

Una defensa de la mayor transparencia de las cláusulas de referenciación IRPH en contratos de financiación bancaria

Adrián Segura Moreiras
Universidad Pompeu Fabra
adrian.segura01@estudiant.upf.edu

Ernesto Alejandro Suárez Puga
Universidad Pompeu Fabra y
Esade Law School
ernesto.suarez@upf.edu

Sumario

-
La reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, relativa a las cláusulas de referenciación a los índices financieros conocidos popularmente como IRPH, ha vuelto a poner los litigios referidos a la transparencia de este tipo de cláusulas en el ojo de la actualidad jurídica. Las altas tasas de litigación judicial, en torno a este tipo de cláusulas predisuestas, exigen el encuadramiento teórico de las mismas a efectos de facilitar una mayor y más rápida delimitación entre grupos de casos de contratación intransparente o patológica y casos de contratación válida, transparente y por tanto, eficiente. Con este objetivo, este trabajo parte de la mayor transparencia a priori de las cláusulas de referenciación a los IRPH en términos comparativos con otras opciones disponibles y de gran implantación en el mercado de la financiación bancaria, como las cláusulas de referenciación EURIBOR.

Abstract

-
The recent ruling of the European Court of Justice, regarding clauses referring to financial indexes, popularly known as IRPH, has renew the public legal debate interest in litigation regarding the transparency of this type of clauses. The high rate of judicial litigation relating to these type of predisposed clauses requires a theoretical framework in order to facilitate a greater and faster delimitation between groups of cases of intransparent or pathological contracting and cases of valid and transparent clauses, and therefore efficient contracting. Seeking said aim, this paper defends the greater a priori transparency of the clauses using the IRPH in comparative terms with other available options of great implantation in the market of financial banking, such as the using the EURIBOR.

Title: *A defense of the greater transparency of IRPH referencing clauses in financial agreements.*

-
Palabras clave: *IRPH, abusividad, transparencia, condiciones generales de la contratación.*

Keywords: *IRPH, unfairness, transparency, general contracting conditions.*

-

1. La litigiosidad judicial en torno al IRPH: una historia inacabada *

La cláusula de referenciación de préstamos hipotecarios ha sido objeto de litigación en masa durante los últimos años. En concreto, a partir del año 2013, a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo¹ y de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013², se empezaron a ejercitar acciones judiciales contra el IRPH (*rectius*: las cláusulas de referenciación de los contratos financiación que lo contienen), interesando la nulidad de cláusulas relativas a la determinación del interés remuneratorio sobre la base del uso de dicho índice (*rectius*: índices) por considerarlas bien abusivas y/o bien intransparantes.

Estas cláusulas de determinación del tipo de interés remuneratorio por referenciación tienen la consideración de cláusulas predisuestas por el oferente incorporadas en el contrato. Por tanto quedan sujetas a las exigencias de la normativa de protección del consumidor adherente ante cláusulas predisuestas.³ En diciembre de 2017, el Tribunal Supremo, en un intento de abordar el aluvión de casos que venían resolviéndose en instancias menores, mediante su sentencia núm. 669/2017⁴ consideró que, *en el marco de una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación, no pueda valorarse el modo en el que se ha fijado un índice de referencia legalmente predeterminado, ni quepa analizar si ese índice puede ser manipulado por las entidades financieras, o si en la configuración del índice se han podido tener en cuenta elementos, datos o factores no adecuados*. Por tanto, el IRPH como tal no puede ser objeto del control de transparencia pues solamente puede controlarse que la condición general de la contratación por la que se incluye en un contrato con consumidores esa disposición o previsión legal esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente.

Además, respecto del requisito de transparencia, el Tribunal Supremo⁵, estableció que *este principio de transparencia se traduce en un especial deber a cargo de las entidades financieras de informar tanto con carácter previo como durante la ejecución del contrato de financiación de manera clara, inteligible y comprensible sobre la definición legal del índice financiero elegido por las partes; los momentos contractuales en los que se deba producir la variación del tipo de interés aplicable y términos en los que se producirá tal variación en atención al valor de los índices de referencia adoptados; y la publicidad de los valores del índice de referencia adoptado para la adaptación del tipo de interés remuneratorio*.

Siguiendo estos fundamentos, el Tribunal Supremo concluyó que la cláusula examinada⁶ en dicha sentencia, muy similar a las habitualmente empleadas en los contratos de financiación

* El siguiente trabajo se ha beneficiado sustancialmente de los comentarios del Profesor Dr. Fernando Gómez Pomar y del Profesor Dr. Fernando Pantaleón Prieto. Los errores u omisiones en el mismo son única y exclusiva responsabilidad de sus autores.

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de marzo de 2013 – Caso Mohamed Aziz vs. Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunya Caixa), Asunto C-415/11.

² Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, STS núm. 1916/2013.

³ La Directiva 93/13/CEE y a la transposición de la misma en el ordenamiento español a través de la Ley 7/98, de 13 abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

⁴ Un comentario crítico sobre la misma puede encontrarse en (CÁMARA LAPUENTE, 2017, pp. 211-236).

⁵ En línea con las tesis de (SUÁREZ PUGA, 2017a, págs. 29-43).

⁶ La cláusula tercera bis del contrato, motivo del laudo, establecía: *“Para cada uno de los períodos semestrales siguientes, el tipo de interés será el resultante de adicionar el margen al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de*

referenciados a los diferentes IRPH, no solamente superaba el control de inclusión como cláusula predispuesta sino que también superaba el control de transparencia exigible.

La sentencia de 3 de marzo de 2020 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) (asunto Gómez del Moral)⁷, respondiendo a diversas cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona⁸, confirmó que:

1. Las cláusulas de referenciación a los índices IRPH para la determinación del tipo de interés remuneratorio en un contrato de financiación no son cláusulas predispuestas que reflejen disposiciones legales imperativas o disposiciones supletorias aplicables en defecto de pacto entre las partes que queden excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE, la cual será aplicable a la misma⁹.
2. Las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato como el precio o tipo de interés en un contrato de financiación no están sometidos a un control de contenido sino a un control de transparencia.
3. A los efectos de que una cláusula predispuesta de referenciación a cualquier índice mediante la cual se determine el tipo de interés remuneratorio de un contrato de financiación supere la transparencia exigible *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*. A tales efectos, el juzgador deberá tener en cuenta las siguientes circunstancias: “**(i) la accesibilidad a los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés en atención a la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés**” y **(ii) el “suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés”**.
4. *Siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad y a falta de acuerdo en*

entidades de crédito definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22-7-94, que se publica en el B.O.E. de 3-8-94. Margen, es el porcentaje a añadir al tipo determinado de acuerdo con el apartado anterior. El margen será de cero coma cincuenta (0,50). La cláusula tercera bis 2.a) añadía que “el tipo que servirá para este cálculo se define en la Circular 7/99 del Banco de España de 29-6-99 y se publica en el Boletín Oficial del Estado, tomándose como referencia el publicado el mes anterior a aquel en que deba efectuarse la revisión” y como interés sustitutivo se fijaba el IRPH-Cajas. Adicionalmente la cláusula sexta fijaba un “interés de demora” del 17,50% (18,974 TAE)”.

⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de marzo de 2020 – Marc Gómez del Moral Guasch contra Bankia, S. A., Asunto C-125/18.

⁸ Auto del Juzgado de Primera Instancia 3/2018 de 16 de febrero, planteado por el Magistrado Sr. Francisco González de Audicana Zorraquino.

⁹ Tal y como apunta (PANTALEÓN, 2020) la plena aplicabilidad de la Directiva 93/13 a las cláusulas de referenciación a los IRPH nada tiene que ver con el hecho de que conforme a la misma y la normativa que la transpone dichas cláusulas sean plenamente validas o si se prefiere no abusivas que fue lo esencialmente resuelto por el Tribunal Supremo en su STS 669/2017, de 14 de diciembre.

contrario de las partes del contrato, el juzgador puede, de conformidad con la Directiva 93/13/CEE en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva (intransparente) que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable (por las disposiciones de derecho supletorio aplicables relativas al tipo de interés remuneratorio).

Este pronunciamiento del Tribunal de Justicia ha generado controversia jurídica sobre sus implicaciones para los pleitos subsistentes relativos a las cláusulas de referenciación IRPH. Por un lado, las asociaciones de consumidores y ciertos demandantes¹⁰ han considerado que el TJUE esencialmente ha amparado sus pretensiones. Por el contrario, las primeras reacciones de las principales entidades afectadas¹¹ por litigios en esta materia han centrado sus esfuerzos en exponer que el TJUE no había entendido de ningún modo el IRPH como abusivo y que, en cualquier caso, debían ser los jueces nacionales los que debieran analizar la cuestión caso por caso.

La litigiosidad posterior a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se ha hecho esperar. Son numerosas tanto las sentencias de primera instancia que han declarado abusivas por intransparentes¹² las cláusulas de referenciación al IRPH¹³ y, en consecuencia, han procedido a declarar la nulidad de las mismas, como las decisiones en que se ha absuelto a la parte demandada de la pretensión de restituir a la demandante las cantidades correspondientes al índice de referenciación sobre el capital prestado.¹⁴

Asimismo, ya disponemos de varios pronunciamientos de diferentes Audiencias Provinciales. Existe una línea compartida por varias sentencias de Audiencias Provinciales por las que las cláusulas de referenciación al IRPH son consideradas, además de válidas, transparentes tras someterlas a escrutinio acerca de su transparencia sustantiva. Entre ellas destacan la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 24 de abril de 2020, la sentencia de la

¹⁰ Para una muestra de algunas de las declaraciones de demandantes véase: <https://elpais.com/economia/2020-03-03/la-justicia-europea-permite-a-los-jueces-espanoles-anular-una-hipoteca-ligada-al-irph-si-considera-que-es-abusiva.html> (último acceso el 08/07/2020).

¹¹ Sobre la reacción de la banca a la Sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020 léase: <https://www.expansion.com/empresas/banca/2020/03/03/5e5e347ce5fdea82748b45d3.html> (último acceso el 08/07/2020)

¹² En nuestra opinión, y a pesar de la confusión generada por algunos pronunciamientos del TJUE y por algunas opiniones del Abogado General del TJUE *stricto sensu* lo procedente en su caso es la declaración de nulidad por intransparencia, pero no de abusividad o invalidez intrínseca pues no cabría control de contenido al tratarse de cláusulas predispuestas relativas al precio.

¹³ Véanse como ejemplos: La sentencia 393/2020, de 4 de marzo, del Juzgado de Primera Instancia de Burgos; las sentencias 214/2020 y 227/2020, de 9 de marzo, del Juzgado de Primera Instancia de Lleida; la sentencia 71/2020, de 13 de marzo, del Juzgado de Primera Instancia de Orihuela; la sentencia 582/2020, de 20 de abril, del Juzgado de Primera Instancia de Palma de Mallorca.

¹⁴ Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Tarragona por la que el Tribunal se inclina a favor de Caixabank como parte demandada declarando la validez del índice y por ende, desestimando las pretensiones de la demanda.

Audiencia Provincial de Sevilla de 23 de abril de 2020¹⁵ y la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 11 de mayo de 2020¹⁶.

No obstante, al mismo tiempo que escribimos este artículo, también existe otra línea argumental, con varios pronunciamientos de Audiencias Provinciales que entienden que la cláusula de referenciación al IRPH es abusiva por intransparente. Destacan en este grupo la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 21 de abril de 2020¹⁷ y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 1 de junio de 2020.¹⁸

El tercer grupo de sentencias estaría conformado por aquellas en las que los tribunales consideran que el índice es no transparente pero la cláusula no es abusiva. Entre estos grupos destacamos la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de mayo de 2020.¹⁹

Un último grupo de sentencias considera nula la cláusula pero decide integrar el contrato mediante la sustitución del índice por el IRPH Entidades. Entre éstas destaca la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 14 de mayo de 2020²⁰.

A pesar de que hasta el momento no se han producido pronunciamientos aún de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo tras la STJUE, ante la concurrencia de pronunciamientos de Audiencias Provinciales contradictorios y la pendencia de diversos recursos de casación no es descartable que en los próximos meses dispongamos de los primeros pronunciamientos de dicha Sala.

Asimismo, por informaciones aparecidas en medios públicos, no cabe descartar cuestiones prejudiciales o aclaraciones adicionales remitidas por el Juzgado núm. 38 de Primera Instancia de Barcelona²¹ al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Esta alta litigiosidad relativa a las cláusulas de determinación del tipo de interés en contratos de financiación con referenciación al IRPH no es una cuestión meramente teórica, sino que tiene importantes implicaciones a nivel socioeconómico, tanto por el número²² de hipotecas suscritas a estos tipos de interés variable como por la cuantía²³ que éstas representan.

¹⁵ Sentencia de la sección 5ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 23 de abril de 2020.

¹⁶ Sentencia núm.241/2020 de la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Granada, de 11 de mayo de 2020.

¹⁷ Sentencia núm. 359/2020 de la sección 6ª de la Audiencia Provincial de Málaga, de 21 de abril de 2020.

¹⁸ Sentencia núm. 684/2020 de la sección 9ª de la Audiencia Provincial de Valencia, de 1 de junio de 2020.

¹⁹ Sentencia núm. 143/2020 de la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de mayo de 2020.

²⁰ Sentencia núm. 261/2020 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 14 de mayo de 2020. En esta sentencia se considera abusiva la cláusula de referenciación al IRPH Cajas y declara su sustitución por el IRPH Entidades. Esta misma sala se había pronunciado en el mismo sentido el 11 de marzo, en sentencia núm. 225/2020.

²¹ Providencia del Juzgado núm. 38 de Barcelona, de 11 de mayo de 2020, en relación con la Sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020 en el asunto C-125/18.

²² Según el reciente estudio de la Asociación de Consumidores Asufin existen un total de 835.251 hipotecas con vigencia en la actualidad suscritas a alguno de los tipos IRPH. Véase: <https://www.asufin.com/productos-asufin/hipoteca/irph/> (último acceso el 08/07/2020).

²³ Goldman Sachs cifra entre 7.000 millones y 44.000 millones de euros la cuantía total de hipotecas con vigencia total suscritas a algún índice IRPH. Véase:

Además, la crisis sanitaria generada por la pandemia mundial COVID-19 y la paralización de plazos procesales y la limitación de la función jurisdiccional a lo mínimo esencial adoptada por los poderes públicos competentes está comportando un incremento aún mayor del colapso judicial que sufre nuestro país, entre otras por los limitados recursos con los que se provee a la Administración de Justicia.

Por todo ello, en los próximos meses y probablemente años será más indispensable que nunca que los operadores jurídicos que lidian con la litigiosidad en torno al IRPH dispongan de un marco conceptual claro que facilite la distinción entre casos de contratación patológica (cláusulas intransparentes) y casos de cláusulas válidas y transparentes. Por ello, este trabajo pretende ser una pequeña aportación que ayude a construir dicho marco.

En ese sentido pretendemos ofrecer, al menos, cinco conclusiones esenciales y, en nuestra opinión, relativamente novedosas en torno a los índices IRPH:

- (i) Las cláusulas de referenciación a cualquiera de los índices financieros IRPH son válidas o no abusivas *strictu sensu*.
- (ii) Las cláusulas de referenciación a cualquiera de los índices financieros IRPH son *a priori* y en abstracto más transparentes y comprensibles que las que utilizan otros índices habitualmente empleados en el mercado del crédito con profesionales de la financiación como el EURIBOR.
- (iii) Las cláusulas que establezcan la continuidad de uno de los índices que haya perdido vigencia de forma sobrevenida por falta de representatividad son nulas de pleno derecho por contrariedad a la ley.
- (iv) Salvo que se hubiesen negociado individualmente de manera transparente, las cláusulas que establezcan la conversión del tipo de interés remuneratorio variable calculado con referenciación a uno de los IRPH que haya desaparecido en un tipo fijo hasta la finalización de la operación son cláusulas nulas por sorprendivas.

El IRPH entidades es el índice financiero que ofrece el criterio de integración del precio en los contratos de financiación que deban ser integrados con el derecho vigente, por ejemplo, en caso de que se declare la nulidad de la/s cláusulas predisuestas relativas al tipo de interés remuneratorio.

2. División de la oferta de financiación bancaria en función de la estructura de determinación del tipo de interés

Fuertemente influenciada por la existencia de un mercado profesional del crédito caracterizado por la presencia de prestamistas o acreedores profesionales y el principio nominalista de las obligaciones (artículo 1170 Código Civil), la contratación en masa de financiación bancaria por parte de consumidores, especialmente aquella que persigue para el deudor la obtención del capital necesario para la adquisición de su vivienda habitual, se caracteriza por una oferta que

cuenta esencialmente con dos²⁴ modalidades de determinación del precio o tipo de interés remuneratorio de la financiación: la estructuras basadas en un tipo fijo y las estructuras basadas en un tipo variable.

3. 2.1. El precio a tipo de interés remuneratorio fijo

Por un lado, encontramos la oferta de financiación bancaria a tipo de interés fijo durante toda la vida del contrato. En este caso, las partes predeterminan el precio o tipo de interés del contrato desde el momento inicial del préstamo hasta el final del mismo.

Por tanto, con la simple fijación del tipo de interés para toda la duración del contrato, ambas partes eliminan la incertidumbre futura sobre la determinación del precio de la operación. Así, con una sencilla operación aritmética, tanto acreedor como deudor pueden determinar el precio del contrato en todo el horizonte temporal de la relación contractual.

Por ejemplo, en un préstamo de financiación de 100.000 euros al 4% de interés fijo el consumidor pagará unas cuotas mensuales de 605,98 euros lo que implicará que el coste de la financiación en vencimiento será de 45435,2 euros.

Evidentemente, nada excluye que las partes puedan pactar *ab initio* diferentes tipos de interés aplicables a diferentes intervalos temporales hasta la completa devolución del capital principal de la financiación. Por ejemplo, 2% para los primeros tres meses, 3% para el siguiente año y 4% en los sucesivos.

La autonomía de la voluntad de las partes puede llevar a las mismas a configurar infinitas estructuras de fijación del precio o tipo de interés.

Lo relevante es que con este tipo de estructura de interés remuneratoria a tipo fijo las partes establecen un precio con absoluta determinación. La predeterminación *ex ante* del tipo de interés aplicable y con vocación de aplicabilidad durante toda la vida de la financiación permite, mediante el recurso a uno o varios tipos de interés fijos, la eliminación de la incertidumbre que padecen inicialmente las partes contractuales para la fijación futura del precio. En consecuencia, las partes reducen de raíz los eventuales costes de transacción consistentes en la negociación y renegociación del precio durante toda la vida del contrato.

Ahora bien, la absoluta determinación del tipo de interés remuneratorio o precio de la financiación y la consiguiente eliminación de la incertidumbre en el futuro sobre el mismo se realiza a costa de la asunción por las partes de otros riesgos.

Tal y como ya se apuntaba en (SUÁREZ, 2017a, págs. 29-43), la predeterminación de un precio fijo, en un sistema de obligaciones dinerarias basado en el principio nominalista, produce que el acreedor sufra el riesgo de inflación o de pérdida de valor del dinero futuro puesto que el deudor siempre se libera de la obligación de pago de intereses cantidades absolutas o nominales en vez de asumir deudas de valor. Simétricamente, el deudor sufre el riesgo de deflación o apreciación del valor del dinero.

La acumulación del efecto de la inflación durante todo el tiempo del contrato de financiación podría incluso quebrar la expectativa de excedente contractual para el acreedor financiero.

²⁴ Recientemente han aparecido en el mercado ofertas de financiación cuyo precio o tipo de interés combinan durante la vida la operación ambas modalidades preponderantes (tipo fijo y tipo variable).

Acumulación nada descartable si se tiene en cuenta el relativamente extenso plazo de ejecución de los contratos de financiación para la adquisición de la vivienda del deudor consumidor.

En definitiva, que la eliminación del riesgo de certidumbre sobre elementos esenciales de la relación contractual como el precio mediante el empleo de un tipo de interés remuneratorio fijo tiene como *trade-off* la agravación del riesgo de que el excedente esperado por cada una de las partes se vea relevantemente reducido.

Téngase en cuenta el impacto de ese riesgo de antieconomicidad contractual en unos contratos como los de financiación en los que el acreedor financiero es la única parte que sufre el riesgo de crédito por impago o de insolvencia del deudor desde el momento en que el capital es transferido al patrimonio del deudor y hasta la ejecución total del contrato.

2.2. El precio a tipo de interés remuneratorio variable

Por otra parte, y como alternativa al precio a tipo de interés remuneratorio fijo, los profesionales de la financiación ofrecen contratos con una estructura de tipo de interés remuneratorio o precio variable.

La utilización de un tipo de interés remuneratorio variable permite la revisión periódica del precio aplicable a la financiación a los efectos de que el mismo se vaya adaptando según parámetros de evolución del tipo de interés de mercado durante toda la vida de la relación contractual.

Este tipo de estructuras remuneratorias suele articular la determinación futura del precio por referencia a los valores o magnitudes que periódicamente arrojan elementos objetivos como las medias de cotización en un mercado organizado en su conjunto o relativos a determinados valores, los precios medios de una mercancía, bien o servicio en un mercado determinado o los valores de índices estadísticos o financieros. Así, por ejemplo, el tipo de interés o precio para el siguiente año será el % equivalente a la variación del índice de precios al consumo.

Así, en los contratos de financiación que utilicen estos mecanismos de referencia o indexación, el tipo de interés remuneratorio o precio irá variando en función del índice acordado a lo largo de la vida del contrato.

Las posibilidades de configuración en torno a la referencia a estos elementos objetivos que pueden adoptar las partes en un contrato de financiación en base a su autonomía de la voluntad es, en un plano teórico, infinita.

En la contratación en masa con profesionales de financiación en nuestro país, la estructura de determinación del tipo de interés en estos contratos suele basarse en cláusulas predispuestas basadas habitualmente en dos elementos.

Un primero elemento indispensable sobre el que pivota la variabilidad del precio y que hace depender la determinación futura del precio de los valores de un elemento objetivo como, por ejemplo, índices o instrumentos financieros.

Otro segundo elemento, no indispensable aunque habitualmente pactado, denominado diferencial, consiste en una parte fija o invariable del precio al que se acumula al valor arrojado por el elemento objetivo de referenciación que se haya fijado en el contrato.

La referenciación contractual a elementos o valores objetivos sobre los que se determina periódicamente el precio se erige así como un mecanismo contractual que permite, por un lado, cohonestar la intención de las partes de adaptar el precio de la relación contractual a la evolución de parámetros de mercado, evitando el riesgo de excesiva reducción de las respectivas expectativas económicas derivadas del contrato de las partes, y, por otro, excluir que la determinación futura del precio dependa bien de una nueva negociación del mismo por las partes bien de la voluntad de una de las partes o de la de una tercera parte o arbitrador.

Y es, por un lado, evidente que la determinación futura del precio del contrato no puede recaer puramente sobre la voluntad exclusiva de una de las partes puesto que así lo veda el artículo 1.256²⁵ de nuestro Código Civil. De hecho, la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito ya preveía en su artículo 7 que en relación *con el tipo de interés pactado* [la entidad de crédito] *no podrá tomar como referencia los de la propia Entidad u otras de su grupo*.

Por otro lado, confiar la fijación futura del precio a una nueva negociación de las partes supondría tal encarecimiento de los costes de transacción que muy probablemente disuadiría a los acreedores financieros de contratar. Finalmente, dicha traslación futura del precio no solamente incrementa los costes de transacción, sino que añade nuevos problemas como los de definición y control de la independencia del tercero arbitrador²⁶ y de la justicia y objetividad de los criterios que deba emplear, etc.

En todo caso, la referenciación como mecanismo contractual de determinación futura del precio o tipo de interés remuneratorio permite satisfacer el interés común de las partes de adecuar el precio a valores de mercado durante toda la vida e la relación contractual. Es evidente que los elementos objetivos que empleen para dicha adaptación no dejan de ser un *proxy* a un valor de mercado que se antoja un elemento altamente variable y difícil de establecer con seguridad cuando nos referimos al capital.

Asimismo, ambas partes, a pesar de reducir los costes de transacción futuros mediante la referenciación, como técnica de determinación futura del precio del contrato, sufrirán la incertidumbre sobre la variabilidad futura y su intensidad²⁷. Y es que, a lo sumo, podrán hacer una estimación de dicha variabilidad, pero en todo caso la misma quedará sujeta a las múltiples vicisitudes que pueden influir en la conformación de los valores que arroje en el futuro el parámetro o índice de referencia que acuerden. De ahí la importancia de que en la fase de información precontractual el deudor, consumidor y normalmente adherente a las condiciones predispuestas de la entidad de crédito tenga la oportunidad objetiva de conocer tanto la variabilidad del precio de la financiación durante toda la vida del contrato en sí como conocer los términos y condiciones conforme a los cuales se producirá automáticamente la revisión del precio.

En relación con el interés de los financiadores profesionales que sean entidades de crédito de mantener durante toda la vigencia de los contratos de financiación un precio de la misma que

²⁵ Al respecto véase el (SÚAREZ PUGA, 2020) como comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2020.

²⁶ *Mutatis mutandi* no hay que descartar que los costes de transacción que está implicando la litigiosidad en torno a las cláusulas de referenciación IRPH esté siendo necesariamente repercutido mediante un incremento de los precios.

²⁷ De ahí la finalidad de las cláusulas suelo y techo, respectivamente.

no resulte antieconómico, téngase presente que este tipo de interés de este tipo de acreedores financieros no solamente responde al ánimo de lucro que generalmente persiguen sino también en la necesaria persecución del mantenimiento de su solvencia y liquidez financiera en interés de sus clientes depositantes.

Estos últimos elementos son indispensables para las entidades de crédito puesto que *financian unos activos generalmente ilíquidos con un pasivo constituido por deudas líquidas e inmediatamente exigibles*²⁸ como son las derivadas de los contratos de depósito bancario.

De hecho, esta es la última ratio de las normas de supervisión bancaria que obligan a los profesionales del crédito a *elaborar e implementar una política de precios, que deberá estar orientada a cubrir, al menos, los costes de financiación, de estructura y de riesgo de crédito inherente a cada clase de operación*²⁹.

No parece haber una preferencia clara en la elección entre tipo de interés fijo y tipo de interés variable por parte de los consumidores. En concreto, cabe destacar que existe heterogeneidad en la decisión inclusive entre países. En países como España, Grecia, Italia y Austria predominan los tipos variables, mientras que en Alemania, Bélgica y Francia predominan los tipos fijos. Los factores que parecen explicar la divergencia van desde la inercia e histéresis en el mercado de financiación hasta las distintas actitudes ante el riesgo de inflación y tipo de interés por parte de los consumidores. Asimismo, también devienen factores influyentes los perfiles demográficos y económicos de los distintos demandantes de crédito hipotecario³⁰.

2.3. Delimitación del principio de la autonomía de la voluntad en la contratación con consumidores a tipo de interés remuneratorio variable: la función de las autoridades públicas y los principios que deben cumplir los índices financiero

La libertad de precios anudada al principio de la autonomía de la voluntad es el paradigma de la contratación en el mercado de la financiación bancaria en lo relativo a la determinación del tipo de interés remuneratorio³¹. Ello permitiría a las partes infinitas posibilidades en abstracto en el diseño de la estructura de la determinación del precio variable durante la vida de la operación de financiación.

Además, el mercado de la financiación bancaria, especialmente la destinada a la adquisición de la vivienda habitual del deudor, tiende a ser de estructura necesariamente oligopolística por los

²⁸ (ALFARO, 2000, págs. 284-335).

²⁹ Vid. Circular 4/2016, de 27 de abril, del Banco de España, por la que se modifican la Circular 4/2004, de 22 de diciembre, a entidades de crédito, sobre normas de información financiera pública y reservada y modelos de estados financieros, y la Circular 1/2013, de 24 de mayo, sobre la Central de Información de Riesgos.

³⁰ En (ALBERTAZZI et al., 2019) se demuestra empíricamente que los países con mayor porcentaje de préstamos a tipo fijo suelen ser aquellos con un histórico de volatilidad menor, donde la correlación entre el desempleo y los tipos a corto plazo es más alta, donde la educación financiera es más baja.

³¹ El límite absoluto a la libertad de precios y, por tanto, a la autonomía de la voluntad en este contexto se encuentra esencialmente en la protección del consumidor a través de la prohibición de intereses remuneratorios que alcancen la usura. Al respecto, véase (ARTIGOT, 2020) en el que se explora el caso de la usura en el contexto de las tarjetas *revolving* y la autora nos presenta una posición crítica a la posición adoptada por los tribunales al respecto.

requisitos de solvencia y la supervisión pública que se impone a los operadores del mismo ante el gran apalancamiento sobre el que se basa la actividad de una entidad de crédito³².

En este tipo de mercado el consumidor racional acepta las ofertas predisuestas por los profesionales de la financiación eligiendo aquella que considera más conveniente en atención esencialmente al precio. La explicación radica en el hecho de que el consumidor obtiene un bien fungible –dinero– y por tanto lo relevante en su decisión es el precio que paga o acabará pagando por el bien obtenido. No obstante, también es cierto que puede haber otros factores que influyeran en la decisión del mismo y que le hagan apartarse del precio como elemento decisivo de su elección³³. Por ejemplo, la relación previa con la entidad bancaria, la confianza con la misma o la oferta a la que se tiene acceso en atención al carácter esencialmente nacional de los servicios bancarios, la elección de la oferta de servicios bancarios necesariamente anudada o inducida por su vinculación a servicios inmobiliarios³⁴, etc.

Para facilitar que las diferentes ofertas “paquetizadas” y predisuestas de financiación sean más fácilmente comparables por el consumidor, las autoridades ordenadoras y supervisoras del mercado de financiación establecen una serie de mecanismos.

Por ejemplo, la tasa anual equivalente (TAE) obliga a los oferentes a autoevaluar sus ofertas y traducirlas, en atención a unas mismas reglas e hipótesis, en un porcentaje a efectos de ofrecer magnitudes fácilmente comparables.

Asimismo, los supervisores financieros limitan los elementos que pueden ser empleados en las ofertas de financiación para la determinación futura del precio. Así, por ejemplo, el Ministerio de Economía y Hacienda ha establecido que en el mercado español las entidades financieras deben utilizar determinados índices financieros como instrumentos de referenciación a efectos de la determinación futura del tipo de interés remuneratorio.

Respecto de estos índices financieros las autoridades ordenadoras y supervisoras establecen y persiguen que se cumplan con una serie de principios esenciales para el buen funcionamiento del mercado.

En concreto, las autoridades públicas garantizan cuatro principios: (i) el principio de publicidad, (ii) el principio de representatividad, (iii) el principio de independencia y (iv) el principio de objetividad.

El principio de publicidad garantiza que los valores periódicos que vayan arrojando los índices cuyo uso es oficialmente recomendado sean públicamente accesible. En este sentido, los valores que van arrojando los mencionados índices son periódicamente publicados en el sitio oficial del Banco de España y en el del Boletín Oficial del Estado.

³² (ALFARO, 2000, págs. 284-335).

³³ Tal y como se presenta (BAR-GILL, 2012, p.12) resulta que en ante la presencia de consumidores desinformados que presentan un comportamiento limitadamente racional los vendedores diseñarán sus contratos para maximizar el beneficio neto esperado. La competencia para la confección de esquemas contractuales que se ajusten a las preferencias (sesgadas) de los consumidores puede conducir a la oferta precios que se alejan de la eficiencia.

³⁴ Así, por ejemplo, cuando se ofrezca de forma combinada por el profesional del crédito o entidades de su grupo la venta de inmuebles y la financiación necesaria para su adquisición.

El principio de representatividad se refiere a la implantación de los índices en el mercado con el objetivo de reforzar su conocimiento y control³⁵, excluyéndose así los poco significativos..

El principio de independencia está íntimamente vinculado a la prohibición de la determinación del precio de la operación mediante la exclusiva voluntad de una de las partes y en la práctica proscribire el empleo de índices cuyos valores resulten de acuerdos colusorios o prácticas conscientemente paralelas entre las entidades que reportan operaciones para su conformación o del abuso de posición dominante en el mercado relevante.

El principio de objetividad se refiere a la aptitud del procedimiento de conformación de los valores del índice en cuestión mediante procedimientos matemáticos o financieros objetivos y, por ende, comprobables.

Así, actualmente, las autoridades públicas consideran cumplidores de dichos principios y, por tanto, adecuados para la utilización en el tráfico económico por parte de los profesionales de la financiación los siguientes índices financieros³⁶:

- a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España.
- b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en la zona euro.
- c) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años.
- d) Euribor a un año.
- e) Permuta de intereses/Interest Rate Swap (IRS) al plazo de cinco años.
- f) El Mibor, exclusivamente para los préstamos hipotecarios formalizados con anterioridad al 1 de enero de 2000 conforme a lo previsto en el artículo 32 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro.

El cumplimiento de estos principios a cuya garantía vienen obligados tanto los financiadores profesionales como las autoridades supervisoras facilita la accesibilidad a los datos que arrojan estos índices financieros. De esta manera, se proporciona a los profesionales de la financiación una herramienta para el cumplimiento del especial deber de transparencia con el consumidor que deriva de la buena fe objetiva exigible en el tráfico económico y todavía más en la modalidad de contratación en masa y con empleo de condiciones predispuestas.

Como cualquier información que reduzca la incertidumbre de los operadores económicos, la producción y distribución de la información relativa a los *proxys* del precio de mercado del capital, requerida para aumentar la transparencia del mercado relevante, puede abaratar en abstracto y de manera hipotética los costes de coordinación entre los oferentes competidores

³⁵ Asimismo, la menor representatividad del índice respecto del conjunto del mercado de crédito puede implicar riesgos adicionales para los consumidores como mayores y más impredecibles oscilaciones de sus valores o la concurrencia de sesgos desconocidos o poco conocidos por los mismos.

³⁶ Vid. Art. 27 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

del mismo que se encuentran en el lado de la oferta. Tal y como veremos más adelante al tratar específicamente el caso del IRPH, esta circunstancia es especialmente relevante en aquellos índices financieros empleables por los financiadores profesionales que operan en España y cuyos valores periódicos se conforma a partir de la agregación de los valores reportados por los mismos.

2.4. Circunstancias de la contratación en el mercado relevante

El primer estadio al que se enfrenta un consumidor medio en el momento de contratar un determinado préstamo es decidir sobre la tipología del interés remuneratorio o precio.

La decisión entre un tipo u otro puede venir motivada por distintas causas. A principios de 2020, alrededor de un 40% de préstamos hipotecarios eran a tipo fijo³⁷. En cambio hasta el 2015 los contratos hipotecarios a tipo fijo no alcanzaban el 10% del total de contratos suscritos. La coyuntura económica, las circunstancias particulares de los deudores y su aversión al riesgo de tipo de interés son, sin lugar a duda, factores clave que influyen en la decisión. Por tanto, un consumidor con una elevada aversión al riesgo podrá verse motivado a contratar un préstamo a tipo fijo, puesto que *ex ante* sabrá el coste del mismo y con ello, el riesgo de tipo de interés pesará únicamente sobre el prestamista por toda la duración del contrato. Por otro lado, en momentos de expansión económica y por tanto de tipos medios altos a corto el consumidor puede verse inducido a contratar un préstamo de tipo variable con la expectativa que una posible bajada de tipos más adelante se reflejará positivamente en el precio de su préstamo.

La primera pregunta que debemos formularnos versa sobre la posibilidad de que el consumidor medio no distinga entre préstamos a tipo fijo o a tipo variable, puesto que ésta será la primera decisión a la que se enfrentará en el mercado. Esa situación vendría motivada por el hecho de que no se pueda hacer una comparativa precisa sobre el precio del contrato.

Al hilo de esta pregunta debemos analizar ahora, la posición de la otra contraparte en el contrato: el prestamista.

El prestamista ofrece las alternativas de préstamo ajustadas al consumidor de tal forma que busca una combinación adecuada entre los distintos riesgos a los que se enfrenta. Es decir, la cartera de un prestamista con un número elevado de contratos de financiación (como sucede en el mercado hipotecario español) busca un cierto equilibrio entre posiciones muy seguras y otras altamente arriesgadas. Por ejemplo, el tipo de interés de un préstamo a un deudor con un riesgo positivo de insolvencia no podrá ser el mismo que el de un deudor con garantías sobradas y plena solvencia. Los tipos de vencimiento influyen el horizonte temporal del préstamo y por ende, también pueden tener un impacto en la alternativa ofertada.

En el caso de los préstamos de tipo de interés referenciados a un determinado índice, el prestamista desconoce la evolución futura de los mismos y por tanto, incurre en mayor riesgo al optar por uno de estos contratos frente a uno de tipo fijo. Es racional que intente buscar un precio del contrato que lo sitúe en una posición indiferente entre ofrecer tipos fijos o tipos variables. Concretamente, con esa posición podrá captar un abanico más amplio de

³⁷ Datos extraídos de la sección estadística hipotecaria del INE (https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736170236&menu=ultiD atos&idp=1254735576757) (Último acceso el 08/07/2020).

preferencias de los prestatarios y, por ende, llegar a un mayor número de potenciales clientes, intentando ganar así una cuota de mercado superior.

2.5. El sesgo de retrospcción en la evolución de un índice financiero y su indebida utilización como parámetro de “abusividad” y/o “intransparencia”

Una crítica habitual utilizada por la jurisprudencia a los contratos de financiación con cláusulas de referenciación³⁸ a índices IRPH se ha fundamentado en que la evolución de dichos índices se ha revelado a posteriori más desfavorable a los intereses de los prestatarios en comparación con otros índices, en particular el EURIBOR. La perspectiva retrospectiva consistente en valorar la evolución de un préstamo referenciado a un determinado índice una vez se ha contratado es totalmente incompatible con lo que dispone la Directiva 93/13 y en esencia, resulta por completo inadecuada para valorar las posiciones de las partes. La práctica, a nuestro juicio errónea, de valoración *ex post* de la evolución de los índices como método posible para enjuiciar la posible abusividad de cláusulas contractuales nos puede llevar a conclusiones absurdas. En concreto, siguiendo esta lógica, sería conveniente comparar la evolución de los tipos variables con la alternativa de tipo fijo. Resulta perfectamente posible que un deudor acabara pagando menos en una alternativa de tipo variable (cuando la evolución de los tipos fuera a la baja) que la alternativa del tipo fijo y no por eso debemos considerar las cláusulas de tipo fijo como abusivas o altamente perjudiciales para el consumidor medio.

3. Sobre la presunción de mayor transparencia de las cláusulas de referenciación que emplean los índices IRPH

4. 3.1. La validez intrínseca de las cláusulas de referenciación IRPH

El análisis sobre la transparencia y el funcionamiento de los índices financieros habitualmente empleados en las cláusulas de referenciación para la determinación del precio en contratos de financiación debe diferenciarse de la plausible transparencia en sí de las cláusulas predispuestas que los incorporan. Es decir, no debe confundirse la cláusula predispuesta incorporada al contrato por la que se determina su precio con los elementos que la misma contiene y conforme a los cuales se lleva a cabo tal determinación, en nuestro caso, el índice que representará la parte variable del precio.

Las cláusulas predispuestas, sean condiciones generales o individuales, de referenciación a un determinado índice financiero son por sí mismas plenamente válidas siempre que persigan objetiva y adecuadamente la finalidad de adaptar el precio del contrato durante su vigencia a los tipos de mercado. O lo que es lo mismo, la cláusula de referenciación con empleo de índices financieros como los IRPH sirve para definir -por referencia a la evolución del mercado- el elemento esencial de la configuración del contrato.

Siendo el precio un elemento esencial del contrato, la cláusula predispuesta que lo determina opera como elemento que distribuye el excedente contractual generado por el contrato, entendido este como el mayor valor de bienestar socioeconómico que obtienen las partes a resultas de la operación. En consecuencia y en justificada ausencia de controles judiciales de precios en las operaciones del mercado de financiación bancaria en nuestro sistema, no cabe

³⁸ Cuestión prejudicial planteada por el Magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona.

control directo de abusividad o validez intrínseca de las cláusulas de referenciación, quedando esta únicamente a expensas de un juicio o control de transparencia y a su resultado.

3.2. Alcance y función del control de transparencia en las cláusulas predisuestas: transparencia estricta y razonabilidad del contenido predispuesto

El control de transparencia se erige como un mecanismo de evaluación *ex post* de la concurrencia o no del riesgo generado por el predisponente de representaciones inexactas del adherente sobre el contenido y las implicaciones de una cláusula predispuesta en atención a las circunstancias que rodearon la adhesión. Es decir, la intransparencia de una cláusula predispuesta se basa en la insuficiencia de información o de la falta de idoneidad de la información suficiente que, por su configuración y/o forma de presentación, no permite al adherente consumidor conocer unas consecuencias patrimoniales para el mismo que se apartan de lo razonablemente esperable en atención a las circunstancias de la contratación. Todo ello, con independencia de que la intransparencia sea objetiva e idónea para constituir engaño o no.

Dicho riesgo está asociado al conflicto de interés que el predisponente padece al ser el encargado de diseñar y ofertar el contenido contractual mediante la predisposición de las condiciones generales o individuales y que podría materializarse en la creación de una situación objetiva de desinformación al potencial adherente mediante la anteposición de sus intereses exclusivos de parte en el contenido de las cláusulas predisuestas al separarse, injustificadamente y en beneficio exclusivamente propio bien del derecho supletorio para el caso de las cláusulas accesorias bien de lo que hipotética y razonablemente acordarían dos partes independientes que negociasen persiguiendo sus recíprocos intereses en condiciones de igualdad para el caso de las cláusulas referidas a los elementos principales del contrato³⁹.

Es decir, dicho control se dirige a evaluar si en la presentación y plasmación de la mencionada cláusula, el empresario financiero predisponente ha sucumbido o no al conflicto de interés que tiene respecto de los intereses del cliente adherente. Y es que, al ser la entidad predisponente la encargada de redactar de antemano los términos y condiciones de la relación contractual en la moderna contratación en masa, la misma podría aprovechar el ejercicio de esa facultad para anteponer excesiva e injustificadamente sus intereses particulares a los intereses del adherente⁴⁰.

Este control *ex post* constituye un mecanismo esencial de garantía tanto de la actuación libre y racional de los consumidores en los mercados dominados por la contratación en masa basada en condiciones predisuestas, como de la justicia por eficiencia de este tipo de prácticas comerciales. El control de transparencia es especialmente importante cuando se refiere a cláusulas predisuestas que contienen elementos principales del contrato como el precio o tipo de interés en el caso de los contratos de financiación bancaria, que es precisamente la función de las cláusulas de referenciación de índices financieros. En las cláusulas relativas a este tipo de elementos el control de transparencia *ex post* es especialmente indispensable para sostener *ex ante* la justicia por eficiencia de la relación contractual.

³⁹ (SUÁREZ, 2017b) y (SUÁREZ, 2020).

⁴⁰ (SUÁREZ, 2020).

A los efectos de colmar la transparencia exigible, el predisponente debe acreditar que el adherente medio podría conocer y comprender objetivamente las implicaciones contractuales de la cláusula predispuesta durante la vigencia de la relación contractual. Y ello a partir de las circunstancias que rodean habitualmente los tratos preliminares (información precontractual), la literosuficiencia y autosuficiencia del contenido de la cláusula en cuestión, su configuración gráfica en el documento o soporte duradero en el que se inserta y su relación con el restante clausulado.

Para el caso concreto de las cláusulas predispuestas de determinación futura del tipo de interés remuneratorio por referenciación a los índices IRPH, tal y como ya se apuntaba en (SUÁREZ, 2017, págs. 29-43), en una línea similar a la del Tribunal Supremo en su famosa sentencia de 14 de diciembre de 2017, el principio de transparencia exigible en la contratación en masa con condiciones predispuestas se traduce en *un especial deber de las entidades financieras predisponentes de informar tanto con carácter previo como durante la ejecución del contrato de financiación de manera clara, inteligible y comprensible sobre las siguientes circunstancias: (i) la definición legal del índice elegido por las partes, (ii) los momentos contractuales en los que se deba producir la variación del tipo de interés aplicable y los términos en los que se producirá tal variación en atención al valor de los índices de referencia adoptados y (iii) la indicación del método de comprobación de los valores del índice.*

La sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020 vino a coincidir esencialmente con esa aproximación al problema. No obstante, la mención relativa a la importancia del suministro de información en sede del control de transparencia sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés ha querido ser interpretada en el sentido de que se impone un deber esencial e inexcusable a los predisponentes de documentación precontractual que contenga una evolución histórica en forma de infografía de los IRPH empleados para la determinación del tipo de interés variable.

En nuestra opinión, por el contrario, *se colma la transparencia necesaria con la mera puesta a disposición o comunicación suficiente al adherente de los métodos o vías de conocimiento de los valores del índice en cuestión, tanto históricos como prospectivos.* Así, por ejemplo, la comunicación o puesta a disposición al potencial adherente de los lugares de publicación y, en algunos casos, archivo de valores históricos (boletines oficiales, páginas webs o diarios de gran circulación) de los valores del índice financiero colmarían la buena fe objetiva exigibles al predisponente.

Tampoco creemos que pueda interpretarse que exista un deber de información del predisponente relativo a la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo del tipo de interés que implique una exigencia de indagación retrospectiva y puesta a disposición del consumidor de dicha información en términos gráficos o comparativos con otros índices financieros como el EURIBOR.

Al respecto, en primer lugar, compartimos el argumento del profesor Pantaleón⁴¹, consistente *“en que a nadie sensato se le ocurre que el TJUE fuera a incurrir en el monumental absurdo de imponer para la cláusula IRPH requisitos de transparencia material que no estaría cumpliendo, para empezar y coetáneamente, la cláusula Euribor”.*

⁴¹ (PANTALEÓN, 2020).

Y en segundo lugar, creemos, tal y como ya apuntábamos en (SUÁREZ, 2017, págs. 438-446), que *la exigencia de la puesta a disposición de comparaciones entre índices financieros basadas en su evolución retrospectiva generaría dos riesgos relevantes de representación errónea de la función del índice y de la cláusula que lo contiene por parte del adherente. Por un lado, la presentación gráfica de este tipo información retrospectiva genera objetivamente l riesgo de que el adherente otorgue al índice financiero una finalidad similar a la de la inversión financiera de capitales, cuando, como hemos visto reiteradamente, la función del mismo es facilitar la adaptación del precio del contrato. Y por otro y con carácter adicional, la selección y presentación de determinada evolución histórica de un índice financiero conlleva el nada desdeñable riesgo de responsabilidad de la entidad predisponente por las representaciones sobre el comportamiento futuro del índice, que, objetivamente, podría realizarse un cliente medio en caso de que, eventualmente y a tenor de la efectiva evolución futura del índice, dichas representaciones resultasen inexactas.*

En definitiva, creemos que no puede retorcerse uno de los elementos que pueden ser tenidos en cuenta en el control de transparencia hasta el punto de convertir su concurrencia en una forma determinada, la cual generase un mayor riesgo de representación errónea de la cláusula en los potenciales adherentes que el que precisamente se pretende evitar con la imposición del cumplimiento de ese especial deber de transparencia.

3.3. Sobre la injustificada extensión del control de transparencia a la evolución de los índices y la disimulada intención de renegociar los términos y condiciones del contrato

Teniendo en cuenta que la función consustancial a las cláusulas referenciación a índices financieros para la determinación futura del tipo de interés remuneratorio y su adaptación a valores de mercado viene motivada por la incertidumbre en el conocimiento de los estados futuros del mundo, es a todas luces evidente que escapa al control tanto del adherente como del predisponente realizar predicciones confiables y utilizables para reducir *ab initio* la incertidumbre sobre la evolución del mercado y los índices como *proxies* que intentan concretarlo. De hecho, el grado de incertidumbre que padecen ab initio las partes explica la habitual presencia de cláusulas limitativas a la variabilidad del precio o tipo de interés remuneratorio como las cláusulas suelo y cláusulas techo en los contratos financiación bancaria.

Por ello, no cabe transformar el especial deber de actuar de manera transparente por parte de los predisponentes con un deber de averiguación exacta de las eventuales consecuencias patrimoniales de la ejecución del contrato. Esa desconfiguración del deber de actuar de manera transparente sería de imposible cumplimiento (*ad impossibilia nemo tenetur*).

De hecho, de disponer los predisponentes de la capacidad para llevar a cabo dicha averiguación, sería irracional por su parte no anticipar tal devenir futuro y preferir incorporar cláusulas de referenciación a elementos como los índices financieros sobre los que no tienen capacidad de influencia directa y suficiente.

El control de transparencia se ha de realizar al tiempo de contratar, de forma abstracta y en ningún caso de manera retrospectiva por comparación al ahora conocido devenir contractual de otras ofertas comerciales.

Al respecto y en relación con la insistente comparación entre la evolución de diferentes índices que pretenden muchos litigantes, cabe tener en cuenta tres circunstancias indispensables.

En primer lugar, a priori y en abstracto, las cláusulas de referenciación a un índice financiero adaptan el precio del contrato en interés -beneficio o perjuicio, si se prefiere- de ambas partes. Esto contrasta, por ejemplo, con las cláusulas suelo en las que se limita única y exclusivamente la reducción del precio derivada de la variabilidad del tipo de interés en beneficio del acreedor.

Ahora bien, no conviene confundir que en abstracto la variabilidad del tipo de interés a la baja que crea una cláusula suelo beneficie al subjetivo interés del acreedor financiero en mantener el mayor precio posible con el hecho de que dichas cláusulas reduzcan necesariamente la ganancia del excedente contractual del deudor vinculado por las mismas. Y es que la incorporación de tal limitación a la baja puede verse compensada desde el punto del excedente contractual atribuible al deudor por otras condiciones contractuales (inclusión de limitaciones al alza del tipo, menor diferencial, spread aplicable en la determinación del tipo de interés o mayor plazo de devolución, menores comisiones). Es decir, no cabe equiparar la limitación a la baja de la variabilidad del tipo de interés que comporta una cláusula suelo con una finalidad exclusivamente expropiatoria del excedente contractual del deudor adherente por parte del acreedor. De ahí, que las cláusulas suelo no carezcan en todo caso de razonabilidad para las partes.

En segundo lugar, tal y como señaló el Tribunal Supremo, la comparación retrospectiva en la evolución de los valores de los índices entre IRPH y EURIBOR es inadecuada porque no se tiene en cuenta el respectivo diferencial aplicable. Al respecto, añadimos una cuestión que se pasa sistemáticamente por alto, si presumimos que los operadores de un mercado como el de la financiación bancaria son racionales. Con contratantes racionales, podemos presumir que una oferta de financiación bancaria a un consumidor de un cierto tipo, sea indexada a IRPH o lo sea a cualquier otro índice, tenga inicialmente el mismo o similar precio esperado en el momento de contratar. *Ceteris paribus*, ninguna entidad financiera racional concluirá una operación de financiación con precios iniciales sustancialmente diferentes en función del índice que se emplee para adaptar en el futuro el tipo de interés.

Esta circunstancia, que debería ser fácilmente comprobable con elementos homogéneos como las tasas anuales equivalentes de las ofertas de financiación disponibles, sería especialmente reveladora, pues serviría para despejar la duda sobre la existencia de una especial e interesada intencionalidad en la elección de una oferta de financiación a tipo variable por referenciación a un índice financiero concreto.

En tercer y último lugar, en un mercado con libre competencia, aunque de estructura necesariamente oligopolística, si el mercado hubiese determinado la menor idoneidad y adecuación de los índices IRPH para la adaptación del precio de contrato a la evolución de los tipos de mercado mediante su empleo en cláusulas de referenciación, resulta sumamente revelador que ninguno de los operadores haya detectado tal circunstancia y haya acaparado cuota de mercado lanzando una guerra de captación de clientela mediante subrogación del acreedor al amparo de lo previsto en el artículo 1.211 del Código Civil y la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios.

Sin perjuicio de que esta cuestión merecería un mayor estudio, intuimos que ello es así porque los precios que arrojan los contratos referenciados al IRPH arrojan valores muy próximos a la

media del mercado. Si nuestra intuición fuese cierta, sería fácil concluir que las cláusulas de referenciación IRPH están realizando razonablemente bien su función, pues estarían facilitando la adaptación del precio de la financiación a los tipos de mercado reduciendo o excluyendo el incentivo para que los profesionales de la financiación intenten robarse clientes⁴².

3.4. Sobre la presunción de mayor transparencia de las cláusulas que emplean los índices IRPH en comparación con otros índices

A pesar de que el control de transparencia de la cláusula por la que se referencia el contrato al IRPH (*rectius*, IRPH's) no debe realizarse nunca por contraposición directa con las cláusulas de indexación al EURIBOR (*rectius*, EURIBOR a 1 año o 12 meses), no menos cierto es que por la propia definición y modo de conformación de los diferentes IRPH, las cláusulas que los empleen tenderán a gozar de una mayor comprensibilidad que aquellas que empleen el EURIBOR y, por tanto, gozarán de una presunción de mayor transparencia que aquellas.

En las líneas que siguen procederemos al análisis abordando distintas cuestiones que influyen en el grado de transparencia material que ofrecen sendas opciones, ahondado así en cuestiones como la definición de los índices, la información disponible sobre los mismos, entre otros que resultan elementos clave para que la exigencia que impone el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se vea satisfecha⁴³.

3.5. Contraste de circunstancias entre los índices EURIBOR y los índices IRPH que revelan la mayor transparencia de este último

El EURIBOR corresponde al acrónimo inglés que se refiere al tipo medio al que hipotéticamente se prestarían dinero a un plazo determinado un gran número de bancos europeos.

No existe un único índice EURIBOR sino que en la actualidad coexisten 5 tipos distintos en función del plazo al que se sometería la teórica operación (en el pasado llegaron a ser hasta 15). Nos referimos al EURIBOR a una semana, a un mes, a tres meses, a seis meses y a doce meses o un año.

La propia existencia de múltiples índices, todos identificados en parte por las mismas siglas genera, un mayor riesgo objetivo de confusión en la contratación pues a efectos del mercado de financiación hipotecaria en nuestro país las autoridades públicas solamente recomiendan el empleo del EURIBOR a doce meses o un año. Evidentemente, la cotización de cada índice es siempre distinta.

A ese respecto, cabe presumir que la multiplicidad de índices EURIBOR implicará una mayor exigencia de claridad y concreción a las cláusulas de referenciación que empleen el EURIBOR a doce meses o un año ya que la no explicitación en ese sentido genera el riesgo de confusión al posible contratante adherente. Nótese que para el “consumidor medio”⁴⁴ al que se refiere el

⁴² En (ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, 2017, p. 1-20) se nos ofrece una explicación similar para las prácticamente inexistentes subrogaciones entre entidades bancarias en los casos de cláusulas suelo.

⁴³ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 3 de marzo de 2020 impuso como único requisito de transparencia material que “*un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*”⁴³ en el momento de contratar hubiera tenido acceso a la información relativa a los elementos esenciales del cálculo del IRPH y a la evolución pasada del índice.

⁴⁴ Vid. Nota 1.

TJUE como parámetro de enjuiciamiento subjetivo del control de transparencia lo razonable es identificar al EURIBOR como un único y exclusivo índice financiero.

Resultaría, por tanto, confuso que el posible deudor pueda iniciar una negociación por su contrato de financiación negociando en base a las expectativas que se ha generado por la cotización de un determinado índice de EURIBOR, cuando en realidad, el contrato se verá condicionado por la cotización de un índice EURIBOR con vencimiento distinto. Es evidente que este tipo de error sería relevante y no casaría con el objetivo de las exigencias de transparencia material a las que nos estamos refiriendo.

En todo caso, cabe destacar que los diferentes índices EURIBOR se han venido conformando con base en métodos prospectivos o de encuesta. Así, las entidades reportantes comunican diariamente una estimación del prospectivo precio al que realizarían las operaciones de depósito interbancarias con las restantes entidades reportantes. Para la determinación de los valores de los índices se eliminan de las hipotéticas ofertas aquellas que representan el 15% más alto y el 15% más bajo de los tipos recolectados⁴⁵ y se realiza una media de las restantes. Este tipo de conformación de valores de los índices se basa en estimaciones ex ante operaciones hipotéticas y no reales. Estas circunstancias favorecieron los casos de manipulación de los reportantes desvelados por alguno de ellos y sancionados por la Comisión Europea con el objetivo de mantener los valores de cotización de los índices EURIBOR lo más bajo posible.

La definición común de los diferentes índices IRPH es *la media simple de los tipos de interés medios ponderados de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para la adquisición de vivienda libre iniciadas o renovadas por los bancos, cajas de ahorros o conjunto de entidades*⁴⁶. De una lectura de la misma se concluye fácilmente que los índices consisten en una media de los tipos medios de las operaciones de financiación con garantía hipotecaria para la adquisición de inmuebles con la finalidad de vivienda a un plazo superior a tres años.

En base a dicha definición, el consumidor medio del mercado de financiación bancaria para la adquisición de vivienda puede deducir que los índices IRPH son esencialmente una media del precio de operaciones homologas a las que el mismo tiene interés en suscribir y que, a diferencia de las operaciones que conforman los diferentes índices EURIBOR, han sido previa y efectivamente realizadas.

De hecho, la idéntica naturaleza de las operaciones que sirven para conformar los valores a las que habitualmente referencian su precio al índice facilitan objetivamente y en mayor medida que los índices EURIBOR la objetiva comprensibilidad que tendría un consumidor medio que adhiriese a un contrato de financiación con referenciación al IRPH (*rectius*, a alguno de los índices IRPH) para la determinación el tipo de interés remuneratorio.

Asimismo, la propia definición y reglas de conformación y publicación de los índices EURIBOR se realizan en inglés. La disponibilidad de la información sobre este índice en un idioma

⁴⁵ Definición del portal oficial sobre los tipos EURIBOR (<https://www.euribor-rates.eu/es/>) (Último acceso el 08/07/2020).

⁴⁶ Definición del Portal del Cliente Bancario del Banco de España (https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productoservici/relacionados/tiposinteres/guia-textual/tiposinteresefe/tipo_referencia_oficial_mercado_hipotecario.html). (Último acceso el 08/07/2020).

diferente al español representa una barrera informativa y de comprensión superior al consumidor de operaciones de financiación bancaria.

Es decir, el idioma mayormente empleado para la definición, configuración y publicación de la información de los índices es un elemento que coadyuva a un mayor grado de comprensibilidad del

Asimismo, teniendo en cuenta este perímetro objetivo de operaciones hipotecarias que sirven para su conformación y dado el ámbito geográfico de actuación de las entidades reportantes coincidentes con el territorio nacional de España es evidente que la utilización del IRPH es en abstracto más idónea para adaptar a precios del concreto mercado relevante de la financiación bancaria⁴⁷. En contraste, los diferentes EURIBOR, aunque igualmente aptos para perseguir la adaptación de contratos de financiación en abstracto, se basan hasta el momento la percepción del precio de la financiación interbancaria y, por tanto, se referirían a hipotéticas operaciones de un mercado mayorista diferente a la de la financiación bancaria *retail*, se basarían en un número infinitamente inferior de operaciones hipotéticas pues se limita a las que teóricamente realizarían las entidades reportantes.

Lo hasta aquí expuesto evidencia que, *ceteris paribus*, resulta de más fácil comprensión la definición y la conformación de los índices IRPH que los índices EURIBOR.

4. Límites en la determinación futura de los precios de contratos de financiación hipotecaria

4.1. La validez de la mera determinabilidad inicial del precio y el límite de la exclusiva voluntad de una de las partes

Como hemos expuesto anteriormente al hacer referencia a las diferentes opciones de las que disponen las partes de contratos de financiación para la configuración del precio, la determinación del precio en un contrato puede estipularse de forma absolutamente predeterminada *ex ante* a la ejecución de la relación contractual, como sucede con las modalidades de financiación a tipo de interés remuneratorio fijo. De lo contrario, puede dejarse para una determinación futura acompasada a la ejecución del contrato. Es decir, la autonomía de la voluntad de las partes que prescribe nuestro Código Civil en su artículo 1255 permite la libertad de precios, facultando a las partes para que *ab initio* configuren el precio conforme a parámetros de mera determinabilidad inicial, confiando su plena determinación a fases futuras tras el inicio de la ejecución del contrato. En este sentido, es especialmente revelador lo previsto en el artículo 1447 del Código Civil en sede de compraventa: “*para que el precio se tenga por cierto bastará que lo sea con referencia a otra cosa cierta, o que se deje su señalamiento al arbitrio de persona determinada.*”⁴⁸

Esta posibilidad de mera determinabilidad *ex ante* del precio o tipo de interés remuneratorio es la que ampara que el acreedor financiero profesional pueda estructurar y predisponer su oferta a tipo de interés remuneratorio variable en el mercado de la financiación. Así, el potencial

⁴⁷ No hay que olvidar que el mercado de los servicios bancarios es esencialmente de alcance nacional tal y como ha mencionado en reiteradas ocasiones la Comisión Europea (*Caso núm.8414 DNB/Nordea/Luminor Group* de 14 de septiembre de 2017).

⁴⁸ Vid. Artículo 1.447 del Código Civil.

cliente es llamado a elegir entre las diferentes ofertas predisuestas en el mercado por los profesionales del crédito y adherirse esencialmente sobre la base del precio ofertado⁴⁹.

Ahora bien, no cabe confundir el hecho de que la moderna contratación en masa se base en gran medida en la predisposición del marco contractual a cargo del financiador profesional, lo que permite el abaratamiento de los costes de transacción del mercado de la financiación y facilita la competencia basada en el precio, con el hecho de que se considere jurídicamente válido otorgarle la facultad para ir determinando unilateralmente y en base a su exclusiva voluntad el precio de la relación contractual durante toda su vigencia una vez la contraparte ha aceptado la misma por adhesión. La radical contrariedad a Derecho de tal facultad se sustenta en que, a partir del momento en que quedase contractualmente vinculado, el adherente deudor se convertiría en una contraparte cautiva y, por tanto, objetiva y potencialmente explotable por el acreedor en virtud de su exclusiva voluntad.

Y es que al igual que el Código Civil reconoce la validez de la mera determinabilidad inicial del precio del contrato, también fija como un límite absoluto a tal posibilidad que la concreción futura del mismo recaiga en el exclusivo arbitrio de una de las partes. Este límite trae causa directa y general del artículo 1.256 del Código Civil según el cual *“la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”*⁵⁰. El trasunto más evidente de dicho límite es el explícitamente previsto para el precio de la relación contractual en el artículo 1.449 del Código Civil y que dispone que: *“el señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de uno de los contratantes”*⁵¹.

4.2.La validez intrínseca de las cláusulas de determinación futura del precio por referenciación: el anclaje del artículo 1.448 del Código Civil y del artículo 85 de la Ley de Consumidores y Usuarios

Para cohonestar el principio de mera determinabilidad inicial del precio y la prohibición de confiar la concreción de la determinación futura del mismo a la exclusiva voluntad de una de las partes nuestro derecho vigente permite la determinación futura del precio por referenciación o mediante proxys del valor de mercado del objeto o prestación del contrato o de bienes que permitan la valoración del mismo en atención a esos parámetros de mercado. Esta técnica de la determinación futura del precio contractual ha venido recogida en nuestro Código Civil desde su promulgación. Así, su artículo 1.448 del Código Civil dispone que: *“se tendrá por cierto el precio en la venta de valores, granos, líquidos y demás cosas fungibles, cuando se señale el que la cosa vendida tuviera en determinado día, bolsa o mercado, o se fije un tanto mayor o menor que el precio del día, bolsa o mercado, con tal que sea cierto”*⁵².

Nótese como las referencias relativas al carácter fungible, *tanto mayor o menor* o a la comercialización a través de bolsas y mercados recogidas en el precepto evocan principios como los de objetividad (cálculos aritméticos), transparencia (conocimiento en lugares públicos), independencia (dependen del mercado y no de las partes) y, en menor medida, representatividad (conjunto de transacciones y no solamente una operación concreta). Principios todos estos que son los exigibles a los índices financieros válidamente empleables en

⁴⁹ (ALFARO y PAZ-ARES, 1991, págs.. 6-30).

⁵⁰ Vid. Artículo 1.256 del Código Civil.

⁵¹ Vid. Artículo 1.449 del Código Civil.

⁵² Vid. Artículo 1.448 del Código Civil.

el mercado de la financiación con intermediarios profesionales y a cuya vigilancia vienen especialmente obligados tanto sus respectivos administradores como las autoridades públicas administrativas que supervisan la transparencia de la contratación en dicho mercado.

Por ello, consideramos que la actuación de las autoridades públicas creando y gestionando índices como los IRPH o seleccionando aquellos índices financieros que reúnen asimilables requisitos de objetividad, independencia, transparencia y representatividad como el EURIBOR para su válido uso en el mercado de la financiación con profesionales consiste esencialmente en una actualización del sustrato originario del artículo 1.448 del Código Civil.

Por ello, creemos que las cláusulas de referenciación a índices como el IRPH deben entenderse como el paradigma moderno actualmente aplicable al mercado de la financiación con entidades de crédito de los mecanismos de determinación recogidos originariamente en el artículo 1.448 del Código Civil⁵³, tomando una interpretación actualizada y ajustada del mismo, según la realidad social del tiempo en que debe ser aplicado⁵⁴.

De esta manera, la referenciación al IRPH para la determinación periódica del tipo de interés remuneratorio de los contratos de financiación no solamente es plena y absolutamente válida no solamente al amparo del artículo 85.3 de la Ley de Consumidores y Usuarios, tal y como expuso la STS de 14 de diciembre de 2017⁵⁵, sino también al amparo de lo previsto en el artículo 1.448 del Código Civil.

El IRPH opera como un mecanismo mediante el que se establece una *proxy* del valor de mercado que sirve para mitigar la incertidumbre inicial de las partes sobre el precio del contrato durante toda su vigencia. En idéntica lógica las cláusulas de referenciación a un índice financiero como el IRPH no dejan de ser un mecanismo contractual de automática revisión periódica del precio de los contratos de financiación perfectamente válidas.

Este tipo de mecanismos de revisión automática traen causa inmediata las consideradas como válidas facultades *concedidas a un contratante relativa a la revisión o modificación del precio convenido inicialmente sobre la base de fundamentos objetivos o con referencia a parámetros no controlados por esa parte*⁵⁶.

⁵³ El artículo 1.448 del Código Civil dispone que: “se tendrá por cierto el precio en la venta de valores, granos, líquidos y demás cosas fungibles, cuando se señale el que la cosa vendida tuviera en determinado día, bolsa o mercado, o se fije un tanto mayor o menor que el precio del día, bolsa o mercado, con tal que sea cierto”.

⁵⁴ Interpretación de acorde con el art. 3 CC.

⁵⁵ El estándar de validez de este tipo de cláusulas referenciadas a un tipo oficial lo establecía, aparte de las normas de transparencia bancaria antes transcritas, la Disposición Adicional Primera I-2ª de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 (actual art. 85.3 TRLGCU), al exigir que: (i) se trate de un índice legal; y (ii) en el contrato se describa el modo de variación del tipo.

⁵⁶ Tal y como recoge (GÓMEZ POMAR, 2018, págs. 243-254), en la moderna contratación es cada vez más frecuente encontrar atribuciones contractuales de facultades unilaterales a favor de una de las partes que responden a legítimos intereses comunes y, por tanto, cuya validez es incuestionable. Esta le ha llevado a sostener al menos en contratos negociados entre las partes, el arranque de las soluciones jurídicas para el tráfico contractual debiera partir del hecho de que, en presencia de una previsión acordada por los contratantes que contemple mecanismos unilaterales en favor de una de las partes para completar el acuerdo alcanzado, es razonable suponer que es su validez lo que se ajusta mejor a la voluntad común y al

4.3. Las expectativas razonables de las partes de un contrato de financiación con tipo de interés variable referenciado

En torno al precio de un contrato de financiación, acreedor y deudor tienen posiciones subjetivas contrapuestas. El acreedor tendrá la posición particular de que el precio sea el mayor posible para maximizar la parte del excedente contractual que crea la operación y el deudor tendrá la posición subjetiva contrapuesta de maximizar su propio excedente en la operación mediante el pago del menor precio posible. Así el precio constituye el ejemplo paradigmático de elemento distributivo⁵⁷ del excedente contractual entre las partes en el marco que constituye el contrato.

Siendo el precio un elemento esencial del contrato, las cláusulas predisuestas relativas a la determinación del mismo como las que referencian el tipo de interés remuneratorio al índice IRPH no están sometidos a control validez o abusividad. Es decir, ni el precio está sometido a control judicial ni tampoco las cláusulas contractuales predisuestas que lo contienen están, con carácter general, sometidas a control directo de contenido o abusividad alguno⁵⁸.

Ello es así porque nuestro sistema confía la justicia contractual de las cláusulas predisuestas relativas a elementos principales del contrato como el precio a la bondad de la libre competencia en el mercado. No obstante, para que la libre competencia produzca su bondadoso efecto de proveer bienes y servicios de manera eficiente es imprescindible que sea ejercida por los operadores económicos de conformidad con la buena fe objetiva. Esta exigencia de buena fe en el ámbito de la contratación bancaria en masa conlleva un especial deber de transparencia en el proceso de comercialización y formalización de las operaciones comerciales de las entidades predisponentes en relación con los elementos principales del contrato ofertado como el precio. La exigencia de buena fe objetiva y de transparencia precluye además que el contenido preconfigurado de la oferta desborde en perjuicio del eventual adherente las razonables y objetivas expectativas que pudiese tener en atención a las circunstancias que rodean la contratación.

Es decir, las cláusulas relativas al objeto principal del contrato solamente pueden ser sometidas directa y generalmente a exigencias de claridad, comprensibilidad y razonabilidad. Como hemos apuntado anteriormente y a diferencia del contraste con el derecho supletorio que caracteriza al control de contenido o abusividad de las cláusulas relativas a elementos accesorios del contrato, respecto a elementos principales del contrato como el precio el control

servicio de los legítimos intereses de las partes cuya promoción constituye el primer objetivo del Derecho de contratos.

⁵⁷ (GÓMEZ y ARTIGOT, 2020, págs. 7-100).

⁵⁸ No obstante, recientes pronunciamientos del TJUE y opiniones del Abogado General han generado, en nuestra opinión, la confusión sobre la procedencia de un control de contenido o abusividad estricta incluso para las cláusulas predisuestas que definen elementos principales del contrato como el precio.

Vid. Las conclusiones del abogado general en el asunto Gómez del Moral o las sentencias Abanca Corporación Bancaria y Bankia (http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?docid=217553&text=&dir=&#Footref1). (Último acceso el 08/07/2020).

Especialmente confusa se antoja la opinión del AG en relación con la cláusula de referenciación IRPH según la cual sobre la misma no habría una exención del deber de someter, en cualquier caso, la cláusula controvertida a un examen referido a su eventual carácter abusivo en cuanto al fondo, habida cuenta de la posible existencia de un desequilibrio importante causado, en detrimento del consumidor, entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

judicial de transparencia se caracteriza por comprobar la objetiva comprensibilidad de las cláusulas predispuestas que lo contienen y por contrastar el contenido predispuesto con el hipotético contenido que habrían podido negociar dos partes independientes con intereses contrapuestos.

En relación con este último juicio de razonabilidad, se puede deducir fácilmente que las expectativas subjetivas de predisponente y adherente ni son ni pueden ser un parámetro de enjuiciamiento, valoración o contraste objetivo de la razonabilidad de los términos y condiciones predispuestos de una operación concreta pues estas expectativas son excluyentes entre sí y la elección de una en detrimento de la otra excluirá cualquier viso de justicia conmutativa.

4.4. Expectativas objetivas de las partes en la configuración del marco contractual de un contrato de financiación a tipo de interés remuneratorio variable

Como ya se apuntaba recientemente en (SUÁREZ PUGA, 2020), con las cláusulas de determinación periódica del tipo de interés por referenciación a índices como el IRPH los contratantes buscan la adaptación del precio del contrato de financiación durante toda su vigencia en atención a la evolución del mercado. O lo que es lo mismo, mediante la referenciación a índices financieros para la determinación del tipo de interés, las partes colman su más razonable expectativa en la incierta y futura determinación del tipo de interés: que la adaptación futura del precio de su relación contractual no dependa de la exclusiva voluntad de una de ellas (art. 1256 Código Civil) sino que se ajuste a las vicisitudes de los tipos prevalentes en el mercado.

Idéntica lógica se persigue, por ejemplo, con las cláusulas de estabilización de la renta conforme al índice de precios al consumo (IPC) en los contratos de arrendamiento de vivienda.

4.5. Diferencia con otras estipulaciones relativas al precio del contrato: el caso de las cláusulas suelo

Tal y como hemos apuntado anteriormente, las cláusulas suelo no constituyen estipulaciones expropiatorias o necesariamente reductoras del excedente contractual del deudor oferente pues su propia incorporación al contrato junto con otros elementos (diferencial del tipo de interés, limitaciones al alza, garantías, etc.), además de maximizar el excedente contractual conjunto, pueden incrementar la parte de ese excedente que retiene el deudor.

No obstante, con las cláusulas suelo es que en este último caso el predisponente es concededor *ab initio* de, al menos, un posible estado del mundo futuro en el que la expectativa de variabilidad y adaptación del precio del contrato a precios de mercado se verá truncada por la limitación a la baja. Es decir, las cláusulas suelo (al igual que las cláusulas techo) rompen la expectativa de variabilidad ínsita a las cláusulas de referenciación. Este efecto de las cláusulas suelo constituye una separación o una atemperación de las expectativas que generan las cláusulas de referenciación pues conforme a las mismas lo esperable es que el precio se adapte al alza o a la baja durante toda la vida de la relación contractual.

Por ello, creemos que, aun cuando las cláusulas suelos sean estipulaciones que maximicen el excedente contractual que genera la conclusión de la operación de financiación, las mismas deban ser especialmente advertidas al adherente antes de ser incorporadas o consentidas (negociadas individualmente con el mismo).

En todo caso, en contratos de financiación con una larga duración (20 a 30 años), no existe exigencia de investigación y revelación imponible materialmente al predisponente conforme a la buena fe objetiva que debe imperar en el tráfico que permita garantizar el acierto en el alcance de las consecuencias patrimoniales de la ejecución de la relación contractual.

La incertidumbre y las incontables vicisitudes sobre elementos como, entre otros, el valor futuro del dinero, el valor de los bienes adquiridos con el capital adquirido, los escenarios macroeconómicos, la competitividad del mercado hace que sea materialmente imposible predecir no ya el alcance exacto de las teóricas y abstractas consecuencias patrimoniales de las obligaciones asumidas por las partes en la operación de financiación sino las expectativas en torno al excedente contractual efectivamente obtenido tras la ejecución.

Y es que si, como regla general, el contrato es un *plan de ordenación de un futuro complejo y necesariamente incierto*⁵⁹ aún más incierta es la cuantificación del efectivo excedente contractual de las partes.

4.6. Consecuencia lógica: inexistencia de un deber de colmar las expectativas subjetivas del adherente y alcance del deber de transparencia relativo a la cláusula de referenciación IRPH

Es evidente que la expectativa objetivamente razonable de acreedor y deudor en una cláusula de determinación futura del tipo de interés en un contrato financiación por referenciación a un índice financiero consiste precisamente en la adaptación del precio de la operación a valores de mercado.

La pretensión de exigir que lo razonable es solicitar al predisponente que ofrezca o hubiese ofrecido la cláusula de referenciación que contuviese el índice que retrospectivamente pareciese colmar en mayor medida la expectativa subjetiva del deudor de pagar el menor precio posible no se ajusta a los parámetros de la buena fe exigible por diversos motivos. Todo lo que no fuese esperable conforme a estas expectativas quedaría fuera del ámbito de razonabilidad.

En primer lugar, porque el juicio de razonabilidad sobre una cláusula predispuesta debe realizarse al momento de contratar y no a posteriori en función de desarrollos posteriores ligados a la ejecución o desenvolvimiento del contrato. Prueba de ello es que en el juicio de razonabilidad exigible a cláusulas predispuestas como, por ejemplo, la cláusula suelo ni siquiera se exige su efectiva aplicación ni se contrapesa su irracionalidad por el hecho de que cláusulas como el techo se hubiesen aplicado.

En segundo lugar, porque la buena fe objetiva exigible al predisponente conlleva el especial deber de transparencia con el alcance que se adelantaba en 2017 y que reproducimos a continuación. Sensus contrario y debido a la imposibilidad de acertar en las expectativas subjetivas futuras de la parte adherente, sería desproporcionado tanto desde la perspectiva de los costes de transacción como desde la protección de la autonomía de la voluntad imponer un deber de garantizar al adherente que el resultado de la cláusula de referenciación predispuesta no solamente sirve para colmar la expectativa de adaptación del precio a valores de mercado sino también la subjetiva expectativa del adherente de disfrutar en cada momento de la

⁵⁹ (GÓMEZ y ARTIGOT, 2020, págs. 7-100).

estructura de determinación del precio que maximizase la parte del excedente contractual que retiene u obtiene.

En tercer lugar, porque la imposición de dicho deber de colmar las expectativas subjetivas del adherente no tendría como límite el contraste o límite de índices financieros que hubiese podido emplear o emplease el predisponente en su oferta comercial, sino que en idéntica lógica podría extenderse también a las modalidades de determinación del precio de tipo de interés fijo.

En cuanto lugar y último lugar, porque la imposición de tal deber al predisponente acreedor financiero equivale no solamente a la anteposición de la voluntad subjetiva y exclusiva del adherente deudor. Circunstancia que evidentemente queda precluida por lo dispuesto en el artículo 1.256 del Código Civil.

5. Posibles casos patológicos: las cláusulas de referenciación que prevén la congelación del tipo en caso de desaparición de los índices

Tal y como hemos apuntado anteriormente, las expectativas razonables en una hipotética contratación con dos partes independientes, que negociasen en un plano de igualdad buscando interesadamente sus respectivos intereses de buena fe sobre un contrato de financiación con tipo de interés remuneratorio variable, consistirían en la adopción de términos contractuales que permitiesen la adaptación del precio a valores de mercado durante toda la vida del contrato.

Siendo ello así, las cláusulas predisuestas que prevén la congelación del tipo de interés en caso de desaparición del índice o los índices previstos para la determinación del mismo plantean más que serias dudas sobre su razonabilidad en atención a los parámetros que acabamos de exponer. Y es que es evidente, que el efecto práctico de esta previsión es la congelación del último tipo de interés que hubiese podido determinarse conforme a los índices que desaparezcan o sean descontinuados para toda la vigencia del contrato lo que frustra la razonable expectativa de la adaptación del precio durante toda la vida del contrato.

En todo caso, apartándose esta previsión de las expectativas objetivamente razonables, corresponderá al predisponente demostrar la negociación individual de la misma.

5.1.La debida integración de los contratos de financiación bancaria carentes de estipulación relativa al tipo de interés

- a. El IRPH-Entidades: su procedente y debida utilización como criterio de integración contractual y la doble naturaleza de la disposición adicional decimoquinta de la Ley*

La inexistencia de reglamentación contractual relativa al tipo de interés bien sea por falta de pacto al respecto bien sea a consecuencia de la declaración de nulidad de una determinada cláusula predispuesta de determinación del tipo de interés como son casos de lagunas contractuales.

Se plantea así la cuestión sobre las consecuencias jurídicas ante una laguna contractual sobre el precio.

En un mercado como el de financiación bancaria profesional es indiscutible el carácter oneroso de los contratos de financiación. De hecho, incluso en ausencia o nulidad de las cláusulas de referenciación para la determinación del tipo de interés, en atención a otras cláusulas que se incorporan junto a la misma y a circunstancias de la contratación que habituales en este tipo de contratos, es a todas luces el carácter oneroso de las operaciones de financiación. Al respecto y por poner un sencillo ejemplo, las indicaciones relativas a la tasa anual equivalente de la operación, las cláusulas de intereses moratorios o las cláusulas de garantía hipotecaria en las que se establece la garantía de las obligaciones de pagos de intereses. Por ello, incluso en ausencia por nulidad de la cláusula de referenciación para la determinación del tipo de interés remuneratorio, resultaría incongruente con este marco contractual sostener una solución contraria al carácter esencialmente oneroso de las operaciones de financiación bancaria.

Lo que acabamos de apuntar es de especial importancia pues resulta sencillamente inverosímil que, en atención a las circunstancias que habitualmente rodean a la contratación de la financiación en el mercado bancario, la expectativa razonable del adherente consumidor medio fuese la de concluir un contrato gratuito y que la intransparencia de las cláusulas de referenciación para la determinación del tipo de interés sirviese para ocultar dicho carácter oneroso del contrato.

Teniendo en cuenta tanto esta naturaleza esencialmente onerosa de la financiación bancaria como el carácter esencial del precio y partiendo del principio de conservación del contrato como negocio jurídico, creemos que en caso de laguna contractual respecto al precio de la financiación será procedente la integración legal del contrato utilizando los criterios previsto en la legislación supletoria aplicable.

Es decir, ante la laguna contractual en un contrato esencialmente oneroso que pudiese genera la declaración de nulidad de aquellas cláusulas de referenciación a los IRPH que no superasen el control de transparencia, procede la integración del contrato.

Al respecto, creemos que la integración de los contratos de financiación que carezcan de cláusulas de determinación del tipo de interés debe realizarse empleando el IRPH-Entidades como elemento que determine el tipo de interés remuneratorio hasta la finalización del contrato.

Esta solución deriva directamente del carácter de derecho supletorio de lo previsto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013⁶⁰, de apoyo a los emprendedores. Dicha disposición prevé que *en defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España»*⁶¹.

⁶⁰ (RIESCO, 2020).

⁶¹ Este es el razonamiento del que se nutre la sentencia de 8 de noviembre de 2018 de la sección primera de la Audiencia Provincial de Tarragona, en su fundamento jurídico tercero (considerando cuarto) para declarar el que el tipo aplicable del contrato que enjuicia debió ser el IRPH-Entidades desde el momento

En este sentido, creemos que dicha disposición, además de cumplir la función de regular las consecuencias contractuales de la desaparición o discontinuidad de los IRPH bancos e IRPH cajas, opera como la concreción en el mercado de la financiación bancaria del criterio del precio habitualmente aplicable al mismo tipo de operaciones. Criterio y principio general que está explícitamente reconocido en nuestro ordenamiento jurídico a través del artículo 55 de la vigencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías (en adelante, CINU CIM), redactada en Viena el 11 de abril de 1980.

A consecuencia de la pérdida de representatividad sobrevenida del IRPH bancos y del IRPH cajas por la concentración de operadores bancarios, el legislador, con la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores, previó un régimen de integración contractual para aquellos contratos afectados por la discontinuidad o desaparición de los mencionados índices.

Es decir, en definitiva, creemos que la mencionada Ley 14/2013 en su disposición adicional decimoquinta ofreció una doble funcionalidad. En primer lugar, sirvió como criterio de integración contractual para aquellas operaciones afectadas por la discontinuidad o desaparición de determinados índices IRPH. Y, en segundo lugar, dicha disposición vino a concretar en el ámbito de la financiación bancaria el criterio integrador aplicable del precio habitual del mercado relevante presente por reconocimiento explícito en la CINU CIM.

6. Bibliografía

Hugo ALBERTAZZI, Fulvia FRINGUELLOTTI y Steven ONGEN (2019) “Fixed rate versus adjustable rate mortgages: evidence from euro area Banks”, Working paper series, ECB nº 2322-October 2019.

Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL y José Cándido PAZ-ARES (1991), *Las condiciones generales de la contratación: estudio de las disposiciones generales*, Civitas, Madrid.

Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL (2000), “Lección de Derecho Bancario”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* 2/2000.

Segismundo ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA (2017), “La jurisprudencia del TJUE y la necesaria revisión de la doctrina del TS sobre la cláusula suelo”, *Diario La Ley*, núm. 8915, págs. 1-20.

Mireia ARTIGOT i GOLOBARDES y Fernando GÓMEZ POMAR (2020), “Costes, precios y excedente contractual en el control de la contratación de consumo, especialmente la hipotecaria”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXXIII, Enero- Marzo 2020, págs. 7-100.

Mireia ARTIGOT i GOLOBARDES (2020), “Tarjetas revolving, usura e inseguridad jurídica”, *Almacén de Derecho* (<https://almacenederecho.org/>).

de la eliminación del IRPH-Cajas. En ese mismo sentido se ha pronunciado recientemente la misma Sala en sentencia de 11 de mayo de 2020.

Oren BAR-GILL (2012), *Seduction By Contract: Law, Economics and Psychology in Consumer Markets*, 1ª ed., Oxford University Press, Oxford (United Kingdom).

Sergio CÁMARA LAPUENTE (2017), “IRPH y STS 14.12.2017: dos colosos con pies de barro. El art. 1.2 de la Directiva 93/13 no blindo en realidad cualquier cláusula que reproduzca “normas”. Transparencia lejos del suelo”. *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil*, núm. 9, págs. 211-236.

Fernando GÓMEZ POMAR (2018), “El arbitrio de parte en la determinación del contenido y elementos del contrato”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* (Homenaje al profesor D. Aurelio Menéndez Menéndez), núm. 49, págs. 243-254.

Angel Fernando PANTALEÓN PRIETO (2020), “La sentencia del Tribunal de Justicia sobre la cláusula IRPH: 12 comentarios a vuelapluma”, *Almacén de Derecho* (<https://almacenederecho.org/>).

Jesús RIESCO MILLA (2020), “Dos lecturas diferentes de una misma sentencia: primeros pronunciamientos judiciales tras las STJUE de 3/2020 sobre la cláusula IRPH Cajas”, *Hay Derecho*, (<https://hayderecho.com/>).

Ernesto Alejandro SUÁREZ PUGA (2017), “Problemática contractual actual relativa a determinados índices financieros en contratos de financiación: el caso del IRPH”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, núm. 5, págs. 29-43.

Ernesto Alejandro SUÁREZ PUGA (2017), “Índices financieros en contratos bancarios de financiación con consumidores: función y problemas actuales”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 145, págs. 438-446.

Ernesto SUÁREZ PUGA (2020), “Un breve apunte crítico a la sentencia del Tribunal de Justicia UE relativa a las cláusulas predisuestas IRPH”, *Almacén de Derecho*, (<https://almacenederecho.org/>).