consumidores, contrariamente a las exigencias de la buena fe, habida cuenta del conjunto de circunstancias en las que se celebró el contrato y de las que el profesional podía tener conocimiento en el momento de su celebración.

5. STJUE 23 noviembre 2023.

La STJUE 23 noviembre 2023⁶⁷ establece el carácter abusivo de la cláusula de costes del préstamo no correspondientes a intereses si prevé el pago de gastos desproporcionados respecto al servicio prestado. Además de ello, reitera en su argumentación el criterio de que, si el órgano jurisdiccional comprobase que las cláusulas no están redactadas de manera clara y comprensible, deberían ser objeto de una apreciación de su eventual carácter abusivo, aunque esas cláusulas formen parte del objeto principal del contrato o se impugnen a la luz de la adecuación del precio o de la retribución a los servicios prestados como contrapartida.

67 STJUE 23 noviembre 2023 (JUR 2023\41902).

6. STJUE 7 diciembre 2023.

Finalmente, la STJUE 7 diciembre de 2023⁶⁸ se pronuncia sobre los efectos de la declaración de abusividad de una cláusula que implica la nulidad del contrato de préstamo pactado con un consumidor, declarando que: los arts. 6, apartado 1 y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE deben interpretarse en el sentido de que, en el contexto de la anulación íntegra de un contrato de préstamo hipotecario celebrado con un consumidor por una entidad bancaria que contiene una cláusula abusiva sin la cual no puede subsistir, se oponen a la interpretación jurisprudencial del Derecho nacional según la cual el ejercicio de los derechos que la citada Directiva confiere al consumidor está supeditado a la presentación por su parte, ante un órgano jurisdiccional, de una declaración en la que afirme, en primer lugar, que no consiente en que se mantenga dicha cláusula; en segundo lugar, que tiene conocimiento, por un lado, del hecho de que la nulidad de tal cláusula implica la anulación del citado contrato y, por otro lado, de las consecuencias de esta anulación, y, en tercer lugar, que consiente en que se anule el referido contrato.

V. CONCLUSIONES.

Lo expuesto pone de manifiesto la existencia de una doctrina consolidada sobre cláusulas abusivas por parte del TJUE cuya interpretación vincula a los órganos nacionales en la aplicación de la Directiva 93/13/CE. A ello ha contribuido también el Informe de la Comisión de 2019, que ha sistematizado las cuestiones que han resultado de mayor conflictividad. Sin perjuicio de ello y, en cualquier caso, son los Estados a quienes compete pronunciarse sobre las cuestiones interpretativas y armonizadas en sede de derecho interno. En este sentido, el último pronunciamiento sobre el carácter abusivo o no del IRPH ha puesto nuevamente en manos del Tribunal Supremo la decisión de tener que valorar caso por caso dicho índice y, particularmente importante por ser esta una cuestión sobre la que no se había pronunciado anteriormente este órgano, analizar si su cálculo integra comisiones satisfechas en otros conceptos.

La STJUE 13 julio 2023 no varía lo que conforma un cuerpo doctrinal sobre la consideración de abusividad de las cláusulas predispuestas y deja al criterio de los tribunales nacionales verificar si la información dada al consumidor incluye esta aclaración del Banco de España, y si es “suficientemente accesible para un consumidor medio” que tuviera “conocimiento de los métodos de cálculo del índice de referencia”. Si dicho criterio se vincula con el expuesto por parte del Tribunal Supremo la conclusión es que hay que analizar caso por caso la trascendencia de esa falta de comprensión del IRPH, cláusula que el mismo tribunal ha calificado como no transparente pero no por ello abusiva. Por tanto, recae sobre el juez

68 STJUE 7 diciembre 2023 (JUR 2023\432901).

español la responsabilidad de determinar qué importancia tenía la información que figura en el preámbulo de la Orden de 5 de mayo de 1994 para que el consumidor pueda evaluar correctamente las consecuencias económicas de la celebración del contrato de préstamo hipotecario.

Los interrogantes sobre la validez de determinadas cláusulas no concluyen con los pronunciamientos expuestos. Recientemente, el Juzgado de Primera Instancia 8 de San Sebastián ha elevado una cuestión prejudicial ante el TJUE para que aclare si el TS ha hecho una interpretación restrictiva para los consumidores en su última sentencia de 16 de marzo de este año⁶⁹. En dicho fallo, el tribunal de Luxemburgo dictaminó que las comisiones de apertura de los préstamos hipotecarios no forman parte del objeto principal del contrato, por lo que son accesorias y están sujetas al control de abusividad mientras que la STS 29 mayo 2023⁷⁰, señaló que no existe una solución única en torno a la validez –o no– de las cláusulas de comisiones de apertura de los créditos hipotecarios, por lo que hay que analizarlas caso por caso. También recientemente y, con relación a la comisión de apertura y al IRPH, el JPI 5 bis de Alicante⁷¹ se ha pronunciado sobre el IRPH entidades más 0,10, que lleva adicionado un diferencial positivo en vez de negativo o cero, aplicando el criterio mantenido en la STJUE de 13 de julio de 2023, por lo que no resultaría extraño que en el futuro el alto tribunal tenga que pronunciarse sobre la necesidad de aplicar ese índice negativo y, en consecuencia, declarar la nulidad de la cláusula por falta de transparencia y abusividad.

69 STJUE 16 marzo 2023 (TJCE 2023\41), (Asunto C-565/21).

70 STS 29 mayo 2023 (RJ 2023\3307).

71 SJPI 5 bis Alicante, núm. 3339/2023, de 18 de diciembre.

BIBLIOGRAFÍA

AGÜERO ORTIZ, A.: “No debería haber cambios en la doctrina del TS sobre el IRPH tras la STJUE de 13.7.2023”, *Revista Cesco de Derecho de Consumo*, núm. 47, 2023.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: “La protección del consumidor en los créditos o tarjetas revolving: la importancia de la información y el control de transparencia en su contratación”, *RGLJ*, núm. 1, enero-marzo 2021.

CARBALLO FIDALGO, M.: “La Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas y su desarrollo por el Tribunal de Justicia de La Unión Europea. Aportaciones a la construcción de una disciplina protectora y cuestiones abiertas”. *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 14, núm. 1, 2022.

FRANCH FLUXÀ, J.: “La protección del consumidor bancario a raíz de las sentencias europeas sobre IRPH”, *La Ley mercantil*, núm. 107, noviembre de 2023.

GARCÍA VICENTE, J. R.: “La contratación con consumidores”. *Tratado de contratos*, T. 2, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020.

GÓMEZ CALLE, E.: *Los deberes precontractuales de información*, La Ley, Madrid, 1994.

MARÍN LÓPEZ, J. M.: “El control de transparencia material de la cláusula de intereses remuneratorios del crédito revolving”, *Revista Cesco de Derecho de consumo*, núm. 45, 2023.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.: “Comentario al art. 82 TRLGDCU”, en CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.): *Comentarios a las normas de protección de los consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2011.

NAZÁBAL BARANDA, R.: “Evolución del tratamiento jurisprudencial del control de transparencia en contratos de préstamo hipotecario”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, febrero 2022.

ORDUÑA MORENO, J.:

- “Comentario a la STJUE de 13 de julio de 2023: «Las advertencias de la Circular 5/1994, como expresión o medida del control de transparencia y del juicio de abusividad del IRPH”, *Diario La Ley*, núm. 10331, 19 de julio 2023.

- *Control de transparencia y contratación bancaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- “La protección jurídica del consumidor y del cliente en el mercado asegurador conforme a la primacía del derecho de la Unión Europea: Una perspectiva sistemática y transversal desde el principio de transparencia”. Informe I+Dret, abril 2022.

PANTALEÓN PRIETO, F.: “Las cláusulas IRPH, el Tribunal de Justicia y el Tribunal Supremo”, *Almacén de derecho*, núm. 28, 2023.

PAZOS CASTRO, R.:

- *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2017.
- “El control de transparencia en los préstamos hipotecarios indexados al IRPH”, *Ley Unión Europea*, núm. 82, 2020.

PERTÍÑEZ VILCHEZ, F.:

- “Los contratos de adhesión y la contratación electrónica”, en *Tratado de contratos*, t. 2, Tirant lo Blanch, Valencia 2020.
- “Una nota sobre la STJUE de 13 de julio de 2023 sobre la cláusula IRPH”, *Almacén de derecho*, 24 julio 2023.