

El control de transparencia de las cláusulas relativas a índices de referencia y sus efectos

El IRPH en la llamada jurisprudencia menor tras la STJUE 3.3.2020

Sumario

-

La esperada STJUE de 3.3.2020 relativa a la cláusula IRPH no ha arrojado gran claridad respecto al criterio a adoptar por jueces y tribunales nacionales y, a mayor abundamiento, sus conclusiones no se alejan fundamentalmente de la postura mantenida por la STS 14.12.2017. En consecuencia, la STJUE 3.3.2020 no ha conseguido eliminar la disparidad y heterogeneidad de criterios entre nuestros órganos judiciales. Para comprender apropiadamente las discrepancias que suscita la validez o no de la indexación del préstamo al índice IRPH analizaremos, en primer lugar, la exégesis de la controversia, desde la STS 14.12.2017 hasta la STJUE 3.3.2020. Acto seguido, realizaremos un estudio pormenorizado de la evolución de las obligaciones informativas existentes en materia de índices de referencia en préstamos con la finalidad de determinar qué información precontractual debía ser facilitada a los prestatarios para dar por cumplidos los parámetros indicados por la STJUE 3.3.2020. Tras ello, procederemos a analizar las posibles interpretaciones y criterios que, de conformidad con la normativa estudiada y la doctrina especializada, cabría adoptar tras la STJUE 3.3.2020. Finalmente, expondremos y analizaremos críticamente las posturas adoptadas hasta el momento por la llamada jurisprudencia menor, para acabar exponiendo las conclusiones alcanzadas.

Abstract

-

The expected judgment of the CJEU of 3.3.2020 on the IRPH term has not yielded great clarity regarding the criteria to be adopted by national judges and courts. Furthermore, JCJEU 3.3.2020 conclusions do not fundamentally depart from the position maintained by the Judgment of the Spanish Supreme Court of 14.12.2017. Consequently, the JCJEU 3.3.2020 has failed to eliminate the disparity and heterogeneity of criteria between Spanish judges. To properly understand the discrepancies caused by eventual unfairness of contractual terms setting a reference index (IRPH) for calculating the variable interest of a loan in Spain, we will first analyze the exegesis of the controversy, from Judgment of the Spanish Supreme Court of 14.12.2017 to JCJEU of 3.3.2020. Subsequently, we will carry out a detailed study of the evolution of borrowers reporting obligations in Spain, in relation to loan indexes, in order to determine what kind of pre-contractual information should have been provided to the borrowers to fulfill the parameters indicated by JCJEU 3.3.2020. After that, we will proceed to analyze the possible interpretations and criteria that, in accordance with the studied regulations and specialized doctrine, could be adopted after JCJEU 3.3.2020. Finally, we will expose and critically analyze the positions adopted so far by the so-called minor jurisprudence and we will present the conclusions reached.

Title: *Transparency requirement of terms setting a reference index and their effects.
The IRPH term in the so-called minor jurisprudence after the CJEU 3.3.2020*

Palabras clave: índice IRPH, información precontractual, préstamo hipotecario, control de transparencia, cláusulas abusivas, integración

Keywords: *IRPH index, pre-contractual information, mortgage, transparency control, unfair terms, replacement*

-

DOI: 10.31009/InDret.2020.i4.02

-

4.2020

Recepción
17/7/2020

-

Aceptación
19/10/2020

-

Índice

-

1. Introducción: regulación de los índices de referencia y exégesis del conflicto

- 1.1. Breve referencia a la STS de 14.12.2017
- 1.2. Cuestión prejudicial y Conclusiones del Abogado General
- 1.3. Breve referencia a la STJUE 3.3.2020

2. Obligaciones de información sobre los índices de referencia y transparencia material

- 2.1. Préstamos concedidos desde el 1.1.1990 hasta el 11.08.1994
- 2.2. Préstamos concedidos desde el 11.8.1994 hasta el 29.4.2012
- 2.3. Préstamos concedidos desde el 29.4.2012 hasta el 16.6.2019
- 2.4. Préstamos concedidos desde el 16.6.2019

3. Posibles soluciones jurídicas a los litigios relativos al IRPH tras la STJUE 3.3.2020

- 3.1. Declaración de validez de la cláusula IRPH
- 3.2. Declaración de nulidad de la cláusula IRPH y de subsistencia del contrato de forma gratuita
- 3.3. Declaración de nulidad de la cláusula IRPH e imposibilidad de subsistencia del préstamo sin cláusula de intereses remuneratorios
 - a. Integración con el índice sustitutivo pactado en la escritura o la cláusula de perdurabilidad del IRPH
 - b. Integración con IRPH Entidades en ausencia de sustitutivo convencional
 - c. Integración con el Euribor
- 3.4. Nulidad de la cláusula y del préstamo por imposibilidad de integración con norma de derecho nacional supletoria

4. Posturas adoptadas por las Audiencias Provinciales tras la STJUE 3.3.2020

- 4.1. Validez de la cláusula IRPH
 - a. Cláusula IRPH no transparente pero no abusiva
 - b. Cláusula IRPH transparente, sin necesidad de realizar control de contenido
 - c. Cláusula IRPH transparente y, además, no abusiva
- 4.2. Nulidad de la cláusula IRPH
 - a. Nulidad e integración con IRPH Entidades
 - b. Nulidad e integración con el Euribor en tanto que índice sustitutivo convencional
 - c. Nulidad e integración con el Euribor incluso no siendo el índice sustitutivo convencional
 - d. Nulidad e integración con el tipo fijo aplicado al primer periodo de liquidación
 - e. Nulidad e improcedencia de integración: préstamo gratuito

5. Conclusiones

6. Bibliografía

7. Tabla de jurisprudencia citada

- 7.1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea
- 7.2. Tribunal Supremo
- 7.3. Audiencias Provinciales (previas a la STJUE 3.3.2020)
- 7.4. Audiencias Provinciales (posteriores a la STJUE 3.3.2020)

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción: regulación de los índices de referencia y exégesis del conflicto*

El IRPH es un índice de referencia utilizado por las entidades financieras españolas para la determinación del tipo de interés remuneratorio (precio¹) del préstamo hipotecario (como podría serlo el Euribor). El IRPH fue un índice principalmente atractivo hasta el estallido de la crisis financiera² ya que ofrecía mayor estabilidad que otros índices que mostraban una significativa volatilidad³. Sin embargo, a diferencia del Euribor, que en el periodo postcrisis se desplomó situándose en negativo desde el año 2016, el IRPH mantuvo una evolución paralela al Euribor pero menos pronunciada —reflejo de su promocionada estabilidad— y siempre positiva, de forma que los prestatarios con préstamos referenciados al IRPH no vieron

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social” y dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato; y en el marco de la Ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con SBPLY/19/180501/000333, dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana. Correo electrónico del autor: alicia.aguero@uam.es.

¹ En términos de GALÁN SÁNCHEZ (2018), p. 2: “las cláusulas que se refieren al modo de determinación del interés remuneratorio del préstamo constituyen, esencialmente, el precio del negocio y, en consecuencia, sirven económicamente al prestamista para cubrir sus costes de financiación y obtener el lucro pretendido con la operación, utilizándose en el mercado bancario y financiero dos sistemas de determinación del tipo de interés remuneratorio: de un lado, el interés nominal fijo, y de otro lado el interés variable el cual, a su vez, se calcula en base a dos elementos: uno, el temporal, y otro en base a un tipo de referencia indicativo del precio del dinero junto con, eventualmente, un diferencial establecido en términos porcentuales; estas cláusulas, en definitiva, afectan a los elementos esenciales del contrato que determinan su objeto principal. Simplificando al máximo el concepto, el IRPH sería uno, entre otros, de los índices utilizados para actualizar el tipo de interés variable pactado en los préstamos con garantía hipotecaria”. En contra de ello, BALLUGERA GÓMEZ (2018), p. 84, quien sostiene que “ni la cláusula suelo ni la cláusula multidivisa ni la cláusula de referencia al IRPH forman parte ni son, definición del objeto principal del contrato y relación calidad/precio” (como si la cláusula suelo y la configuración del interés variable por referencia al IRPH fueran equiparables). El autor apoya esta apreciación citando a CÁMARA LAPUENTE (2015a), que no se refiere específicamente al IRPH sino que afirma: “si la cláusula suelo fuese verdaderamente un elemento esencial del contrato, eliminada aquella éste no puede subsistir, cosa que no sucede, *al quedar operativo el interés variable*”, interés variable que sí resulta afectado con la referencia al IRPH.

² Como explica TUGORES QUES (2019): “[c]onviene recordar que el IRPH adquirió relevancia sobre todo a partir de momentos (como la segunda mitad de la primera década del siglo XXI) en que otros indicadores de tipos de interés mostraban tanto mucha volatilidad como puntas de niveles elevados. (...) Los cambios en las condiciones del entorno financiero han afectado a la utilización de diversos indicadores: cuando los tipos de interés más oficiales se situaron en mínimos en la segunda década del siglo XXI, el atractivo inicial del IRPH se fue disipando...”.

³ MATO PACÍN (2019), p. 128: “[e]l atractivo con el que se vendía este producto a los consumidores era su estabilidad (se trata de un índice calculado respecto de una media de tres años con lo que no tiene variaciones tan bruscas como el EURIBOR) y unos diferenciales más competitivos que los del índice más extendido”.

descender sus cuotas hipotecarias tan significativamente como los prestatarios cuyos préstamos estaban referenciados al Euribor (sin cláusula suelo).

Ambos índices se hallaban regulados en tanto que índices oficiales en la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE nº 226, de 20.9.1990) (en adelante, Circular 1990). Sin embargo, la introducción de dichos índices de referencia en la Circular 1990 se produjo en momentos diferenciados. Por lo que respecta a los tres tipos de IRPH, fueron introducidos en la Circular 1990 por medio de la Circular del Banco de España 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE nº 184, de 3.8.1994) (en lo sucesivo, Circular 1994), que añadió a la Circular 1990 una norma sexta *bis* cuyo apartado 3 indicaba que se consideraban índices o tipos de referencia oficiales: “a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por los bancos [IRPH-Bancos]; b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorro [IRPH-Cajas]; c) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito [IRPH-Entidades]; d) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorro [CECA]; e) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años; y f) Tipo interbancario a 1 año [Mibor]”. Lo anterior, como consecuencia de la derogada Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en la redacción dada por la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, que facultaba, en su art. 48.2.e), al Ministro de Economía y Hacienda para efectuar, por sí o a través del Banco de España, “la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de préstamos hipotecarios”⁴. En este sentido, BERNALDO DE QUIRÓS (2019) afirma tajante: “el IRPH no fue un invento de la banca, sino una iniciativa del Banco de España para proteger a los prestatarios de las alzas repentinas de los tipos de interés”.

Con posterioridad, la Circular del Banco de España 7/1999, de 29 de junio, a entidades de crédito, sobre modificación de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones de protección a la clientela (BOE nº 163, de 9.7.1999) (en adelante, Circular 1999), tras la introducción del euro⁵, volvió a modificar la Circular 1990, introduciendo en la norma sexta *bis*, apartado 3, como nuevo índice de referencia oficial, a la “referencia interbancaria a un año” (Euribor), que era definido como “la media aritmética simple de los valores diarios de los días con mercado de cada mes, del tipo de contado publicado por la Federación Bancaria

⁴ En la actualidad, esta previsión se halla en el art. 5.3 Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, cuyo art. 5.2 permitía al Ministro de Economía y Competitividad dictar normas que favoreciesen, c) “[l]a consideración de diferentes escenarios de evolución de los tipos en los préstamos a interés variable, las posibilidades de cobertura frente a tales variaciones y todo ello teniendo además en cuenta el uso o no de índices oficiales de referencia”.

⁵ Como apunta su exposición de motivos: “[l]a presente Circular tiene por objeto ajustar el cuadro de tipos oficiales de referencia para préstamos hipotecarios tras la introducción del euro, creando una nueva referencia interbancaria a un año ligada al comportamiento del índice EURIBOR, cuya forma de cálculo, realizado por la Federación Bancaria Europea entre un colectivo con los bancos más importantes de la zona euro, hacen de él un tipo de interés adecuado a estos efectos”.

Europea para las operaciones de depósito en euros a plazo de un año calculado a partir del ofertado por una muestra de bancos para operaciones entre entidades de similar calificación”.

El mayor problema de fondo que presenta el índice de referencia IRPH, en sus tres modalidades, es su alegado carácter manipulable⁶, pues su determinación proviene de la media mensual de la TAE aplicada por las entidades (bancos, cajas o entidades, según el tipo) sobre las hipotecas de nueva constitución, que no representaría el coste del dinero para la entidad, sino el precio — fijado por las entidades libremente— de los préstamos hipotecarios concedidos (en el que se incluye el margen, comisiones, etc.)⁷. Como apuntan ORTIZ PÉREZ; ERAUSKIN VÁZQUEZ (2017) p. 134, el IRPH no constituía la media de los tipos de interés ponderados sino “la media de los costes totales de las operaciones iniciadas o renovadas por los clientes el mes de referencia”, lo que, consideran “desvirtúa la idea de que los clientes que tenían su préstamo referido a IRPH Cajas estaban abonando la media de los intereses que abonaban los nuevos contratantes, pues lo cierto es que estaban abonando, sólo en concepto de intereses, la media de los costes totales que habían suscrito esos nuevos contratantes”. La misma opinión sostiene CÁMARA LAPUENTE (2017) p.223 en el pormenorizado análisis que efectúa de lo que denomina “[l]a realidad oculta del IRPH”, quien añade que, para más *inri*, no se incluían en dicha media los préstamos con tipos rebajados concedidos a empleados o funcionarios como consecuencia de convenios (p. 224). Lo que comportaría, no solo que el IRPH fuera manipulable sino que, a mayores, siempre sería más caro que un préstamo referenciado al Euribor, pese a que se reconozca la aplicación de diferenciales menores a los préstamos referenciados al IRPH⁸. En cualquier caso, ello fue tomado en consideración por el Banco de España (en lo sucesivo, BdE) al seleccionar estos índices como oficiales, como detallaba la exposición de motivos de la Circular 1994, que reconocía que “su simple utilización directa como tipos contractuales implicaría situar la tasa anual equivalente de la operación hipotecaria por encima del tipo practicado por el mercado”.

Pues bien, con posterioridad, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE nº 261, de 29.10.2011) (en adelante, Orden 2899/2011) provocó la desaparición del IRPH Cajas, IRPH Bancos y CECA (mantuvo el IRPH Entidades), toda vez que su art. 27 los excluía del nuevo listado de tipos de interés oficiales. La justificación de esta modificación, no respondían al carácter manipulable de los índices IRPH ni

⁶ ORTIZ PÉREZ; ERAUSKIN VÁZQUEZ (2017) p. 144 consideran que esta manipulación se produjo cuando el Euribor bajó en el año 2009, momento en que las entidades comenzaron a aplicar diferenciales más altos al Euribor, produciendo así el encarecimiento de los préstamos y consecuente mantenimiento del IRPH. En lo que no se detienen los autores es en analizar que este mismo encarecimiento sufrían los nuevos contratantes ligados al Euribor. Es decir, que parece dudoso que la finalidad de esta práctica fuera tanto manipular el IRPH para perjudicar a los prestatarios vinculados a ese índice, como contrarrestar la caída del Euribor. Igualmente, MARTÍNEZ ESPÍN (2016) p. 60.: “[e]l índice IRPH se conforma con una decisiva participación de las entidades bancarias, aunque se sostenga que no es manipulable por ser un índice oficial. Lo es sin duda”.

⁷ Como sostuvo la SAP Guipúzcoa, Civil Sec. 2ª, 22.5.2015 (Ar. 175752; MP: Felipe Peñalba Otaduy).

⁸ “En consecuencia, no es nada temerario sostener que el IRPH siempre será más alto que el Euribor, que las entidades financieras tienen cierto margen de influencia en su configuración (basta con subir el tipo de interés en préstamos nuevos o adicionar comisiones sin concertarse en la acción) y que esta realidad era perfectamente conocida por ellas y por el Banco de España en el momento de contratar” CÁMARA LAPUENTE (2017) p. 225. También al respecto SÁENZ DE JUBERA (2018) que, adicionalmente, acompaña una tabla comparativa de los índices desde el año 2011.

a su falta de transparencia sino que, en virtud de la Exposición de Motivos de la Orden 2899/2011, esta modificación estaba justificada por “la necesidad de adaptar los tipos de referencia a una integración de los mercados a escala europea y nacional cada vez mayor y por la necesidad de aumentar las alternativas de elección de tipos, al tiempo que se ajustan estos al coste real de obtención de recursos por las entidades de crédito”. Con todo, de conformidad con el régimen transitorio de esta supresión (disposición transitoria única), el BdE continuaría publicando mensualmente estos índices, que se mantendrían vigentes hasta un año después de la entrada en vigor de la propia Orden 2899/2011 y su normativa de desarrollo, siempre que “se hubiese establecido el correspondiente régimen de transición para los préstamos afectados”.

La Orden 2899/2011 entró en vigor el 29 de abril de 2012 y la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (BOE nº 161, de 6.7.2012) (en adelante, Circular 5/2012) que la desarrollaba, el 6 de junio de 2012. Sin embargo, no fue hasta el 27 de septiembre de 2013 cuando se estableció el régimen transitorio referido para dichos préstamos. En concreto, este régimen se precisó en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE nº 233, de 28.9.2013) (en adelante, Ley 14/2013). Dicha disposición adicional decimoquinta contemplaba el cese de la publicación de estos índices por el BdE con efectos desde el 1 de noviembre de 2013, al tiempo que establecía su régimen de sustitución desde la siguiente revisión de los tipos producida tras el 1/11/2013. En primer lugar, de existir en el contrato un índice sustitutivo (que no fuera de los desaparecidos), se sustituiría por este; en segundo lugar, en ausencia de índice sustitutivo convencional aplicable, entonces “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 [IRPH Entidades]», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente”. Así las cosas, la desaparición completa del IRPH Cajas, Bancos y CECA se produjo el 1 de noviembre de 2013, como consecuencia de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, que ordenaba su sustitución residual (en ausencia de índice sustitutivo convencional aplicable) por el IRPH Entidades, cuyos valores eran similares a los de los índices IRPH suprimidos⁹. Ello, en contra de las demandas de la Agrupación de Afectados por el IRPH que manifestaban “[e]xigimos la aplicación inmediata del sustitutivo Euribor más un diferencial igual o menor al 1% para todos por igual” y declaraban que la adopción del IRPH Entidades como sustitutivo “deja exactamente igual el beneficio de las entidades financieras y exactamente igual el perjuicio que percibimos como afectados, pasando por alto aplicar las medidas más beneficiosas para el consumidor como recomienda la UE”¹⁰.

La significativa diferencia de valores entre los índices IRPH y el posterior Euribor ha ocasionado, como es sobradamente conocido, una enorme litigiosidad en la materia, provocando un tsunami de demandas que instan la declaración de nulidad del precio del contrato del préstamo por considerar que la cláusula que incorporaba el índice IRPH (cualquiera de ellos, incluso el IRPH Entidades que continúa siendo un índice oficial) al

⁹ Sobre la tramitación parlamentaria, véase MARTÍNEZ ESPÍN (2013).

¹⁰ Agrupación de Afectados por el IRPH, 31 julio 2013, disponible en: <https://agrupacionafectadosirph.blogspot.com/2013/07/> (última consulta: 9.7.2020).

contrato debía ser declarada nula por una multitud de causas: carácter manipulable del índice, falta de transparencia de la cláusula, la falta de transparencia del índice; abusividad del índice o la cláusula por provocar que el préstamo fuera más caro que los referenciados al Euribor; mala fe de la entidad prestamista por haber vinculado el préstamo a un índice que resultaría más caro al consumidor; etc. No en balde, entre estas causas no se encontraba la alegación de que la cláusula no fuera transparente porque entre la información precontractual no se hubiera entregado al consumidor la evolución del IRPH durante los dos años previos a la contratación lo que, estudiaremos, resulta determinante en la actualidad. Por el contrario, la falta de transparencia de la cláusula solía fundarse en la alegación de la falta de explicación comparativa con el Euribor o de ausencia de información del comportamiento del índice en diversos escenarios, criterio tomado de la STS, Pleno, 9.5.2013 (Ar. 3088; MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos) sobre cláusulas suelo¹¹.

Esta gran litigiosidad en materia de índices IRPH vino acompañada de una notable disparidad de criterios entre jueces y tribunales, lo que provocó que urgiera que el Tribunal Supremo se pronunciara al respecto, aportando un criterio que aplicar homogéneamente. Con todo, el TS en su esperada STS, Pleno, 14.12.2017 (Ar. 5167; MP: Pedro José Vela Torres) (en lo sucesivo, STS 14.12.2017) declaró que los índices oficiales, como lo era el IRPH, no podían ser considerados abusivos ni intransparentes; sino solo la cláusula de vinculación a los mismos incluida en los contratos de préstamo, concluyendo que dichas cláusulas eran claras y transparentes. Esta respuesta no satisfizo a consumidores y usuarios afectados, ni a un importante sector judicial, por lo que la remisión de cuestiones prejudiciales al respecto al TJUE, no se hizo esperar: el 29.1.2018 el JPI nº 38 de Barcelona presentó diversas cuestiones prejudiciales ante el TJUE (abriendo el asunto C-125/18), que ocasionaron las Conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar de 10.9.2019 y, finalmente, la STJUE, GS, 3.3.2020 (C-125/18; EU:C:2020:138) (en adelante, STJUE 3.3.2020).

Con todo, las respuestas de la esperada STJUE de 3.3.2020 no arrojaban gran claridad respecto al criterio a adoptar por jueces y tribunales nacionales y, a mayor abundamiento, sus conclusiones no se alejaban fundamentalmente de la postura mantenida por la STS 14.12.2017. En consecuencia, la STJUE 3.3.2020 no ha conseguido eliminar la disparidad y heterogeneidad de criterios entre nuestros órganos judiciales, nos aboca nuevamente a la espera de un pronunciamiento del TS o del TJUE que logre armonizar los parámetros de validez de la cláusula IRPH y, en su caso, de los efectos de su nulidad. En particular, tras la STJUE 3.3.2020 se han dictado autos y sentencias que declaran la cláusula IRPH válida por ser transparente; válida por no ser abusiva incluso no siendo transparente; o nula por no transparente. Asimismo, existe disparidad de criterios en torno a las consecuencias su dicha nulidad, así se ha ordenado su sustitución por el IRPH Entidades en tanto que índice de referencia sustitutivo legal; por el Euribor en tanto que índice de referencia sustitutivo convencional; por el Euribor incluso no siendo el índice de referencia sustitutivo convencional en aplicación del principio *pro consumatore*; o la imposibilidad de integración, declarando gratuito el préstamo o fijando el tipo de interés en el tipo fijo aplicable al primer periodo de liquidación.

¹¹ Muestra de ello es la SAP de Álava, Civil Sec. 1ª, 10.3.2016 (Ac. 59148; MP: Mercedes Guerrero Romero), casada posteriormente por el TS: “estamos seguros que si Kutxabank hubiese explicado la diferencia entre varios índices, y hubiese mostrado gráficos sobre la forma de comportamiento del IRPH y del Euribor, pudiendo elegir el cliente entre uno y otro con las explicaciones oportunas, el actor habría optado por el Euribor más un diferencial”.

Para exponer y comprender apropiadamente las discrepancias que suscita la validez o no de la indexación del préstamo al índice IRPH analizaremos, en primer lugar, la STS de 14.12.2017; posteriormente las cuestiones prejudiciales remitidas al TJUE por el JPI nº 38 de Barcelona, así como las conclusiones manifestadas por el Abogado General Maciej Szpunar de 10.9.2019 y la propia STJUE de 3.3.2020. En segundo lugar, realizaremos un estudio pormenorizado de la evolución de las obligaciones informativas existentes en materia de índices de referencia en préstamos con la finalidad de determinar qué información precontractual debía ser facilitada a los prestatarios para dar por cumplidos los parámetros indicados por la STJUE 3.3.2020. En tercer lugar, procederemos a analizar las posibles interpretaciones y criterios que, de conformidad con la normativa estudiada y la doctrina especializada, cabría adoptar tras la STJUE 3.3.2020. En cuarto lugar, expondremos las posturas adoptadas por la llamada jurisprudencia menor y las confrontaremos con las obligaciones informativas existentes al tiempo de la contratación en cuestión, los criterios asumidos por el TS y el TJUE. Finalmente procederemos a exponer las conclusiones alcanzadas.

1.1. Breve referencia a la STS de 14.12.2017

La STS 14.12.2017 fue la primera y, hasta el momento, única, dictada por el TS en materia de abusividad del IRPH, pese a que algún autor¹² haya interpretado que el auto del TS 10.5.2017, 1ª, (Ac. 108255; MP: Eduardo Baena Ruiz) consideraba abusiva la cláusula IRPH al devenir firme la sentencia recurrida, lo que sucedió como consecuencia de la falta de personación del letrado director del recurso de casación en el plazo de emplazamiento, quedando desierto el recurso de casación contra la SAP de Álava, Civil Sec. 1ª, 10.3.2016 (Ar. 68783; MP: Mercedes Guerrero Romero) (en adelante, SAP de Álava 10.3.2016) que declaraba abusiva la cláusula IRPH.

Brevemente, la STS 14.12.2017 enjuiciaba un préstamo hipotecario concedido el 21.9.2007 por 250 000€¹³ a interés variable formado por la suma del IRPH Entidades más un diferencial del 0,50%¹⁴ y, como índice sustitutivo, se preveía el IRPH Cajas¹⁵. El prestatario, interpuso una

¹² BALLUGERA GÓMEZ (2018) p. 79.

¹³ Así pues, no resultaba de aplicación la Ordenes 1989 ni la Circular 1994, como se analizará.

¹⁴ “La cláusula tercera *bis*, bajo la rúbrica «Margen», decía lo siguiente: «CONJUNTO DE ENTIDADES: 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 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) puntos”. A su vez, la cláusula tercera. *bis* 2.a) expresaba: “[e]l 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”.

¹⁵ La cláusula tercera *bis*.2.e), titulada “Interés Sustitutivo”, decía: “[e]l tipo de interés sustitutivo entrará en vigor cuando por cualquier razón dejara de publicarse el citado tipo de referencia, y se tomará como tal, a sus mismos efectos el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por las Cajas de Ahorros, definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22.7.94 que se publica en el B.O.E. del 3.8.94, más un margen de cero coma cincuenta (0,50) puntos”. Así pues, cumplía con los requisitos de las SSTJUE 21-3-2013, Vertrieb, §50; y de 26.4.2012, Invitel, §29,

demanda alegando la nulidad por abusivas de las cláusulas de cálculo del interés variable. La demanda fue estimada tanto en primera instancia como en apelación. En concreto, la SAP de Álava 10.3.2016 partió de que la cláusula IRPH es una condición general de la contratación por lo que, tratándose de una cláusula que forma parte del objeto principal del contrato no cabía control de abusividad, pues no cabe el control del precio, sino que ha de limitarse al control de transparencia, que comprende el control de inclusión y el control de comprensibilidad. En el seno de dicho control, pese a aceptar que el IRPH es un índice oficial y que no constaba su manipulación por parte de las entidades bancarias, declaró que se trataba de una cláusula abusiva, porque no se había proporcionado suficiente información al cliente sobre el cálculo del IRPH, ni sobre su comportamiento en los años anteriores, ni sobre la diferencia con otros índices oficiales, ni se facilitaron gráficos, ni se le ofrecieron otros índices, como el Euribor, de forma que el prestatario pudiera optar entre ellos. Así pues, equiparando la falta de transparencia a la abusividad, declaró que esa falta de transparencia era suficiente para declarar la nulidad de la cláusula de interés remuneratorio. Respecto a la consecuencia de la nulidad, se ordenaba a la entidad prestamista a restituir al prestatario las cantidades percibidas en concepto de interés remuneratorio calculado sobre la base del índice de referencia IRPH Entidades o Cajas.

La SAP de Álava 10.3.2016 fue recurrida en casación por la entidad prestamista, alegando como primer motivo de casación que la cláusula relativa al interés variable no podía ser considerada una condición general de la contratación por referir a un elemento esencial del contrato que resulta siempre negociado con los clientes, igual que el capital prestado o el plazo de amortización. Esta argumentación fue rechazada por el TS sosteniendo que “no es imposible que una cláusula en la que se establece el interés remuneratorio de un contrato de préstamo sea una condición general de la contratación, y como no consta que la que aquí nos ocupa fuera negociada individualmente, debe considerarse que tiene tal cualidad de condición general”¹⁶.

El segundo motivo de casación se destinaba a denunciar que, a pesar de la sentencia recurrida reconocía que el consumidor fue informado suficientemente y con antelación a la firma del contrato del tipo de interés y su composición, introducía en el control de transparencia un elemento nuevo —el ofrecimiento de alternativas más favorables para el cliente—, que nada tenía que ver con la transparencia, esto es, con la comprensibilidad real del contenido de la cláusula contractual por parte del cliente; así como el no haber explicado el funcionamiento del IRPH, ni su comportamiento en los años anteriores, cuando tales cuestiones, sostenía, nada tenían que ver con el control de transparencia.

Tras analizar la regulación del IRPH y su configuración como índice oficial, el TS matizó que “el IRPH-Entidades utilizado en el contrato litigioso es un índice definido y regulado legalmente, que se incorpora a un contrato de préstamo a interés variable mediante la predisposición por la entidad financiera prestamista de una condición general de la contratación”. Con todo, la definición y forma de cálculo del índice oficial no es determinado por la entidad, sino por disposiciones legales, motivo por el cual es a la Administración Pública a quien compete controlar que el cálculo de dichos índices se ajuste a la normativa, lo que excede del ámbito de

según las cuales “es esencial que el consumidor sea informado por el profesional de las disposiciones [legales/reglamentarias] que refleja la cláusula”. Para más información, MARTÍNEZ ESPÍN (2018).

¹⁶ Con cita a las SSTJUE, GS, 21.12.2016 (C-154/15, C-307/15 y C-308/15; EU:C:2016:980) y, 2ª, 20.9.2017 (C-186/16; EU:C:2017:703).

los tribunales del orden civil. En consecuencia, el TS rechazó que el IRPH, en tanto que índice de referencia, pudiera ser objeto del control de transparencia. No obstante, puntualizaba “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”¹⁷. Dicho de otro modo, el TS rechazó que cupiera control de transparencia del índice en sí mismo, pero no de la cláusula que lo incorporara al contrato, que constituía una de condición general de la contratación al no constar su negociación individualizada¹⁸. Tanto es así, que acto seguido pasó a realizar el control de incorporación y de transparencia de la cláusula litigiosa.

En relación con el control de incorporación, declaró que “[a]nalizada bajo este prisma la cláusula tercera bis del contrato objeto de litigio, se aprecia que el interés remuneratorio variable se determina conforme a la aplicación de uno de los tipos legales de referencia, en concreto el IRPH-Entidades. Gramaticalmente, la cláusula es clara y comprensible y permite al prestatario conocer, comprender y aceptar que el interés variable de su préstamo hipotecario se calcula con referencia a un tipo fijado y controlado por el Banco de España. De forma que, desde esta perspectiva, la cláusula en cuestión supera el control de inclusión”. En lo afectante al control de transparencia, negó que para su oportuna superación cupiera exigir que el prestamista hubiera facilitado explicaciones sobre la configuración del tipo de referencia, ni

¹⁷ Pese a que algunos autores hayan sostenido que el TS declaró que no cabía realizar el control de transparencia de la cláusula IRPH por referirse a un índice oficial. Así, por ejemplo, PÉREZ DAUDÍ (2018) p. 56, considera que el TS “excluye el control de transparencia la cláusula que referencia la determinación del interés remuneratorio al IRPH entidades al considerar que está controlado por la Administración Pública, lo que queda fuera del ámbito de conocimiento de los tribunales del orden civil”. También CÁMARA LAPUENTE (2017b) p. 217, “el TS pone el acento en que al tratarse de un índice oficial, regulado legalmente, no puede ser revisado con los instrumentos de la Directiva 93/13, ni el índice en sí *ni la cláusula que lo reproduzca*”, lo que califica como “[u]na «ratio decidendi» que no resistirá al TJUE: las cláusulas que reflejan índices oficiales de préstamos no están sometidas la Directiva 93/13 (art. 1.2)”. En nuestra opinión, el FJ sexto, apartado 3 refiere al “carácter abusivo”, pero no al “control de transparencia”. De hecho, el apartado 4 de dicho FJ concluye: “[e]n suma, ni a tenor de la Directiva 93/13/CEE, ni de la LCGC ni del TRLGCU puede controlarse un índice de referencia, como el IRPH - Entidades, que ha sido fijado conforme a disposiciones legales. 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” (en coherencia con las SSTJUE, 1ª, 26.4.2012 (C-472/10, EU:C:2012:242; §29), y, 1ª, 21.3.2013 (C-92/11; EU:C:2013:180; §50). Comparte esta opinión SÁENZ DE JUBERA HIGUERO (2018) p. 6, cuando afirma que “en ese marco es en el que se encuadra el control de transparencia ejercido por la STS núm. 669/2017: lo que se controla judicialmente es la cláusula o condición general del concreto contrato que incluye el IRPH-Entidades como índice de referencia para la determinación de los intereses remuneratorios de ese préstamo, y no el IRPH en sí mismo como tal índice de referencia oficial o legal”. También, SABATER BAYLE (2018) p. 96, “[t]ras declarar que la cláusula IRPH tiene naturaleza de condición general de la contratación, el siguiente problema que aborda la sentencia comentada gira en torno a la resolver sobre su validez o nulidad a la luz de los requisitos necesarios para superar los dobles controles de inclusión y abusividad”.

¹⁸ En contra de lo que, como apunta SÁENZ DE JUBERA HIGUERO (2018) p. 6, las entidades prestamistas alegan generalmente, a saber, “que tal cláusula no es una condición general de la contratación sino que, tratándose de una cláusula relativa a los intereses remuneratorios, precisamente se viene a negociar individualizadamente, no habiendo sido impuesta ni prerredactada por una de las partes unilateralmente”.

comparativas con otros tipos oficiales, ni que tuviera que haber ofrecido la posibilidad de elegir entre diversos tipos de referencia. Rechazó, asimismo, que pudiera evaluarse la transparencia de una cláusula esencial por comparación con otros productos del mercado (en el caso, evolución más favorable del Euribor), pues “dicha circunstancia se hace desde un sesgo retrospectivo” que se opone a la doctrina del TJUE según la cual “la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato” [STJUE, 6ª, 9.7.2015 (C-348/14; EU:C:2015:447)]. Sesgo que, por lo demás, no tiene en consideración que el interés no quedaba configurado únicamente por el índice sino también por el diferencial o margen, que en los préstamos referenciados al Euribor eran superiores. A mayor abundamiento, el TS reprochó que se aventurara que el préstamo resultaría en todo caso más caro que otro sujeto al Euribor cuando este no había llegado ni a un tercio de su duración.

De esta suerte, declaró que la cláusula IRPH superaba el control de transparencia porque (i) para determinar la transparencia de la cláusula que incorpora el índice de referencia debe evaluarse si el consumidor era consciente, porque había sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial de su contrato, así como la manera en que se calculaba el interés variable¹⁹, sin que pueda aceptarse que el consumidor no se apercibiera de su importancia económica y jurídica, dado el carácter esencial de la propia cláusula, ni que no conociera que el interés resultante se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial; (ii) “[a]l tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial como el propio precepto del préstamo”; y (iii) no se puede obligar a una entidad financiera a utilizar u ofrecer varios de los índices oficiales, por la misma razón que no se le puede exigir que únicamente ofrezca tipos fijos o solo tipos variables.

En fin, de conformidad con el criterio del TS, la transparencia de la cláusula que incorporase la determinación del interés de un préstamo referenciado a un índice de referencia oficial consistiría en la mera posibilidad del adherente de “conocer sin especiales esfuerzos cuál era el índice de referencia, de entre los varios admitidos legalmente, que se utilizaba por el predisponente en el contrato en cuestión, y el diferencial a aplicar sobre tal índice que utilizaba el predisponente para el cálculo del interés remuneratorio del préstamo ofertado”. A diferencia de los préstamos con cláusula suelo, en que la comprensibilidad de que el precio se formaba por la suma de un índice y un diferencial quedaba oscurecida al establecerse un tope mínimo por debajo del cual el diferencial no fluctuaba, en ausencia de cláusulas similares, bastará que el consumidor pueda conocer de manera sencilla que tendrá que pagar el resultado de sumar el índice y el diferencial, lo que se daba en el caso enjuiciado. Motivo por el cual, en estos casos tampoco era exigible entregar información sobre escenarios de comportamiento del índice o previsible evolución futura.

¹⁹ Con cita a sus sentencias STS, Pleno, 9.5.2013 (Ar. 3088; MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos) y STS, Pleno, 9.3.2017 (Ar. 977; MP: Ignacio Sancho Gargallo).

Así las cosas, el TS casó la sentencia de apelación y concluyó que “la Audiencia acaba haciendo un control de precios, al declarar la nulidad de una condición general de la contratación porque el precio resultante sea más o menos elevado, lo que no es admisible”²⁰. Y añadió tres valoraciones de sumo interés y claridad, que compartimos plenamente: (i) si se evalúan los precios de forma comparativa con otras ofertas comerciales, siempre un préstamo será más oneroso que otro “resulta evidente que siempre que existen varios índices oficiales, los prestatarios cuyos préstamos estén referenciados al índice que en el futuro se comporte mejor (en el sentido de que baje más o suba menos) saldrán ganando, y los que lo estén al índice que evolucione peor, saldrán perdiendo”. Como ocurre con los préstamos fijos: si el índice al que está referenciado el préstamo a interés variable más el diferencial baja por debajo del tipo fijo, los prestatarios que hayan optado por éste saldrán perdiendo; si ocurre lo contrario, saldrán ganando; (ii) que solo el 10% de los préstamos se referencian al IRPH no demuestra la mala fe de los prestamistas sino todo lo contrario: “resulta cuando menos contradictorio afirmar que el banco sabía que el IRPH le iba a ser más beneficioso que el Euribor y que, sin embargo, el primero de tales índices solo se haya utilizado en un número de préstamos en nuestro país que no llega al 15%. Salvo que se presuma que en la inmensa mayoría de préstamos referenciados al Euribor las entidades estaban dispuestas a perder cuota de beneficios”; y (iii) las razones que llevan a anular el IRPH se dan igualmente para anular el interés remuneratorios de cualquier interés remuneratorio sujeto a índice de referencia (como el Euribor): “por las mismas razones por las que la Audiencia Provincial anula la referencia al IRPH podría haber anulado una referenciación al Euribor, si su evolución hubiera sido más desfavorable para el consumidor”.

Con todo, la sentencia contó con el voto particular del otrora Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno, al que se adhirió el Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. En él, se reprochaba que “la sentencia no cuestiona[se] la «complejidad» o «dificultad» que presenta este índice (...) en primer término, su «peculiar» configuración respecto de otros posibles índices oficiales (...). En particular, que el cálculo de este índice comprende o incluye las «comisiones y demás gastos» que los clientes pagan a la entidad. Que dicho cálculo se realiza a través de una «media simple» de los tipos de intereses medios suministrados, sin ningún mecanismo de corrección de las desviaciones que se observen”.

Así pues, comprendían los Magistrados disidentes que debía haberse aportado información adicional²¹ “[m]áxime, si tenemos en cuenta, como señala la STJUE, 4ª, de 30 de abril de 2014, asunto Kásler, C-26/17, que la exigencia de transparencia también alcanza a la formulación aritmética de la cláusula en cuestión, esto es, que el profesional articule los criterios precisos y comprensibles que sean necesarios para que el consumidor medio pueda comprender los mecanismos aritméticos de la determinación de su tipo de interés y valorar sus consecuencias económicas sobre el contrato ofertado”. Sin embargo, STJUE, 4ª, 30.4.2014 (C-26/13; EU:C:2014:282) no se refería a una cláusula de determinación del tipo de interés, sino a una cláusula de un contrato de préstamo denominado en divisa extranjera por la que se estipulaba

²⁰ Opinión compartida por GARCÍA MICÓ (2019) pp. 13-14.

²¹ También lo consideraba PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2019a) p. 25, quien comprendía que el control de transparencia de la cláusula IRPH solo podría tenerse por superado si se informó de que “el índice IRPH ha sido y será superior al euríbor por su propia naturaleza y además que en época de bajadas de tipos de interés el IRPH tendrá una mayor resistencia a la bajada que el euríbor. Sólo así podría valorar si le interesa, por ejemplo, concertar un préstamo con un tipo de interés nominal variable que sea IRPH Entidades más 0,5 % o euríbor más 1.5%”.

“la obligación pecuniaria para el consumidor de pagar en devolución del préstamo los importes derivados de la diferencia entre la cotización de venta y la de compra de la divisa extranjera”, siendo el tipo de cotización de venta el determinado de forma inexplicada por el profesional elevando el coste para el consumidor²². Aparte, la STJUE, 4^a, 30.4.2014 (C-26/13; EU:C:2014:282) tampoco afirmaba que la transparencia exigiera que el consumidor comprendiera los mecanismos aritméticos de la determinación de su tipo de interés, sino “si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del *mecanismo de conversión de la divisa extranjera*, (...) [de forma que] un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso podía no sólo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de una divisa extranjera, aplicada en general en el mercado de valores mobiliarios, sino también evaluar las consecuencias económicas potencialmente importantes para él de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución”²³. Es decir, el problema en la STJUE, 4^a, 30.4.2014 (C-26/13; EU:C:2014:282) era determinar si el cliente quedó suficientemente informado de que el tipo de venta, que determinaba el importe de las cuotas — a diferencia del tipo que compra que determinó el capital prestado—, era determinado por la propia entidad y si conocía o se informó de cómo determinaba la entidad dicho importe de venta, lo que resulta distinto a deber informar del cálculo aritmético de un índice de referencia oficial, cuya fórmula es ya pública y accesible.

Adicionalmente, comprendían que la superación del control de transparencia exigía, de conformidad con la Circular 1990, Anexo VII, que se identificara: “el tipo de interés aplicable especificando si se trata o no de un índice de referencia oficial, su último valor disponible y *su evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales*”. No obstante, como se estudiará en detalle en el apartado 2 de este trabajo, dicha Circular no resultaba de aplicación a préstamos cuyo capital superase los 150 253,026€, como sucedía en el caso enjuiciado.

En suma, en criterio del voto particular, la incorporación transparente de la cláusula exigía que se hubiese explicado la *peculiaridad* de la configuración de este índice respecto de otros posibles índices de aplicación; el funcionamiento concreto de su mecanismo de aplicación; los escenarios anteriores acerca de cómo había evolucionado dicho índice; y su comportamiento razonablemente previsible en el momento de la contratación.

1.2. Cuestión prejudicial y Conclusiones del Abogado General

La sentencia, naturalmente, recibió duras críticas y produjo dudas respecto a su acomodo a la doctrina del TJUE relativa al control de transparencia material. En este contexto, el JPI n° 38 de Barcelona, mediante auto de 16.2.2018 (Ar. 50716; MP: Francisco González de Audicana

²² “[Q]ue permite al profesional calcular la cuantía de las cuotas mensuales de devolución en función de la cotización de venta de la divisa extranjera aplicada por ese profesional, cuyo efecto es elevar los gastos del servicio financiero a cargo del consumidor”, 30.4.2014 (C-26/13; EU:C:2014:282) §73.

²³ En concreto, se trataba de un préstamo por importe de 14.400.000 forintos húngaros que estipulaba que la determinación del importe del préstamo se haría al tipo de cotización de *compra* de la divisa extranjera (francos suizos) en el momento de la entrega del capital (94.240,84 francos suizos), mientras que los prestatarios se obligaban a devolver el importe en 300 cuotas mensuales, en forintos húngaros siendo determinada la cuota en función de la cotización de *venta* de la divisa extranjera aplicada y determinada por el banco el día anterior al del vencimiento.

Zorraquino) planteó tres cuestiones prejudiciales al respecto al TJUE. Como hechos relevantes del procedimiento en cuyo seno se plantearon, podemos destacar los siguientes: se trataba de un préstamo suscrito en julio de 2001, por 132 222,66€, para la adquisición de una vivienda, sujeto al IRPH Cajas por medio de la siguiente cláusula: “[e]l tipo de interés pactado se determinará por periodos semestrales, contados desde la fecha de firma del contrato, siendo durante el primer semestre el que figura en el apartado de la cláusula financiera tercera. Para semestres sucesivos, el tipo a aplicar será el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre, de Cajas de Ahorro, vigente en el momento de la revisión, que el Banco de España publica oficial y periódicamente en el B.O.E. para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda, rodeando por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en 0,25 puntos porcentuales”. En 2017 el consumidor interpuso una demanda instando la declaración de nulidad de la cláusula IRPH alegando que este índice era menos favorable para él que el uso del Euribor como índice de referencia, utilizado en el 90 % de los préstamos hipotecarios. Además, el JPI nº 38 de Barcelona manifestaba que el empleo del IRPH en lugar del Euribor representaba para el consumidor un coste superior de entre 18 000 y 21 000€ por préstamo hipotecario. En este contexto, el JPI nº 38 consultó:

- i) si la cláusula que incorporase ese índice estaba sujeta a los controles de transparencia y abusividad, es decir, si no estaba excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (BOE nº 95, de 21.4.1993) (en adelante, Directiva 93/13/CEE), de conformidad con su art. 1.2, al no reflejar ninguna norma imperativa, sino de elección opcional por el profesional;
- ii) si resultaba de aplicación el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE incluso cuando no ha sido traspuesto al ordenamiento jurídico nacional, de suerte que no pueda evaluarse la abusividad de una cláusula relativa al precio si hubiera sido incluida de forma transparente en el contrato;
- iii) si resultaba necesario para que el consumidor comprendiera la cláusula IRPH la entrega de información sobre la configuración del índice (que incluía comisiones y otros gastos); que se trataba de una media simple no ponderada sin ningún mecanismo de corrección de las desviaciones y cuyos los datos proporcionados no eran públicos; así como la entrega de información sobre la evolución pasada y futura previsible del índice y la entrega de gráficas comparativas con el Euribor;
- iv) si, de no haberse informado de los anteriores extremos, podría concluirse que la falta de comprensión de la cláusula, por no ser clara para un consumidor medio, de suerte que pudiera inferirse el trato desleal por parte del profesional en la medida que el consumidor, de haber sido informado convenientemente, no habría aceptado referenciar su préstamo al IRPH (en síntesis, cuestiona si la falta de transparencia comporta la abusividad sin más de la cláusula); y
- v) si la consecuencia de la declaración de nulidad del IRPH Cajas debía ser (i) la integración del contrato aplicando el Euribor en tanto que índice sustitutivo habitual, o (ii) la gratuidad del préstamo, es decir, dejar de aplicar interés remuneratorio con la única obligación de restituir capital.

El 10.9.2019 el Abogado General, Sr. Maciej Szpunar, emitió sus conclusiones generales²⁴, que fueron poco esperanzadoras para los consumidores. En esencia el Abogado General alcanzó las siguientes conclusiones:

- i) Que la cláusula IRPH no estaba excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE en virtud del art. 1.2 (principio de presunción de la adecuación de la normativa nacional a la Directiva 93/13/CEE), puesto la cláusula que elige entre uno de los seis tipos de referencia oficiales contenidos en una norma no constituye la transcripción de una norma de derecho imperativo²⁵.
- ii) El órgano jurisdiccional nacional no puede aplicar el art. 4.2 de la Directiva, no traspuesto al ordenamiento jurídico nacional, para no realizar el control de abusividad de una cláusula relativa al precio u objeto del contrato que hubiera sido redactada de forma transparente (§100)²⁶. Ahora bien, en el marco de la evaluación de abusividad, debe examinarse la transparencia de estas cláusulas de conformidad con el art. 5 de la Directiva 93/13/CEE (§99). Ello se oponía a la STS, 1ª, 18.6.2012 (Ar. 8857; MP: Francisco Javier Orduña Moreno), y a la STS, Pleno, 9.5.2013 (Ar. 3088; MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos), en las que el Tribunal Supremo interpretó que el art. 4.2 Directiva 93/13/CEE sí debía tenerse por traspuesto y que, el control de contenido no se extendía a las cláusulas relativas al objeto principal del contrato incorporadas de forma transparentemente, habida cuenta que no cabía efectuar control de precios²⁷.
- iii) En relación con el alcance del control de transparencia y la eventual necesidad de que el consumidor medio estuviera en condiciones de comprender el funcionamiento exacto del índice de referencia respondió de forma tajante, manifestando que, evidentemente sería deseable, pero que resulta “irrelevante cuando se trata de determinar si la entidad bancaria ha cumplido la exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por lo tanto, de transparencia, establecida por la Directiva 93/13. En efecto, es importante no confundir la exigencia de transparencia de cláusulas contractuales impuesta por dicha Directiva, cuya finalidad es permitir al consumidor medio evaluar las consecuencias económicas de su préstamo, con la obligación de asesoramiento, que no recoge la citada Directiva”. Asimismo, el Abogado General recalcó las diferencias existentes entre la STJUE, 4ª, 30.4.2014 (C-26/13; EU:C:2014:282) que, como señalamos, refería a un préstamo en divisa extranjera, y la controversia relativa a la cláusula IRPH. En sus propios términos, “contrariamente al contrato de préstamo

²⁴ ECLI:EU:C:2019:695.

²⁵ De conformidad con la STJUE, 1ª, 21.3.2013 (C-92/11; EU:C:2013:180), y las posteriores SSTJUE, 3ª, 10.9.2014 (C-34/13; EU:C:2014:2189), 2ª, 20.9.2017 (C-186/16; EU:C:2017:703), GS, 3.3.2020 (C-125/18; EU:C:2020:138); 26.3.2020 (C-779/18; EU:C:2020:236), son imperativas aquellas disposiciones legales o reglamentarias que “se apliquen entre las partes contratantes con independencia de su elección o aquellas de tales disposiciones aplicables por defecto (...) con carácter supletorio, es decir, cuando las partes no hayan pactado otra cosa”. En palabras de CARRASCO PERERA (2017) p. 487; §11/31, “[u]na norma solo puede ser unilateralmente imperativa, cuando permite la existencia del pacto en contrario que modifica el régimen legal, pero solo si este pacto mejora la condición de partida de una determinada parte del contrato”.

²⁶ A favor de esta postura, BALLUGERA GÓMEZ (2018) p. 85.

²⁷ Lo que criticó ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA (2020a).

hipotecario denominado en una divisa extranjera que, habida cuenta del riesgo de tipo de cambio que recae sobre el prestatario, puede tener consecuencias económicas, potencialmente significativas, que le serán difícil de asumir, en el presente asunto, las consecuencias económicas que se derivan del préstamo hipotecario controvertido en el litigio principal, cuyo tipo de interés variable se calcula con arreglo a un índice de referencia oficial, no pueden calificarse de “potencialmente significativas” en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En efecto, *la carga económica que se derivaba del préstamo podía ser prevista y calculada por el consumidor, que estaba en condiciones de valorarla antes de la celebración del contrato*. En consecuencia, dejando al margen el hecho de que su préstamo está sujeto a un tipo de interés variable, el demandante en el litigio principal no está expuesto a un riesgo imprevisible de variación de la carga económica que se deriva de su préstamo” (§119). Lo anterior incluso cuando el prestatario no estuviera en condiciones de comprender el modo concreto de funcionamiento del IRPH Cajas, cuyo modo de funcionamiento no se explicaba la cláusula controvertida pues, en cualquier caso, estaba en condiciones de entender que, en cada cuota de devolución, debía pagar un precio determinado: la suma del IRPH Cajas y el diferencial (§120). Dado que la fórmula matemática estaba publicada en la Circular 8/1990, por más que no se incluyera en la cláusula contractual, “no puede considerarse que el demandante en el litigio principal no estuviera “en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriv[aba]n para él” (§92).

- iv) Tampoco cabe exigir que el prestamista ofreciera la contratación sujeta a otros índices de referencia, ni comparativas con aquellos: “el hecho de que el IRPH Cajas sea un índice de referencia oficial publicado en el Boletín Oficial del Estado permite presumir que a un consumidor medio le resulta relativamente fácil acceder a los sistemas de cálculo de los diferentes índices oficiales y comparar las diferentes opciones que ofrecen las entidades bancarias. En consecuencia, no cabe exigir al banco que ofrezca diferentes índices de referencia a los consumidores. En efecto, *la obligación de información a que se refiere la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no es una obligación de asesoramiento y, por lo tanto, no implica en absoluto que la entidad bancaria deba emplear u ofrecer al consumidor diferentes índices oficiales*” (§123). Por lo que, sin perjuicio de las ulteriores comprobaciones que debiera realizar el juez remitente, el Abogado General consideró que “la entidad bancaria cumplió la exigencia de transparencia impuesta por la Directiva 93/13” (§125).

En consecuencia, en criterio del Abogado General, la información que debía entregarse para que un consumidor pudiera tomar una decisión con conocimiento de causa, sería —aparte de la definición completa del índice de referencia empleado por este método de cálculo—, las disposiciones de la normativa nacional pertinentes que determinan dicho índice, y referirse a la evolución en el pasado del índice de referencia escogido, de conformidad con la Circular 1990 (§129.2)²⁸. Además, el órgano jurisdiccional debería evaluar si la cláusula cumplía las exigencias de buena fe y equilibrio impuestas por la Directiva 93/13/CEE (control de contenido o

²⁸ Lo que se produce de forma sorpresiva, como señala CARRASCO PERERA (2019) “es curioso, empero, que sobre este extremo no se haya discutido en ningún lugar de las Conclusiones, y que se avance sorpresivamente cuando ya se ha dicho que la cláusula disputada de Bankia (la misma que las del resto de las entidades) era en efecto transparente”.

abusividad) (§127), incluso cuando la cláusula fuera transparente²⁹. Es decir, que la falta de transparencia de la cláusula no comporta por sí misma su abusividad, del mismo modo que la transparencia de la cláusula no implica su validez, pues aún cabría considerarla abusiva.

Sin embargo, el Abogado General no contestó a la segunda cuestión prejudicial b) referida a si la falta de entrega de información debía considerarse contraria a la buena fe, ni a la tercera cuestión, relativa a las consecuencias de la nulidad de la cláusula, al no considerar que existieran falta de transparencia ni abusividad.

1.3. Breve referencia a la STJUE 3.3.2020

Por su parte, la STJUE 3.3.2020 abrió la posibilidad de declarar no transparente la cláusula IRPH por incumplimiento por parte del prestamista de sus obligaciones informativas, lo que fue interpretado como una corrección a la postura del TS por algunos sectores³⁰, al tiempo que declaraba que un consumidor medio era capaz de conocer la forma de cálculo de su interés variable ligado al IRPH por ser este un índice oficial y público. En particular, puede decirse que, en términos generales, siguió las conclusiones alcanzadas por el Abogado General y de la STS 14.3.2017, lo que no resultaba demasiado esperanzador las pretensiones de los consumidores vinculados a las cláusulas IRPH.

En primer lugar, respondió a la primera cuestión prejudicial como cabía esperar, a saber, que la cláusula que incorporara uno de los índices oficiales previstos en la norma sexta *bis* de la Circular 1990 estaba comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE, y no podía ser excluida en base al art. 1.2 de la misma Directiva por no reproducir una norma de aplicación imperativa ni supletoria. En nuestro criterio, resultaba claro que el apartado 3 de la norma sexta *bis* de la Circular 1990, introducido por la Circular 1994, no era una norma imperativa ni supletoria y, por ende, cabía control de transparencia sobre la cláusula y, de no superarse, posterior control de abusividad³¹. Por lo que la respuesta a la primera cuestión prejudicial no aportaba novedad destacable³². Como nítidamente explica CÁMARA LAPUENTE

²⁹ Lo que GARCÍA MICÓ (2019) p. 12, califica como “uno de los pronunciamientos de mayor relevancia de sus conclusiones”, valoración que compartimos.

³⁰ “El TJUE enmienda la plana al Tribunal Supremo y permite a los jueces españoles valorar el carácter abusivo de las hipotecas que habían usado este índice de referencia, más perjudicial para el usuario”, OCU, disponible en: <https://www.ocu.org/dinero/hipotecas/noticias/justicia-europea-sentencia-irph>. “La sentencia del TJUE supone un hito para los afectados por la cláusula IRPH y abre la posibilidad a reclamar a la entidad su nulidad por falta de transparencia y lograr la devolución de cantidades pagadas de más”, Diario16, 13.3.2020, disponible en: <https://diario16.com/la-sentencia-del-tjue-moviliza-a-los-afectados-por-irph/> (última consulta: 9.7.2020).

³¹ Igualmente evidente resultaba para ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA (2020b). En caso de que el órgano judicial que hubiera conocido de un litigio relativo al IRPH y no hubiera entrado a valorar este extremo por aplicación del art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE, cabría interponer una nueva demanda e iniciar así un nuevo proceso pues “no se puede extender el efecto de cosa juzgada de la sentencia a lo que no ha sido resuelto”, como explica DAUDÍ PÉREZ (2020) p. 7.

³² “El artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que si está comprendida en el ámbito de aplicación de esa misma Directiva la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que estipule que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa

(2017b) p. 219, “las normas, por su eficacia, se han dividido en imperativas, prohibitivas, permisivas y punitivas, y, al menos en la última centuria y con influjo pandectista, está asentada la distinción entre reglas imperativas, dispositivas (supletorias) y concesivas; éstas últimas, concesivas o permisivas, «serán todas las que otorguen una facultad, un poder o un derecho subjetivo». El IRPH, obviamente no es imperativo, no es dispositivo (no se impone en defecto de pacto de las partes), sino que otorga a los contratantes una facultad de acogerse a él”³⁵. Esta norma constituiría lo que CARRASCO PERERA (2017) p. 500, §11/47 denomina “normas de opciones abiertas”, esto es, “aquellas reglas legales que permiten a las partes proceder en un extremo básicamente como quieran (...). El contrato que hace uso de esta libertad para elegir uno de los elementos posibles del menú legal no es un contrato que derogue la norma dispositiva, sino que la aplica, haciendo uso de la competencia que esta le atribuye. Y es una naturaleza dispositiva paradójica porque de hecho las normas de esta clase no pueden ser de otra manera que normas no excluibles por pacto”.

Esta respuesta tampoco se oponía a la postura mantenida por la STS 14.12.2017, pues aquella sí sometió al control de transparencia a la condición general que incorporaba el IRPH al préstamo hipotecario enjuiciado, comprendiendo que era clara y comprensible también en su aspecto material³⁴. Por el contrario, la STS 14.12.2017 rechazó que cupiera control de transparencia sobre el propio índice legal en base a alegaciones relativas a su carácter manipulable. Como mencionamos, lo que el TS afirmaba al respecto era que “para determinar la transparencia de la cláusula que incorpora el índice de referencia (IRPH-Entidades) habrá que ver si el consumidor era consciente, porque había sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial, así como la manera en que se calculaba el interés variable. Dado el carácter esencial de la propia cláusula, no cabe considerar que el consumidor no se apercibiera de su importancia económica y jurídica y que pudiera conocer que el interés resultante en dicho periodo se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial consistente en una media de los índices hipotecarios de todas las entidades que actuaban en España al que se sumaba un margen o

nacional y que las entidades de crédito pueden aplicar a los préstamos hipotecarios, cuando esa normativa no establezca ni la aplicación imperativa del índice en cuestión con independencia de la elección de las partes en el contrato ni su aplicación supletoria en el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa”. Aunque sí hubiera suscitado controversia judicial, así, algunas AA.PP. ventilaban el asunto declarando que la cláusula no estaba sujeta a la Directiva 93/13/CEE por “responder” a una disposición administrativa supletoria: SAP Jaén, Civil Sec. 1ª, 30.5.2018 (Ar. 220101; MP: Luis Shaw Morcillo); SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 4.2.2019 (Ar. 48286; MP: Anna Esther Queral Carbonell); SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 19.6.2019 (Ar. 201005; MP: Marta Pesqueira Caro); SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 29.7.2019 (Ar. 264973; MP: Marta Pesqueira Caro); AP Córdoba, Civil Sec. 1ª, 31.7.2019 (AC 1743; MP: María Paz Ruiz del Campo); ... Lo cierto es que el TJUE había reiterado que solo podrían excluirse del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE en virtud del art. 1.2 las cláusulas imperativas o supletorias, no así las dispositivas no supletorias o concesivas [véanse STJUE, 1ª, 21.3.2013 (C-92/11; EU:C:2013:180; §50); STJUE, 1ª, 26.4.2012, C-472/10, EU:C:2012:242; §29); STJUE, 3ª, 10.9.2014 (C-34/13; EU:C:2014:2189; §78-80); STJUE, 2ª, 20.9.2017 (C-186/16; EU:C:2017:703; §28-31); o el ATJUE, 5ª, 5.7.2016 (C-7/16; EU:C:2016:523; §23 y 25)].

³⁵ También SÁENZ DE JUBERA HIGUERO (2018) p. 6: “cabe indicar también que la aplicación de este índice IRPH no es imperativa para la entidad financiera, sino que podía haber optado por otros índices o tipos de referencia oficiales (como el euríbor, que es el mayoritariamente usado en los préstamos hipotecarios)”.

³⁴ Control de transparencia que también estiman realizado por el Tribunal Supremo TAPIA HERMIDA (2019) p. 3; y PAZOS CASTRO (2020) p. 5.

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

En respuesta a la segunda cuestión prejudicial (a), el TJUE contestó que, aunque no se hubiera traspuesto el art. 4.2 Dir. 93/13/CEE³⁵, los tribunales estarían obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiriera al objeto principal del contrato (§47). En este sentido, explicó que los Estados miembro podían prever en la legislación de transposición de esta Directiva que “la apreciación del carácter abusivo” no abarcara las cláusulas previstas en aquella disposición, siempre que tales cláusulas se hubieran redactado de forma clara y comprensible (§45). Ahora bien, recordó que todas las cláusulas deben respetar el control de transparencia, tanto las esenciales como las accesorias (§48). Además, insistió en que, corresponde al juez nacional “*atendiendo a los criterios enunciados en el artículo 3, apartado 1, y en el artículo 5 de la Directiva 93/13, determinar si, dadas las circunstancias propias del caso concreto, la cláusula en cuestión cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia que impone dicha Directiva*” (§44). Dicho de otra forma, estas cláusulas no pueden ser declaradas abusivas si fueron incorporadas de forma transparente, es decir, que el control de abusividad de estas cláusulas no puede realizarse directamente (como sí procede con las cláusulas accesorias), sino que este solo puede realizarse si estas cláusulas esenciales fueron incorporadas de forma no transparente³⁶. De ahí que el TJUE considere innecesario pronunciarse sobre la transposición efectiva del art. 4.2 (§42) en relación con las alegaciones de Bankia y el Gobierno español (§41).

En relación con la segunda cuestión prejudicial (b y c), relativa a qué información debía entregar el profesional para entender que la cláusula relativa al índice de referencia fue incorporada de forma transparente, el TJUE fue bastante claro. En sus propias palabras: “es pertinente a efectos de tal análisis la circunstancia de que *los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el Boletín Oficial del Estado. Esta circunstancia permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades*, y que, en el contrato de préstamo

³⁵ Sobre los fundamentos del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE en relación con la teoría liberal del contrato matizada por la teoría progresista y el control de precios, véase ARGELICH COMELLES (2019) pp. 27-29.

³⁶ A favor de esta tesis, DE BLAS JAVALOYAS (2018) p. 46, quien sostiene que “[m]ientras no haya regulación legal, que es lo único que permite sostener la seguridad jurídica, solo el instrumento de la interpretación conforme a la Directiva puede servir de asidero para llegar a una solución. Esta interpretación implica que no cabe un control de abusividad del objeto principal del contrato ni la adecuación entre precio y los servicios, salvo que la cláusula concreta no supere el control de transparencia. La laguna no puede rellenarse de otra forma, porque no se puede deducir que, al ser la Directiva una norma de mínimos (artículo 8), la omisión signifique que la *voluntas legislatoris* era permitir el control de contenido del objeto principal del contrato; para ello, en cumplimiento de la obligación de transponer la norma europea, tenía que haberse pronunciado expresamente y así otorgar al consumidor un mayor nivel de protección. *Ubi lex voluit, dixit; ubi noluit, tacuit*”. Igualmente, entre otros, CÁMARA LAPUENTE (2006); (2013a); y (2013b).

hipotecario en cuestión, ese índice se redondeaba por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en el 0,25 %” (§53)³⁷. En este apartado se remite al párrafo 123 de las Conclusiones del Abogado General, de 10.9.2019, en el que negaba que la obligación del prestamista fuera de asesoramiento³⁸.

No obstante, continuaba el TJUE manifestando que “[t]ambién resulta pertinente para evaluar la transparencia de la cláusula controvertida *la circunstancia de que, según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal, las entidades de crédito estuvieran obligadas a informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible*. Tal información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés” (§54).

Consecuentemente, respondió que, para evaluar la falta de transparencia, el juez deberá tomar en consideración si el índice era público, lo que permite a un consumidor medio comprender cómo se determinará el precio de su préstamo; y si se entregó la evolución previa del índice, *de ser obligatorio según la normativa nacional* (§56).

Respecto a las consecuencias de la eventual declaración de nulidad de la cláusula IRPH, en respuesta a la tercera cuestión prejudicial, sostuvo que “*en el supuesto de que el juzgado remitente constatará, en primer lugar, el carácter abusivo de la cláusula controvertida; en segundo lugar, que el contrato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal no podría sobrevivir sin tal cláusula, y, en tercer lugar, que debido a la anulación del contrato el demandante en el litigio principal quedaría expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, podría reemplazar la cláusula controvertida por el índice sustitutivo contemplado en la Ley 14/2013, siempre que pueda considerarse que con arreglo al Derecho nacional el referido índice tiene carácter supletorio*” (§66). Dicho de otro modo, salvo que el juez nacional considerase que el préstamo convencionalmente oneroso pudiera sobrevivir descausalizado, el préstamo habrá que considerarse nulo si (i) la cláusula era intransparente y (ii) en el control de contenido se comprendió que comportaba un desequilibrio contrario a la buena fe, de suerte que, para evitar las consecuencias perjudiciales de la nulidad del préstamo al consumidor, el

³⁷ Lo que ha sido interpretado por ORDUÑA MORENO (2020a) p. 4, como que “el predisponente debe facilitar la comprensibilidad de los elementos básicos o esenciales que conforman la composición del índice de referencia, esto es, qué elementos intervienen en su configuración y cómo se obtiene su media”. Por el contrario, en nuestro criterio, el TJUE está aclarando que ese requisito de transparencia se cumplía por el hecho de constituir datos públicos. Este mismo criterio es mantenido por ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA (2020b).

³⁸ Recordemos, el Abogado General sostenía en dicho párrafo: “[a]demás, el hecho de que el IRPH Cajas sea un índice de referencia oficial publicado en el Boletín Oficial del Estado permite presumir que a un consumidor medio le resulta relativamente fácil acceder a los sistemas de cálculo de los diferentes índices oficiales y comparar las diferentes opciones que ofrecen las entidades bancarias. En consecuencia, no cabe exigir al banco que ofrezca diferentes índices de referencia a los consumidores. En efecto, la obligación de información a que se refiere la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no es una obligación de asesoramiento y, por lo tanto, no implica en absoluto que la entidad bancaria deba emplear u ofrecer al consumidor diferentes índices oficiales”.

juez podría excepcionalmente integrar la cláusula con una norma derecho supletorio en derecho nacional³⁹. En particular, podría integrarse con el IRPH Entidades por ser el índice normativo sustitutivo supletorio de conformidad con la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013 (§65). Nótese que no existe ninguna norma supletoria que ordene la aplicación del Euribor. A la postre, como apunta ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA (2020b), “[e]s revelador que en ningún momento el TJUE parece admitir ninguna de las soluciones del Juez español (Euribor o sin interés)”.

Por consiguiente, si el juez nacional considerara no transparente y, también, abusiva la cláusula, en el buen entendimiento de que la disposición adicional decimoquinta Ley 14/2013 establece que el índice sustitutivo será el pactado en la escritura o el IRPH Entidades con el diferencial calculado como allí se expone, tal juez debería integrar el IRPH eliminado con el índice sustitutivo convencional de ser uno de los no suprimidos; o con el IRPH Entidades, en ausencia de índice sustitutivo convencional aplicable.

En resumen, la STJUE 3.3.2020 (i) matizaba que la cláusula IRPH debía ser sometida al control de transparencia, incluso cuando no se hubiera transpuesto al ordenamiento jurídico español el art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE; (ii) para la evaluación de la transparencia había de tomarse en consideración que cualquier consumidor medio podía conocer la forma de cálculo ya que los datos y la información al respecto era pública (rechazando que hubiera de informarse de otros índices como el Euribor, o que hubiera de informarse de comparativas con otros índices, ni de sus previsiones a futuro); (iii) en esta evaluación de transparencia, también debía tomarse en consideración si se informó sobre la evolución del índice en los dos años previos, cuando ello fuera exigible de conformidad con la normativa nacional; y (iv) incluso en el caso de que se considerara no transparente y abusivo, si el juez o tribunal comprendiera que el contrato de préstamo no podría subsistir sin dicha cláusula, debería integrarse con el IRPH-Entidades en tanto que índice sustitutivo supletorio, de no existir índice sustitutivo convencional aplicable.

2. Obligaciones de información sobre los índices de referencia y transparencia material

Habida cuenta que la STJUE 3.3.2020 declaró que “resulta pertinente para evaluar la transparencia de la cláusula controvertida la circunstancia de que, *según la normativa nacional vigente* en la fecha de celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal, las entidades de crédito estuvieran obligadas a informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible” (§54), consideramos de radical importancia determinar qué obligaciones informativas imponía e impone nuestra normativa a las entidades prestamistas.

³⁹ Como ya había reiterado en sus SSTJUE, 1ª, 14.6.2012 (C-618/10; EU:C:2012:349); 4ª, 30.4.2014 (C-26/13; EU:C:2014:282); o, GS, 26.3.2019 (C-70/17 y C-179/17; EU:C:2019:250). Para más información sobre los requisitos enunciados por la jurisprudencia del TJUE para proceder a la integración de una cláusula declarada abusiva, véase: MARTÍN FABÁ (2019) pp. 616-618; y MILÀ RAFEL; AGÜERO ORTIZ (2018) pp. 642-646.

Comprendemos que el TJUE vincula al juicio de transparencia la entrega de esta información por el hecho de constituir una obligación normativa impuesta al predisponente⁴⁰ por lo que, en lo siguiente, analizaremos de forma pormenorizada la evolución de estas las obligaciones informativas, con la finalidad de detallar qué obligaciones existían en atención al momento de la contratación y al tipo de préstamo contratado.

2.1. Préstamos concedidos desde el 1.1.1990 hasta el 11.08.1994

El 1.1.1990 entró en vigor 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 (BOE nº 303, de 19.12.1989) (en adelante, Orden 1989). Esta Orden fue desarrollada por la ya citada Circular 1990.

La Orden 1989 señala en su art. 1 que los tipos de interés que apliquen las entidades de crédito serán los que libremente pacten. Tras ello, el art. 3.1 establece que las entidades de crédito “anunciarán” los tipos de interés preferenciales que apliquen en cada momento para sus operaciones crediticias. En relación con ello, la disposición final 1.a) y b) facultaba al BdE a determinar la forma en que se publicarían los tipos de interés mencionados en el art. 3, y a definir el concepto de tipo de interés preferencial mencionado en el punto 1 del número tercero. Consecuentemente, la Circular 1990 exigía en su norma quinta la publicación de los tipos de interés aplicados en los tabloneros de anuncios de las oficinas abiertas al público. Por su parte, la norma segunda requería la remisión de los tipos medios aplicados con carácter mensual al BdE.

Por lo que afecta a la información a entregar al cliente, en ellas no se imponía obligación de entrega de información precontractual sino solo, en determinados casos, de información contractual. En concreto, el art. 7.2 de la Orden 1989 establecía que solo sería obligatoria la entrega del “ejemplar del documento contractual en que se formalice su operación”, por lo que aquí interesa, en operaciones de crédito y préstamo inferiores a 10 000 000 de ptas. (60 101,21€). Dichos documentos contractuales debían recoger de forma explícita y clara los siguientes extremos (art. 7.4 Orden 1989): el tipo de interés nominal que se utilizaría para la liquidación de intereses; y la periodicidad con que se produciría su devengo, las fechas de devengo y liquidación de los mismos o, en su caso, de los precios efectivos, la fórmula o métodos utilizados para obtener, a partir del tipo de interés nominal, el importe absoluto de los intereses devengados y, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo de dicho importe. Además, la disposición final primera e) de la Orden 1989 encomendaba al BdE determinar en qué casos adicionales resultaría obligatoria la entrega del documento contractual. A ello se dedica la norma sexta de la Circular 1990 que, en relación con operaciones de crédito y préstamo, reitera que sería obligatoria la entrega del contrato cuando su importe fuera inferior a 10.000.000 de ptas. (60 101,21€), y siempre que lo solicitara el cliente. También, matizaba que “en las operaciones formalizadas en documento notarial se estar[ía], en cuanto a la obtención de copias por las partes, a lo dispuesto en la normativa notarial”. Respecto al contenido de los contratos, la norma sexta 6 de la Circular 1990 reproduce el contenido señalado en el art. 7.4 de la Orden 1989.

⁴⁰ Igualmente, PAZOS CASTRO (2020) p. 11.

En consecuencia, en los préstamos concertados hasta el 11.8.1994, no existía obligación de entrega de información precontractual y solo existía obligación de entregar el contrato de préstamo si su importe era inferior a 60 101,21€. En cualquier caso, la Directiva 93/13/CEE resulta de aplicación exclusivamente a los contratos suscritos “después del 31 de diciembre de 1994”, y así sus controles de transparencia y abusividad, de conformidad con su art. 10.1. II, toda vez que no fue transpuesta al ordenamiento jurídico español hasta el 14.4.1998, en que se publicó la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE nº 89, de 14.4.1998), destinada a su trasposición por su propio contenido y la modificación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE nº 176, de 24.7.1984).

2.2. Préstamos concedidos desde el 11.8.1994 hasta el 29.4.2012

El 11.8.1994 entró en vigor la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (BOE nº 112, de 11.5.1994) (en lo sucesivo, Orden 1994) que completó a la Orden 1989. La Orden 1994 fue desarrollada por la ya mencionada Circular 1994 que modificó la Circular 1990. Las obligaciones de información que aquí referiremos tendrán trascendencia de cara al control de transparencia exclusivamente para los contratos suscritos con posterioridad al 31.12.1994 pues antes de dicha fecha, la Directiva 93/13/CEE no había entrado en vigor y, por ende, no existía tal control.

Como apunta su exposición de motivos, la Orden 1994 se “circunscribe deliberadamente a los préstamos hipotecarios sobre viviendas, concertados por personas físicas, cuya cuantía no rebase los 25 millones de pesetas [150 253,026€]”. En relación con su contenido tuitivo, la exposición de motivos resalta que su “finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, *de forma lo más estandarizada posible*, las condiciones financieras de los préstamos. Téngase presente que la primera premisa para el buen funcionamiento de cualquier mercado, y, a la postre, la forma más eficaz de *proteger al demandante de crédito* en un mercado con múltiples oferentes, reside en *facilitar la comparación de las ofertas* de las distintas entidades de crédito, *estimando así la efectiva competencia entre éstas*. Pero la Orden, además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. *De ahí la exigencia de que tales contratos*, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un *clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido*, de forma que sean comprensibles por el prestatario. A esa adecuada comprensión deberá colaborar el Notario que autorice la escritura de préstamo hipotecario, advirtiéndole expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas”. Es decir, la garantía de comparabilidad de ofertas y de comprensibilidad por el potencial prestatario se pretendía alcanzar por medio de la estandarización de la información precontractual mediante fichas, comprensión que quedaría reforzada por la intervención del Notario.

El art. 1 de la Orden 1994 delimitaba su ámbito de aplicación y de la posterior Circular 1994 que la desarrollaba. En concreto, como adelantó la exposición de motivos, resultaba de aplicación a préstamos en los que concurrían simultáneamente las siguientes circunstancias: (i) que el

préstamo fuera hipotecario y la hipoteca recayera sobre una vivienda; (ii) que el prestatario fuera persona física; y (iii) que el importe del préstamo no fuera superior a 25 millones de pesetas o su equivalente en divisas, esto es, 150 253,026€; excluyendo expresamente (art. 1.4 Orden 1994) a las hipotecas constituidas en garantía de deudas anteriores de naturaleza no hipotecaria contraídas frente a la entidad de crédito en cuyo favor se constituyera la hipoteca o a otras entidades pertenecientes al grupo de esta.

Por consiguiente, cuando concurrieran las circunstancias anteriores, las entidades de crédito⁴¹ debían “obligatoriamente informar a quienes soliciten préstamos hipotecarios (...) mediante la entrega de un folleto cuyo contenido mínimo será el establecido en el anexo I”. Ahora bien, “las condiciones contenidas en el folleto informativo tendrán carácter orientativo, lo que se hará constar en él de forma expresa” (art. 3.3. Orden 1994). De conformidad con el Anexo I, este folleto informativo debía contener, en relación con el tipo de interés, la siguiente información: “[m]odalidad del tipo de interés (fijo/variable). Tipo de interés aplicable (indicación orientativa, mediante un intervalo, del tipo de interés nominal anual, en caso de préstamos a tipo fijo; o del margen sobre el índice de referencia, en caso de préstamos a tipo variable). *Índice o tipo de referencia, en préstamos a interés variable (identificación del índice o tipo, indicándose su evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales, así como el último valor disponible)*. Plazo de revisión del tipo de interés (primera revisión y periodicidad de sucesivas revisiones)”⁴².

Tras ello, efectuada la tasación y evaluación de solvencia del potencial prestatario, la entidad debía entregar una oferta vinculante cuya validez sería de, mínimo, diez días hábiles, en la que constasen las condiciones financieras del Anexo II de la Orden. En relación con los intereses remuneratorios, la oferta vinculante y el documento contractual debía ilustrar, de conformidad con el Anexo II “[c]áusulas financieras de los contratos de préstamo hipotecario sujetos a la presente Orden”, art. 3 bis “tipo de interés variable”, del tipo de interés “a) [c]omo suma de: [u]n margen constante (positivo, nulo o negativo), expresado en puntos o fracciones de punto, el tipo de interés de referencia”, así como sobre el índice de referencia indicando “[l]a definición del mencionado índice o tipo de interés; el organismo público, asociación o entidad privada que lo elabore; y la periodicidad y forma en que se publique o sea susceptible de conocimiento por el prestatario” (...). Asimismo, debía indicarse “[e]l índice o tipo de interés de referencia sustitutivo que deba utilizarse excepcionalmente cuando resulte imposible, por razones ajenas a las partes, la determinación del índice o tipo de interés de referencia designado en primer término”.

Por lo tanto, debe matizarse que la entrega de esta evolución del índice durante los dos años previos y el último valor del índice solo se exigía, con carácter orientativo no vinculante, en la ficha informativa (no en la oferta vinculante ni el contrato de préstamo) de conformidad con el art. 3.3 de la Orden 1994 y su Anexo I, apartado 3, que solo resultaba aplicable a préstamos hipotecarios incluidos en su ámbito de aplicación, expuestos más arriba.

⁴¹ A partir de la Orden de 27 de octubre de 1995 por la que se modifica la de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, también las entidades aseguradoras y de otras entidades financieras relacionada con la concesión de préstamos con garantía hipotecaria, a las que dicha Orden amplía el ámbito de aplicación como sujetos obligados.

⁴² Reiterado en el Anexo VII de Circular 1990 introducido por la Circular 1994 (apartado 3), que resalta su carácter meramente orientativo y no vinculante para la entidad.

Esta ausencia de vinculatoriedad de la ficha informativa (que incluiría la evolución del índice) se destaca también en la exposición de motivos de la Circular 1994 según la cual “[d]entro de las normas de la Orden destaca la obligación de facilitar a la clientela un folleto informativo donde se incluyen detalladamente las condiciones comunes a las operaciones de préstamo hipotecario practicadas por la entidad. El fomento de la capacidad de elección de la clientela a que responde esa medida no debe hacer olvidar que las referencias del folleto a los tipos de interés aplicables o a la cuantía máxima del préstamo, entre otras condiciones, *tienen simple carácter orientativo*; su entrega no merma la libertad de las entidades para denegar el préstamo o fijar, en su oferta al cliente que sí tiene carácter vinculante, las condiciones de precio y cuantía que aconseje la consideración individualizada del riesgo en que ha de incurrir”. Igualmente, el Anexo VII de la Circular 1990 introducido por la Circular 1994: “[s]alvo lo dispuesto sobre comisiones en la Orden y en la presente Circular, y lo establecido en el artículo 4.1 [gastos y servicios accesorios] de la Orden sobre préstamos hipotecarios, las restantes condiciones de este folleto tienen *carácter orientativo y no vinculan a la entidad*”.

Por otra parte, la Orden 1994 facultaba, en su disposición adicional segunda, al Banco de España, a definir “un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable, y hará públicos sus valores regularmente”. A ello se refiere la exposición de motivos de la Circular 1994, propugnando su objetividad, publicidad y claridad para la clientela, lo que haría innecesaria la comunicación individualizada de sus variaciones: “[l]a Orden citada delega en el Banco de España la definición y difusión de los tipos de referencia oficiales aplicables a los préstamos hipotecarios concertados a tipo variable, de forma que *su objetividad de cálculo y su difusión hagan innecesaria la comunicación individual al prestatario de las variaciones de tipos de interés* que, en otro caso, resulta obligatoria. Se ha optado por una *oferta limitada de referencias*, tratando de combinar la conveniencia de homogeneizar el mercado, *para mayor claridad de la clientela*, con la de atender las diferentes necesidades de los operadores, y la de suministrar tipos alternativos (que los contratos siempre deberían prever) para el caso de que, en el futuro, se interrumpa por cualquier circunstancia la publicación de algún tipo oficial”. Además, la propia exposición de motivos declaraba que el cálculo de los IRPH son TAEs, es decir, que incorporan comisiones y otros gastos (el carácter “manipulable” y “abusivo” que se alega en la actualidad⁴³) y se anunciaba abiertamente que ello suponía que sería un tipo más alto que el tipo de mercado, por lo que resultaría necesario aplicar diferenciales negativos, cero, o menores para equiparar la TAE con la del mercado, en función del resto de comisiones y la frecuencia de las cuotas⁴⁴ (lo que justificaba que los diferenciales aplicados a los IRPH sean inferiores a los

⁴³ Así, ORTIZ PÉREZ; ERAUSKIN VÁZQUEZ (2017) pp. 133-140. En contra, SUÁREZ PUGA (2017) p. 45, al argumentar que “se confunde el hecho de que los datos facilitados por las entidades conformantes del índice afecten a su valor resultante, algo consustancial al procedimiento de su cálculo, y otra muy diferente es que dichas entidades hayan influido de manera indebida en la conformación de los valores históricos del IRPH en provecho de parte. Esta última precisión es esencial para cuestionar la validez de los datos arrojados por el IRPH y conforme a los cuales se han determinado en largos periodos temporales los tipos de intereses remuneratorios de cuantiosas operaciones de financiación hipotecaria. (...) Consiguientemente, no deberían ser admisibles las falaces pruebas por deducción”.

⁴⁴ En concreto, la Exposición de motivos de la Circular 1994 señala que: “[l]os tipos de referencia escogidos son, en último análisis, tasas anuales equivalentes. Los tipos medios de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda libre de los bancos y del conjunto de entidades, lo son de forma rigurosa, pues incorporan además el efecto de las comisiones. Por tanto, su simple utilización directa como tipos contractuales implicaría situar la tasa anual equivalente de la operación hipotecaria por encima del tipo

aplicados, con posterioridad, al Euribor). En concreto, en el Anexo IX se reflejaban los diferenciales aplicables en el momento de su publicación de forma orientativa, en la que los tipos totales oscilaban entre el 9 % y el 12 %, siendo los diferenciales más bajos del 0,07 % y alcanzando el 0,30 %.

En estas circunstancias, el Anexo VIII de la Circular 1990 introducido por la Circular 1994, define los tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario y la fórmula de su cálculo [IRPH Bancos, IRPH Cajas, IRPH Entidades, Tipo activo de referencia de las cajas de ahorro (CECA), Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años, y el índice efectivo se define como la media simple de los rendimientos internos medios ponderados diarios registrados en los seis meses precedentes al de la publicación].

En conclusión, la obligación de entrega de la ficha informativa no vinculante para la entidad que contuviera la evolución del índice de referencia y su último valor nace con la Orden 1994 (entró en vigor el 11/8/1994) y solo para determinados préstamos⁴⁵. El IRPH como índice oficial cuya objetividad, publicidad, accesibilidad y comprensibilidad se produce con la Circular 1994 (que entró en vigor el 3/8/1994). Con todo, reiteramos que la Directiva 93/13/CEE y sus controles de transparencia y abusividad resultan aplicables a partir del 31.12.1994. Por lo tanto, solo cabría control de transparencia que tome en consideración el cumplimiento o incumplimiento de la entrega del documento no vinculante relativo a la evolución previa y último valor del índice de referencia en préstamos suscritos a partir del 31.12.1994. Además, ello solo resultaría aplicable cuando así lo exigiera la normativa nacional, esto es, para préstamos hipotecarios garantizados con vivienda, concedidos a personas físicas y cuyo capital no fuera superior a 150 253,026€.

En sentido contrario, el juez nacional, no debería tomar en consideración si se entregó su evolución en los dos últimos años previos, para evaluar la transparencia de la cláusula IRPH, si: (i) el préstamo se concedió antes del 31.12.1994 —fecha de entrada en vigor de la Directiva 93/13/CEE— o con posterioridad al 29.4.2012 —fecha de la derogación de la Orden 1994—; (ii) el prestatario no era persona física; (iii) el préstamo estaba garantizado con un bien que no fuera vivienda o no estaba garantizado; ni (iv) si el préstamo fuera superior a 150 253,026€. Tampoco se ha de tomar en consideración, pues, si se informó o no de otros índices como el Euribor. Nótese, además, que en modo alguno se podía informar del Euribor antes de la entrada en vigor de la Circular 1999 (10.7.1999) pues el Euribor no era, hasta entonces, índice oficial. Y, por las mismas razones, tampoco cabrá hablar de índice residual respecto al IRPH en comparación con el Euribor, antes de julio de 1999. Más aún, en caso de declararse abusiva una cláusula de IRPH en un préstamo concertado antes de julio de 1999, no podrá integrarse con

practicado por el mercado. *Para igualar la TAE de esta última con la del mercado sería necesario aplicar un diferencial negativo, cuyo valor variaría según las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas. A título orientativo, la Circular adjunta (Anexo IX) una tabla de diferenciales para los tipos, comisiones y frecuencia de las cuotas, más usuales en la actualidad*". Esto es interpretado por algún autor como la existencia de una obligación en la normativa bancaria de aplicar diferenciales negativos, de suerte que la adición de diferenciales positivos provocaría la abusividad de la cláusula *per se*. Véase al respecto: BALLUGERA GÓMEZ (2020) pp. 9-10. Así también, ORTIZ PÉREZ; ERAUSKIN VÁZQUEZ (2017) pp. 138.

⁴⁵ Por tanto, no cabe sostener su preceptiva entrega desde la Circular 8/1990. En contra, SÁENZ DE JUBERA HIGUERO (2020) p. 1851: "para evaluar la transparencia de la cláusula controvertida la entidad de crédito debía informar al consumidor de la evolución del IRPH (pasada o futura), como ya exige la Circular del Banco de España 5/2012, y ya antes lo exigía la Circular 8/1990".

carácter retroactivo con el Euribor, pues no existirían datos o tipos aplicables para colmar esa laguna.

2.3. Préstamos concedidos desde el 29.4.2012 hasta el 16.6.2019

Con posterioridad, las Órdenes 1989 y 1994 fueron sustituidas por la Orden 2899/2011, que entró en vigor el 29.4.2012 y que fue desarrollada por la Circular 5/2012, cuya entrada en vigor se produjo el 6.10.2012 y derogó a la Circular 1990. La propia exposición de motivos de la Orden 2899/2011 recordaba que la Orden 1994 se adoptó “con el objetivo de facilitar al cliente la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario”, pero que estas normas habían quedado obsoletas, motivo por el cual se promulgaba la Orden 2899/2011. Además, explicaba que la modificación de los tipos oficiales, como señalamos al inicio, “responde en este punto a la necesidad de adaptar los tipos de referencia a una integración de los mercados a escala europea y nacional cada vez mayor y a la necesidad de aumentar las alternativas de elección de tipos, al tiempo que se ajustan estos al coste real de obtención de recursos por las entidades de crédito”.

Las normas relativas a créditos y préstamos hipotecarios de la Orden 2899/2011, resultaban de aplicación a préstamos concedidos por entidades de crédito españolas y sucursales de entidades de crédito concedidos en territorio español (art. 2.1 Orden 2899/2011) a personas físicas (no necesariamente consumidores) que (i) estuvieran garantizados con hipoteca sobre una vivienda; o (ii) cuya finalidad fuera adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir (art. 19.1 Orden 2899/2011). A diferencia de la Orden 1994, ya no existía límite cuantitativo para la determinación del ámbito de aplicación.

Por lo que respecta a las obligaciones de información precontractual, las entidades debían entregar (i) la Ficha de Información Precontractual (FIPRE) de ser solicitada por el cliente, en la que solo se debía reflejar el “tipo de interés de referencia + diferencial” (art. 21 y Anexo I Orden 2899/2011); (ii) la Ficha de Información Personalizada (FIPER) una vez que el cliente hubiera facilitado la información precisa sobre sus necesidades de financiación, su situación financiera y sus preferencias, para facilitar la comparación de préstamos disponibles en el mercado, en la que se señalaría la TAE y su desglose entre “[e]l tipo de interés [valor en porcentaje o en tipo de referencia más diferencial si se tratase de un tipo variable o variable limitado]” y el resto de sus componentes (art. 22 y Anexo II de la Orden 2899/2011); así como (iii) la oferta vinculante (una FIPER que vinculase a la entidad por plazo no inferior a 14 días) una vez el cliente y la entidad hubieran mostrado su voluntad de contratar un determinado préstamo hipotecario (art. 23 y Anexo II Orden 2899/2011). Si bien estos dos últimos documentos podían facilitarse en un único documento y en una sola ocasión —al ser la misma ficha—, si la oferta vinculante se hiciera al mismo tiempo que se entrega la FIPER y coincidiese íntegramente en cuanto a su contenido.

En adición, el art. art. 26 Orden 2899/2011 imponía la obligación de adjuntar a la FIPER “una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el cliente en *diferentes escenarios de evolución* de los tipos de interés. A estos efectos, se presentarán *al menos tres cuotas de amortización, calculadas mediante el empleo de los niveles máximos, medios y mínimos que los tipos de referencia hayan presentado durante los últimos quince años o el plazo máximo disponible si es menor*”. La entrega de este documento debía ser comprobada por el Notario en el acto de otorgamiento [art. 30.3 b) Orden 2899/2011].

Nada significativo añade a este respecto la norma sexta 2.4 de la Circular 5/2012, más allá la exigencia de que se resaltase en la información precontractual “la clase y nivel del tipo de interés aplicable” (norma séptima y Anejo 3 Circular 5/2012); y la de facilitar explicaciones adecuadas sobre aquellos datos “que, para su correcta apreciación por parte del cliente, requieran la evaluación de múltiples aspectos, *tales como* la evolución (pasada o futura) de índices de referencia o del precio de productos vinculados cuya contratación resulte necesaria la evolución pasada o futura sobre los índices de referencia” [norma quinta 2.b) Circular 5/2012].

Consecuentemente, en los préstamos concedidos con posterioridad al 29.4.2012, debería tomarse en cuenta, a efectos de evaluar la incorporación transparente de la cláusula de indexación al IRPH Entidades (o al índice de referencia controvertido), si se entregó una referencia a tres cuotas de amortización tomando como referencia el tipo máximo, medio y mínimo del índice de referencia en cuestión en los últimos quince años o el plazo del que se tuvieran datos; y si se entregó la FIPER/oferta vinculante con el índice más el diferencial resaltado, si y solo si: (i) el prestatario era persona física; (ii) el préstamo estaba garantizado con vivienda o, alternativamente, la finalidad del préstamo era adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir (art. 19 Orden 2899/2011).

2.4. Préstamos concedidos desde el 16.6.2019

Con la entrada en vigor de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE nº 65, de 16.3.2019) (en adelante, LCCI) el 16.6.2019, se hizo preciso modificar la Orden 2899/2011 para adaptarla a sus preceptos. Esta tarea fue realizada a través de la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, por la que se modifican la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE nº 102, de 29.4.2019) (en lo sucesivo, Orden 2899/2011-2019), que entró en vigor el mismo 16.6.2019.

La nueva regulación resulta de aplicación a préstamos concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto: (i) la concesión de préstamos garantizados con un bien inmueble de uso residencial o con función doméstica; y (ii) préstamos concedidos para adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea una persona física consumidora (art. 2.1 LCCI, excluidos los préstamos previstos en el art. 2.4 LCCI: los concedidos a los empleados en condiciones ventajosas; los concedidos sin intereses ni gastos; las hipotecas inversas; entre otros)⁴⁶.

Pues bien, de conformidad con el art. 10 LCCI, la información precontractual que debe entregarse a los potenciales prestatarios se facilitará mediante la Ficha Europea de Información Normalizada (“FEIN”, Anexo I LCCI), lo que ha de ser completado con el art. 14 LCCI. En este sentido, el art. 14.1. c) LCCI dispone que, deberá entregarse como documento separado de la FEIN: (i) una Ficha de Advertencias Estandarizadas (“FiAE”) en la que se informará, respecto a

⁴⁶ Ver al respecto, AGÜERO ORTIZ (2019) pp. 105-173.

lo que nos ocupa, de “los índices oficiales de referencia utilizados para fijar el tipo de interés aplicable”; y otro documento, en caso de tratarse de un préstamo a tipo de interés variable, con una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el prestatario en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés. El contenido de estos documentos adicionales a la FEIN debía ser desarrollados reglamentariamente con posterioridad (disposición final decimoquinta LCCI).

Por lo que respecta a la FEIN, en la Sección 4 “tipo de interés y otros gastos”, debe expresarse la TAE y sus componentes, entre ellos, el tipo de interés. Si el tipo de interés fuera variable, se deberá ilustrar de forma porcentual (con indicación de índice más diferencial). Además, se deberá incluir el tipo de referencia vigente el día en que se extienda la FEIN (Anexo I, Parte B, Sección 4, apartado 2 LCCI). Asimismo, en las secciones 4 (“tipo de interés y otros gastos”) y 6 (“importe de cada cuota”), se deberá ejemplificar el tipo máximo de cuota que pueda alcanzarse aplicando el techo, si lo hubiera, de lo contrario, “el ejemplo ilustrará la TAE al tipo deudor más elevado de los últimos 20 años como mínimo, o, si solo se dispone de los datos subyacentes utilizados para el cálculo del tipo deudor para un período inferior a 20 años, del período más largo para el cual tales datos estén disponibles, sobre la base del máximo valor de cualquier tipo de referencia externo empleado para el cálculo del tipo deudor si ha lugar o el máximo valor de un tipo de referencia especificado por una autoridad competente o por la ABE en caso de que el prestamista no utilice un tipo de referencia externo”. Ello debe completarse mediante la inclusión de la siguiente advertencia en la Sección 4: “[d]ado que [parte de] su préstamo es un préstamo a tipo de interés variable, la TAE efectiva podría diferir de la TAE indicada si el tipo de interés de su préstamo cambia. Por ejemplo, si el tipo de interés aumentase a [situación descrita en la parte B], la TAE podría aumentar a [insértese TAE ilustrativa correspondiente a esa situación]. Así como con la siguiente advertencia normalizada en la Sección 6: “el tipo de interés de [una parte de] este préstamo es variable. Esto significa que el importe de sus cuotas puede aumentar o disminuir. Por ejemplo, si el tipo de interés aumentase a [situación descrita en la parte B], sus cuotas podrían aumentar a [insértese el importe de la cuota correspondiente a esa situación]”.

En relación con el desarrollo de las obligaciones de información precontractual adicional a la FEIN realizado por la Orden 2899/2011-2019, el art. 26.2 aclara que en los préstamos a interés variable deberá entregarse un documento en el que se presenten, al menos, tres cuotas de amortización calculadas mediante el empleo de los niveles máximos, medios y mínimos que el índice de referencia utilizado en la ficha europea de información normalizada (FEIN) haya presentado durante los últimos veinte años o el plazo máximo disponible si es menor. Ahora bien, si el tipo de interés aplicable inicialmente al préstamo se correspondiera con el nivel máximo o mínimo durante los últimos veinte años, entonces se deberá tomar como referencia para el cálculo dicho nivel incrementado o disminuido, según el caso, en un cincuenta por ciento.

Por su parte, la FiAE deberá advertir del índice de referencia aplicable y de la ausencia de techo —en su caso—, en concreto de que “[e]l tipo de interés aplicable al préstamo se fija utilizando el siguiente índice o tipo de interés oficial de referencia [el que corresponda de entre los recogidos en el artículo 27.1 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre]”; y “[s]i ha lugar El préstamo no limita al alza la variación del tipo de interés (no tiene techo), lo que puede llegar a suponer que el deudor tenga que asumir la totalidad de las subidas del índice utilizado como referencia”.

En consecuencia, en los préstamos concedidos a partir del 16.6.2019, deberá tomarse en consideración de cara a evaluar la transparencia de la inclusión de un índice de referencia en el contrato de préstamo inmobiliario: (i) si se entregó la FEIN y en ella se informaba del índice, de su valor al emitir la FEIN y del importe máximo de la cuota —según la forma de cálculo señalada—; (ii) si se entregó la FiAE en la que se advirtiera de la variabilidad del interés, del índice al que se sujeta la determinación del interés, y la posibilidad de que las cuotas se incrementen como consecuencia de la subida del índice de referencia; y (iii) si se entregó el documento con la simulación de las cuotas en tres escenarios (medio, mínimo y máximo) tomando como referencia los datos del índice en cuestión en los últimos veinte años previos o el plazo del que se tuvieran datos, o, en determinadas circunstancias, incrementado o reducido en un cincuenta por ciento.

3. Posibles soluciones jurídicas a los litigios relativos al IRPH tras la STJUE 3.3.2020

La STJUE 3.3.2020, como venimos indicando, no constituyó una respuesta clara al problema jurídico planteado por la litigiosidad española relativa a las cláusulas IRPH. La sentencia no concluye con rotundidad (tampoco era su cometido) si las cláusulas IRPH son o no transparentes, ni en qué casos cabría comprender que no superan el posterior control de abusividad, ni si el préstamo puede subsistir sin dicha cláusula —de ser anulada por el juez nacional— de forma que pueda quedar gratuito. En suma, persistía la incertidumbre acerca de cuál sería el criterio (previsiblemente heterogéneo) que seguirían nuestros jueces y tribunales. En esta tesitura, las alternativas jurídicas que podrían adoptar jueces y tribunales tras la STJUE 3.3.2020, y que encuentra apoyo doctrinal, podrían clasificarse como proponemos a continuación.

3.1. Declaración de validez de la cláusula IRPH

En primer lugar, cabría declarar la validez de la cláusula que indexaba el préstamo al IRPH por superar el control de transparencia material (de suerte que no fuera preciso realizar un ulterior control de contenido) de comprobarse que, aparte de ser un índice oficial y público⁴⁷, se hubo entregado la evolución previa del mismo en los dos años anteriores a la contratación y su último valor, o de constatar que no existía obligación del prestamista de proveer esa información (de conformidad con lo expuesto en el apartado 2 de este trabajo).

Asimismo, cabría la posibilidad de declarar la validez de la cláusula, incluso no habiendo superado el control de transparencia material —por ejemplo, por no haber entregado dicha evolución previa del IRPH en cuestión cuando fuera obligatorio—, por declarar superado el control de abusividad que inexorablemente debería seguir al control de transparencia^{48,49}, de

⁴⁷ Como señala PAZOS CASTRO (2020) p. 9: “[e]l Tribunal de Justicia no da margen a los tribunales nacionales para ponderar cómo influían los extremos señalados en la posición del prestatario. Afirma expresamente que la información estaba disponible fácilmente para un consumidor medio, y que las obligaciones legales de información le proporcionaban una herramienta de comparación”.

⁴⁸ En palabras de PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2013) p. 23, “en la interpretación del precepto comunitario ha prevalecido claramente la idea de que la consecuencia de la lesión de este deber de transparencia no es la ineficacia instantánea de la cláusula, sino la apertura del juicio de abusividad también a las cláusulas

comprender que la cláusula IRPH no producía un desequilibrio contrario a la buena fe (siguiendo la STS 14.12.2017 no contradicha en lo esencial por la STJUE 3.3.2020).

En este sentido, baste recordar que el TJUE ha insistido en que cabrá considerar que una cláusula contractual supera el control de abusividad si, el juez nacional verifica que “el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual” [SSTJUE, 1ª, 14.4.2013 (C-415/11; EU:C:2013:164; §68 y 69); 1ª, 26.1.2017 (C-421/14; ECLI:EU:C:2017:60; §60); 2ª, 20.9.2017 (C-186/16; EU:C:2017:703; §57)]. Así pues, declarado que no existe obligación de asesoramiento del profesional ni de efectuar comparaciones con otros índices de referencia y, tratándose de una vinculación a un índice de referencia oficial, bien podría comprenderse que en una negociación individual un consumidor aceptara ligar el interés variable de su préstamo hipotecario a un índice legal, de suerte que el control de abusividad quedaría superado.

Es más, no acaece el perjuicio para el consumidor que la falta de transparencia de otras cláusulas, como las cláusulas suelo, ocasiona al consumidor, explicado con claridad por PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017) pp. 113: “en el caso de la *cláusula suelo*, esta no resulta abusiva porque el tipo de interés resulte elevado en la comparación con el resto de tipos habituales del mercado, sino porque la aplicación de la cláusula supone que el interés simplemente sea distinto del que se había representado legítimamente”. En estos casos, no existe representación alternativa del consumidor cuyas expectativas se hubieran visto frustradas sino, precisamente lo que el autor rechaza, la consideración de que el préstamo es más caro que otros préstamos del mercado⁵⁰. Como señala MIRANDA SERRANO (2018) p. 29: “[a] nuestro juicio, la solución

relativas al objeto principal, de modo que una vez constatada la falta de transparencia se hace precisa una ulterior valoración sustancial del desequilibrio que la misma representa en perjuicio del consumidor”. Postura apoyada por CÁMARA LAPUENTE (2015b) pp. 600-608 y en (2017a) pp. 9-10; o CAÑIZAREZ LASO (2015) pp. 93-95.

⁴⁹ Al menos, en préstamos concedidos hasta la modificación del art. 83 TRLGDCU operada por la disposición final 8ª de la LCCI que introdujo un segundo párrafo en el precepto según el cual: “[l]as condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho”.

⁵⁰ Podría argumentarse, en contra, que la STJUE, 1ª, 26.1.2017 (C-421/14; ECLI:EU:C:2017:60) identificó el perjuicio para el consumidor derivado de la inclusión de una cláusula no transparente sobre el objeto principal del contrato con el hecho de que el precio resultante sea superior al precio normal de mercado en contratos del mismo tipo en el momento en que se realizó el contrato (§65 y 67). Sin embargo, nosotros no consideramos que la STJUE, 1ª, 26.1.2017 identificara el perjuicio con el hecho de que el precio fuera superior al del mercado, sino con que, en igualdad de condiciones de distintos préstamos en el mercado, el método de cálculo del interés en 360 días, en lugar de 365, comportase un encarecimiento del préstamo. En concreto, el TJUE afirmaba, en relación con la cláusula 360/365, que “el órgano jurisdiccional remitente deberá, en particular, comparar el modo de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por esa cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato controvertido en el litigio principal en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los del contrato de préstamo considerado. En particular, deberá comprobar si la circunstancia de que los intereses ordinarios se calculen utilizando un año de 360 días, en lugar del año natural de 365 días, puede conferir carácter abusivo a la mencionada cláusula 3”. Con todo, esta igualdad de condiciones que no acaece cuando se comparan préstamos referenciados a distintos índices legales, ni tampoco existe una diferencia en el cálculo devengo de intereses sino en el propio cálculo del índice. De

seguida por el Tribunal Supremo en esta materia merece considerarse acertada. No parece procedente equiparar las cláusulas suelo y multidivisa con las que acogen el índice IRPH”.

3.2. Declaración de nulidad de la cláusula IRPH y de subsistencia del contrato de forma gratuita

Tras la STJUE 3.3.2020 cabría declarar que la cláusula de indexación al IRPH no supera el control de transparencia material por no haberse entregado información precontractual relativa al último valor disponible y a su evolución en los años previos a la suscripción del préstamo hipotecario, cuando la entidad prestamista estuviera obligada por el ordenamiento jurídico a facilitar dicha información a los potenciales prestatarios. Ahora bien, la STJUE no ampara que ello se produzca como consecuencia de no haber informado sobre su comparación con otros índices de referencia como el Euribor, como tampoco por no haber informado pormenorizadamente sobre la forma de su cálculo, pues, la publicación de esta información en el BOE “permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades” (§53), permitiendo “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” (§56).

Declarada no transparente la cláusula IRPH, comprendemos que debería, con posterioridad, ser declarada abusiva, en los términos expuestos en el punto anterior, para poder ser declarada nula de pleno derecho. Para ello, debería sostenerse que, de haber conocido la evolución previa del IRPH o su último valor, el consumidor no habría aceptado esta cláusula en el seno de una negociación individual.

No en balde, podría declararse la nulidad de la cláusula IRPH por la mera falta de superación del control de transparencia⁵¹, equiparando el control de transparencia al control de abusividad⁵²,

hecho, la propia STJUE 26.1.2017 exige que la evaluación de abusividad se efectúe en atención a los parámetros señalados más arriba, a saber, si “el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual” (§64 y 60). En suma, consideramos que no es extrapolable la valoración del TJUE en relación con la cláusula 360/365 —que no afecta a la determinación del tipo de interés aplicable, sino a su devengo—, a la cláusulas IRPH.

⁵¹ Postura defendida por ORDUÑA MORENO (2020b) p. 3, quien sostiene “[b]asta con atender a la reciente reforma del artículo 83 del TRLGDCU operado por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, en donde se incorpora la nulidad de pleno derecho, como «consecuencia directa» de la cláusula no transparente. Es una conclusión reiterada en la jurisprudencia del TJUE que anuda al carácter no transparente de la cláusula la aplicación del principio de efectividad de la Directiva (art 6.1). La abusividad es la sanción, tanto para el control de contenido, como para el control de transparencia, pero no es un concepto o calificación que sirva para alterar y confundir la independencia de estos dos controles, generando más confusión e inseguridad jurídica”. Así como por MUÑOZ-SABATÉ (2020) p. 4. En contra, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2013) p. 23.

⁵² Lo que es criticado, con acierto, por GUILARTE GUTIÉRREZ (2020a): “[e]l salto desde la falta de transparencia a la nulidad obviando que, como paso intermedio, es preciso el juicio de abusividad tal y como aconseja la lógica más elemental y ha sido reiterado consolidadamente por la doctrina tanto del

esto es, como si la falta de transparencia comportara en sí misma un “desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”⁵³. Esta tesis fue abonada por las STS, Pleno, 24.3.2015 (Ar. 845; MP: Rafael Saraza Jimena); STS, 1ª, 29.4.2015 (Ar. 2042; MP: Rafael Saraza Jimena); o la STS, Pleno, 23.12.2015 (Ar. 5714; MP: Pedro José Vela Torres)⁵⁴. Sin embargo, esta tesis resultó contradicha y abandonada posteriormente por el Tribunal Supremo, aclarando que la falta de transparencia de una cláusula relativa al objeto principal del contrato no comporta su abusividad “pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas”, de modo que esa equiparación entre ambos controles solo tiene cabida en relación con las cláusulas suelo, pues su falta de transparencia conlleva la imposibilidad de que el consumidor se haga una imagen fiel del impacto que esta cláusula tendría en caso de bajada del índice de referencia⁵⁵. De suerte que la STS, 1ª, 11.10.2019 (Ar. 3852; MP: Ignacio Sancho Gargallo) confirma que la eventual falta de transparencia de los intereses remuneratorios de un préstamo, sin existir cláusula suelo, no comporta por sí misma su abusividad.

TJUE (SS. de 20 de septiembre de 2017 y 5 de junio de 2019) como del TS (SS. de 9 de mayo de 2013, 11 de octubre de 2019 y 24 de febrero de 2020)”.

⁵³ Tesis apoyada por PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004) pp. 99 a 102; MARTÍNEZ ESCRIBANO (2014) pp. 306-309; o MORENO GARCÍA (2015) pp. 119-125; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (2020) pp. 1813. Así como en PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017) pp. 113, pero matizando “[a]hora bien, cuando se trata de cláusulas relativas al objeto principal del contrato, el perjuicio para el consumidor ocasionado por una falta de transparencia no consiste en el hecho de que el precio sea excesivo o caro, juicio que además de ser contrario a la libertad de mercado consagrada en el art. 38 de la Constitución Española es por otra parte imposible de realizar en nuestro ordenamiento por faltar un referente conforme al cual valorar si el precio es equilibrado. (...) El perjuicio para el consumidor está en el hecho de que la cláusula haya supuesto una alteración de la relación de equilibrio entre precio y contraprestación, tal y como había sido concebida por el consumidor a partir de la información precontractual que se le había proporcionado, es decir una alteración del acuerdo económico del contrato o del equilibrio subjetivo de las prestaciones. Así, por ejemplo, en el caso de la cláusula suelo, esta no resulta abusiva porque el tipo de interés resulte elevado en la comparación con el resto de tipos habituales del mercado, sino porque la aplicación de la cláusula supone que el interés simplemente sea distinto del que se había representado legítimamente”.

⁵⁴ En palabras de todas ellas: “la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación” [FJ 4º.a) 2]. También la STS, Pleno, 15.11.2017 (Ar. 4730; MP: Rafael Sarazá Jimena) en materia de préstamos multidivisa.

⁵⁵ SSTS 1ª, 7.11.2017 (Ar. 4759; MP: Pedro José Vela Torres); 17.1.2018 (Ar. 34; MP: Pedro José Vela Torres); 23.1.2018 (Ar. 249; MP: Pedro José Vela Torres); 24.1.2018 (Ar. 181; MP: Francisco Javier Orduña Moreno); 4.6.2018 (Ar. 2366; MP: Francisco Javier Orduña Moreno); 11.9.2018 (Ar. 3638; MP: Pedro José Vela Torres); 9.10.2019 (Ar. 3849; MP: Pedro José Vela Torres); 5.12.2019 (Ar. 3849; MP: Pedro José Vela Torres); 23.1.2020 (Ar. 75; MP: Juan María Díaz Fraile); 4.2.2020 (Ar. 440; MP: Pedro José Vela Torres); 9.6.2020 (Ar. 180893; MP: José Luis Seoane Spiegelberg); 11.6.2020 (Ar. 181051; MP: Rafael Saraza Jimena); 11.6.2020 (Ar. 181033; MP: Rafael Saraza Jimena).

En cualquier caso, declarada nula la cláusula IRPH, cabría comprender que el préstamo puede sobrevivir sin la cláusula relativa a los intereses remuneratorios, de forma que el órgano jurisdiccional declarara su expulsión del contrato⁵⁶, quedando este gratuito⁵⁷ (pretensión principal general de los litigantes). Comprendemos que no cabría, por el contrario, expulsar la cláusula del interés remuneratorio exclusivamente en lo relativo al IRPH pero manteniendo parte de dicha cláusula, como es el diferencial (de haberlo), manteniendo el préstamo oneroso a tipo fijo (diferencial). Esto es así porque la STJUE, GS, 26.3.2019 (C-70/17 y C-179/17; EU:C:2019:250) rechazó que pudiera declararse la nulidad parcial de una cláusula⁵⁸.

Que la gratuidad del préstamo debería ser la consecuencia natural de la declaración de nulidad de la cláusula IRPH es la postura defendida por BALLUGERA GÓMEZ (2018), quien sostiene que en el préstamo “el objeto principal es la devolución del capital, la estipulación de interés es un elemento accesorio no esencial, siendo el contrato naturalmente gratuito, debiendo pactarse expresamente y, si el préstamo es mercantil, la estipulación debe hacerse por escrito. Para más marginalidad, la cláusula IRPH no es la cláusula de interés remuneratorio sino una parte o modalidad de la misma. Por tanto, son muchos los pasos que alejan la referencia del IRPH del centro del préstamo, de la definición de su objeto principal o de la relación calidad/precio” (p. 81). Y continúa, “[l]a gratuidad del préstamo es sumamente onerosa para el banco, pero dado el carácter disuasorio de la sanción de nulidad, se considera adecuada a la gravedad que entraña la imposición de cláusulas abusivas en un modo de contratación masivo y es la solución que no por no ser equilibrada deja de ser justa” (p. 88). Tampoco considera BENEYTO (2020) p. 17 que el interés remuneratorio constituya un elemento esencial del contrato de préstamo cuya supresión impida la subsistencia del contrato de préstamo hipotecario: “el carácter «esencialista» que adquieren los intereses remuneratorios, por ser concebidos como precio del negocio jurídico, tiene lugar a resultas de la fase del marco contractual y no por definición legal. Dicho de otro modo, tal carácter esencial se ha incorporado por medio del propio contrato, y evidentemente ni siquiera de forma consensuada, sino como condición general de la contratación. (...) ¿[P]uede subsistir el contrato de préstamo hipotecario sin intereses remuneratorios? Naturalmente que puede, dígame «naturalmente» en el sentido más ortodoxo que se desprende de los arts.1755 CC y 315 CCom, que tipifican tal naturaleza”⁵⁹.

⁵⁶ STJUE, 1ª, 14.6.2012 (C-618/10; ECLI:EU:C:2012:349), y siguientes.

⁵⁷ A favor de ello, BALLUGERA GÓMEZ (2018) p. 86, “su ineficacia que arrastra a la cláusula de interés remuneratorio en su totalidad, quedando el préstamo hipotecario del caso sin dicha cláusula y sin que, conforme a los arts. 65 y 83 TRLGDCU se pueda integrar a favor del banco con otro índice como pudiera ser el euríbor, ni quepa convertir el contrato en un préstamo hipotecario a interés fijo”. También en BALLUGERA GÓMEZ (2020) p. 4. Igualmente, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2019) p. 179; y SÁENZ DE JUBERA HIGUERO (2020) p. 1849.

⁵⁸ En contra, SAÉZ CASTRO (2019) p. 3; o SUÁREZ PUGA (2017) p. 43.

⁵⁹ Asimismo, SÁENZ DE JUBERA HIGUERO (2018) p. 9. sostenía que “tras la declaración de nulidad de la cláusula no cabe moderar el contrato ni integrar la cláusula, sino que debe dejarse sin aplicación la cláusula contractual abusiva para que no afecte al consumidor. Por lo tanto, en este caso, debía dejarse sin aplicación la cláusula de interés remuneratorio declarada abusiva y, en consecuencia, el préstamo se convertía en un préstamo sin intereses”. También FERNÁNDEZ BAENA (2020) pp. 6-7: “el contrato de préstamo con garantía hipotecaria puede subsistir perfectamente sin la estipulación de intereses, puesto que nuestro ordenamiento jurídico permite sin problema alguno el préstamo sin intereses, el predisponente ha podido establecer otras cláusulas distintas que integran el precio del contrato y que no desaparecen por la exclusión de la cláusula o haber vinculado al contrato otras prestaciones o servicios por los que se obtiene beneficio. (...) La declaración de la nulidad de la totalidad del préstamo no puede

3.3. Declaración de nulidad de la cláusula IRPH e imposibilidad de subsistencia del préstamo sin cláusula de intereses remuneratorios

A diferencia de la postura anterior, cabría declarar la nulidad de la cláusula IRPH pero considerar que el préstamo no puede subsistir sin ella, es decir, que el préstamo pactado con carácter oneroso no puede sobrevivir sin pacto de intereses. Esta postura exige comprender que la cláusula relativa a los intereses remuneratorios constituye un elemento esencial del contrato, el precio, y es coherente con la propia cuestión prejudicial segunda (a) planteada por el JPI nº 38 de Barcelona. Dicho de otro modo, es incompatible apelar al art. 4.2 Dir. 93/13/CEE para declarar nula la cláusula IRPH con la negación de su carácter esencial o definitorio del objeto del contrato y, así, con la declaración de subsistencia del contrato y pervivencia del mismo de forma gratuita⁶⁰. Por este motivo, nos parece indiscutido en la jurisprudencia que la cláusula de intereses remuneratorios en préstamos suscritos con carácter oneroso reviste carácter esencial⁶¹, lo que debería comportar la imposibilidad de subsistencia del préstamo sin dicho pacto. A la postre, el voto particular del ex Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno, al que se adhirió el Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas a la STS 14.12.2017 proponía, precisamente, la integración de la cláusula IRPH considerada nula lo que, de conformidad la jurisprudencia del TJUE analizada, solo podría ocurrir de considerar que el préstamo no puede subsistir sin la cláusula anulada. Asimismo, resulta indicativo de la esencialidad del pacto el hecho de que la sanción prevista en nuestro ordenamiento jurídico para la estipulación de intereses usurarios sea, precisamente, la nulidad del contrato de préstamo (art. 1 Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios; BOE nº 206 de 24.7.1908).

En nuestro criterio, una vez incorporado el pacto de intereses al contrato este deviene oneroso por más que naturalmente el contrato de préstamo sea gratuito. Parece que en la causa o motivos de las partes (incluido el consumidor) estaba el carácter oneroso del contrato y su carácter remuneratorio, es decir, el consumidor consintió válidamente suscribir un contrato de préstamo oneroso y no gratuito. De este modo, la causa del contrato de préstamo era la obtención de financiación, por un lado, y la obtención de retribución, por otro. Tal y como reza el art. 1274 CC “[e]n los contratos onerosos se entiende por causa, para cada parte contratante, la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte; en los remuneratorios, el servicio o beneficio que se remunera, y en los de pura beneficencia, la mera liberalidad del bienhechor”. En consecuencia, la descausalización del contrato de préstamo hipotecario con pacto de intereses o, en otros términos, la desaparición sobrevenida de la causa, comportaría su

ser, en consecuencia, el efecto de la declaración de la abusividad de la cláusula”. Igualmente, GOMÁ HERNÁNDEZ (2020), p. 49, §8.

⁶⁰ En palabras de ORDUÑA MORENO (2020c): “hay que puntualizar que también este índice de referencia y no otro, es el que activa el control de transparencia y a su vez, las consecuencias derivadas del mismo”.

⁶¹ Así, todas las sentencias relativas a la cláusula suelo [siguiendo a la STS, Pleno, 9.5.2013 (Ar. 3088; MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos)] parten de su condición de “prestación objeto del contrato”; “elemento esencial del contrato”; “elemento definitorio del objeto principal del contrato”; o “precio del préstamo”. Y lo mismo cabe concluir respecto a las cláusulas multidivisa, por ej. “[a] las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato” [STS, 1ª, 14.3.2019 (Ar. 924; MP: Rafael Saraza Jimena)].

nulidad o imposible subsistencia⁶² (art. 1261.3ª y 1275 CC). Así, en su análisis de los préstamos bancarios, SÁNCHEZ MIGUEL (1992) pp. 164- 165 incluía en el contenido esencial del contrato de préstamo tanto la devolución de los bienes objeto del préstamo como el pago de los intereses pactados. A este respecto, explicaba “aunque ya hemos dicho que no es un elemento esencial del concepto legal del préstamo, sí tenemos que señalar la realidad en los préstamos bancarios del devengo de intereses, que como ya señalé, es el carácter que rompe la unilateralidad del contrato, estando de acuerdo con el profesor GARRIGUES, cuando señala a estos como la causa de su celebración, y en consecuencia, la contraprestación recibida por la entidad de crédito a la entrega del objeto en que se concreta el préstamo” (p. 165).

En relación con la cláusula IRPH concretamente, resulta especialmente ilustrativo RODRÍGUEZ VEGA (2020) al explicar que “[t]anto el art. 1755 CC como el art. 314 CCo prevén que los préstamos no devengarán interés si no se hubiere pactado, añadiendo que, en el caso de los préstamos mercantiles, como sin duda son los bancarios, el pacto ha de constar por escrito. Así pues, existen préstamos gratuitos y onerosos, en los primeros, la causa del contrato es la mera liberalidad del prestamista (art. 1274 CC), mientras que en los onerosos será el interés que el prestatario se compromete a pagar. Creo que nadie discutiría que los préstamos bancarios son siempre onerosos. Si anulamos la cláusula que fija el interés retributivo, el contrato pierde su causa y no puede subsistir. No podemos convertir un préstamo oneroso en otro gratuito sin transmutar su causa, ya que se trata de uno de los elementos esenciales del contrato”⁶³. Igualmente clara es la postura de ORDUÑA MORENO (2020c): “el índice IRPH constituye un elemento indisoluble del precio del préstamo hipotecario (...) no cabe duda de que si el precio cumple una función de contraprestación o de «equivalencia» contractual y, por ende, de onerosidad y sentido económico del contrato, esta función deja de cumplirse cuando el elemento esencial que permite la determinabilidad del precio, esto es, el índice IRPH, resulta nulo (...). es el índice IRPH y no otra referencia, el que comporta que el tipo deudor del préstamo contratado, con relación a la determinación de su precio, sea calificado de «variable» y no de fijo. De ahí su carácter esencial para concretar también esta variabilidad”.

También considera CARRASCO PERERA (2017) que el interés remuneratorio es un elemento esencial de los contratos de préstamo (pp. 781, §16/45). No en balde, como señala el autor, lo cierto es que “[l]a distinción entre elementos esenciales —no sujetos al control— y elementos accesorios (...) obliga a construir distinciones sutiles, con el riesgo de equivocarse, y sin que las mismas respondan al horizonte de comprensibilidad del consumidor ni del predisponente”, por lo que considera, como la realidad demuestra, que el debate al respecto puede devenir estéril (pp. 780-781; §16/44). Esterilidad que se une al propio del debate relativo a la subsistencia del contrato de cara a la integración de las cláusulas anuladas “[p]orque «subsistir» es algo que siempre se puede postular, porque hay una parte del contrato —que determina qué es lo que recibe el consumidor— que siempre puede mantenerse por el bien de éste” (p. 791; §16/59)⁶⁴.

⁶² Al respecto, véase CARRASCO PERERA (2017) p. 162, §4/32 y p. 164, § 4/35.

⁶³ Defienden igualmente la imposibilidad de subsistencia del precio, por tratarse de un elemento esencial del contrato, ALONSO ISA (2020) pp. 7-12; GUILARTE GUTIÉRREZ (2020a).

⁶⁴ En adición, el autor pronostica que “al final el juicio de subsistencia fáctica se acabará equiparando al juicio de subsistencia equitativa” CARRASCO PERERA (2017) p. 791; § 16/59.

Sea como fuere, bajo esta tesis devendría necesario integrar el contrato para eludir la nulidad del mismo a la que abocaría la declaración de nulidad de la cláusula IRPH. Nuevamente ello abre distintas posibilidades, si bien el TJUE sí ha arrojado pautas claras al respecto.

a. *Integración con el índice sustitutivo pactado en la escritura o la cláusula de perdurabilidad del IRPH*

De conformidad con la STJUE 3.3.2020 (§67) declarada la nulidad de la cláusula IRPH, si el juez nacional considerara que el contrato no puede sobrevivir sin tal cláusula, podría reemplazarla por el índice sustitutivo contemplado en la Ley 14/2013 (IRPH Entidades), “*siempre que pueda considerarse que con arreglo al Derecho nacional el referido índice tiene carácter supletorio*” (§66), esto es, “por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato” (§67). Pues bien, la disposición adicional decimoquinta, apartado 3, de la Ley 14/2013 estipula que “[e]n defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo”. Por ende, la aplicación del IRPH Entidades constituye la norma de derecho supletorio aplicable para el caso de que no existiera pacto relativo al índice sustitutorio en el contrato o de que el índice sustitutorio pactado fuera el IRPH Cajas, el IRPH Bancos o el CECA. Dicho de otro modo, en primer lugar, se debería tratar de integrar la cláusula de acuerdo con la previsión convencional de sustitución prevista por las partes⁶⁵, o pactada con posterioridad con la finalidad de excluir la aplicación de la norma supletoria (*rara avis*).

En consecuencia, la primera alternativa que debería ser evaluada es si existe pacto respecto al tipo de interés que deba sustituir al índice contenido en la cláusula anulada. Solo si el interés sustitutivo fuera uno de los desaparecidos, se reconduciría la integración a la cláusula de perdurabilidad⁶⁶ de haberla, o al “índice legal supletorio”, en su defecto. Así las cosas, consideramos que la integración debería intentarse en primer lugar con el índice de referencia sustitutivo pactado contractualmente y que constituya uno de los índices de referencia oficiales en la actualidad (por. ej. Euribor o el IRPH Entidades). En su defecto y, de existir cláusula de perdurabilidad, habiendo sido lo acordado por las partes, debería integrarse la laguna con ella, convirtiendo al préstamo en un préstamo a tipo fijo, antes de recurrir al índice legal supletorio.

b. *Integración con IRPH Entidades en ausencia de sustitutivo convencional*

Siguiendo la STJUE 3.3.2020 (§65-67) en lectura conjunta con la disposición adicional decimoquinta, apartado 3, de la Ley 14/2013, declarada la nulidad de la cláusula IRPH, la imposibilidad de subsistencia del contrato en perjuicio del consumidor, y la inexistencia de índice sustitutivo convencional aplicable o cláusula de perdurabilidad del interés, procedería

⁶⁵ A favor, MARTÍNEZ ESPÍN (2016) p. 69.

⁶⁶ Cláusula según la cual cuando no exista tipo de referencia específico utilizable, se mantendrá el mismo tipo de interés nominal aplicado en el periodo de interés anterior.

integrar la cláusula con el IRPH Entidades en tanto que índice legal supletorio⁶⁷ (incrementado con el diferencial calculado tal y como establece la mencionada disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013).

c. *Integración con el Euribor*

En tercer lugar, se argumenta que declarada nula la cláusula IRPH, esta debería ser integrada con el Euribor con el diferencial fijado para el IRPH (de haberlo), incluso cuando este no fuera el índice previsto como sustitutorio en la escritura de constitución ni conste en ninguna norma de derecho supletorio como exige la jurisprudencia del TJUE⁶⁸, esencialmente, por ser la opción la más beneficiosa para el consumidor. El principal defensor de esta tesis es, como ya se apuntó en relación con el voto particular a la STS 14.12.2017, ORDUÑA MORENO (2020a) p. 4, quien manifiesta: “tal y como analicé en mi voto particular, cabe que juez nacional, ante la posible nulidad del contrato por el carácter abusivo de la cláusula, realice una integración del contrato, siempre que esta integración del contrato resulte más favorable y sea aceptada por el consumidor. En el voto particular ya se expuso que esta integración resultaba favorable al consumidor con relación al índice de referencia euríbor”. En nuestro criterio, ello no queda amparado, como indicábamos, por la jurisprudencia europea.

3.4. Nulidad de la cláusula y del préstamo por imposibilidad de integración con norma de derecho nacional supletoria

Esta alternativa es la más perjudicial para el consumidor pues comportaría la obligación de restituir el capital prestado, descontadas las cantidades amortizadas, así como los gastos e intereses abonados (art. 1303 CC). Con todo, es la alternativa que resultaría de aplicación de concebir que la cláusula IRPH es un elemento esencial del contrato —lo que acaece tácitamente cuando se declara nula, meramente por no superar el control de transparencia material⁶⁹—, en ausencia de cláusula de índice sustitutivo aplicable o de voluntad de integrar con el IRPH Entidades en tanto que índice legal supletorio.

4. Posturas adoptadas por las Audiencias Provinciales tras la STJUE 3.3.2020

Como cabía esperar, la llamada jurisprudencia menor ha adoptado criterios heterogéneos, existiendo sentencias ejemplificativas de cada una de las tesis expuestas en el punto anterior, a excepción de la declaración de nulidad del préstamo. Incluso se han adoptado posturas no barajadas por la doctrina, como la declaración de nulidad de la cláusula IRPH y su integración

⁶⁷ A favor de esta interpretación de la STJUE 3.3.2020, RODRÍGUEZ VEGA (2020); ALONSO ISA (2020) p.10; ALVAREZ ROYO-VILLANOVA (2020b) y (2020c); MARTÍNEZ ESPÍN (2020) p. 7. Decisión criticada por BALLUGERA GÓMEZ (2020) pp. 4-5; y BENEYTO (2020) p. 12.

⁶⁸ SSTJUE, 4^a, 30.4.2014 (C-26/13; EU:C:2014:282); 1^a, 21.1.2015 (C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21); GS, 26.3.2019 (C-70/17 y C-179/17; EU:C:2019:250); GS, 3.3.2020 (C-125/18; EU:C:2020:138).

⁶⁹ Como expusimos, esta equiparación del control de transparencia con el control de abusividad radica en la concepción de que, la falta de transparencia de las cláusulas esenciales del contrato comporta un desequilibrio consistente en la imposibilidad de comparar ofertas, así como en la imposibilidad de comprender el alcance jurídico y económico de la contratación efectuada.

con el tipo fijo aplicado al primer periodo de liquidación. A continuación, daremos cuenta y realizaremos un análisis crítico de las posturas sostenidas por nuestras Audiencias Provinciales hasta el momento de escribir estas líneas⁷⁰.

4.1. Validez de la cláusula IRPH

La mayoría de las Audiencias Provinciales, por el momento, se decantan por declarar la validez de la cláusula IRPH. En concreto, es la postura mantenida por la Sección 8ª de la AP de Alicante⁷¹; por la Sección 15ª de la AP de Barcelona⁷², la Sección 11ª de la AP Barcelona⁷³, la Sección 1ª de la AP de Cáceres⁷⁴; la Sección 2ª de la AP de Cantabria⁷⁵; la Sección 1ª de la AP de Girona⁷⁶; la Sección 3ª de la AP de Granada⁷⁷; la Sección 5ª de la AP de Islas Baleares⁷⁸; la Sección 28ª de la AP de Madrid⁷⁹; y la Sección 5ª de la AP Sevilla⁸⁰. Lo que, siguiendo la enumeración iniciada por GUILARTE GUTIÉRREZ (2020a)⁸¹ arroja un resultado de 10 Secciones de Audiencias Provinciales y 39 sentencias. Ahora bien, las razones que llevan a unas y otras a declarar la validez de la cláusula que indexa el interés variable del préstamo al IRPH no son

⁷⁰ 9.7.2020.

⁷¹ SAP Alicante, Civil Sec. 8ª, 30.4.2020 (nº 340/2020; MP: Luis Antonio Soler Pascual), disponible en: http://www.irphstop.eus/wp-content/uploads/2020/05/200430_AP_Alicante_sentencia340-2020.pdf (última consulta: 9.7.2020).

⁷² SSAP de Barcelona, Civil Sec. 15ª, 21.4.2020 (Ar. 162026; MP: Nuria Barcones Agustín); 24.4.2020 (Ar. 157489; MP: José Mª Fernández Seijo); 30.4.2020 (Ar. 162754; MP: José Mª Fernández Seijo); 30.4.2020 (Ar. 161190; MP: Anna Esther Queral Carbonell); 30.4.2020 (Ar. 162245; MP: Anna Esther Queral Carbonell); 30.4.2020 (Ar. 163413; MP: José Mª Fernández Seijo); 4.5.2020 (Ar. 156710; MP: Nuria Barcones Agustín); 4.5.2020 (Ar. 162589; MP: Marta Cervera Martínez); 6.5.2020 (Ar. 169443; MP: Marta Cervera Martínez); 12.5.2020 (Ar. 162646; MP: Marta Cervera Martínez); 15.5.2020 (Ar. 165920; MP: Berta Pellicer Ortiz); 15.5.2020 (Ar. 165883; MP: José María Ribelles Arellano); 15.5.2020 (Ar. 165298; MP: Berta Pellicer Ortiz); 15.5.2020 (Ar. JUR 165932; MP: Anna Esther Queral Carbonell); 19.5.2020 (Ar. 164451; MP: Manuel Díaz Muyor); 19.5.2020 (Ar. 180805; MP: Marta Pesqueira Caro); 20.5.2020 (Ar. 182305; MP: Berta Pellicer Ortiz); 20.5.2020 (Ar. 186551; MP: Berta Pellicer Ortiz); 21.5.2020 (Ar. 188771; MP: Berta Pellicer Ortiz); 25.5.2020 (Ar. 180184; MP: Luis Rodríguez Vega); 26.5.2020 (Ar. 179354; MP: Berta Pellicer Ortiz); 26.5.2020 (Ar. 198128; MP: Berta Pellicer Ortiz); 26.5.2020 (Ar. 197678; MP: Marta Pesqueira Caro); 26.5.2020 (Ar. 198420; MP: Berta Pellicer Ortiz); y 29.5.2020 (Ar. 188924; MP: Marta Cervera Martínez).

⁷³ AAP Barcelona, Civil Sec. 11ª, 20.5.2020 (Ar. 168572; MP: Antonio Gómez Canal).

⁷⁴ SAP Cáceres, Civil Sec. 1ª, 11.03.2020 (Ar. 150709; MP: Antonio María González Floriano).

⁷⁵ SSAP Cantabria, Civil Sec. 2ª, 8.6.2020 (Ar. 173369; MP: Javier de la Hoz de la Escalera); y 8.6.2020 (Ar. 173332; MP: Javier de la Hoz de la Escalera).

⁷⁶ SSAP Girona, Civil Sec. 1ª, 14.5.2020 (Ar. 165672; MP: Alexandre Contreras Coy); 20.5.2020 (Ar. 186401; MP: Fernando Ferrero Hidalgo); 21.5.2020 (Ar. 187272; MP: Alexandre Contreras Coy); 22.5.2020 (Ar. 186787; MP: Alexandre Contreras Coy); y 29.5.2020 (Ar. 187464; MP: Alexandre Contreras Coy).

⁷⁷ SAP Granada, Civil 3ª, 11.5.2020 (nº 241/2020; MP: Enrique Pinazo Tobes), disponible en: http://www.irphstop.eus/wp-content/uploads/2020/05/200511_AP_Granada_sentencia241-2020.pdf (última consulta: 9.7.2020).

⁷⁸ SSAP Islas Baleares, Civil 5ª, 25.6.2020 (Ar. 199234; MP: Mateo L. Ramón Homar); y 25.6.2020 (Ar. 199452; MP: Mateo L. Ramón Homa).

⁷⁹ SAP Madrid, Civil 28ª, 22.5.2020 (Ar. 164603; MP: Pedro Gómez Sánchez).

⁸⁰ SAP Sevilla, Civil 5ª, 23.4.2020 (AC 388; MP: Juan Márquez Romero).

⁸¹ Seguido en GUILARTE GUTIÉRREZ (2020b).

homogéneas: algunas Audiencias Provinciales consideran que la cláusula no era transparente pero que, pese a ello, no resultaba abusiva; otras comprenden que la cláusula es transparente lo que comporta su validez, sin necesidad de realizar un ulterior control de abusividad; mientras que otras consideran que la cláusula es transparente y, en adición, realizan el control de abusividad concluyendo que tampoco resultaría abusiva.

a. *Cláusula IRPH no transparente pero no abusiva*

Muestra de este criterio es la SAP Alicante, Civil Sec. 8ª, 30.4.2020 (nº 340/2020; MP: Luis Antonio Soler Pascual)⁸², que consideró que la cláusula objeto del litigio no se incluyó de forma transparente toda vez que no se cumplió el segundo parámetro establecido por la STJUE 3.3.2020, a saber, no se entregó el último valor disponible del IRPH ni su evolución en los dos años previos a la contratación. Tras ello, consideramos que de forma acertada, prosiguió “[y] no siendo transparente, procede examinar si la cláusula es o no abusiva (...) el que afirmemos que no es transparente no supone desde luego una imperiosa declaración de nulidad de la cláusula pero tampoco, su declaración de abusividad y consiguiente nulidad, sino la procedencia del juicio de abusividad”. En consecuencia, procedió a evaluar si la cláusula cumplía con las exigencias de la buena fe y justo equilibrio. En su criterio, que compartimos, “ni hay desequilibrio ni hay perjuicio para el consumidor pues este índice, como cualquiera otro de los que había en mercado y se había publicado por el Banco de España y por el BOE, no tiene, en sí mismo considerado, un efecto negativo para el prestatario, no ya porque su oficialidad permite presuponer exactamente lo contrario sino porque, desde luego, no consta que por sus características y comercialización al tiempo de la contratación dicho índice fuera notoriamente perjudicial para los prestatarios respecto de otros índices oficiales”. También tomó en consideración para alcanzar esta conclusión el hecho de que los diferenciales aplicados al IRPH fueran menores que los adicionados al Euribor, así como el hecho de que los mismos reproches que se realizan al IRPH podrían realizarse respecto a cualquier otro índice oficial (como apuntó la STS 14.12.2017).

Esta es también la postura mantenida por la AP Cantabria, Secc. 2, 8.6.2020 (Ar. 173369; MP: Javier de la Hoz de la Escalera); y 8.6.2020 (Ar. 173332; MP: Javier de la Hoz de la Escalera). En estas sentencias, la AP de Cantabria declara la falta de transparencia de la cláusula IRPH por falta de entrega de la evolución previa del índice, habiendo constatado que los préstamos entraban en el ámbito de aplicación de la Orden 1994. Con todo, considera que la cláusula no es abusiva pues “el hecho de que históricamente se haya constatado un mayor valor del índice IRPH Cajas en relación al Euribor —atendiendo únicamente al índice de referencia—, no permite afirmar un desequilibrio importante en el momento de la contratación, que es el que debe considerarse, ni permite imputar a la entidad de crédito mala fe dado que por definición no es previsible la evolución de los tipos de intereses ni puede afirmarse que la entidad pudiera prever que ocurriera”.

Igualmente, las SSAP Islas Baleares, Civil 5ª, 25.6.2020 (Ar. 199234; MP: Mateo L. Ramón Homar); y 25.6.2020 (Ar. 199452; MP: Mateo L. Ramón Homa), consideran que la cláusula no fue incorporada de forma transparente dado que no se entregaron los folletos con la evolución previa del IRPH. Con todo, rechazan que la cláusula no supere el juicio de abusividad con una

⁸² Disponible en: http://www.irphstop.eu/wp-content/uploads/2020/05/200430_AP_Alicante_sentencia340-2020.pdf (última consulta: 9.7.2020).

elaborada argumentación: en el momento de la contratación y los dos años previos, la diferencia entre el IRPH estipulado y su diferencial, y el Euribor con diferenciales superiores al 0,25%, era similar, con diferencias de entre el 0,74% y 0,87% entre ambos índices sin aplicar diferencial alguno, por lo que “no se ha acreditado que en la fechas de celebración del contrato, la aplicación de dicho índice, relacionado con el diferencial, fuera gravemente perjudicial para el consumidor”. No fue, comprenden las sentencias, hasta un momento posterior a la contratación (año 2009) cuando la diferencia se incrementó, sin embargo, “para valorar el desequilibrio debe estarse a las circunstancias existentes a la fecha de celebración del contrato, no a la evolución futura de dichos índices”.

Similar criterio sostiene la SAP Madrid, Civil 28ª, 22.5.2020 (Ar. 164603; MP: Pedro Gómez Sánchez) al afirmar que “aún constatado que en el año 2005 en que se celebró el contrato existía una diferencia de casi un punto entre el Euribor y el IRPH en favor del primero (2,219% y 3,197%, respectivamente), parecen no haber reparado los demandantes en que el precio del préstamo, es decir, el interés, es la resultando de adicionar el índice pactado a un diferencial que en este caso se concretó en el 0,1%, no habiendo realizado aquellos el menor esfuerzo por justificar los diferenciales que en esa época se estaban practicando en los préstamos referenciados a Euribor, circunstancia esta que nos impide valorar si, como se argumenta, el índice por el que optaron —el IRPH— fue o no desventajoso”. Por tanto, incluso considerando que la cláusula no cumplía con los requisitos de transparencia establecidos por la STJUE 3.3.2020 por no constar que se entregara la evolución del IRPH en los dos años previos a la suscripción, concluyó que “los apelantes no han conseguido justificar que la cláusula de referenciación al IRPH del interés variable de su préstamo hipotecario genere para ellos, en contra de las exigencias de la buena fe, algún tipo de desequilibrio entre precio y prestación”.

b. Cláusula IRPH transparente, sin necesidad de realizar control de contenido

Ilustra esta postura la SAP Sevilla, Civil 5ª, 23.4.2020 (AC 388; MP: Juan Márquez Romero), que sigue en lo esencial los argumentos de la STS 14.12.2017, concluyendo que siendo el IRPH un índice oficial cuyo sistema de cálculo se establece normativamente “debemos seguir estimando que la cláusula IRPH no es sino reflejo de una normativa imperativa u obligatoria, que garantiza o debe garantizar su idoneidad y, por lo tanto, no puede hablarse de falta de transparencia de la misma”. De hecho, señala *ober dictum* que “menos justificación tendría su sustitución por el EURIBOR, que es un índice aún más difícil de comprender por un consumidor medio y al que igualmente afecta la alegación de la posibilidad de su manipulación”. Rechaza también que cupiera apreciar error en el consentimiento invalidante pues siendo índices públicos, estaban a disposición del demandante, siendo así que “la jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que le era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al celebrar el contrato”. A mayor abundamiento, recalca que en este caso la controversia resulta aún más cuestionable cuando el demandante tenía reconocida, en la escritura de préstamo, la posibilidad de cambiar del IRPH Cajas al Euribor con un diferencial de un punto y, sin embargo, nunca hizo uso de esta facultad. Además, condenó en costas a los apelantes-demandantes.

También alcanza esta conclusión la SAP Cáceres, Civil Sec. 1ª, 11.03.2020 (Ar. 150709; MP: Antonio María González Floriano), aunque sin entrar a valorar si era preceptiva la entrega de la evolución previa del índice de referencia ni si, en tal caso, se cumplió con dicha obligación. En sus términos: “no es abusivo ni, por tanto, nulo, en la medida en que supera el estándar de

transparencia y, por supuesto, el de incorporación, no solo porque se trata de un índice oficial, sino porque es claro y de sencilla comprensión para el prestatario así como de fácil conocimiento. En el propio Pacto Tercero Bis, se indica que se publica en el Boletín Oficial del Estado, «sin realizar ningún tipo de ajuste o conversión, tomándose el publicado como nominal», de tal modo que para la determinación del índice de referencia no es necesaria ningún tipo de operación matemática ni financiera al objeto de conocer el tipo de interés en cada momento, y siempre es público».

Por su parte, las SSAP de Girona, Civil, Sec. 1ª, 14.5.2020 (Ar. 165672; MP: Alexandre Contreras Coy); 20.5.2020 (Ar. 186401; MP: Fernando Ferrero Hidalgo); 21.5.2020 (Ar. 187272; MP: Alexandre Contreras Coy); 22.5.2020 (Ar. 186787; MP: Alexandre Contreras Coy); y 29.5.2020 (Ar. 187464; MP: Alexandre Contreras Coy), han reiterado la transparencia de las cláusulas de perdurabilidad del IRPH, íntimamente relacionadas con la propia transparencia de la cláusula IRPH. Como apuntamos, esta cláusula establece que durante los periodos en que no exista índice de referencia convencional aplicable por no haberse publicado este, se mantendrá el mismo tipo de interés nominal aplicado en el periodo de interés anterior, quedando a tipo fijo el préstamo por dicho valor. De este modo, estas cláusulas excluyen convencionalmente la aplicación del índice legal supletorio de conformidad con la disposición adicional decimoquinta de la 14/2013. En particular, las sentencias comprenden que “no [es] admisible un conocimiento parcial de la cláusula que regula el interés remuneratorio, en el sentido que se sabía que estaba sujeta a un interés variable (IRPH Cajas) pero que desconocía la cláusula litigiosa, cláusula perfectamente clara y entendible en toda su extensión e integrada en la misma estipulación de carácter contractual”. Más aún, “el pacto es de una claridad meridiana que no precisa de ninguna explicación, pues desaparecidos los índices de referencia, se aplica el ultimo determinado”⁸⁵.

c. Cláusula IRPH transparente y, además, no abusiva

El estandarte de esta posición es la Secc. 15ª de la AP de Barcelona, con veintiséis sentencias⁸⁴ dictadas al respecto en las que se sostiene que la cláusula IRPH es transparente y que, incluso cuando no lo fuera, no sería en ningún caso abusiva⁸⁵. Comprende la Secc. 15ª de la AP

⁸³ SAP de Girona, Civil, Sec. 1ª, 20.5.2020 (Ar. 186401; MP: Fernando Ferrero Hidalgo).

⁸⁴ SSAP de Barcelona, Civil Sec. 15ª, 21.4.2020 (Ar. 162026; MP: Nuria Barcones Agustín); 24.4.2020 (Ar. 157489; MP: José Mª Fernández Seijo); 30.4.2020 (Ar. 162754; MP: José Mª Fernández Seijo); 30.4.2020 (Ar. 161190; MP: Anna Esther Queral Carbonell); 30.4.2020 (Ar. 162245; MP: Anna Esther Queral Carbonell); 30.4.2020 (Ar. 163413; MP: José Mª Fernández Seijo); 4.5.2020 (Ar. 156710; MP: Nuria Barcones Agustín); 4.5.2020 (Ar. 162589; MP: Marta Cervera Martínez); 6.5.2020 (Ar. 169443; MP: Marta Cervera Martínez); 12.5.2020 (Ar. 162646; MP: Marta Cervera Martínez); 15.5.2020 (Ar. 165920; MP: Berta Pellicer Ortiz); 15.5.2020 (Ar. 165883; MP: José María Ribelles Arellano); 15.5.2020 (Ar. 165298; MP: Berta Pellicer Ortiz); 15.5.2020 (Ar. JUR 165932; MP: Anna Esther Queral Carbonell); 19.5.2020 (Ar. 164451; MP: Manuel Díaz Muyor); 19.5.2020 (Ar. 180805; MP: Marta Pesqueira Caro); 20.5.2020 (Ar. 182305; MP: Berta Pellicer Ortiz); 20.5.2020 (Ar. 186551; MP: Berta Pellicer Ortiz); 21.5.2020 (Ar. 188771; MP: Berta Pellicer Ortiz); 25.5.2020 (Ar. 180184; MP: Luis Rodríguez Vega); 26.5.2020 (Ar. 179354; MP: Berta Pellicer Ortiz); 26.5.2020 (Ar. 198128; MP: Berta Pellicer Ortiz); 26.5.2020 (Ar. 197678; MP: Marta Pesqueira Caro); 26.5.2020 (Ar. 198420; MP: Berta Pellicer Ortiz); y 29.5.2020 (Ar. 188924; MP: Marta Cervera Martínez).

⁸⁵ Se adhiere a esta postura el AAP Barcelona, Civil Sec. 11ª, 20.5.2020 (Ar. 168572; MP: Antonio Gómez Canal).

Barcelona que la cláusula es transparente en base a los siguientes argumentos: (i) generalmente, la entrega de la evolución previa del índice y su último valor no era obligatoria por referir a pleitos en los que el importe del préstamo era superior a 150 253€, ámbito de aplicación de la Orden 1989 y Circular 1990 modificada por la Circular 1994; (ii) incluso cuando fuera preceptiva su entrega (aunque no se encuentra entre estas sentencias ninguna que enjuiciara un caso en el que el préstamo fuera de valor inferior a 150 253€), “la Circular 5/1994, de 22 de julio (norma sexta *bis*), obligaba al Banco de España a dar una difusión adecuada a estos índices que, en todo caso, se publicaban mensualmente, en el Boletín Oficial del Estado. Este dato es especialmente importante, ya que cualquier consumidor medio tendría un fácil acceso a la evolución de los diferentes índices, bien mediante la información difundida por el Banco de España, bien mediante la publicación mensual de esos índices en el BOE, aun en aquellos casos en los que no haya prueba sobre la entrega del folleto cuando procediera. Además (...) es notorio que, en el momento en que se suscribió el préstamo, los distintos índices de referencia se difundían, confrontados entre sí, en buena parte de medios de comunicación, generalistas y especializados, a los que podía acceder con facilidad el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz. Se trata de información pública y accesible a cualquiera, en la medida que el consumidor medio dispone de múltiples canales para conocer el índice de referencia y su evolución”⁸⁶.

En adición, la AP de Barcelona, Civil, Sec. 15 reitera que, incluso cuando existiera una hipotética falta de transparencia de la cláusula IRPH, esta no implicaría su nulidad, “sino únicamente que el juez pueda comprobar si la misma es abusiva”⁸⁷. Así pues, sus sentencias coinciden en concluir al respecto que dicha abusividad solo podría predicarse si el test de abusividad versara sobre comparación de los datos futuros del IRPH y del Euribor, dato incierto en el momento de la contratación. Por el contrario, el control de abusividad debe referir al momento y circunstancias concurrentes en el momento de suscribir el contrato, como señala la STJUE 3.3.2020. A mayor abundamiento, se destaca que no se puede inferir la existencia de mala fe del predisponente por elegir o seleccionar uno de los índices oficiales, salvo que se probase que conocía la evolución futura y ocultara esta información de forma maliciosa, lo que debería ser probado por quien lo alegue. De este modo, se reitera que “es realmente difícil decir que la elección de uno de los tipos de referencia en ese momento es contraria a la buena fe, ya que se trataba de uno de los seis tipos de referencia elaborados por el Banco de España, en cumplimiento de un encargo del legislador. Para ello, *lo único que tendría que probarse es que en ese momento el banco o la caja de ahorros tenía una información relevante sobre la inminente evolución de los tipos de interés, que maliciosamente ocultó al consumidor-prestatario, y cuyos efectos se mostraron en la ejecución del contrato*. En tal supuesto, la cláusula hubiera sido introducida en contra de las exigencias de la buena fe, ya que, de haber compartido esa información relevante con el consumidor, se podría presumir que éste, en una situación de equilibrio (esto es, con el mismo nivel de información) no la hubiera aceptado. *En definitiva y con carácter general, la opción por uno de los índices de referencia oficiales no puede ser contraria a la buena fe*”⁸⁸. Asimismo, en determinadas ocasiones se compara en IRPH y diferencial pactado con el valor del Euribor con los diferenciales aplicados generalmente en el momento de

⁸⁶SSAP de Barcelona, Civil, Sec. 15ª, 30.4.2020 (Ar. 161190; MP: Anna Esther Queral Carbonell).

⁸⁷ Por todas las citadas.

⁸⁸ Tomado de la SAP de Barcelona, Civil, Sec. 15ª, 15.5.2020 (Ar. JUR 165932; MP: Anna Esther Queral Carbonell), pero común a todas ellas.

la contratación, concluyendo que en dicho momento no existía diferencia significativa que permitiera concluir que de haber tenido una comparativa de ambos índices hubieran tomado una decisión distinta a la adoptada⁸⁹.

Con todo, la Sec. 15ª AP de Barcelona incurre, en nuestra opinión, en una inexactitud al considerar que “después del 29 de abril de 2012, fecha de derogación de la citada Orden de 1994, sencillamente no sería exigible [la entrega de la evolución previa del índice]”, por considerar que “la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre (entra en vigor el 29 de abril de 2012), de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en sus arts. 21 y 22, incluye la obligación de ofrecer información precontractual a través de lo que se llama Ficha de Información Precontractual (FIPRE) y, una vez obtenida información del cliente, a través de la Ficha de Información Personalizada (FIPER). Pues bien, entre aquellos requisitos, curiosamente, ha desaparecido el relativo a la evolución del tipo de interés de referencia ofrecido por el banco, requisito que tampoco aparece en el art. 14 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario”⁹⁰. Es cierto que no se ha de entregar el listado de la evolución del índice de referencia en los dos años anteriores, pero ello no significa que no existan obligaciones de información al respecto que han de ser equiparadas a obligación a efectos de evaluar la transparencia de las cláusulas relativas a índices de referencia, siguiendo los parámetros del TJUE. Como apuntamos en el apartado 2.3 de este trabajo, el art. 26 Orden 2899/2011 (redacción previa a su modificación por la Orden 482/2019) sí imponía la obligación de adjuntar a la FIPER “una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés. A estos efectos, se presentarán al menos tres cuotas de amortización, calculadas mediante el empleo de los niveles máximos, medios y mínimos que los tipos de referencia hayan presentado durante los últimos quince años o el plazo máximo disponible si es menor”. Lo mismo cabría apuntar respecto a la regulación posterior a la LCCI, pues la FEIN debe ejemplificar el tipo máximo de cuota con la TAE al tipo deudor más elevado de los últimos veinte años como mínimo, o el periodo más largo para el cual tales datos estuvieran disponibles, sobre la base del máximo valor de cualquier tipo de referencia externo empleado para el cálculo del tipo deudor. Además, el art. 26.2 de la Orden 2899/2011-2019, aclara que en los préstamos a interés variable deberá entregarse un documento en el que se presenten, al menos, tres cuotas de amortización calculadas mediante el empleo de los niveles máximos, medios y mínimos que el índice de referencia utilizado en la ficha europea de información normalizada (FEIN) haya presentado durante los últimos veinte años o el plazo máximo disponible si es menor. A la postre, la FiAE debe advertir del índice de referencia aplicable y de la ausencia de techo —en su caso—.

4.2. Nulidad de la cláusula IRPH

A pesar de no representar la mayoría, lo cierto es que no son pocas las sentencias que declaran la nulidad de la cláusula IRPH. En concreto, han considerado nula la cláusula IRPH la Sección 1ª de la AP de Álava⁹¹; la Sección 4ª de la AP de Barcelona⁹²; la Sección 17ª de la AP de

⁸⁹ Por ej. las SSAP de Barcelona, Civil, Sec. 15ª, 15.5.2020 (Ar. 165883; MP: José María Ribelles Arellano); 19.5.2020 (Ar. 164451; MP: Manuel Díaz Muyor).

⁹⁰ Sirva como muestra la SAP de Barcelona, Civil, Sec. 15ª, 30.4.2020 (Ar. 161190; MP: Anna Esther Queral Carbonell).

⁹¹ SAP de Álava, Civil Sec. 1ª, 14.5.2020 (Ac. 559; MP: David Losada Durán).

Barcelona⁹⁵; la Sección 1ª de la AP de Guadalajara⁹⁴; la Sección 6ª de la AP de Málaga⁹⁵; la Sección 1ª de la AP de Tarragona⁹⁶; la Sección 1ª de la AP de Toledo⁹⁷; la Sección 2ª de la AP de Toledo⁹⁸; y la Sección 9ª de la AP de Valencia⁹⁹. En total, se contabilizan, 9 secciones de Audiencias Provinciales y 20 sentencias que declaran la nulidad de la cláusula IRPH.

Con carácter general, la declaración de nulidad de la cláusula IRPH es realizada como consecuencia de la equiparación del control de transparencia con el control de abusividad de forma que, declarado no superado el control de transparencia se concluye automáticamente la abusividad y nulidad de la cláusula. Hasta el momento de escribir estas líneas, tan solo hemos hallado una sentencia que, tras declarar la cláusula IRPH no transparente, procede con posterioridad a someterla al control de abusividad, comprendiendo que tampoco lo supera: la SAP de Valencia, Civil, Sec. 9ª, 1.6.2020 (Ar. 170914; MP: Gonzalo Caruana Font de Mora)¹⁰⁰.

Así pues, las discrepancias existentes entre las Audiencias Provinciales que declaran la nulidad de la cláusula IRPH no consisten tanto en la causa de la declaración de nulidad, como en las consecuencias de dicha declaración, a saber, si declarada la cláusula nula debe ser integrada o no y, en su caso, con qué índice de referencia o tipo de interés. Por este motivo, la clasificación

⁹² AAAP de Barcelona, Civil, Sec. 4ª, 5.3.2020 (Ar. 156110; MP: Vicente Conca Pérez); y 15.5.2020 (Ar. 162590; MP: Marta Dolores del Valle García).

⁹⁵ AAP de Barcelona, Civil, Sec. 17ª, 18.5.2020 (Ar. 193661; MP: Paulino Rico Rajo).

⁹⁴ SSAP de Guadalajara, Civil, Sec. 1ª, 21.5.2020 (Ar. 193435; MP: María Elena Mayor Rodrigo); y 21.5.2020 (Ar. 193306; MP: María Elena Mayor Rodrigo).

⁹⁵ SSAP de Málaga, Civil, Sec. 6ª, 18.3.2020 (AC 558; MP: no indicado); y 21.4.2020 (Ar. 157436; MP: Inmaculada Suárez Bárcena Florencio).

⁹⁶ SSAP de Tarragona, Civil, Sec. 1ª, 11.3.2020 (Ar. 152653; MP: Manuel Horacio García Rodríguez); 22.4.2020 (Ar. 189166; MP: Manuel Horacio García Rodríguez); 22.4.2020 (Ar. 186882; MP: Manuel Horacio García Rodríguez); 22.4.2020 (Ar. 187229; MP: Manuel Horacio García Rodríguez); 6.5.2020 (Ar. 187055; MP: Manuel Horacio García Rodríguez); 13.5.2020 (Ar. 188179; MP: Inmaculada Perdígones Sánchez); 13.5.2020 (Ar. 187175; MP: Inmaculada Perdígones Sánchez); y 19.5.2020 (Ar. 186189; MP: Inmaculada Perdígones Sánchez).

⁹⁷ SAP de Toledo, Civil, Sec. 1ª, 29.4.2020 (Ar. 172260; MP: Juan Ramón Brigidano Martínez).

⁹⁸ SSAP de Toledo, Civil, Sec. 2ª, 11.3.2020 (Ar. 172322; MP: Florencio Rodríguez Ruiz); y de 20.5.2020 (Ar. 195222; MP: Alfonso Carrión Matamoros)

⁹⁹ SAP de Valencia, Civil, Sec. 9ª, 1.6.2020 (Ar. 170914; MP: Gonzalo Caruana Font de Mora).

¹⁰⁰ Que advierte que, si bien el nuevo párrafo II de art. 83 TRLGDCU (tras su modificación por la LCCI) considera nulas las cláusulas no transparentes, “[e]l precepto mantiene en su párrafo primero el efecto de nulidad de las cláusulas abusivas; con lo que claramente el legislador está configurando dos clases autónomas de categorías jurídicas en las cláusulas no negociadas con consumidores y no anuda que la cláusula no transparente, sea además abusiva, sino que debe causar perjuicio al consumidor”. Sin embargo, el precepto no resulta de aplicación cronológicamente al caso, por lo que, en todo caso, debe probarse que la cláusula produce un desequilibrio en perjuicio del consumidor. Concluyendo, al respecto, que “sí concurre, efectivamente, un perjuicio o desequilibrio para el consumidor”, aunque este desequilibrio es provocado por la falta de información, en concreto ello impidió que el cliente se hiciera una previsión del precio del crédito, que evaluara que IRPH era un índice minoritario y con menor información pública y mediática que el Euribor, y que pudiera comparar las ofertas del mercado. Además, resulta remarcable que la AP evaluara la sujeción del préstamo al ámbito de aplicación de la Orden 1989, explicando que si bien el préstamo ascendía a 150 300€, a entidad profesional prestamista se acogió a dicha Orden Ministerial al confeccionar y entregar la oferta vinculante al cliente.

que haremos de estas sentencias en lo siguiente responderá a las consecuencias de la nulidad aplicadas.

a. *Nulidad e integración con IRPH Entidades*

Son partidarias de esta opción la Sección 1ª de la AP de Tarragona¹⁰¹ y la Sección 9ª de la AP de Valencia¹⁰². Un total de 2 Secciones de Audiencias Provinciales y 9 sentencias.

A modo de ilustración, la SAP de Tarragona, Civil, Sec. 1ª, 11.3.2020 (Ar. 152653; MP: Manuel Horacio García Rodríguez), cuya postura es seguida por las sentencias posteriores de la Sección, comprende que la falta de entrega de la evolución del índice durante los dos años previos comporta la falta de transparencia de la cláusula lo que es equiparado a su abusividad, es decir, no se efectúa posterior control de abusividad o desequilibrio contrario a la buena fe contractual. Ahora bien, siguiendo lo preceptuado por la STJUE 3.3.2020 y, siendo el índice sustitutivo previsto en el contrato otro inexistente (CECA), ordena la sustitución del IRPH Cajas por el IRPH Entidades más el diferencial resultante de conformidad con la regla prevista en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013¹⁰³. Con todo, hay que matizar que la sentencia no señala cuál fue el importe del préstamo contratado en el año 2004 (recordemos que solo era obligatorio entregar dicha evolución del índice si el préstamo era inferior a 150 253,026€), y afirma —comprendemos que erradamente— que “la obligación de informar a los consumidores de cual había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo con ese índice y del último valor disponible, lo que viene recogido de manera expresa por la Orden 5 mayo 1994 (Anexo I, Punto 3), sea cual sea la cuantía del préstamo o crédito”. Y es que, como se estudió en el apartado 2.2. de este trabajo, de conformidad con el art. 1 de la Orden 5 de mayo 1994, esta solo resultaba aplicable a préstamos hipotecarios en los que concurrieran, conjuntamente, las siguientes circunstancias: (i) que la hipoteca recayera sobre una vivienda; (ii) que el prestatario sea persona física; y (iii) que el importe del préstamo no fuera superior a 25 millones de pesetas o su equivalente en divisas, esto es, 150 253,026€.

Por su parte, la SAP Valencia, Civil 9ª, 1.6.2020 (Ar. 170914; MP: Gonzalo Caruana Font de Mora), explica que, de conformidad con el art. 4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. (BOE nº 153, de 2.7.1985), debe atenderse a las indicaciones de la STJUE de 3.3.2020. En consecuencia, siendo el índice sustitutivo convencional el tipo CECA (también desaparecido), debe aplicarse “un precepto imperativo sustitutivo por ley que fija cual es el

¹⁰¹ SSAP de Tarragona, Civil, Sec. 1ª, 11.3.2020 (Ar. 152653; MP: Manuel Horacio García Rodríguez); 22.4.2020 (Ar. 189166; MP: Manuel Horacio García Rodríguez); 22.4.2020 (Ar. 186882; MP: Manuel Horacio García Rodríguez); 22.4.2020 (Ar. 187229; MP: Manuel Horacio García Rodríguez); 6.5.2020 (Ar. 187055; MP: Manuel Horacio García Rodríguez); 13.5.2020 (Ar. 188179; MP: Inmaculada Perdigones Sánchez); 13.5.2020 (Ar. 187175; MP: Inmaculada Perdigones Sánchez); y 19.5.2020 (Ar. 186189; MP: Inmaculada Perdigones Sánchez).

¹⁰² SAP Valencia, Civil 9ª, 1.6.2020 (Ar. 170914; MP: Gonzalo Caruana Font de Mora).

¹⁰³ Solución poco satisfactoria para la parte demandante, como expone ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA (2020c) “reconoce la necesidad de aplicar un interés sustitutivo legal muy semejante al anterior, viaje para el cual sobran alforjas y litigios”. De igual modo, MARTÍNEZ ESPÍN (2020) p. 8 “[m]alos augurios, aunque nunca se sabe, acuérdense lo que pasó con la jurisprudencia del TS en materia de novaciones de cláusula suelo”.

índice del tipo de interés que ha de aplicarse al contrato y sin posibilidad de accionar por tal cambio. (...) En consecuencia, la nulidad del tipo IRPH Cajas ha de ser sustituido, en el caso presente, por el Tipo IRPH Entidades que, además, es el que efectivamente viene aplicando la entidad demandada en cumplimiento de la citada disposición legal, desde diciembre de 2013". Así pues, se condena a la entidad prestamista a restituir el exceso abonado por los demandantes entre el tipo aplicado con el IRPH Cajas en comparación con la aplicación del Tipo IRPH Entidades, desde la fecha de contrato hasta diciembre de 2013.

b. Nulidad e integración con el Euribor en tanto que índice sustitutivo convencional

En el apartado 3.3.a. de este trabajo, expusimos que el índice sustitutivo legal, de conformidad con la disposición adicional decimoquinta de la Ley 13/2014, tan solo resultaba de aplicación de no haberse pactado un índice sustitutivo vigente o un tipo de interés específico (cláusula de perdurabilidad). En este sentido, tan solo hemos tenido acceso a una sentencia que procediera a la integración con el Euribor por ser, precisamente, el índice sustitutivo pactado en el préstamo hipotecario [siguiendo la STS, Pleno, 15.11.2017 (Ar. 4730; MP: Rafael Sarazá Jimena) y aplicando por analogía la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, que no resultaba de aplicación por ser el índice enjuiciado el IRPH Entidades].

En particular, la SAP Álava, Civil 1ª, 14.5.2020 (AC 559; MP: David Losada Durán) declaró nula por falta de transparencia la cláusula IRPH Entidades (índice no desaparecido y al que tampoco resultaría de aplicación la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013), porque no se entregó la evolución previa del IRPH Entidades (incluso cuando reconozca que la entidad no venía obligada a ello por superar el importe del préstamo los 150 253,026€); así como por no haber entregado un estudio comparativo de su comportamiento y el del Euribor (criterio rechazado por el TJUE), explicando que "en virtud del TJUE de 3 de marzo de 2020 ya no cabe apreciar la existencia de dos controles diferenciados, sino que el control es único". Tras ello, concluyó que "[e]n la medida en que dicha declaración de nulidad afecta al objeto del contrato, podría producir la inexistencia del mismo y, en definitiva, un perjuicio para el consumidor, que habría de devolver el capital del préstamo. Por ello, procede la integración de la cláusula conforme a la jurisprudencia del TJUE (...). Siguiendo con las pautas previstas en la STS 608/2017 de 15 de noviembre, la nulidad del tipo de interés principal debe conducir a la aplicación del tipo de interés supletorio pactado en el contrato, Euribor+1% (...). También se responde de modo análogo a la regulación que estableció la DA 15ª Ley 14/013 para el caso de la eliminación de los índices de referencia contenidos en la norma, aunque somos conscientes que dicho precepto no es aplicable al IRPH entidades. (...) Es, además, el índice de referencia que solicita la parte consumidora".

c. Nulidad e integración con el Euribor incluso no siendo el índice sustitutivo convencional

Es la postura mantenida por la Sección 4ª de la AP de Barcelona¹⁰⁴; la Sección 1ª de la AP de Guadalajara¹⁰⁵; la Sección 6ª de la AP de Málaga¹⁰⁶; así como la Sección 2ª de la AP de Toledo¹⁰⁷. Un total 4 de Secciones de Audiencias Provinciales y 8 sentencias.

¹⁰⁴ AAAP Barcelona, Civil 4ª, 5.3.2020 (Ar. 156110; MP: Vicente Conca Pérez); y 15.5.2020 (Ar. 162590; MP: Marta Dolores del Valle García).

¹⁰⁵ SSAP Guadalajara, Civil 1ª, 21.5.2020 (Ar. 193435; MP: María Elena Mayor Rodrigo); 27.5.2020 (Ar. 193306; MP: María Elena Mayor Rodrigo).

Por lo que respecta a los AAAP de ejecución Barcelona, Civil 4ª, 5.3.2020 (Ar. 156110; MP: Vicente Conca Pérez); y 15.5.2020 (Ar. 162590; MP: Marta Dolores del Valle García), ambos declaran no transparente la cláusula IRPH (equiparando falta de transparencia a la abusividad), sin mencionar a la STJUE de 3.3.2020, concluyendo que la cláusula anulada debe ser integrada por el Euribor incrementado con el diferencial pactado para el IRPH originalmente. La argumentación esgrimida por ambos autos es la siguiente: “[s]in cuestionar estas conclusiones [las de la STS 14.12.2017], lo que sí ha de hacer el Banco es dar esa información especialmente clara acerca del alcance de la cláusula que va a regular el interés durante toda la vida del contrato (...) [p]ues no hemos de perder de vista que el índice IRPH es de utilización absolutamente minoritaria (en comparación con el Euribor), según se pone de relieve en la propia sentencia del Tribunal Supremo y, además, es notorio. Pues bien, siendo así, una mínima exigencia de lealtad obligaba al Banco a *exponer al cliente en qué consistía el índice de implantación abrumadoramente mayoritaria* y el que proponía para el contrato (sin perjuicio de que no ofreciera el Euribor, si no quería) y *cuál era la evolución de los mismos en los últimos años* (especialmente cuando es tan notorio que sus caminos han sido muy diversos). El no actuar en esa forma ha permitido al Banco disimular la imposición de un interés mucho más elevado (*por lo menos a tiempo presente*, pues a largo plazo se desconoce la evolución de ambos índices) (...). Por todo ello, entendemos que la cláusula resulta nula por la omisión de la necesaria y mínima información a facilitar por el Banco para que el cliente se formara, sin necesidad de un análisis pormenorizado y profundo del contrato, una imagen fidedigna de la carga económica que asumía. (...) [P]or lo que procede declarar la nulidad de dicha cláusula y acordar, no el sobreseimiento de la ejecución, sino que sea aplicado el Euribor en lugar del I.R.P.H., con recálculo de la cantidad exigible”. Como se observa, los autos exigen unos parámetros de transparencia rechazados por la STJUE 3.3.2020 (comparativa con el Euribor, asesoramiento respecto al Euribor, etc.) y aplican, sin argumentación justificativa, el Euribor como índice sustitutorio.

Las SSAP Guadalajara, Civil 1ª, 21.5.2020 (Ar. 193435; MP: María Elena Mayor Rodrigo); 27.5.2020 (Ar. 193306; MP: María Elena Mayor Rodrigo) también fundamentan la nulidad de la cláusula IRPH en la falta de superación de estándares de transparencia rechazados por la STJUE 3.3.2020. En concreto, declaran intransparente y, así, abusiva la cláusula IRPH ya que no constaba “que se les hiciese simulaciones de escenarios diversos de los dos índices de referencia dados como opciones o de otros posibles, sobre los distintos escenarios que podían producirse (principalmente aquellos más desfavorables en función de la evolución del índice de referencia), ni la práctica de advertencias claras, precisas y comprensibles sobre el coste comparativo entre ambos índices, lo que sin duda hubiera contribuido a comprender los riesgos que suponía una opción u otra”. También toman en consideración la falta de entrega de la evolución del IRPH en los dos años previos a la contratación, sin evaluar si los préstamos estaban sujetos a la Orden 1989 y Circular 1994. Así, declarada la nulidad, la AP analiza las consecuencias que habrían de derivarse de esta, rechazando, en primer lugar, que cupiera eliminar los intereses del préstamo: “la opción de que el préstamo siga desplegando su eficacia, suprimiendo el IRPH, y dejando el préstamo sin intereses no es una opción viable en nuestro

¹⁰⁶ SSAP Málaga, Civil 6ª, 18.3.2020 (AC 558; MP: “desconocido”); 21.4.2020 (Ar. 157436; MP: Inmaculada Suárez Bárcena Florencio).

¹⁰⁷ SSAP Toledo, Civil 2ª, 11.3.2020 (Ar. 172322; MP: Florencio Rodríguez Ruiz); 29.4.2020 (Ar. 195222; MP: Alfonso Carrión Matamoros).

ordenamiento jurídico ya que desnaturaliza el contrato de préstamo mercantil que por definición debe ser oneroso”. Rechaza, en segundo lugar, la declaración de nulidad del préstamo, por el perjuicio que supondría al consumidor. De modo que, en tercer lugar, analiza cómo habría de procederse a la integración, para lo que declara que el IRPH Entidades (disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013) resulta el índice de referencia legal supletorio *solo en el caso de cláusulas IRPH Cajas (u otras relativas a los índices desaparecidos) válidas*, y, además, sostiene *ober dictum* que dicho índice adolecería de la misma causa de nulidad que el IRPH Cajas litigioso¹⁰⁸. Tampoco habría lugar, comprende, a suprimir el índice manteniendo la pervivencia exclusiva del diferencial pues “si bien con ello el préstamo no quedaría sin remuneración, prescindiendo solo de aquella parte de la cláusula que se considera abusiva, al ir el diferencial asociado indisolublemente al índice, de hecho, suelen variar en función del que se elija, suprimido el índice debe claudicar el diferencial”. En consecuencia, ello lleva a las sentencias comentadas de la AP de Guadalajara a condenar al prestamista a “la aplicación del Euribor (más el diferencial pactado) con efectos retroactivos durante toda la vida del préstamo en que se haya aplicado el tipo de referencia IRPH declarado nulo, *con fundamento en la integración favorable al consumidor*”. De esta forma, integra en beneficio del consumidor en oposición a la jurisprudencia reiterada del TJUE que, como se ha reiterado, exige que la integración se produzca únicamente con normas de aplicación supletoria y, no solo integra, sino que se modera al amoldar o adaptar *ad hoc* el diferencial aplicable (que, en estos dos casos, era 0%).

Por su parte, las SSAP Málaga, Civil 6ª, 18.3.2020 (AC 558; MP: “desconocido”); 21.4.2020 (Ar. 157436; MP: Inmaculada Suárez Bárcena Florencio) coinciden en declarar nula por falta de transparencia las cláusulas IRPH por no constar probado que se hubiera entregado la evolución del índice en los dos años previos (pese a no analizar en ninguno de los casos si los préstamos caían en el ámbito de aplicación de la Orden 1989 y Circular 1994), para declarar que la consecuencia de tal nulidad ha de ser la integración con el Euribor por ser el índice “mayormente utilizado en el mercado europeo” y que más beneficia al consumidor. En este contexto, llama atención que Sec. 6ª de la AP de Málaga¹⁰⁹ matice que, según la STJUE 3.3.2020 el juez nacional debe tener en cuenta “el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración el contrato, verificar que, en el asunto de que se trate, se hubieren comunicado al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance del compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste de su préstamo, *en definitiva, comprobar si en el contexto de la celebración del contrato, la entidad prestamista cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional*” pero no realice ninguna

¹⁰⁸ En sus términos: “[l]a Sala considera que, a falta de acuerdo, no puede considerarse que esa integración se deba realizar con el «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España» (IRPH Entidades) previsto en la Ley 14/2013 y que por aplicación de la Disposición Adicional 15ª reemplazó al IRPH de las cajas de ahorros previsto por la Circular 8/1990. Que sea un índice legal y oficial, no implica que sea el supletorio a aplicar pues este índice viene a sustituir al IRPH Cajas válido, tras su eliminación en el año 2013, no aquel que es nulo, y además, tendría el mismo problema que el índice sustituido, estaría sometido, en el momento de la celebración del contrato, al control de transparencia en los términos señalados en la propia STJUE 3 marzo 2020, que tampoco superaría”. Cita tomada de la SAP Guadalajara, Civil 1ª, 21.5.2020 (Ar. 193435; MP: María Elena Mayor Rodrigo), pero que se reitera en la SAP Guadalajara, Civil 1ª, 27.5.2020 (Ar. 193306; MP: María Elena Mayor Rodrigo).

¹⁰⁹ Tomado como referencia para la cita a la SAP Málaga, Civil 6ª, 21.4.2020 (Ar. 157436; MP: Inmaculada Suárez Bárcena Florencio), pero que son argumentos y *modus operandi* comunes en ambas resoluciones.

labor de contraste para determinar si, en el caso concreto, el prestamista estaba efectivamente obligado a entregar dicho informe sobre la evolución previa del índice¹¹⁰. Finalmente, tras reconocer que la STJUE 3.3.2020 se reitera que las cláusulas nulas cuya expulsión contractual provoquen la nulidad del contrato en perjuicio del consumidor solo podrán ser integradas por normas de aplicación supletoria, concluye que “[e]n resumen, (...) *el índice legal que debe y debió ser aplicado desde el principio en lugar del mismo, será el Euribor por ser el mayormente utilizado en el mercado europeo*. A este se le sumará el diferencial calculado conforme señala la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 14/2013, si bien a este no se le podrá sumar el diferencial que las partes tuvieran en el contrato”. En síntesis, lo que está en el trasfondo de la Sec. 6ª de la AP de Málaga es la integración con el Euribor en aplicación del principio *pro consumatore*, pese a que ello se oponga a la jurisprudencia del TJUE, lo que conoce, motivo por el que acaba justificando en un salto argumentativo que, el índice legal es el Euribor, por ser el mayormente utilizado. Por lo demás, no solo integra la cláusula con el Euribor sino que, como hiciera la Sec. 1ª de la AP de Guadalajara, también la modera al declarar la adición de un diferencial calculado de conformidad con la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013 (estipulado para su adición al IRPH Entidades que sustituyera a los IRPH Cajas, Bancos y CECA).

Finalmente, las SSAP Toledo, Civil 2ª, 11.3.2020 (Ar. 172322; MP: Florencio Rodríguez Ruiz); 29.4.2020 (Ar. 195222; MP: Alfonso Carrión Matamoros), ofrecen unas argumentaciones mucho más reducidas y desconectadas con la STJUE 3.3.2020 (pese a que la citen con detalle). En particular, concluyen que *“la cláusula contemplada en el contrato gozaba de una cierta complejidad, puesto que la mera descripción del tipo contemplado en la estipulación contractual no permitía una fácil comprensión no sólo de su contenido gramatical, sino, esencialmente, de las consecuencias económicas e implicaciones que la misma conllevaría durante la ejecución del contrato, tampoco una información sobre su concepto, evolución y especificidades. Y la entidad de crédito no ha acreditado que se facilitara información al consumidor al respecto. La oferta vinculante que se adjunta con la contestación de la demanda no colma los requisitos de transparencia que exige nuestra jurisprudencia, dado que reproduce el tenor literal de las definiciones de los tipos de referencia que se contemplan en la escritura. (...) [E]n la medida en que la supresión de la cláusula que regula el tipo de interés podría afectar a la viabilidad de la propia pervivencia del préstamo, ocasionando perjuicios para el consumidor, será la sustitución del índice pactado por el índice EURIBOR, con las consiguientes consecuencias económicas que su sustitución genere desde el inicio del contrato”*.

d. Nulidad e integración con el tipo fijo aplicado al primer periodo de liquidación

Tan solo el AAP Barcelona, Civil 17ª, 18.5.2020 (Ar. 193661; MP: Paulino Rico Rajo) alcanza esta curiosa conclusión, a saber, que expulsada la cláusula IRPH se declare el préstamo a interés fijo, determinado por el tipo aplicado al primer periodo de liquidación. En particular, tras citar la STS 14.12.2017 y la STJUE 3.3.2020, declaró la abusividad de la cláusula IRPH con la escueta argumentación que sigue “no tratándose de una norma imperativa la que faculta a las

¹¹⁰ A mayores, acaba tomando en consideración elementos que exceden los requisitos de transparencia fijados por el TJUE: “[n]o consta que se proporcionase al prestatario información alguna sobre la posibilidad de referenciar el préstamo a otros índices, ni consta prestada información alguna sobre las comisiones aplicables, con las tarifas de comisiones, condiciones de valoración y gastos repercutibles a clientes (...), ni simulación informativa del cuadro de amortización teórico del préstamo hipotecario”.

entidades bancarias a estipular dicho tipo de interés, es dable el examen del control de transparencia de dicha cláusula y no consta acreditado que se suministrara a la parte prestamista, entre otros extremos, información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese tipo de interés. Por consiguiente, dicha cláusula adicional que estipula el IRPH a los efectos de revisión del tipo pactado debe reputarse abusiva y, de suyo, nula”. Por lo que respecta a los efectos de la nulidad, rechazó que el préstamo pudiera quedar gratuito, concluyendo que “el efecto de la declaración de nulidad de la misma no puede ser el pretendido por la parte apelante de que no sea de aplicación ningún tipo de interés, sino que el efecto será que el interés remuneratorio pactado, que se especifica claramente en el contrato, seguirá siendo el mismo durante todo el tiempo de vigencia del préstamo”. Ahora bien, debe resaltarse que el contrato en cuestión era una póliza de préstamo suscrita el 1.3.2012 en la que el capital prestado fue de 34 800€, por lo que nos parece patente que no resultaba de aplicación la Orden 1989 ni la Circular 1994, de forma que el prestamista no tenía obligación de entregar la evolución previa del IRPH.

e. Nulidad e improcedencia de integración: préstamo gratuito

La única sentencia que ha procedido de este modo es la SAP Toledo, Civil 1ª (Ar. 172260; MP: Juan Ramón Brigidano Martínez). Ahora bien, como señalamos en otro lugar (2020) p. 4 “[l]a AP de Toledo (1ª) no es especialmente clara. Es, esencialmente, una cita de sentencias previas o fundamentos de la demanda y de la contestación, de ahí la radical importancia de la lectura de la sentencia recurrida”. En efecto, la SAP de Toledo comentada se limita a confirmar la sentencia de instancia (sin mencionar a qué condenaba aquella sentencia) en la que se ordenaba la expulsión de la cláusula IRPH¹¹¹. Por tanto, no parece que sea una sentencia que pueda marcar un criterio o tendencia al respecto.

5. Conclusiones

El estudio realizado muestra que, pese a las discrepancias mostradas por la jurisprudencia menor, parece existir acuerdo respecto a la asunción de que la cláusula IRPH constituye un elemento esencial del contrato. Coincidimos con esta valoración, por lo que comprendemos que su eventual anulación debe provocar la integración con el índice de referencia sustitutivo pactado o con la cláusula de perdurabilidad, en su caso; y, de no existir ninguno de ellos o no resultar aplicables, ser integrado con el IRPH Entidades en tanto que índice legal supletorio, como ha declarado la STJUE 3.3.2020. Por el contrario, no consideramos que quepa integrar con el Euribor al no ostentar la condición de índice de referencia supletorio. Tampoco creemos procedente declarar la subsistencia del contrato sin cláusula de intereses remuneratorios, pues ello comportaría su descausalización. Opinamos, además, que esta es la postura que ha pretendido defender la STJUE de 3.3.2020, pues como señalaba ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA (2020b), “[e]s revelador que en ningún momento el TJUE parece admitir ninguna de las soluciones del Juez español (Euribor o sin interés)”.

No obstante lo anterior, nos inclinamos por apreciar que el objeto de la controversia al respecto no ha de ser tanto si la cláusula IRPH es un elemento esencial del contrato o no, ni si el préstamo puede o no sobrevivir sin ella. Asimismo, nos parece que también ha devenido estéril

¹¹¹ Véase al respecto AGÜERO ORTIZ (2020) con acceso y cita a la SJPI nº 5 de Illescas confirmada.

la controversia relativa a si la falta de transparencia de un elemento esencial del contrato debe comportar, por sí misma su nulidad, o si, por el contrario, es preciso realizar un control de abusividad ulterior (incluso cuando opinemos que, en efecto, deben realizarse ambos controles). Realizado un control o dos, lo cierto es que, de conformidad con la jurisprudencia europea (como demuestra la propia STJUE 3.3.2020), para que el juez nacional declare la nulidad de una cláusula, debe comprobar que produce un desequilibrio en contra de las exigencias de la buena fe en perjuicio del consumidor, ya sea este desequilibrio provocado por la falta de transparencia o por el contenido de la cláusula.

Por este motivo, comprendemos que las cláusulas IRPH, incluso cuando cupiera tacharlas de no transparentes (lo que rechazamos, salvo que estemos dispuestos a admitir que todas las cláusulas de interés variable referenciado a un índice de referencia lo son, incluidas las referenciadas al Euribor¹¹²), no comportan un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor. El desequilibrio, si se quiere, se produce respecto al resto de prestatarios cuyos préstamos estén referenciados a otros índices, o a aquellos cuyos préstamos sean a tipo fijo, pero no entre las partes del contrato¹¹³. A mayor abundamiento, cuestionablemente podría considerarse contrario a la buena fe contractual del predisponente, comercializar préstamos referenciados a índices de referencia oficiales y así incluir esta vinculación en el contrato de préstamo hipotecario con una cláusula diseñada en el Anexo II de la Orden 1994, autorizados por el Banco de España (como apunta la AP de Barcelona, Secc. 15^a).

Como explicaba la STS 14.12.2017, si el índice era (o es, en relación con el IRPH Entidades, que no ha desaparecido) verdaderamente manipulado, el litigio debería versar sobre el propio índice y no sobre la cláusula que lo incorpora al contrato, de suerte que el orden apropiado para conocer del mismo no sería el civil. Es más, ni siquiera el Euribor está exento de acusaciones de su carácter manipulado¹¹⁴, de hecho, como señala CÁMARA LAPUENTE (..) p. 226 “la Comisión Europea sancionó en diciembre de 2013 a ciertos bancos con multas millonarias por manipular ¡el Euribor!”¹¹⁵. Sin embargo, parece que la pretensión y fundamento de nulidad de las cláusulas

¹¹² Y es que “con el control de transparencia no se trata de hacer cálculos matemáticos de qué índice es más conveniente o ventajoso económicamente para el consumidor. No es un control para que el tribunal determine si a su juicio esa cláusula es o no más favorable para el consumidor que otras posibles que pudieran ofrecérsele; no se trata de un mecanismo para inmiscuirse o alterar el principio de libertad de contratación. El Tribunal no puede limitarse ni reducirse a señalar que no está acreditado que el IRPH fuese más caro que el euríbor”, SÁENZ DE JUBERA HIGUERO (2018) p. 9.

¹¹³ MATO PACÍN (2019) p. 129, señala al respecto: “[e]l problema, por tanto, más que en una falta de transparencia derivada de que el consumidor no tuviera conocimiento de un elemento esencial como es el índice al que está sujeto su préstamo o de la (no) obligación del prestamista de ofertar también préstamos referenciados al EURIBOR”.

¹¹⁴ “Empieza en Londres el juicio por manipulación de la tasa euríbor”, 9/4/2018 <https://www.france24.com/es/20180409-empieza-en-londres-el-juicio-por-manipulacion-de-la-tasa-euribor>; “Emitida la primera sentencia judicial que admite que la manipulación del Euribor afecta a los particulares y puede dar lugar a una devolución del dinero”, 16/11/2016 https://www.eldiario.es/tribunaabierta/Euribor-sentenciado_6_581001926.html (última consulta: 9.7.2020).

¹¹⁵ En concreto, el autor manifiesta que el alegato de manipulabilidad “no es alegato que deba hacerse rasgar las vestiduras cuando en otros índices de referencia ya quedó probado (Libor), cuando la Comisión Europea sancionó en diciembre de 2013 a ciertos bancos con multas millonarias por manipular ¡el

IRPH que subyace en estos litigios encuentran su causa en lo que el TS denominó “sesgo retrospectivo”, es decir, la comparación *a posteriori* de otros préstamos sujetos a otro índice, que no fueron ofrecidos o que fueron rechazados por ser menos estables, o por adicionar un diferencial más alto y que, ahora, son más beneficiosos para los consumidores —menos caros—¹¹⁶. En cualquier caso, ello conduce, creemos que necesariamente, a las conclusiones esgrimidas en la STS 14.12.2017, a saber, que la misma causa de nulidad que se alega respecto al IRPH podría alegarse respecto al Euribor (o a cualquier índice de referencia oficial).

Lamentablemente, esta heterogeneidad de criterios e inseguridad jurídica exige aguardar a la emisión de un nuevo pronunciamiento por parte del Tribunal Supremo o, en su caso, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. No obstante, debe resaltarse que, si se consolidara la doctrina según la cual, si no se entregó la evolución previa del IRPH, ni documentos comparativos con otros índices, la cláusula es no transparente y dicha intransparencia comporta su nulidad, podría abrirse una nueva línea de litigiosidad por parte de prestatarios ligados a cualesquiera otros índices de referencia oficiales (por ej. al Euribor) a los que no se les hubiera entregado dicha información. En esta tesitura, ya solo cabría declarar gratuito el préstamo o nulo de pleno derecho, al no existir índice alguno incorporado de forma transparente en los contratos de préstamo hipotecario españoles a interés variable¹¹⁷.

6. Bibliografía

Alicia AGÜERO ORTIZ (2020), “AP de Toledo: primera en dejar gratuito un préstamo eliminando el IRPH tras la STJUE 3.3.2020 (...y sin cláusula de vencimiento anticipado)”, *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/AP_de_Toledo-primera_en_dejar_gratuito_un_prestamo_eliminando_el_IRPH.pdf (última consulta: 9.7.2020)

Alicia AGÜERO ORTIZ (2019), “Ámbito de aplicación subjetivo y objetivo”, en CARRASCO PERERA (Dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

Euribor!, cuando el Banco Central Europeo ha configurado un nuevo índice de referencia diario que se aplicará a partir de 2020 para paliar esas deficiencias. O cuando la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia, indica sin ambages «la necesidad de aumentar las alternativas de elección de tipos, al tiempo que se ajustan estos al coste real de obtención de recursos por las entidades de crédito» (Preámbulo II.7) y su art. 26 establece para los tipos de referencia de los intereses variables que esos índices «se hayan calculado a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades»; dicha Orden, a la vez anunciaba la eliminación del IRPH-Cajas y el IRPH-Bancos, efectiva desde 2013, por efecto de la «bancarización» que España hubo de emprender desde 2009 reduciendo a dos entidades las 46 Cajas de Ahorros existentes”.

¹¹⁶ Opinión compartida por TUGORES QUES (2019) quien arguye: “sí, la mera comparación de trayectorias “ex post” de diferentes índices deberá encajarse con otras dimensiones, como una razonable proporcionalidad en la asunción de riesgos por parte de los firmantes de los contratos. Al fin y al cabo, de ese “reparto de riesgos” es de lo que tratan gran parte de los contratos financieros”.

¹¹⁷ BLANCO SARALEGUI; BLÁZQUEZ MARTÍN (2019) p. 1643.

Pablo ALONSO ISA (2020), “Sobre la devolución de cantidades por la declaración de nulidad de la cláusula IRPH”, *Diario La Ley*, núm. 9640, pp. 1-12.

Segismundo ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA (2020a), “Consumer protection and the limits of CJEU Jurisdiction: a controversial Advocate General’s Opinion”, *European Law Blog*, disponible en: <https://europeanlawblog.eu/2020/01/17/consumer-protection-and-the-limits-of-cjeu-jurisdiction-a-controversial-advocate-generals-opinion/> (última consulta: 9.7.2020)

Segismundo ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA (2020b), “La sentencia del TJUE sobre el IRPH: pocas cosas claras”, *Hay Derecho – Expansión*, disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2020/03/04/tjue-irph-pocas-cosas-claras/> (última consulta: 9.7.2020)

Segismundo ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA (2020c), “Sentencias de las Audiencias sobre el IRPH: pocos cambios tras la sentencia del TJUE”, *Hay Derecho – Expansión*, mayo 2020, disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2020/05/26/sentencias-de-las-audiencias-sobre-el-irph-pocos-cambios-tras-la-sentencia-del-tjue/> (última consulta: 0.7.2020)

Cristina ARGELICH COMELLES (2019), “Remedios del consumidor ante la abusividad en los instrumentos no financieros”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 771, pp. 13-65.

Carlos BALLUGERA GÓMEZ (2018), “Luces y sombras del IRPH: análisis de la STS de 14 de diciembre de 2017”, *Revista de Derecho vLex*, núm. 165, pp. 77-91.

Carlos BALLUGERA GÓMEZ (2020), “Con un poco de luz con el IRPH no vale. Control de transparencia contra control del contenido”, *Revista de Derecho vLex*, núm. 192, mayo 2020, pp. 1-31.

Killian BENEYTO (2020), “Tratamiento de las cláusulas IRPH tras la STJUE de 3 de marzo de 2020 Asunto C-125/18: interpretación y efectos derivados de su nulidad”, *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, núm. 74, pp. 1-15.

Lorenzo BERNALDO DE QUIRÓS (2019), “Dictamen incomprensible”, *Actualidad Económica*, septiembre 2019, disponible en: <https://civismo.org/es/dictamen-incomprensible/> (última consulta: 9.7.2020)

José María BLANCO SARALEGUI; Raquel BLÁZQUEZ MARTÍN (2019), “Jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo en materia de cláusulas abusivas en productos bancarios. Especial referencia a préstamos hipotecarios”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 773, pp. 1632-1650.

Sergio CÁMARA LAPUENTE (2017a): “Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre de 2016: su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo”, *InDret*, nº 1.

Sergio CÁMARA LAPUENTE (2017b): “Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 (669/2017)”, en Mariano YZQUIERDO TOLSADA (Director), *Comentarios a*

las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil), Vol. 9, Dykinson, Madrid, pp. 211-235.

Sergio CÁMARA LAPUENTE (2015a), “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 61, pp. 142-147.

Sergio CÁMARA LAPUENTE (2015b), “Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 55, pp. 549-644.

Sergio CÁMARA LAPUENTE (2013a), “¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 junio 2010 (Caja de Madrid, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (Pleno) de 9 mayo 2013 sobre las cláusulas suelo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, núm. 2, pp. 209-2033.

Sergio CÁMARA LAPUENTE (2013b), “El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 junio 2010 (caja Madrid) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo (no es abusiva la cláusula que define el objeto principal del contrato, salvo por falta de transparencia)”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 6, pp. 98-115.

Sergio CÁMARA LAPUENTE (2006), *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, Navarra.

María Candelas SÁNCHEZ MIGUEL (1992), “Préstamos, anticipos bancarios. Apertura de crédito”, en Rafael GARCÍA VILLAVARDE (Dir.), *Contratos bancarios*, Civitas, Madrid, pp. 155-189.

Ana CAÑIZAREZ LASO (2015), “Control de incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas suelo”, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3.

Ángel Francisco CARRASCO PERERA (2019), “Conclusiones del Abogado General en el asunto de la transparencia/abusividad de los índices de referencias IRPH en préstamos hipotecarios. Gana la banca”, *Gómez-Acebo & Pombo*, disponible en: <https://www.gap.com/publicaciones/conclusiones-del-abogado-general-en-el-asunto-de-la-transparencia-abusividad-de-los-indices-de-referencias-irph-en-prestamos-hipotecarios-gana-la-banca/> (última consulta: 9.7.2020)

Ángel Francisco CARRASCO PERERA (2017), *Derecho de contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

José Ramón DE BLAS JAVALOYAS (2018), “Las acciones judiciales de reclamación en la contratación bancaria con consumidores y el control de transparencia sobre los elementos esenciales del contrato”, *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 1, pp. 35-74.

Manuel FERNÁNDEZ BAENA (2020), “Aspectos procesales de las reclamaciones de abusividad del IRPH en juicios ordinarios y ejecutivos: una perspectiva práctica”, *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, disponible en:

http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Aspectos_procesales_de_las_reclamaciones_de_abusividad_del_IRPH_en_juicios_ordinarios_y_ejecutivos-una_perspectiva_practica.pdf (última consulta: 9.7.2020)

Manuel GALÁN SÁNCHEZ (2018), “Índice de referencia de préstamos hipotecarios (IRPH): la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017”, *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 1, pp. 87-99.

Tomás Gabriel GARCÍA MICÓ (2019), “Comentario a las conclusiones del abogado general Szpunar sobre la cláusula IRPH”, *Indret*, núm. 4.

José Luis GOMÁ HERNÁNDEZ (2020), *Claves prácticas Hipotecas con índice IRPH*, Lefebvre, Madrid.

María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA (2020), “Revisión jurisprudencial del índice IRPH en los préstamos hipotecarios”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779, pp. 1801-1821.

Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ (2020a), “Nuestras Audiencias y el IRPH tras la STJUE de 3 de marzo de 2020”, *Almacén de Derecho*, disponible en: <https://almacenederecho.org/nuestras-audiencias-y-el-irph-tras-la-stjue-de-3-de-marzo-de-2010> (última consulta: 9.7.2020)

Vicente GUILARTE GUTIÉRREZ (2020b), “Nuestras Audiencias y el IRPH tras la STJUE de 3 de marzo de 2020 (II)”, *Almacén de Derecho*, disponible en: <https://almacenederecho.org/nuestras-audiencias-y-el-irph-tras-la-stjue-de-3-de-marzo-de-2020-ii> (última consulta: 9.7.2020)

José María MARTÍN FABÁ (2019), “Nuevo régimen vencimiento anticipado”, en CARRASCO PERERA (Dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, pp. 516-536.

Celia MARTÍNEZ ESCRIBANO (2014), “El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo”, *Revista de derecho bancario y bursátil*, núm. 133, pp. 295-344.

Pascual MARTÍNEZ ESPÍN (2020), “La justicia europea deja en mano de los tribunales nacionales la declaración de nulidad del IRPH en caso de falta de transparencia”, *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La_justicia_europea_deja_en_mano_de_los_tribunales_nacionales_la_declaracion_de_nulidad_del_IRPH_en_caso_de_falta_de_transparencia.pdf (última consulta: 9.7.2020)

Pascual MARTÍNEZ ESPÍN (2018), “Las cláusulas IRPH son transparentes ¿o no?”, *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Las_clausulas_IRPH.pdf (última consulta: 15.7.2020)

Pascual MARTÍNEZ ESPÍN (2016), “Abusividad de las cláusulas «IRPH»”, en *Compilación de artículos jurídicos sobre las principales cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios*, Adicae, pp. 38-69, disponible en:

https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=717787&orden=0&info=open_link_libro (última consulta: 9.7.2020)

Pascual MARTÍNEZ ESPÍN (2013), “Nuevo índice hipotecario para sustituir al IRPH de las Cajas”, *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, disponible en:

http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/CONTRATACION_BANCARIA/Nuevo-índice-hipotecario-para-sustituir-al-IRPH-de-las-Cajas.pdf (última consulta: 9.7.2020)

María Natalia MATO PACÍN (2019), “La transparencia material en el Proyecto de Ley (¿y en la futura ley?) de contratos de crédito inmobiliario”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 771, pp. 113-159.

Rosa MILÀ RAFEL; Alicia AGÜERO ORTIZ (2018), “Control de abusividad en las cláusulas de vencimiento anticipado en el procedimiento de ejecución hipotecario: comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de enero de 2017”, en RUDA GÓNZALEZ; JEREZ DELGADO (Dir.), “Estudios sobre jurisprudencia Europea”, Editorial Jurídica Sepín, Madrid, pp. 627-647.

Luis María MIRANDA SERRANO (2018), “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria”, *Indret*, núm. 2.

Lucía MORENO GARCÍA (2015), *Cláusulas suelo y control de transparencia, Tratamiento sustantivo y procesal*, Marcial Pons, Madrid.

Jordi MUÑOZ-SABATÉ (2020), “La cláusula IRPH y el asno de buridán. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de abril de 2020 (sec. 15)”, *Revista de Derecho vLex*, núm. 192. Mayo 2020, pp.1-6.

Francisco Javier ORDUÑA MORENO (2020a), “Comentario a la STJUE de 3 de marzo de 2020 IRPH: un paso más hacia la consolidación de la transparencia como valor o principio general de la contratación predispuesta”, *Aranzadi Digital*, núm. 1/2020, p. 4.

Francisco Javier ORDUÑA MORENO (2020b), “El IRPH entorno a la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona”, *Revista de Derecho vLex*, núm. 192, mayo 2020, pp. 1-3.

Francisco Javier ORDUÑA MORENO (2020c), “¿Es la cláusula de interés de una hipoteca parte esencial o no del contrato tras la STJUE del IRPH?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 962.

Maite ORTIZ PÉREZ; José María ERAUSKIN VÁZQUEZ, J. Mª (2017), “IRPH Cajas, ¿una simple media de los tipos de interés medios ponderados?”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7, pp. 133-142.

Ricardo PAZOS CASTRO (2020), “El control de transparencia en los préstamos indexados al IRPH”, *La Ley Unión Europea*, núm. 82, pp. 1-24.

Vicente PÉREZ DAUDÍ (2020), “Los efectos de la STJUE, de 3 de marzo de 2020, sobre IRPH en las sentencias firmes dictadas por los jueces nacionales”, *Diario La Ley*, núm. 9591, pp. 1-8.

Vicente PÉREZ DAUDÍ (2018), “El IRPH ¿otro conflicto entre el tribunal supremo y el tribunal de justicia de la unión europea? reflexiones procesales a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo 669/2017, de 14 de diciembre”, *Revista de Derecho vLex*, núm. 165, pp. 53-60.

Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2019a), *La nulidad contractual en la jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2019b), “El deber de transparencia en la Ley 5/2019 de Crédito Inmobiliario: información documental, explicaciones adecuadas y valor probatorio del acta notarial”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 154, pp. 119-154.

Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2017), *La nulidad de las cláusulas suelo en préstamos hipotecarios*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2013), “Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario”, *Indret*, nº 3.

Francisco PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2004), *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Aranzadi, Navarra.

Luis RODRÍGUEZ VEGA (2020), “La sentencia del Tribunal de Justicia sobre el IRPH Cajas”, Almacén de Derecho, mayo 2020, disponible en: <https://almacenederecho.org/la-sentencia-del-tribunal-de-justicia-sobre-el-irph-cajas> (última consulta: 9.7.2020)

Elsa SABATER BAYLE (2018), “Cláusulas IRPH y transparencia (STS núm. 669/2017, de 14 de diciembre)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, pp. 89-98.

Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO (2020), “Cláusula IRPH en préstamos hipotecarios”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 779, pp. 1837-1855.

Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO (2018), “Un paso más en el control de las cláusulas abusivas: la STS de 14 de diciembre de 2017 sobre el IRPH”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 149.

Daniel SAÉZ CASTRO (2019), “Algunas reflexiones en torno al IRPH”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 956, pp. 1-3.

Ernesto SUÁREZ PUGA (2017), “Problemática contractual actual relativa a determinados índices financieros en contratos de financiación: el caso del IRPH. Breve análisis del origen y las posibles soluciones de algunos de los problemas surgidos a raíz de la reciente normativa relativa a índices financieros de uso habitual en contratos bancarios”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5, pp. 29-43.

Alberto Javier TAPIA HERMIDA (2019), “El índice de referencia de préstamos hipotecarios (IRPH): conclusiones del abogado general del TJUE de 10 de septiembre de 2019”, *La Ley Unión Europea*, núm. 74, pp. 1-7.

Juan TUGORES QUES (2019), “Sobre el IRPH y la desconfianza en el sistema financiero”, *The conversation*, disponible en: <https://theconversation.com/sobre-el-irph-y-la-desconfianza-en-el-sistema-financiero-123726> (última consulta: 9.7.2020).

7. Tabla de jurisprudencia citada

7.1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

<i>Tribunal, Sala y fecha</i>	<i>ECLI</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>
STJUE, 1ª, 26.4.2012	EU:C:2012:242	C-472/10	<i>Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság vs. Invitel Távközlési Zrt,</i>
STJUE, 1ª, 14.3.2013	EU:C:2013:164	C-415/11	<i>Mohamed Aziz vs. Caixa d’Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)</i>
STJUE, 1ª, 21.3.2013	EU:C:2013:180	C-92/11	<i>RWE Vertrieb AG vs. Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV</i>
STJUE, 4ª, 30.4.2014	EU:C:2014:282	C-26/13	<i>Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai vs. OTP Jelzálogbank Zrt</i>
STJUE, 3ª, 10.9.2014	EU:C:2014:2189	C-34/13	<i>Monika Kušionová vs. SMART Capital, a.s.</i>
STJUE, 1ª, 21.1.2015	EU:C:2015:21	C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13	<i>Unicaja Banco, S.A. vs. José Hidalgo Rueda, María del Carmen Vega Martín, Gestión Patrimonial Hive, S.L., Francisco Antonio López Reina, Rosa María Hidalgo Vega; Caixabank, S.A. vs. Manuel María Rueda Ledesma, Rosario Mesa Mesa, José Labella Crespo, Rosario Márquez Rodríguez, Rafael Gallardo Salvat Manuela Márquez Rodríguez, Alberto Galán Luna, Domingo Galán Luna</i>
STJUE, 6ª, 9.7.2015	EU:C:2015:447	C-348/14	<i>María Bucura vs. SC Bancpost SA</i>
ATJUE, 5ª, 5.7.2016	EU:C:2016:523	C-7/16	<i>Banco Popular Español, S.A., PL Salvador S.A.R.L. vs. María Rita Giráldez Villar, Modesto Martínez Baz,</i>
STJUE, GS, 21.12.2016	EU:C:2016:980	C-154/15, C-307/15 y C-308/15	<i>Francisco Gutiérrez Naranjo vs. CajasurBanco SAU; Ana María Palacios Martínez vs. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA); Banco Popular Español SA vs. Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu</i>
STJUE, 1ª, 26.1.2017	EU:C:2017:60	C-421/14	<i>Banco Primus, S.A. vs. Jesús Gutiérrez García</i>
STJUE, 2ª, 20.9.2017	EU:C:2017:703	C-186/16	<i>Ruxandra Paula Andriucyotros vs. Banca Românească SA</i>
STJUE, GS, 26.3.2019	EU:C:2019:250	C-70/17 y C-179/17	<i>Abanca Corporación Bancaria, S.A. vs. Alberto García Salamanca Santos; Bankia, S.A. vs. Alfonso Antonio Lau Mendoza y Verónica Yuliana Rodríguez Ramírez</i>
STJUE, GS, 3.3.2020	EU:C:2020:138	C-125/18	<i>Marc Gómez del Moral Guasch vs. Bankia, S. A.</i>

7.2. Tribunal Supremo

<i>Sala, Sec. y fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>ECLI</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 1ª, Sec. 1ª, 18.6.2012	8857	ES:TS:2012:5966	Francisco Javier Orduña Moreno
STS, 1ª, Pleno, 9.5.2013	3088	ES:TS:2013:1916	Rafael Gimeno-Bayón Cobos
STS, 1ª, Pleno, 24.3.2015	845	ES:TS:2015:1279	Rafael Saraza Jimena

STS, 1ª, Sec. 1ª, 29.4.2015	2042	ES:TS:2015:2207	Rafael Saraza Jimena
STS, 1ª, Pleno, 23.12.2015	5714	ES:TS:2015:5618	Pedro José Vela Torres
STS, 1ª, Pleno, 9.3.2017	977	ES:TS:2017:788	Ignacio Sancho Gargallo
STS, 1ª, Sec. 1ª, 7.11.2017	4759	ES:TS:2017:3919	Pedro José Vela Torres
STS, 1ª, Pleno, 15.11.2017	4730	ES:TS:2017:3893	Rafael Sarazá Jimena
STS, 1ª, Pleno, 14.12.2017	5167	ES:TS:2017:4308	Pedro José Vela Torres
STS, 1ª, Sec. 1ª, 17.1.2018	34	ES:TS:2018:53	Pedro José Vela Torres
STS, 1ª, Sec. 1ª, 23.1.2018	249	ES:TS:2018:134	Pedro José Vela Torres
STS, 1ª, Sec. 1ª, 24.1.2018	181	ES:TS:2018:135	Francisco Javier Orduña Moreno
STS, 1ª, Sec. 1ª, 4.6.2018	2366	ES:TS:2018:2018	Francisco Javier Orduña Moreno
STS, 1ª, Sec. 1ª, 11.9.2018	3638	ES:TS:2018:3070	Pedro José Vela Torres
STS, 1ª, Sec. 1ª, 14.3.2019	924	ES:TS:2019:773	Rafael Saraza Jimena
STS, 1ª, Sec. 1ª, 9.10.2019	3849	ES:TS:2019:3134	Pedro José Vela Torres
STS, 1ª, Sec. 1ª, 11.10.2019	3852	ES:TS:2019:3141	Ignacio Sancho Gargallo
STS, 1ª, Sec. 1ª, 5.12.2019	3849	ES:TS:2019:3866	Pedro José Vela Torres
STS, 1ª, Sec. 1ª, 23.1.2020	75	ES:TS:2020:106	Juan María Díaz Fraile
STS, 1ª, Sec. 1ª, 4.2.2020	440	ES:TS:2020:303	Pedro José Vela Torres
STS, 1ª, Sec. 1ª, 9.6.2020	180893	ES:TS:2020:1581	José Luis Seoane Spiegelberg
STS, 1ª, Sec. 1ª, 11.6.2020	181051	ES:TS:2020:1580	Rafael Saraza Jimena
STS, 1ª, Sec. 1ª, 11.6.2020	181033	ES:TS:2020:1597	Rafael Saraza Jimena

7.3. Audiencias Provinciales (previas a la STJUE 3.3.2020)

<i>Tribunal, Sala, Sec. y fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>ECLI</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
SAP Guipúzcoa, Civil Sec. 2ª, 22.5.2015	175752	ES:APSS:2015:479	Felipe Peñalba Otaduy
SAP de Álava, Civil Sec. 1ª, 10.3.2016	68783	ES:APVI:2016:12	Mercedes Guerrero Romero
SAP Jaén, Civil Sec. 1ª, 30.5.2018	220101	ES:APJ:2018:487	Luis Shaw Morcillo
SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 4.2.2019	48286	ES:APB:2019:596	Anna Esther Queral Carbonell
SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 19.6.2019	201005	ES:APB:2019:7214	MP: Marta Pesqueira Caro
SAP Barcelona, Civil Sec. 15ª, 29.7.2019	264973	ES:APB:2019:10559	Marta Pesqueira Caro
SAP Córdoba, Civil Sec. 1ª, 31.7.2019	AC 1743	ES:APCO:2019:209ª	María Paz Ruiz del Campo

7.4. Audiencias Provinciales (posteriores a la STJUE 3.3.2020)

<i>Tribunal, Sala, Sección y fecha</i>	<i>Ar.</i>	<i>ECLI</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Resultado</i>
SAP Álava, Civil, 1ª, 14.5.2020	AC559		David Losada Durán	Intransparente= Abusivo; Sustitución por Euribor (índice sustitutivo)
SAP Alicante, Civil, 8ª, 30.4.2020	340/ 2020 ¹¹⁸		Luis Antonio Soler Pascual	Intransparente pero no abusivo
SAP Barcelona, Civil, 15ª, 21.4.2020	157485	ES:APB:2020:2538	Nuria Barcones Agustín	Transparente y no abusivo
SAP Barcelona,	162026	ES:APB:2020:2725	Nuria Barcones	Transparente y no

¹¹⁸ http://www.irphstop.eu/wp-content/uploads/2020/05/200430_AP_Alicante_sentencia340-2020.pdf (última consulta: 9.7.2020).

Civil, 15ª, 21.4.2020			Agustín	abusivo
SAP Barcelona, Civil, 15ª, 24.4.2020	157489	ES:APB:2020:2583	José Mª Fernández Seijo	Transparente y no abusivo
SAP Barcelona, Civil, 15ª,30.04.2020	162754	ES:APB:2020:2768	José Mª Fernández Seijo	Transparente y no abusivo
SAP Barcelona, Civil,15ª, 30.4.2020	161190	ES:APB:2020:2615	Anna Esther Queral Carbonell	Transparente y no abusivo
SAP Barcelona, Civil, 15ª, 30.4.2020	162245	ES:APB:2020:2796	Anna Esther Queral Carbonell	Transparente y no abusivo
SAP Barcelona, Civil, 15ª, 30.4.2020	163413	ES:APB:2020:2806	José Mª Fernández Seijo	Transparente y no abusivo
SAP Barcelona, Civil, 15ª, 4.5.2020	156710	ES:APB:2020:2559	Nuria Barcones Agustín	Transparente y no abusivo
SAP Barcelona, Civil, 15ª, 4.5.2020	162589	ES:APB:2020:2719	Marta Cervera Martínez	Transparente y no abusivo
SAP Barcelona, Civil, 15ª, 6.5.2020	169443	ES:APB:2020:2996	Marta Cervera Martínez	Transparente y no abusivo
SAP Barcelona, Civil, 15ª, 12.5.2020	162646	ES:APB:2020:2754	Marta Cervera Martínez	Transparente y no abusivo
SAP Barcelona, Civil, 15ª, 15.5.2020	165920	ES:APB:2020:2988	Berta Pellicer Ortiz	Transparente y no abusivo
SAP Barcelona, Civil, 15ª, 15.5.2020	165883	ES:APB:2020:2987	José María Ribelles Arellano	Transparente y no abusivo
SAP Barcelona, Civil, 15ª, 15.5.2020	165298	ES:APB:2020:2995	Berta Pellicer Ortiz	Transparente y no abusivo
SAP Barcelona, Civil, 15ª, 15.5.2020	165932	ES:APB:2020:2982	Anna Esther Queral Carbonell	Transparente y no abusivo
SAP Barcelona, Civil, 15ª, 19.5.2020	164451	ES:APB:2020:2882	Manuel Díaz Muyor	Transparente y no abusivo
SAP Barcelona, Civil, 15ª, 19.5.2020	180805	ES:APB:2020:3134	Marta Pesqueira Caro	Transparente y no abusivo
SAP Barcelona, Civil, 15ª, 20.5.2020	182305	ES:APB:2020:3094	Berta Pellicer Ortiz	Transparente y no abusivo. Consentimiento no errado
SAP Barcelona, Civil, 15ª, 20.5.2020	186551	ES:APB:2020:3161	Berta Pellicer Ortiz	Transparente y no abusivo
SAP Barcelona, Civil, 15ª, 21.5.2020	188771	ES:APB:2020:3221	Berta Pellicer Ortiz	Transparente y no abusivo
SAP Barcelona, Civil, 15ª, 25.5.2020	180184	ES:APB:2020:3106	Luis Rodríguez Vega	Transparente y no abusivo
SAP Barcelona, Civil, 15ª, 26.5.2020	179354	ES:APB:2020:3141	Berta Pellicer Ortiz	Transparente y no abusivo
SAP Barcelona, Civil, 15ª, 26.5.2020	198128	ES:APB:2020:3542	Berta Pellicer Ortiz	Transparente y no abusivo
SAP Barcelona, Civil, 15ª, 26.5.2020	197678	ES:APB:2020:3530	Marta Pesqueira Caro	Transparente y no abusivo
SAP Barcelona, Civil, 15ª, 26.5.2020	198420	ES:APB:2020:3529	Berta Pellicer Ortiz	Transparente y no abusivo
SAP Barcelona, Civil, 15ª, 29.5.2020	188924	ES:APB:2020:3243	Marta Cervera Martínez	Perdurabilidad IRPH; Transparente y no abusivo
AAP Barcelona, Civil, 11ª, 20.5.20	168572	ES:APB:2020:3098A	Antonio Gómez Canal	Transparente y no abusivo
AAP Barcelona,	156110	ES:APB:2020:2774A	Vicente Conca Pérez	Intransparente=

Civil, 4ª, 5.3.2020				Abusivo; Sustitución por Euribor
AAP Barcelona, Civil, 4ª, 15.5.2020	162590	ES:APB:2020:3016A	Marta Dolores del Valle García	Intransparente= Abusivo; Sustitución por Euribor
AAP Barcelona, Civil, 17ª, 18.5.2020	193661	ES:APB:2020:3539A	Paulino Rico Rajo	Intransparente= Abusivo
SAP Cáceres, Civil, 1ª, 11.3.2020	150709	ES:APCC:2020:284	Antonio María González Floriano	Transparente
SAP Cantabria, Civil, 2ª, 8.6.2020	173369	ES:APS:2020:182	Javier de la Hoz de la Escalera	Intransparente pero no abusivo
SAP Cantabria, Civil, 2ª, 8.6.2020	173332	ES:APS:2020:181	Javier de la Hoz de la Escalera	Intransparente pero no abusivo
SAP Girona, Civil, 1ª, 14.5.2020	165672	ES:APGI:2020:516	Alexandre Contreras Coy	Perdurabilidad IRPH; Transparente
SAP Girona, Civil, 1ª, 20.5.2020	186401	ES:APGI:2020:643	Fernando Ferrero Hidalgo	Perdurabilidad IRPH; Transparente
SAP Girona, Civil, 1ª, 21.5.2020	187272	ES:APGI:2020:601	Alexandre Contreras Coy	Perdurabilidad IRPH; Transparente
SAP Girona, Civil, 1ª, 22.5.2020	186787	ES:APGI:2020:658	Alexandre Contreras Coy	Perdurabilidad IRPH; Transparente
SAP Girona, Civil, 1ª, 29.5.2020	187464	ES:APGI:2020:707	Alexandre Contreras Coy	Perdurabilidad IRPH; Transparente
SAP Granada, Civil, 3ª, 11.5.2020	Nº 241/20 20 ¹¹⁹		Enrique Pinazo Tobes	Transparente y no abusivo
SAP Guadalajara, Civil, 1ª, 21.5.2020	193435	ES:APGU:2020:183	María Elena Mayor Rodrigo	Intransparente= Abusivo; Sustitución por Euribor
SAP Guadalajara, Civil, 1ª, 27.5.2020	193306	ES:APGU:2020:186	María Elena Mayor Rodrigo	Intransparente= Abusivo; Sustitución por Euribor
SAP Islas Baleares, Civil, 5ª, 25.6.2020	199234	ES:APIB:2020:1027	Mateo L. Ramón Homar	Intransparente pero no abusivo
SAP Islas Baleares, Civil, 5ª, 25.6.2020	199452	ES:APIB:2020:1028	Mateo L. Ramón Homa	Intransparente pero no abusiva
SAP Madrid, Civil, 28ª, 22.5.2020	164603	ES:APM:2020:2762	Pedro Gómez Sánchez	Intransparente pero no abusiva. Consentimiento no errado
SAP Málaga, Civil, 6ª, 18.3.2020	AC 558		No indicado	Intransparente= abusivo; Euribor + diferencial calculado según DA 15 Ley 14/2013
SAP Málaga, Civil, 6ª, 21.4.2020	157436	ES:APMA:2020:88	Inmaculada Suárez Bárcena Florencio	Intransparente= abusivo; Euribor + diferencial calculado según DA 15 Ley 14/2013
SAP Sevilla, Civil, 5ª, 23.4.2020	AC 388		Juan Márquez Romero	Transparente

¹¹⁹ http://www.irphstop.eus/wp-content/uploads/2020/05/200511_AP_Granada_sentencia241-2020.pdf (última consulta: 9.7.2020).

SAP Tarragona, Civil, 1ª, 11.3.2020	152653	ES:APT:2020:261	Manuel Horacio García Rodríguez	Intransparente= abusivo; sustitución por IRPH Entidades
SAP Tarragona, Civil, 1ª, 22.4.2020	189166	ES:APT:2020:489	Manuel Horacio García Rodríguez	Intransparente= abusivo; sustitución por IRPH Entidades
SAP Tarragona, Civil, 1ª, 22.4.2020	186882	ES:APT:2020:487	Manuel Horacio García Rodríguez	Intransparente= abusivo; sustitución por IRPH Entidades
SAP Tarragona, Civil, 1ª, 22.4.2020	187229	ES:APT:2020:491	Manuel Horacio García Rodríguez	Intransparente= abusivo; sustitución por IRPH Entidades
SAP Tarragona, Civil, 1ª, 6.5.2020	187055	ES:APT:2020:488	Manuel Horacio García Rodríguez	Intransparente= abusivo; sustitución por IRPH Entidades
SAP Tarragona, Civil, 1ª, 13.5.2020	188179	ES:APT:2020:543	Inmaculada Perdigones Sánchez	Intransparente= abusivo; sustitución por IRPH Entidades
SAP Tarragona, Civil, 1ª, 13.5.2020	187175	ES:APT:2020:495	Inmaculada Perdigones Sánchez	Intransparente= abusivo; sustitución por IRPH Entidades
SAP Tarragona, Civil, 1ª, 19.5.2020	186189	ES:APT:2020:530	Inmaculada Perdigones Sánchez	Intransparente= abusivo; sustitución por IRPH Entidades
SAP Toledo, Civil, 2ª, 11.3.2020	172322	ES:APTO:2020:577	Florencio Rodríguez Ruiz	Intransparente= abusivo; Sustitución por Euribor
SAP Toledo, Civil, 1ª, 29.4.2020	172260	ES:APTO:2020:558	Juan Ramón Brigidano Martínez	Intransparente= abusivo; Gratuito
SAP Toledo, Civil, 2ª, 20.5.2020	195222	ES:APTO:2020:735	Alfonso Carrión Matamoros	Intransparente= abusivo; Sustitución por Euribor
SAP Valencia, Civil, 9ª, 1.6.2020	170914	ES:APV:2020:539	Gonzalo Caruana Font de Mora	Intransparente y, además, abusivo; Sustitución por IRPH Entidades+diferencial calculado según DA 15 Ley 14/2013