



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

La sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020 y las cláusulas abusivas (IRPH).

Autor

DANIEL MORA PASCUAL.

Directora

REYES PALÁ LAGUNA.

Facultad de Derecho

2021

INDICE:

0. Abreviaturas	4
1. Introducción	5
1.1- Justificación del objeto de estudio	5
1.2- Metodología de la investigación	6
2. Breve referencia al contrato de préstamo con garantía hipotecaria	7
3. La sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020 y la cláusula de intereses referenciados al IRPH en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria	9
3.1- IRPH: concepto	9
3.2- ¿Tiene la consideración de cláusula abusiva el tipo de interés referenciado el IRPH?	13
3.3- STJUE 3 de maro de 2020: análisis de la sentencia exponiendo el supuesto de hecho y las conclusiones del Tribunal	21
3.4- Conclusión a la sentencia	24
3.5- Consecuencias de la doctrina del TJUE para los contratos de préstamo con garantía hipotecaria referenciados al índice IRPH	26
4.Conclusión	29
5.Bibliografía y jurisprudencia	32
6.Anexo: Estudio de campo del supuesto.	35

0-ABREVIATURAS UTILIZADAS.

AP: Administración pública.

BdE: Banco De España.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

CC: Código civil.

Cit: Citado, citada.

CCom: Código de Comercio.

Directiva 93/13: Directiva 93/13/CEE del consejo, de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas celebrados con consumidores.

EURIBOR:*European Interbank Offered rate.*

Guía sobre la Directiva 93/13/CEE: Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores elaborada por la comisión Europea.

IRPH: Índice de Referencia de Préstamos hipotecarios.

LCI: Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

TRLGDCU: Real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

LCGC: Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.

OM: Orden Ministerial.

Orden EHA/2899/2011: Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y facilitar información pública sobre los tipos de interés y comisiones

Pág: Página.

RDL: Real Decreto Ley.

Ss: Siguentes.

STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo.

TFG: Trabajo Final de Grado.

1- INTRODUCCIÓN.

1.1- Justificación del objeto de estudio.

En las siguientes páginas se va a realizar un análisis del índice de referencia de los préstamos hipotecarios, en especial del IRPH y su posible consideración como cláusula abusiva, así como del estado de la cuestión en la materia como consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2020 (ECLI:EU:C:2020:138)

Antes de entrar en el objeto del trabajo se van a exponer una serie de nociones previas introductorias que nos permitan realizar una primera aproximación al concepto de IRPH con la finalidad de comprenderlo en todos sus extremos. Todo ello teniendo en cuenta la jurisprudencia de manera constante y actualizada.

Aproximadamente entre un 10 y un 20% de los préstamos con garantía hipotecaria que se firmaban en España incluían éste índice de referencia¹, con lo que se puede afirmar que actualmente sigue teniendo una relevancia social importante. El debate se generará en torno a la declaración o no de nulidad de la cláusula IRPH y a la falta de transparencia de la entidad bancaria en sus relaciones con los clientes cuando se realizaban contrataciones de préstamos con garantía hipotecaria.

El objetivo principal del presente trabajo no será otro que explicar y comprender los conceptos que componen tanto de manera directa como indirecta éste índice de referencia de préstamos hipotecarios y elaborar conclusiones acerca de la futura jurisprudencia respecto a la abusividad de la cláusula de intereses referenciada al IRPH. Para ello analizaremos también sentencias recientes del Tribunal Supremo como las de 12 de noviembre de 2020: STS 595/2020

¹ RIBÓN SEISDEDOS, E. "Análisis del IRPH: lodazal de la banca", blog de la asociación española de derecho del consumo, <https://aedconsumo.es/analisis-del-irph-lodazal-de-la-banca/>, 12 de septiembre de 2019. Consultado el 9 de julio de 2020.

de 12 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3613), STS 596/2020 de 12 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:2020:3629), STS 597/2020 de 12 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:597) y la STS 598/2020 de 12 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3756).

1.2- Metodología de la investigación.

La elección del tema de este trabajo la relaciono con la realización de la asignatura prácticum en la asociación de consumidores ADICAE. Fue ahí cuando me empecé a familiarizar con el tema y a conocer los diferentes tipos de índices existentes y la problemática planteada en torno al índice de referencia de los prestamos con garantía hipotecaria.

Fue a raíz de la publicación de la sentencia del TJUE cuando se me ocurrió que podría ser una buena elección para mi TFG. A partir de ese momento me puse a recopilar todo tipo de información relativa al IRPH y noticias, y artículos doctrinales de diversos autores, todo ello con la finalidad de identificar, con mayor claridad, cuáles eran los hechos y analizar los fundamentos que llevaron al TJUE a promulgar tal sentencia.

Para ello, además de la recapitulación de toda la información necesaria para el buen conocimiento y manejo del tema, he utilizado bases de datos jurídicas que me han ayudado en el desarrollo del trabajo y me han facilitado el acceso a los artículos doctrinales en esta materia. En especial, las bases de datos que mas he utilizado han sido Tirant on line, Westlaw, y Thomson Reuters (Aranzadi).

Se ha analizado la jurisprudencia en la materia realizado valoraciones criticas en aquellos aspectos con los que no estaba de acuerdo, en especial a la hora de valorar la sentencia del TJUE y su declaración de falta de transparencia de la cláusula IRPH .

2- BREVE REFERENCIA AL CONTRATO DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA.

La base jurídica del préstamo con garantía hipotecaria la encontramos en la Ley Hipotecaria. En especial podemos citar los artículos 114, 129 bis, 140, y 149. El artículo 114 de la Ley Hipotecaria reviste especial interés ya que se dice que, "Salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente. En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años.

En el caso de préstamo o crédito concluido por una persona física que esté garantizado mediante hipoteca sobre bienes inmuebles para uso residencial, el interés de demora será el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales a lo largo del período en el que aquel resulte exigible. El interés de demora sólo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrá ser capitalizado en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Las reglas relativas al interés de demora contenidas en este párrafo no admitirán pacto en contrario."²

La ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación de mercado hipotecario, también contiene previsiones sobre el préstamo garantizado con hipoteca en los artículos 5,14,15 y 17.

² El párrafo tercero de este art- 114 fue modificado por la disposición final primera de la ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. Esta disposición final primera completa la Ley Hipotecaria añadiendo el artículo 129 bis en el que especifica en que supuestos se va a producir un vencimiento anticipado del contrato.

El contrato de préstamo con garantía hipotecaria constituye una obligación garantizada, que una entidad financiera puede llegar a aceptar de un particular o una empresa, por la cual se abona unos intereses que vendrán fijados por acuerdo de las partes y en un tiempo determinado, cuya garantía de devolución es el inmueble de su propiedad que un cliente aporta en el momento de la formalización. Por lo que se puede afirmar que el contrato de préstamo con garantía hipotecaria son contratos en los que la devolución del principal esta garantizada de un modo “personal” ya que el deudor va a responder con el bien inmueble por el cual se concedió.

El importe del préstamo con garantía hipotecaria es utilizado en ocasiones, para afrontar pagos que surjan de manera inmediata, siendo diseñado para aquellas personas físicas o jurídicas que necesitan financiación rápida y que no pueden obtenerlo por otras vías. Llegándose a utilizar numerosas ocasiones como recurso para todas aquellas personas que necesitan financiación reagrupando todas sus deudas para emprender un negocio o por cualquier motivo que les obligue a necesitar una solvencia a corto plazo.

Estos temas han estado recientemente de actualidad; tanto es así que el Real Decreto-ley de 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto social y económico del Covid- 19 establece en su art. 8.1 que se produce a la suspensión de todas las obligaciones derivadas de los contratos de préstamo con garantía hipotecaria que estuvieran vigentes a la entrada en vigor del decreto cuando concurren los requisitos establecidos en el artículo 16 de RDL 11/2020, de 31 de marzo, para entender que está dentro de los supuestos de vulnerabilidad económica. En su disposición final décima se estableció una duración del RD de un mes, sin perjuicio de que su duración se pudiera prorrogar mediante RDL. Tanto es así que las disposiciones contenidas en este RD siguen vigentes en la actualidad (enero 2021).

3-LA SENTENCIA DEL TJUE DE 3 DE MARZO DE 2020

Se examina a continuación el proceso y desarrollo acaecido hasta el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la materia objeto de esta TFG. En un primer epígrafe se estudiará el concepto de IRPH y posteriormente se realizará un estudio de esta sentencia del TJUE en la que se analizarán los puntos más importantes de la misma y se detallarán las opiniones de diversos autores realizando una valoración crítica en aquellos aspectos en los que discrepo.

3.1- IRPH: concepto.

El origen de este concepto lo encontramos en el artículo 39 y ss. de la derogada ley 26/1988 de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, modificada por la Ley 2/1994, de 30 de marzo en la que se facultó al Ministro de Economía y Hacienda para llevar a cabo, bien de forma individual o bien con la coordinación del Banco de España, la publicación regular y oficial de determinados índices o tipos de referencia para su posible aplicación por parte de las entidades de crédito con sus clientes en determinados tipos de préstamos³.

La aplicación de este índice a los consumidores puede configurarse como condición general de contratación según lo establecido en el Artículo 1 de la Ley de condiciones generales de Contratación” *1. Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”*

³ AHEDO PEÑA, O. "Cláusula IRPH", en AA.VV. *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos cláusulas de prestamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*, Tirant lo Blanch, . Valencia, 2019, págs. 439-456 consultado en versión digital.

Para hablar de IRPH tenemos que hacer referencia a los diferentes tipos de interés a los que nos podemos acoger al celebrar un contrato de préstamo con garantía hipotecaria. El Banco de España, en su página web define al tipo de interés como “aquello que pagamos a un banco a cambio de que nos preste dinero, o lo que nos paga el banco por depositar nuestro dinero”⁴. Este porcentaje vendrá expresado sobre el capital que se preste en un periodo de tiempo determinado que normalmente suele ser anual o semestral.

A este respecto podemos citar la Circular 2/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. Esta norma reglamentaria tiene por objeto la aplicación de normas precisas para el desarrollo de las disposiciones contenidas en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y facilitar información pública sobre los tipos de interés y comisiones. Esta orden ha tratado de regular los tipos de interés con la finalidad de garantizar una mayor protección a los consumidores estableciendo distintas medidas en diferentes artículos (v. artículos 5, 26 y 27).

Se pueden establecer diferentes tipos de interés aplicables en los contratos de préstamo. Una primera clasificación de los tipos de interés es la que distingue entre fijo y variable. En el caso de que se pacte un interés fijo el cliente no tendrá ningún tipo de incertidumbre ante los cambios que pueda llegar a experimentar el mercado, ya que esta primera clasificación del tipo de interés no experimentara ninguna variación a lo largo de la vida del contrato.

⁴ Página web Banco de España, Eurosistema: “los tipos de interés”. <https://www.bde.es/bde/es/areas>. Actualizado el 10 de enero de 2019. Consultado el 20 de julio 2020.

El interés variable, se referencia a un índice como puede ser el IRPH o el EURIBOR⁵. Este tipo de interés carece de estaticidad, ya que se va a ir modificado a lo largo de la vida del préstamo; esta evolución fluctuaría en función de qué índices se tomen como referencia. El consumidor puede llegar a asumir un mayor riesgo por las variaciones que puede llegar a experimentar este tipo de interés⁶.

En este sentido, el artículo 21 de la ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario en su apartado primero establece que el tipo de interés del préstamo no se va a poder modificar durante la vigencia del mismo, salvo acuerdo entre las partes y de forma escrita. A tenor de lo establecido en el apartado segundo de dicho artículo, los prestamistas que apliquen un tipo de interés variable podrán utilizar como tipo de referencia objetivo para calcular el tipo aplicable aquellos que cumplan con las condiciones que se detallan en el artículo 21.2 de la ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario: *“a) Ser claro, accesible, objetivo y verificable por las partes en el contrato de préstamo y por las autoridades competentes. b) Calcularse a coste de mercado y no ser susceptible de influencia por el propio prestamista, o en virtud de acuerdos con otros prestamistas o prácticas conscientemente paralelas”*⁷

Antes de continuar, recordemos una segunda clasificación que supone una diferenciación de dos tipos de índices de aplicación al contrato de préstamo, pareciendo

⁵El artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios establece que este tipo de índices variables, son índices que se obtienen y elaboran por el BdE y serán publicados en el BOE (artículo 27.1de la Orden).

⁶ Existen los denominados préstamos referenciados, en los cuales un determinado consumidor asume el pago de los intereses que corresponda en el momento a un valor (EURIBOR) más un determinado diferencial.

⁷ A su vez, en el apartado cuarto del citado artículo establece que el tipo de interés remuneratorio no podría ser en ningún caso negativo. Siendo este el tipo efectivo a aplicar 0.

conveniente de cara al análisis de la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2020: EL EURIBOR⁸ y IRPH.

El IRPH en principio es un indicador externo al banco que se establece en el contrato como referencia para determinar en cada periodo. El tipo de interés que tenemos que pagar al banco vendrá dado por una compensación de éste por habernos prestado el dinero. El organismo encargado de la elaboración de este dato es el Banco de España a partir de las informaciones facilitadas por las diferentes entidades⁹. Hasta el 1 de enero de 2013 existía IRPH de bancos, cajas y un promedio de un conjunto de entidades. A partir de esa fecha desaparecen los dos primeros manteniendo solo el del conjunto de entidades más un diferencial.

Si analizamos estos dos parámetros podemos advertir que el índice IRPH es notablemente más elevado que el EURIBOR ya que en la mayoría de los casos este presenta un signo positivo mientras la referencia del EURIBOR presenta referencias anuales con valoraciones negativas.

Por ejemplo, si tomamos como referencia a efectos de la aplicación práctica de estos índices referenciados al contrato de préstamo el año 2019, el EURIBOR cerró su año con uno de los datos mas bajos de los últimos diez años con un porcentaje de - 0,116% mientras que el valor del IRPH cerró el año con un valor bastante superior al anterior 2,022%.

⁸ “Europe interbank Offered Rate” acrónimo de EURIBOR. Este se puede definir como un tipo de interés variable que se obtiene como resultado de la media de los tipos de intereses diarios dentro de la zona política de la Unión monetaria entre todas aquellas entidades financieras que se prestan dinero entre si en el mercado interbancario. Este resultado se obtiene de forma diaria contando solo los días laborables. Se espera que entre en vigor una nueva formula de cálculo del EURIBOR, a su terminología actual se le añadirá el acrónimo “plus”, este no supondrá una referencia distinta de la ya conocida sino una actualización. La finalidad de la misma es obtener datos más fiables que impidan a determinadas entidades bancarias una posible manipulación. <https://www.euribordiarario.es> . Consultado el 15 de julio de 2020

⁹ Su publicación se realizará en el BOE.

Dado este panorama, se empieza a plantear que las relaciones que los bancos tienen con sus clientes en ocasiones no son diáfanas y de ellas se pueden extraer serios problemas de comprensión por parte de los consumidores derivándose importantes problemas de transparencia en esas relaciones. El problema principal radica en la capacidad del consumidor medio, es decir no todos los clientes pueden llegar a comprender en todos los extremos cuáles eran las variaciones o en su caso los posibles beneficios que pudieran resultar de la aplicación de cualquiera de estos índices en sus contratos de préstamo. Los empleados de las entidades de crédito ofrecían información precontractual al consumidor que incluía diferentes alternativas, una de ellas era referenciar el tipo de interés de la hipoteca al IRPH más un diferencial del 0% mientras que la otra alternativa a referenciar sería la del EURIBOR con un incremento de diferencial que oscilaba entre el 0,7 y el 1%.

Del ejemplo anteriormente citado, el del año 2019, podemos señalar que en la práctica el consumidor se verá claramente beneficiado si referencia el índice EURIBOR a su contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Mas concretamente y tomando como referencia el año anterior, sería el -0,116% de su referenciación anual más el diferencial que no suele ser superior al 1%. Por tanto, elegir la alternativa EURIBOR supondrá un ahorro en el porcentaje devengado de interés que se tenga que pagar al banco frente a la aplicabilidad del IRPH al contrato de préstamo.

3-2. ¿Tiene la consideración de cláusula abusiva la que determina el tipo de interés con referencia al IRPH?

Es en este punto donde se empiezan a plantear que la cláusula impuesta por las entidades bancarias del IRPH puede llegar a ser abusiva. Uno de los primeros argumentos jurídicos que se esgrimieron para su justificación, fueron los que llevaron a declarar nulas las cláusulas suelo. Podemos citar al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (ECLI: ES:TS:2019:3911). Esta sentencia de la Sala de lo Civil del TS puso fin a la controversia surgida en los últimos años acerca de la validez y carácter abusivo de las cláusulas suelo en los

préstamos con garantía hipotecaria. El criterio en el que se basaron fue que, aun tratándose de cláusulas lícitas, deben de considerarse como condiciones generales de la contratación y se declara la nulidad por no cumplir con los requisitos legales de inclusión y transparencia. Nos vamos a encontrar con supuestos concretos en los que el TS consideró la abusividad de la cláusula por carecer del requisito de transparencia. La relación entre la sentencia del TS del año 2013 con las cláusulas suelo y la del TJUE con el IRPH tiene claros elementos de conexión en puntos como declaración de nulidad de la cláusula del IRPH por no cumplir con el requisito de transparencia (comprensión real)¹⁰. En este orden de cosas, en la actualidad, el fallo de la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 relativa a las cláusulas suelo pone en jaque los acuerdos que a los que la banca está llegando con sus clientes que tienen hipotecas ligadas al IRPH para evitar litigios. El TJUE no se opone a las novaciones que las entidades realización con los clientes en materia de cláusulas suelo, pero se pide un análisis de los casos concretos para ver si se dio esa falta de transparencia. En este sentido se establece que la renegociación del contrato puede ser abusiva si causa un perjuicio al consumidor y no ha sido negociado individualmente¹¹.

Las primeras opiniones vertidas respecto a este asunto nos pueden conducir a entender que la cláusula del IRPH introducida en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria puede carecer del requisito de transparencia y de un control de incorporación. Para aclarar los términos expuestos me gustaría exponer la sentencia 314/2018 del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 2018, (ECLI:ES:TS:2018:1901) ya que en ella se establecen cuáles son los matices que diferencian el control de transparencia del control de incorporación. La LCGC se refiere al control de incorporación en el artículo 5 y en el artículo 7 nos dice que condiciones no quedarían

¹⁰ VALERO FERNÁNDEZ-REYES Á: Condiciones generales abusivas. Cláusula suelo en los préstamos hipotecarios. Efectos de su nulidad. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (1916/2013).https://www.boe.es/publicaciones/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-9. Publicado el 10 de mayo de 2013. Consultado el 4 de noviembre de 2020.

¹¹ DIAZ E.: El economista.es: “El fallo de las “cláusulas suelo” pone en jaque las renegociaciones por el IRPH. Publicado el 10 de Julio de 2020. Consultado el 16 de Julio. <https://www.eleconomista.es/empresas-finanzas/noticias/10657650/07/20/El-fallo-de-las-clausulas-suelo-pone-en-jaque-las-renegociaciones-por-el-IRPH.html>.

incorporadas al contrato. El control de inclusión o de incorporación supondrá el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales de contratación queden incorporadas al contrato. Este control intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente. Para superar este control, la cláusula debe quedar redactada de una manera clara y sencilla y ha de haberse tenido la oportunidad real de conocerla al tiempo de celebración del contrato. El control de incorporación es aplicable a cualquier tipo de contrato. En el artículo 7 LCGC se lee: *“No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5. b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato”*. En este sentido, se examinará si realmente la cláusula IRPH cumple con el doble control de transparencia establecido: el control de inclusión y el control de comprensibilidad real. Por otra parte, y siguiendo con lo establecido en la citada STS, el control de transparencia no se agota con el control de incorporación sino que supondrá un plus añadido, por lo que no solo resultara necesario que las cláusulas estén redactadas de forma comprensible sino que un consumidor atento pueda prever sus futuras consecuencias económicas. Este tipo de controles quedan reservados a los contratos celebrados con los consumidores.¹³

Las primeras aportaciones sobre estos temas nos llevan a afirmar que en el caso de que la entidad bancaria hubiera explicado el comportamiento de ambos índices, la mayoría de los consumidores hubieran optado por elegir la aplicabilidad de EURIBOR al contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

¹³ SABELA ARIAS: “El control de incorporación y el control de transparencia de las condiciones generales de la contratación”. <https://www.iberley.es/revista/diferencia-entre-control-incorporacion-control-transparencia-condiciones-generales-contratacion-clausula-suelo-211>. Publicado el 12 de junio de 2018. Consultado el 20 de octubre de 2020.

Antes de comentar este problema, y las sentencias y pronunciamientos de los distintos Tribunales que me han llevado a seleccionarlo como opción para mi trabajo, realizaré una última anotación previa: el IRPH no es algo que haya se haya puesto en el candelero recientemente, sino que contamos con jurisprudencia al respecto . La primera sentencia que declara la nulidad de la cláusula de interés referenciada al IRPH , en primera instancia, en España, es la sentencia N°156/14 del 29 de abril de 2014 dictada por el juzgado de lo mercantil N°1 de Donostia-San Sebastián.¹⁴

Es relevante citar la sentencia del Tribunal Supremo nº 669/2017, de 14 de diciembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4308). Esta sentencia resulta pionera en analizar en casación el IRPH de los préstamos con garantía hipotecaria, y resolvía con la superación del control de transparencia propugnando así la no abusividad de la clausula que referencia el tipo de interés de un préstamo al IPRH. Y concluye que al tratarse de un índice oficial realizado por Banco de España no puede ser en si sometido a los controles de la directiva 93/13 CEE. El TS entiende que se superaría el control de transparencia al tratarse de un elemento esencial del contrato y supondría que el consumidor debería de haberse percatado de su importancia y su funcionamiento. Es por ello por lo que se descarta que se deba de suministrar información complementaria sobre su configuración, evolución, y su posible impacto de mercado

Por ello, antes de la sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020, el Tribunal Supremo en su sentencia 669/2017, de 14 de diciembre de 2017, deja aclarada la cuestión de la posible abusividad de la clausula. Se puede afirmar que el IRPH no podía ser objeto de control de transparencia porque la Directiva Europea de protección a los consumidores excluye de su ámbito de aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas. En particular, y cuando analizaba esta materia me ha llamado la atención el voto particular de dos magistrados que señalaban que sí que se podría de declarar la nulidad de la cláusula por ser abusiva.

¹⁴ V. en la siguiente dirección: <https://drive.google.com/file/d/0B0jdeGVguIHROUJhY0hiTINxSEU/view>

En la actualidad, la jurisprudencia del TS no es muy diferente de la establecida en 2017. Valga como ejemplo las recientes STS núm. 595/2020, 596/2020, 597/2020 y 598/2020 de las que nos ocupamos en el apartado 3.5 de este trabajo.¹⁵

Aludiendo al caso en cuestión los hechos se remontan al 19 de Julio de 2001 cuando se celebra y firma un contrato de préstamo con garantía hipotecaria entre el Sr. Gómez del Moral y una entidad de crédito que en la actualidad es Bankia. Se firma un préstamo con garantía hipotecaria por un importe algo superior a los 130.000 € para financiar la adquisición de una vivienda. En dicho contrato, cuando se hace referencia al calculo del tipo de interés variable se lee: *“El tipo de interés pactado se determinará por periodos semestrales, contados desde la fecha de firma del contrato, siendo durante el primer semestre el que figura en el apartado de la cláusula financiera tercera. Para semestres sucesivos, el tipo a aplicar será el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre, de Cajas de Ahorro, vigente en el momento de la revisión, que el Banco de España publica oficial y periódicamente en el B.O.E. para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda, rodeando por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en 0,25 puntos porcentuales”*. Esta cita textual de la sentencia supondrá el elemento de debate de las posteriores líneas.

El 18 de abril de 2017, se interpone una demanda ante el juzgado de primera instancia de Barcelona, sección 38, solicitando que se declarase la nulidad de la cláusula IRPH por ser abusiva por no cumplir con el requisito de incorporación. Además, en dicha demanda se alega que en la actualidad en la mayoría de los prestamos hipotecarios (el 90%) se toma como referencia el índice EURIBOR. El juzgado de primera instancia N° 38 de Barcelona planteó mediante auto de 16 de febrero de 2018 una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de

¹⁵ V. la nota publicada por el Tribunal Supremo <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/La-Sala-de-lo-Civil-del-Tribunal-Supremo-se-pronuncia-sobre-cuatro-recursos-de-casacion-en-relacion-con-el-indice-IRPH-de-las-hipotecas>. Publicado el 21 de octubre de 2020. Consultado en diciembre de 2020.

la Unión Europea. Las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona para su resolución por parte del TJUE pueden resumirse de la siguiente forma¹⁶:

En primer lugar, se debe de examinar si este índice resulta comprensible para el consumidor por parte del juzgador, sin que sea de obstáculo que aparezca regulado mediante disposiciones administrativas o reglamentos sin que se encuentre incluido en los supuestos que se establecen en el 1.2 de la directiva 93/13. Es decir, precisar su alcance y si por ello, los jueces españoles pueden realizar un control de transparencia del IRPH

En segundo lugar, analizar la contrariedad de citado IRPH con relación a los artículos 4.2 y 8 de la Directiva 93/13/CEE. Nos encontramos con la aplicación de una cláusula que no ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento jurídico por la propia voluntad del legislador debido a que este pretendía una protección completa respecto de todas y cada una de las cláusulas que integran el contrato. A su vez, el TJUE tendrá que analizar si sería necesario transmitir la información adecuada por parte de los profesionales de la actividad bancaria que permitieran una clara comprensión de la cláusula esencial de IRPH por el consumidor. Y por ende examinar si la cláusula de préstamo introducida en los contratos de préstamo hipotecario resulta abusiva de cara al consumidor. Es decir, la potestad a que el juzgador analice un elemento principal del contrato así mismo se cuestiona si es preciso explicar como se calcula dicho índice.

Para finalizar, se plantea la posible declaración de nulidad de la cláusula del IRPH y las consecuencias derivadas de la misma. Hablaríamos de una posible sustitución por otro índice como el EURIBOR o la propia resolución anticipada del contrato de préstamo con garantía hipotecaria con las consecuencias que eso conlleva.

¹⁶ Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona el 16 de febrero de 2018 – Marc Gómez del Moral Guasch / Bankia S.A

EL TJUE resolvió mediante sentencia 3 de marzo de 2020 la cuestión prejudicial planteada por el juzgado de primera instancia de Barcelona. Pero antes de entrar en esta materia, realizaré una anotación previa al siguiente apartado (análisis y conclusiones del TJUE) ya que considero que la sentencia del TJUE esta repleta de alusiones e interpretaciones de la directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Por ello, parece conveniente realizar un breve acercamiento a ella, en aquellos aspectos en los que el TJUE ha incidido más.

Basándome en la Guía sobre la interpretación y la aplicación de la directiva 93/13/CEE del consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores elaborada por la Comisión Europea¹⁷ y a modo de resumen de los elementos principales que componen esta guía, se puede afirmar que el principal elemento distintivo de esta directiva es que está basada en principios y es utilizada como un instrumento para poder lograr la igualdad en la protección del consumidor en el mercado interior. Esta directiva ha sido interpretada en numerosas ocasiones por el TJUE desarrollando muchos principios generales. De estas interpretaciones, a parte de las clásicas como la extracción del carácter abusivo de las cláusulas, cabe destacar otras como por ejemplo implicaciones de las normas procesales de carácter nacional que produzcan una protección ante posibles cláusulas abusivas.

Los objetivos que pretende lograr alcanzar esta directiva no son más que una protección eficaz a los consumidores que suele representar la parte débil en la relación jurídica y por otro lado conseguir lograr una armonización de las normativas nacionales. La directiva resultará de aplicación a su vez a todos aquellos contratos celebrados entre profesionales y consumidores, de ahí que el artículo 2 de la misma nos de una definición de consumidor y otra de profesional. La jurisprudencia reiterada del TJUE entiende que el sistema de protección introducido por la

¹⁷ Guía sobre la interpretación y la aplicación de la directiva 93/13/CEE del consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores elaborada por la Comisión Europea. Publicada el 9 de Junio 2019. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/uctd_guidance_2019_es_0.pdf. La finalidad es presentar de manera estructurada conceptos y disposiciones contenidos en la directiva dados por el TJUE.

directiva se basa en que: *“el consumidor se haya en una situación de inferioridad con respecto al profesional, puede derivarse diferencias tanto en la capacidad de negociación como a nivel informativo”* ¹⁸Por tanto, se trata de encontrar una armonía entre ambas partes.

La exigencia de transparencia implica que todos los preceptos contenidos estén desarrollados de una manera clara y comprensible. El TJUE únicamente incide que estas cláusulas tienen que ser comprensibles desde un punto de vista formal y gramatical. A su vez, para la Unión Europea se entenderá que la claridad y comprensibilidad se dan siempre y cuando el consumidor haya tenido una oportunidad real de familiarizarse con la cláusula antes de la celebración de un contrato, que la terminología utilizada sea la adecuada para que consiga englobar a un amplio número de consumidores, y otros aspectos de forma del texto (tipo de fuente, espaciados). En definitiva, se busca que el consumidor se encuentre en todo momento capaz de valorar, las consecuencias económicas que puedan derivar para él de la firma del contrato.

Por lo que respecta a la relación entre la sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020 y los preceptos que más relevancia han tenido de la directiva en ella, haré referencia especialmente a los artículos 1.2, 4.2 y 8, Se indica en citada directiva, y en atención a lo establecido en el artículo 1.2 de la misma que estamos ante una disposición es imperativa *“Si se aplica a las partes del contrato independientemente de su elección, y si es de carácter complementario, y por lo tanto se aplica por defecto, es decir, en ausencia de otros acuerdos establecidos por las partes del contrato”*. La exclusión viene justificada por el hecho de que *“es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de prestaciones y las obligaciones de las partes en determinados contratos”*

En el artículo 4.2 se plantean una serie de directrices para el control de abusividad, entendiendo siempre aquellas que constituyen obligaciones esenciales del contrato. Este tema también fue tratado por el TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013 en relación a las cláusulas suelo y dictaminó que la falta de transposición formal en España de citado artículo *“...no*

¹⁸ Cita extraída de la propia guía sobre la interpretación y la aplicación de la directiva 93/13.

supone que el derecho vigente en nuestro país no permita un control judicial del contenido material de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato...

De acuerdo con el artículo 8 de la directiva 93/13/CEE: “... *los Estados miembros podrán adoptar o mantener...*” esto es, pueden aplicar las normas nacionales de transposición de la directiva a cláusulas contractuales que se negociaron individualmente si ello garantiza al consumidor un mayor nivel de protección.

3.3- La Sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020: análisis y conclusiones del Tribunal.

La sentencia del Tribunal de Justicia; gran sala de 3 de marzo de 2020 (REC:C-125/18) tiene como objeto principal la interpretación de la Directiva 93/13/CEE. La sentencia tiene su origen en una cláusula de interés variable recogida en un contrato de préstamo hipotecario suscrito entre el Sr. Gómez del Moral y Bankia. A tenor de dicha cláusula el tipo de interés que pagará el consumidor experimentará variaciones en función del índice de referencia.

En primer lugar y como resolución de la cuestión prejudicial suscitada por el juzgado de Barcelona, cabe citar que a tenor de lo establecido en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE: “*las disposiciones de carácter imperativo quedan excluidas del ámbito de esta directiva*”. En este caso, al tratarse de un índice regulado por una norma legal o reglamentaria escaparía de la competencia de los Tribunales. No obstante, el TJUE dictamina que, a pesar de su previsión normativa, no viene impuesta por una norma de carácter imperativo, y nuestra normativa nacional no obliga a utilizar un tipo de referencia oficial, por tanto, nos encontramos ante una decisión voluntaria, por lo que queda sujeto al control de transparencia por parte de los tribunales. En ese mismo sentido la sentencia especifica que constituye tarea del juez nacional comprobar si ha existido una aplicación imperativa del IRPH aplicado al contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Independientemente de las correspondientes comprobaciones que tiene que realizar el juez nacional se puede advertir que la normativa nacional que resulta de aplicación a este supuesto únicamente se limitaba a establecer los

requisitos de los “índices” para que las entidades de crédito pudieran utilizarlos. Por tanto y a modo de concluir este epígrafe, las cláusulas de interés de préstamo referenciados a un tipo de interés oficial se encuentran incluidas dentro del ámbito de la directiva 93/13 CEE., por constituir una decisión puramente voluntaria por parte del consumidor.

En otro orden de cosas el artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE tiene por objeto la examinar el carácter abusivo de una cláusula contractual, en nuestro caso de la referencia al IRPH a la luz del citado precepto. Relacionando citado precepto con la transparencia se puede establecer que para cumplir con tal requisito: *“no solo deberán de ser comprensibles 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 dichas cláusulas para sus obligaciones financieras”*¹⁹. La Sentencia del TJUE aborda esta cuestión y concluye que constituye tarea del juez nacional determinar si la cláusula del IRPH aplicada al contrato de préstamo con garantía hipotecaria cumple con las diligencias de equilibrio, buena fe y transparencia. Añade que se ha de permitir que el consumidor medio, informado, atento y perspicaz este en condiciones de entender en todo momento, el modo del cálculo del IRPH y capacitado para entender las consecuencias económicas que puedan derivarse de la aplicación de citado índice en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Por tanto, y a modo de conclusión de este epígrafe, corresponderá al juez nacional llevar a cabo las comprobaciones necesarias de todos los elementos de hecho que abordan el supuesto: publicidad y información proporcionada, asegurarse de que se comprende su funcionamiento por parte del consumidor y cálculo de su evolución con otras formulas de cálculo de interés como Euribor.

Por último, la sentencia aborda la cuestión de la posible nulidad de esta cláusula en el contrato de préstamo hipotecario del supuesto de hecho. Podemos comprobar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a tenor de lo establecido en la Directiva en su artículo 6 hace

¹⁹ Entrecorrido extraído de la propia sentencia del TJUE 3 de marzo de 2020. Sobre la segunda cuestión prejudicial. Punto 56 (ECLI:EU:C:2020:138)

referencia a que no se producirá una vinculación entre el consumidor y la entidad sobre cualesquiera estipulaciones que contengan cláusulas abusivas y dispone que para la vigencia de este contrato es necesario que este pueda subsistir sin la existencia de ninguna cláusula restrictiva. En esta línea el TJUE no se opone a que se pudiera declarar la nulidad de una cláusula contractual abusiva conciliándolo con la exigencia de que el juez nacional lo sustituya por un índice legal de aplicación a falta de acuerdo entre las partes. En caso contrario, el juez debería anular el contrato en su totalidad lo que supondría la exposición del consumidor a consecuencias desfavorables, ya que la resolución del contrato conllevaría al pago de todas las cuantías pendientes de devolución y la exigibilidad inmediata de las cantidades restantes. Por tanto, la sentencia de 3 de marzo de 2020 del TJUE faculta al juez nacional a declarar la nulidad de la cláusula y la restitución de todas las cantidades o a sustituir el IRPH por otro índice de referencia de aplicabilidad en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria que permita asegurar un equilibrio entre las partes.

Por tanto, de la sentencia citada, expuesta en los extremos que a mi propia valoración son más fundamentales se puede concluir que a tenor del préstamo hipotecario celebrado entre las partes, en los extremos que se han indicado en el supuesto de hecho, puede afirmarse que el tipo de interés variable de IRPH contenido en el contrato de préstamo podría considerarse abusivo a tenor de lo establecido en los primeros artículos de la Directiva 93/13/CEE. En la STJUE se faculta a los Tribunales nacionales a la comprobación de las disposiciones contenidas en dicho contrato de préstamo y se faculta a que sea el juez nacional el que falle si, en dicho caso en concreto, se considera comprensible para el consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz, y si esta fue redactada de forma clara y comprensible. Para el TJUE podrían existir indicios de que se pueda declarar la nulidad de dicha cláusula (IRPH) pero ello comportaría la devolución inmediata de las cantidades prestadas que dejarían al consumidor en una situación de especial desprotección, por lo que se propone la sustitución por otros índices legales o por acuerdo entre las partes. Todo esto se analiza de una manera mas detallada en el siguiente epígrafe.

3.4- Conclusión a la sentencia.

La comentada sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020 ha sido objeto de numerosos comentarios y críticas al respecto, y en la mayoría de casos, ésta no resulta totalmente satisfactoria para todos.

Pantaleón Prieto, en su comentario sobre la cláusula del IRPH establece que no encuentra apenas diferencias o como él indica esta sentencia del TJUE: “no ha descalificado” el fallo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (ECLI: ES:TS:2019:391), pero lo cierto es que, y en opinión personal, sí que se establecen diferencias y más concretamente cuando se hace referencia a que el IRPH está comprendido dentro de la aplicación de la Directiva 93/13/CEE llevando a poder controlarse judicialmente, ya que dichas consideraciones contradicen el criterio sentado por el TS en 2017 cuando se señala que un tipo de referencia oficial como el IRPH no implica falta de transparencia ni abusividad²⁰.

Rodríguez Vega realiza un excelente análisis jurídico de la sentencia, pero en particular en este punto muestro mis discrepancias con él. En opinión de Rodríguez Vega, aunque el IRPH no se hubiera publicado de forma transparente por el Banco de España a efectos dialécticos esta cláusula no sería abusiva por dos motivos: primero porque cuando se celebró este contrato, no suponía un perjuicio grave para el consumidor ya que el Banco no tiene ninguna posibilidad de influir acerca del comportamiento del IRPH y resulta difícil de probar que la entidad de crédito actuó con mala fé. En mi modesta opinión considero que el término "transparencia" no implica un conocimiento pleno por parte del consumidor de todos los elementos que pueden configurar el IRPH, sino que para integrar tal exigencia bastaría con que el consumidor conociera su funcionamiento. De ser así ello le permitiría tener una perspectiva mucho más amplia de su evolución. Además, resulta relevante que en la sentencia 3 de marzo de 2020 se señala que

²⁰ PANTALEÓN PRIETO A.F ” La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la cláusula IRPH” El almacén de derecho. <https://almacendederecho.org/la-sentencia-del-tribunal-de-justicia-sobre-la-clausula-irph-12-comentarios-a-vuelapluma> . Publicado el 4 de marzo de 2020. Consultado en Septiembre de 2020.

tenemos que incluir a todo tipo de consumidor, además de al consumidor medio, y no podemos garantizar ni asegurar que todos ellos tuviesen las herramientas necesarias que les permitiesen adoptar una decisión acertada. Es por ello por lo que considero que esta información podría haber sido facilitada por la entidad bancaria y en ninguno de los casos, que tengamos conocimiento, se explicó la posible evolución del IRPH. Por lo que he de concluir que, aunque la buena fe se debe de presumir siempre (v. art.7.C.CV), podrían llegar existir motivos que me conduzcan a afirmar que en este caso no lo hicieron.

Para finalizar, me gustaría expresar algunas reflexiones, sobre el tema de la transparencia y el de la nulidad.

Con respecto al primero de ellos considero que la transparencia debe de ser tenida en cuenta de manera amplia y buscando siempre la finalidad concreta con la que se incorpora a un determinado contrato; en este caso el índice de referencia del IRPH aplicado al contrato de préstamo con garantía hipotecaria. Considero que el IRPH es transparente en el sentido de que este índice es calculado a tenor de unos índices que son públicos y que son actualizados y realizados por el Banco de España, pero con respecto a lo reiterado en numerosas ocasiones por el TJUE acerca de “consumidor atento y perspicaz” considero que la mayoría de los clientes no tienen conocimiento del IRPH, salvo que esos clientes trabajen con él habitualmente. Ello me conduce a considerar que al no adoptar ninguna medida de explicación sobre cual sería el funcionamiento del IRPH, tales como gráficas, podría considerarlo como carente de transparente.

En segundo lugar, el tema de la nulidad es algo complejo desde los dos puntos de vista, ya que, de declararse nulo la banca tendría que devolver una media de 15.000€²¹ a cada consumidor. Pero desde el otro punto de vista, el consumidor, y analizando las consecuencias

²¹ La vanguardia: “IRPH: cuanto dinero puedes recuperar si se declarase nula tu hipoteca”.

<https://www.lavanguardia.com/economia/finanzas-personales/20200302/473917554951/irph-sentencia-abusiva-recuperar-dinero-euribor-intereses-devolver-bancos-hmc.html> Publicado en mayo de 2020. Consultado en noviembre de 2020.

de una nulidad total del contrato y el pago de todas las cantidades pendientes considero que perjudicaría que se declarase esa nulidad quedándose en una situación de especial desprotección ya que conllevaría en una devolución inmediata de la totalidad del importe por el cual se concedió el préstamo .

3.5- Consecuencias de la doctrina del TJUE para los contratos de préstamo con garantía hipotecaria referenciados al índice IRPH.

Dado este panorama jurídico y tan solo un par de meses mas tarde de la publicación de esta sentencia del TJUE, el Juzgado de primera instancia N°17 de Palma de Mallorca (ECLI: ES:JPI:2020:8) ha dictado una sentencia en la que se procede a la estimación de una demanda interpuesta por un particular contra una entidad de crédito, por la cual se pide la anulación de esa cláusula y la devolución de las cantidades cobradas indebidamente. Este hecho tiene su sustento jurídico en la sentencia de 3 de marzo de 2020. Esta sentencia establece que no se han cumplido tampoco los criterios de información y transparencia que exigía el TJUE por lo que se procede a declarar la nulidad de esta cláusula y a recalcular los intereses utilizando un nuevo índice legal de referencia como es el EURIBOR.

Pero vemos que esto no suele ser la habitualidad en la jurisprudencia ya que, si leemos la sentencia de la Audiencia provincial de Girona, de 21 de enero de 2020 (REC:308/2019) en ella se declara la validez de la cláusula del IRPH contenida en la escritura de crédito con garantía hipotecaria. Así mismo la sección vigésimo octava de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 mayo de 2020 (REC:476/2018) ha desestimado íntegramente el recurso de apelación presentado por particulares fallando que la aplicación de la cláusula hipotecaria no resultaría abusiva tal y como ya había señalado el juzgado de lo Mercantil n°11 de Madrid. En ella los jueces concluyen que: *“ni el exquisito cumplimiento del deber de información evitaría la clase de desequilibrio que se denuncia ni su total incumplimiento sería capaz de provocarlo”*.

En este mismo orden de cosas, ¹Zaragozano Cano y Antonietty Adame, publican en el Diario de LA LEY, un cuadro bastante esclarecedor acerca de la disparidad de criterios existentes en las distintas audiencias provinciales sobre los distintos pronunciamientos derivados de la STJUE²². El cuadro comentado es el que sigue:

	¿Es transparente?	¿Es abusiva?	Declarada nulidad
S. Secc. 5ª AP de Sevilla de 30 de marzo de 2020	Si	No	No
Ss. Secc. 5ª AP de Sevilla de 22, 23 y 30 de abril de 2020	No aplica	No aplica	No
Ss. Secc. 3ª AP de Granada de 11 y 28 de mayo de 2020	Si	No	No
S. Secc. 6ª AP de Málaga de 24 de marzo de 2020	No	Si	Si
S. Secc. 1ª AP de Cáceres de 11 de marzo de 2020	Si	No	No
Ss. Secc. 15ª AP de Barcelona de 21 y 24 de abril de 2020	Si	No	No
S. Secc. 8ª de la AP de Alicante de 8 de mayo de 2020	No	No	No
S. Secc. 1ª de la AP de Toledo de 29 de abril de 2020	No	Si	Si
S. Secc. 1ª de la AP de Tarragona de 11 de marzo de 2020	No	Si	Si
S. Secc. 28ª de la AP de Madrid de 22 de mayo	No	No	No
S. Secc. 28ª de la AP de Madrid de 19 de junio de 2020	Si	No	No

En este sentido podemos señalar que indiscutiblemente, tal y como establecen estos autores, existe una falta de unanimidad en la aplicación del fallo del TJUE y eso es cuanto menos preocupante, sobre todo si nos fijamos en el hecho de que son principalmente los tribunales de primera instancia los que están aplicándolo en sentido unánime siendo los tribunales de apelación en segunda instancia los que lo hacen en un sentido diferente.²³

²²ZARAGOZA CANO, F y ANTONIETTY ADAME, A “La validez de la cláusula IRPH: examen de los controles de transparencia y abusividad. Estado actual de la cuestión tras la sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020. : *Diario La Ley*, 9707, de 1 de octubre de 2020.. versión digital

²³ BERBELL C.” 19 tribunales fallan a favor de la interpretación favorable a los consumidores sobre el IRPH del TJUE y 9 en contra”. <https://confilegal.com/20200606-19-tribunales-fallan-a-favor-de-la-interpretacion-favorable-a-los-consumidores-sobre-el-irph-del-tjue-y-9-en-contra/>. Publicado el 26 de julio de 2020. Consultado el mismo día.

Dado la disparidad de criterios existentes, en cuanto a la interpretación de la STJUE en las distintas Audiencias provinciales, la unificación de doctrina por parte del TS se hace cuanto menos imprescindible. Por ello, resulta importante señalar las siguientes sentencias: STS 595/2020 de 12 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3613), STS 596/2020 de 12 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:2020:3629), STS 597/2020 de 12 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:597) y la STS 598/2020 de 12 de noviembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:3756). En ellas el Tribunal Supremo ha deliberado y resuelto cuatro recursos casación en torno a la relación con la cláusula de interés variable (IRPH) recogida en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria. En los recursos de las citadas sentencias, el TS aprecia falta de transparencia, pero no abusividad siguiendo la jurisprudencia marcada por el TJUE en la sentencia de 3 de marzo de 2020²⁴.

El TS argumenta que aprecia falta de transparencia en la cláusula debido a que se debería de haber informado de manera directa de la evolución que podría experimentar el IRPH en los dos años anteriores y *“ no consta que se ofreciera al prestatario la información exigida por la normativa de transparencia bancaria y, en particular, que se le advirtiera cuál había sido la evolución del índice elegido en los dos años anteriores a la suscripción del contrato, como hemos visto que es exigible conforme a la jurisprudencia del TJUE.”*, a su vez, se afirma que la publicación regular del IRPH en el Boletín Oficial del Estado puede permitir al consumidor medio comprender la composición y el cálculo del IPRH por lo que la citada publicación del IRPH en el BOE salva de que no se declare así la falta de transparencia por esta última argumentación.

Por otra parte, que se declare la falta de transparencia por una inexistencia de comunicación, por parte de la entidad bancaria al consumidor, de la evolución del IRPH en los

²⁴ Comunicación del poder judicial: “La sala primera del Tribunal Supremo notifica las sentencias que resuelven cuatro recursos de casación en relación con el índice IRPH de las hipotecas” <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/La-Sala-Primera-del-Tribunal-Supremo-notifica-las-sentencias-que-resuelven-cuatro-recursos-de-casacion-en-relacion-con-el-indice-IRPH-de-las-hipotecas> .Publicado el viernes 12 de noviembre. Consultado el 7 de diciembre de 2020.

dos años inmediatamente anteriores no implica que por ello se declare la nulidad “ *la falta de transparencia no determina per se la nulidad de la cláusula, sino que, al tratarse de una estipulación sobre un elemento esencial del contrato -el precio-, únicamente permite realizar un control de contenido sobre dicha cláusula* “. Antes de señalar cuales eran los argumentos del TS que llevaron a declarar no abusivo al IRPH, es importante matizar que no se trata de una conclusión general, sino que tal y como se establece en la STJUE hay que analizar cada caso en concreto. Los primeros recursos en casación resueltos por el TS, tal y como se ha citado anteriormente no aprecian que el IRPH en los contratos de préstamo sea abusivo. El TS considera que al tratarse de un índice oficial no puede suponer una vulneración del principio de buena fe. La sala a su vez añade que:” *en su desenvolvimiento posterior el préstamo resulte más caro que otros no supone un desequilibrio determinante de abusividad, puesto que el control de contenido no puede derivar del control de precios*”. Además, se añade que el hecho de que el índice IRPH esté fiscalizado no significa que por ello sea fácilmente manipulable.

Por tanto, el TS “*aprecia falta de transparencia por no haberse informado de la evolución de los índices en los dos años anteriores*” y “*siguiendo la jurisprudencia del TJUE no se aprecia abusividad*”. Estos fallos cuentan con la particularidad del voto particular de un magistrado, posicionándose en contra de este índice.

4- CONCLUSIÓN FINAL.

La cláusula del IRPH ha sido analizada en las presentes páginas. En ellas se ha demostrado que tras analizar el caso concreto puede declararse la nulidad de esta cláusula y la restitución de las cantidades cobradas de manera indebida por las entidades de crédito. A su vez, se sumaría a la lista de abusos cometidos por las entidades bancarias en torno a la contratación de préstamos hipotecarios, como las conocidas cláusulas suelo. Tal y como se puede comprobar en el anexo y en algunas de las sentencias citadas, la mayoría de los clientes que contrataron un préstamo con garantía hipotecaria no fueron realmente conscientes de los efectos que pudiera llegar a provocar sobre su patrimonio la referencia al IRPH para el cálculo de los intereses del préstamo.

En este sentido también resulta importante resaltar que la figura del consumidor engloba, no solo a una persona física, sino también para autónomos o pequeñas empresas que contratan este préstamo con garantía hipotecaria para la adquisición de un local para el desarrollo de su actividad.

Además, el TJUE, lejos de lograr una armonización de criterios con la publicación de la sentencia de 3 de marzo de 2020, replica en parte lo establecido en la sentencia del STS 669/2017, de 14 de diciembre de 2017, en la que se declaraba que el IRPH era válido. Lo cierto es que la sentencia del TJUE no aclara en totalidad las dudas acerca de la validez del IRPH y en cierta manera supone una nueva vía de escape para todos aquellos consumidores que quieran reclamar la aplicación de este índice a su contrato de préstamo por considerarlo abusivo. Si bien es cierto, que estas dudas generadas por la STJUE, (nos encontrábamos ante una situación con una disparidad de sentencias contradictorias), han quedado resueltas por la nueva jurisprudencia del TS en la que no considera abusividad del IRPH en los casos enjuiciados.

5- BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA CITADA

5.1- Bibliografía.

- AHEDO PEÑA, O. "Cláusula IRPH", en AA.VV. *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros. Análisis de la jurisprudencia reciente sobre préstamos, créditos cláusulas de prestamos hipotecarios, contratos bancarios, tarjetas, productos financieros y usura*, Tirant lo Blanch,. Valencia, 2019, págs. 439-456 consultado en versión digital
- ANTON BRUÑEN, M^oJ: *"Reclamaciones por cláusulas suelo y otras cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca"* Olejnik ediciones. Madrid (España). 2017
- BROSETA PONT, M y MARTÍNEZ SANZ, F: *"Manual de derecho mercantil. Volumen II"*. Contratos mercantiles. Derecho de los títulos valores. Derecho concursal. 26 edición. Tecnos, S.A. Madrid (España).2019
- CAÑIZARES LASO, A: *"Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación."* Revista derecho civil, 3, 2015, págs.67-105.
- FERNÁNDEZ DE AVILÉS, G: *"Cláusula IRPH"*. Reclamar y conseguir devolución del dinero. Colex. Sevilla (España). 2020.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P., *"El régimen de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios"*, *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, 5, 2013, pp. 64-95.
- MÚRTULA LAFUENTE, V., *"La protección frente a las cláusulas abusivas en préstamos y créditos"*, Editorial Reus, Madrid, 2012.
- NIETO CAROL, U., *"Condiciones generales en los contratos bancarios de crédito y protección del consumidor"*, en AA.VV. Crédito al Consumo y Transparencia Bancaria, Civitas, Madrid, 1998.
- SERRANO ALONSO, E y SERRANO GÓMEZ, E *"Manual de derecho civil"*.Edisofer. Madrid (España). 2019
- SERRATJESUS TRELLO, A: *"Manual de prestamos hipotecarios"* Colex. Madrid (España).2019

- VV.AA. *“Lecciones de derecho empresarial”*. 3º Edición. Tirant Lo Blanch. Valencia (España).2019

5.2- Jurisprudencia citada.

- Audiencia Provincial de Madrid, de 22/05/2020 RES:143/2020 REC:476/2018. ECLI: ES:APM:2020:2762.
- Audiencia Provincial de Girona, de 21/01/2020 RES:66/2020 REC:308/2019. ECLI:ES:APGI:2020:96
- Audiencia Provincial de Badajoz, de 08/10/2019 RES:688/2019 REC:205/2018. ECLI:ES:APBA:2019:1257.
- Audiencia Provincial de Madrid, de 27/09/2019 RES:230/2019 REC:661/2018.ECLI:ES:APM:2019:5553A
- Audiencia Provincial de Les Illes Balears, de 25/06/2020 RES:435/2020 REC:838/2019. ECLI: ES:APIB:2020:1028
- Audiencia Provincial de Málaga, de 21/04/2020 RES:359/2020 REC:1227/2017.ECLI: ES:APMA:2020:88
- Juzgado de 1ª Instancia, de 20/04/2020 RES:582/2020 REC:1089/2018. ECLI:ES:JPI:2020:8
- Juzgado de 1ª instancia e instrucción, de 01/09/2017. REC: 246/2017. ECLI:ES:JPII:2017:250
- Juzgados de lo mercantil, de 30/07/2018 RES:247/2018 REC:469/2017. ECLI:ES:JMBI:2018:3816.
- Sentencia del tribunal de Justicia; Gran sala de 03/03/2020 REC:C-125/18. ECLI:EU:C:2020:138.
- Tribunal Supremo. Sala Primera, de 14/12/2017 RES:669/2017 REC:1394/2016. ECLI: ES:TS2017:4308.
- Sentencia del Tribunal supremo, de 12 de noviembre de 2020 595/2020 ECLI:ES:TS:2020:3613
- Sentencia del Tribunal supremo, de 12 de noviembre de 2020 596/2020 (ECLI:ES:2020:3629),

- Sentencia del Tribunal supremo, de 12 de noviembre de 2020 597/2020 (ECLI:ES:TS:2020:597)
- Sentencia del Tribunal supremo, de 12 de noviembre de 2020 598/2020(ECLI:ES:TS:2020:3756)

6- ANEXO.

6.1- Estudio de campo del supuesto

Para finalizar se pone en práctica todo lo expuesto anteriormente para ver cual sería la reacción de unos hipotéticos consumidores que quieran aplicar en su contrato de préstamo con garantía hipotecaria un índice referenciado al IRPH o EUROBOR para la adquisición de una vivienda o para la compra de un local para ejercer la actividad mercantil. Para sondear las diferentes opiniones se han realizado diversas encuestas a dos grupos claramente diferenciados. El primero de ellos compuesto por diez personas que ya han finalizado los estudios del grado en derecho, el segundo, otras diez personas con conocimientos en otras ramas ciencia o física o que no cuentan con estudios universitarios.

Para ello se realiza una encuesta idéntica a todos ellos planteada de la siguiente manera: Queremos adquirir un local para ejercer una actividad comercial. Se firma un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con una entidad bancaria y en él se establece que la devolución de la cuantía del préstamo tiene que ser incrementada por unos intereses. Nos ofrecen la posibilidad de:

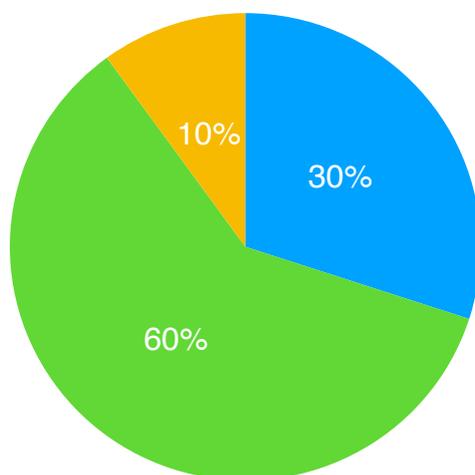
- Índice de referencia de prestamos hipotecarios incrementado en un diferencial del 0%
- EURIBOR incrementado en un diferencial que oscila entre el 0,7 y el 1 %
- Cambiar de entidad o buscar otras posibles alternativas de financiación.

Las respuestas de estos distintos grupos son cuanto menos curiosas y de ella se pueden extraer conclusiones interesantes. En el siguiente gráfico se muestran las respuestas del grupo de encuestados que han finalizado el grado en derecho.

Además, en la misma les pregunta también si son conocedores del significado de cada una de las siglas y de la evolución que en el futuro podría experimentar estos parámetros.

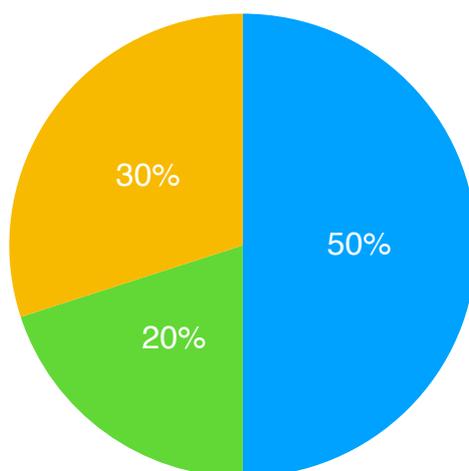
Aproximadamente el 70% de ellos afirma ser conocedores de estas terminologías y de los posibles beneficios derivados de su evolución.

■ IRPH+0% ■ EURIBOR+ 0,8% ■ Buscar otras alternativas



Por otra parte, se sondea a un grupo de diez personas que ya se encuentran trabajando en otros sectores o no cuentan con conocimientos universitarios. El gráfico que se muestra a continuación, con relación a las repuestas obtenidas, es claramente diferente al anterior. Además tan solo un 20 % de estos encuestados declara ser conocedor de la evolución de estos parámetros y cual de ellos puede derivarle una ventaja de cara a el futuro.

■ IRPH+0% ■ EURIBOR+0,8 ■ Otras alternativas



De la puesta en práctica del caso en cuestión se pueden extraer varias interpretaciones que pueden llegar a ser interesantes.

La STJUE establece una serie de requisitos para considerarse superado el control de transparencia. Hablábamos de una superación del control de transparencia, cuya determinación correspondía al juez nacional, cuando se hubiera comunicado al consumidor todos los elementos que pudieran incidir en la contratación de un contrato de préstamo con un índice referenciado al IRPH. En el supuesto de hecho que se acaba de mostrar podemos establecer una amplia diferencia entre los encuestados que han finalizado el grado y los que tienen conocimientos en otras ramas o no tienen conocimientos universitarios. Los del primer grupo, un elevado porcentaje afirma ser conocedor del funcionamiento del citado índice y de los posibles beneficios que a estos les podría reportar de cara a un futuro, sin embargo, por el contrario, nos encontramos con el otro grupo que no cuenta con conocimientos universitarios vemos que un gran porcentaje no es conocedor de ni sus terminologías ni su funcionamiento por lo que no podrían analizar, si no se les proporcionara la información necesaria, el comportamiento que este pudiera experimentar y se podrían ver influidos en su caso por el diferencial del 0%. Estos gráficos podrían poner en entredicho lo establecido en la normativa e incumplir el requisito de la accesibilidad de todos los consumidores, incluyendo el consumidor medio. Estos gráficos evidencian claramente que los consumidores podrían no ser conocedores de lo que para ellos supondría elegir una alternativa de la otra, ya que podrían faltar en su caso el propósito de transparencia de las entidades bancarias y una falta de comprensibilidad real por el consumidor medio.

Lo cierto es que en la actualidad encontramos una gran variedad de opiniones casi tantas como la disparidad en pronunciamientos de las audiencias provinciales, ya que, mientras que unos autores defienden que la entidad bancaria en algún momento deberían de haber explicado cual era la configuración de este índice (comisiones + gastos) y que los datos que se proporcionan en ningún momento iban a ser públicos en comparación con el modelo comentado EURIBOR, a su vez tampoco hay conocimiento de que el profesional bancario explique cómo evolucionó en el pasado y como podría llegar a evolucionar en el futuro mediante la muestra de gráficas que pudieran llegar a evidenciar que cualquier tipo de consumidor, sea del tipo que sea, fuera consciente de la evolución futura del citado índice. Otros defendían que la cláusula del IRPH no sería ni abusiva ni nula debido a que en el momento firmado el banco no sería consciente de la evolución de la misma y ven en actividad bancaria buena fé.

