

EUROPA MANDA

APLICANDO LOS CRITERIOS DEL TJUE, LA CLÁUSULA DEL CONTRATO, QUE INCORPORA EL ÍNDICE IRPH RESULTA ABUSIVA EN LA MAYORÍA DE LOS CONTRATOS

La sentencia del TJUE del 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18, amén de poner en tela de juicio la interpretación de nuestro Tribunal Supremo y la actuación de la Abogacía del Estado, evidencia que la mayoría de los préstamos referenciados al índice IRPH fueron comercializados sin cumplir las mínimas exigencias de transparencia, es decir, sin poner en conocimiento del consumidor esas distintivas peculiaridades que le llevaron, y continúan llevándolo, a resultar un índice especialmente gravoso, una realidad derivada de la compleja dualidad que supone constituir simultáneamente un índice simple, punto de partida en la determinación del coste de un préstamo, y, al mismo tiempo, una media del coste total de las operaciones de referencia, o, dicho de otra manera, una media de la financiación hipotecaria española en cada momento.

La sentencia del TJUE es clara, indiscutible, y a continuación se expone su análisis.

PRIMERO.- El TJUE entiende que la cláusula de incorporación de los índices IRPH a los cientos de miles de contratos suscritos por consumidores españoles en los últimos años **no forma parte de la excepción** recogida en el artículo 1º de la Directiva 93/13/CEE, integrándose plenamente en su ámbito de aplicación habida cuenta de que se trata de una cláusula contractual que **no refleja disposición legal o reglamentaria imperativa alguna**, pues la entidad financiera que lo impuso bien pudo optar por cualquiera de los seis índices oficiales establecidos en la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela; y es que una cosa es que el índice IRPH se determine mensualmente a través de un procedimiento sistematizado con arreglo a un protocolo imperativo, y otra cosa bien distinta es que su incorporación al contrato obedezca a norma imperativa de nuestro ordenamiento.

En contraste con este claro pronunciamiento del TJUE ha de recordarse que la STS 669/2017, de 14 de diciembre de 2017, establecía que, tratándose de un índice legal o reglamentario no podía someterse a ningún tipo de control judicial en cuanto a una posible nulidad de la cláusula que lo incorporaba, por lo que no resultaba posible someterlo a control de transparencia. No obstante, se ha de señalar que tal criterio del Alto Tribunal, contaba con dos votos particulares contrarios, criterios a los que ha venido a dar la razón el TJUE.

SEGUNDO.- De lo dicho se desprende que con independencia de que se hubiera o no transpuesto el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE a nuestro ordenamiento interno, cuestión relevante a la que posteriormente nos referiremos, los tribunales españoles están obligados a examinar, en todo caso, el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiera al objeto principal del contrato o determine su precio.

TERCERO.- En relación con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, resulta relevante recordar que el TJUE se pronunció el 3 de junio de 2010, asunto Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, declarando que en el Reino de España cabe examinar, con arreglo al artículo 3.1 de la misma Directiva, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente aunque se refiera al objeto principal del contrato incluso si esta es clara y comprensible, lo que supone, tal y como explicó el Abogado General en su Conclusión 127ª, y fue recogida en la conclusión 1ª de la Sentencia TJUE, asunto C-484/08, que **en caso de que el órgano jurisdiccional llegara a la conclusión de que la exigencia de transparencia ha sido respetada, ello no implicaría la exención del deber de someter, en cualquier caso, la cláusula a un examen referido a su eventual carácter abusivo en cuanto al fondo**, en cuanto a su contenido, habida cuenta de la posible existencia de un importante **desequilibrio entre los derechos y deberes de las partes del contrato**, en perjuicio del consumidor, añadiendo que en ese contexto incumbe al juez nacional, atendiendo a los criterios enunciados en dicho artículo 3.1 y en el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE, determinar si, dadas las circunstancias propias de cada caso, la controvertida cláusula cumple con las **exigencias de buena fe y equilibrio** impuestas por la reiterada Directiva.

CUARTO.- En relación con el **Control de Transparencia** propiamente dicho, la cláusula que incorpora el índice IRPH al contrato, al margen de resultar clara y comprensible desde el punto de vista gramatical, debe superar una exigencia de transparencia que ha de interpretarse de manera extensiva (&50), para lo que el TJUE establece varios parámetros.

El TJUE entiende que tiene una importancia fundamental la información que se le da al consumidor antes de la celebración de un contrato para en su caso quedar vinculado contractualmente a las condiciones redactadas de antemano por el profesional (&49), de manera que tal información debe posibilitar que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de **comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés** y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras (&51).

El TJUE considera que también debe tenerse en cuenta la publicidad a la que se sometió dicho índice en el marco de la negociación (&52).

El TJUE entiende y exige que la información suministrada al consumidor permita a éste evaluar el coste total de su préstamo, desempeñando un papel decisivo tanto la redacción clara y comprensible como la **omisión de información que se considere esencial** a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato (&52).

A la vista de tal indicación, resulta fácil insertar en dicha omisión la mención al carácter particular y especialmente gravoso de este índice, que se configuraba con la media simple - (no ponderada, otorgándose el mismo peso en la confección de la media a todas las Cajas con independencia de su porcentaje de participación en el mercado) - de los tipos anuales equivalentes de los préstamos con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre suscritos por el conjunto de Cajas, - (tipos anuales equivalentes que incluyen por definición todos los elementos constitutivos del coste de la operación, esto es, índice, diferencial, comisiones y gastos) - en el periodo de referencia, excluyéndose los préstamos suscritos por los empleados de la Banca, que por sus especiales condiciones hubieran contribuido a rebajar la media.

En este sentido resulta relevante recordar que el consumidor que contrata un préstamo referido a un índice IRPH abona, solo como índice aplicable a su contrato, la media de lo que quienes suscribieron los contratos de referencia abonaron por todos los conceptos, a lo que añade sus condiciones particulares, es decir, su propio diferencial, sus propias comisiones y sus propios gastos, dando lugar a una duplicidad de pagos que explica que nos encontremos ante un índice que, **por su propio método de cálculo**, siempre operará por encima del Euribor,

lo que constituye una peculiaridad relevante de la que indudablemente debió ser informado.

El TJUE entiende que resulta pertinente, dado que el importe exacto del tipo de interés variable no puede determinarse para toda la vigencia del contrato, y a efectos de efectuar el análisis por el consumidor, la circunstancia de que **los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros (y que, por igual contenido, pudiera trasladarse al IRPH CONJUNTO DE ENTIDADES) resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario**, como lo es también recordar, para evaluar la transparencia, la **obligación legal y objetiva de 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**.

Finalmente, el TJUE destaca que se debe comprobar también, ya que no es excluyente del resto de información proporcionada al consumidor, antes de la celebración del contrato, para apreciar las consecuencias económicas de su decisión, si se cumplió efectivamente con todas las **obligaciones de información establecidas por la normativa nacional** (&53 a55).

En definitiva, la exigencia de transparencia debe transmitir la información necesaria para que el consumidor esté en condiciones de **comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice IRPH** para apreciar así las consecuencias económicas con criterios precisos y comprensibles, debiéndose recordar que informar del método de cálculo del índice se concreta, tal y como estableció el Abogado General en su Conclusiones, en incorporar su definición completa al contrato, lo que nos lleva a que **la valoración de la transparencia se base en criterios exclusivamente objetivos**, pues o se ha incorporado la definición completa del índice al contrato o no se ha incorporado, o se ha informado de la evolución del índice al menos los dos últimos años o no se ha informado.

QUINTO.- El salto es importante, pues pasamos de un **Control de Transparencia Subjetivo**, basado en criterios personales del juzgador - (la cláusula es clara, la cláusula se localiza fácilmente en el contrato, la cláusula es sencilla) - que es el que se ha venido realizando en España, a un **Control de Transparencia Objetivo**, basado en una serie de exigencias objetivas que se cumplen o no se cumplen, sin margen de discusión, interpretación o duda; y así, cuando el TJUE se refiere a las **obligaciones de información establecidas por la normativa nacional** (&53 a55), se está refiriendo a la **O.M. de 5 de mayo de 1994**, ignorada y despreciada por los juzgadores nacionales, que en su **artículo 3º**, bajo el rótulo "**Folleto**

Informativo”, y desarrollado por el **Anexo I**, establece la obligación de que las entidades de crédito entreguen, a quienes soliciten préstamos hipotecarios, un **Folleto Informativo** que, en lo relativo al tipo de interés, habrá de recoger la modalidad del tipo de interés, y en el caso del tipo de interés variable, la identificación del índice o tipo de referencia indicándose su **evolución** durante, al menos, los **dos últimos años naturales** así como el **último valor disponible**.

De ello se desprende que la obligación impuesta por el TJUE en el sentido de que se informe al consumidor contratante de la evolución del índice al menos los dos últimos años anteriores a la contratación ni brota del cosmos etéreo ni constituye una exigencia extravagante, pues no es sino la reiteración de una obligación ya existente en la reiterada **O.M. de 5 de mayo de 1994**, exigencia incumplida por las entidades financieras sin merecer el más mínimo reproche por parte de los juzgadores.

Pero podemos ir más lejos, y observar cómo el **Anexo II, apartado a), punto 2º**, de la citada **O.M. de 5 de mayo de 1994** exige que el clausulado del contrato recoja la **definición** del índice, el organismo público o asociación privada que lo elabora, y la periodicidad y forma en que se publica, debiéndose observar que transcribir la definición completa del índice, tal y como viene ésta recogida en las normas que lo regulan, supone **incorporar el método de cálculo del índice al contrato**, pues la definición del índice contiene todos los elementos que determinan su método de cálculo, de manera que, nuevamente, la exigencia del TJUE ya venía recogida e ignorada en la O.M. de 5 de mayo de 1994.

En consecuencia, no era tanto un problema de normas o disposiciones como de juzgadores que no las aplicaban.

En este sentido, no es cuestión menor que la **Abogacía del Estado**, en las Observaciones formuladas en relación con el procedimiento que ha dado lugar al pronunciamiento del TJUE que nos ocupa, concretamente en su Observación 86ª, entendiera que las entidades deben proporcionar una **explicación suficiente de los elementos que integran el tipo de referencia elegido** y una **explicación de su evolución pasada**, aspectos que entiende han de cumplirse por exigencia de la **normativa española**, que exigen la entrega de un **Folleto Informativo** sobre préstamos hipotecarios en el que se indique la evolución del índice elegido durante los últimos dos años y la **definición** completa del mismo.

En resumen, el TJUE, en lo relativo al Control de Transparencia, ha establecido dos exigencias mínimas, (1) que se incorpore el método de cálculo al contrato y (2) que se entregue al consumidor contratante información respecto de la evolución del índice los dos años anteriores, exigencias que **ya venían recogidas en nuestro ordenamiento**, y a las que ningún juzgador, ni siquiera nuestro Tribunal Supremo, ha dado cumplimiento, resultando especialmente grave la conducta de

éste último, quien en el párrafo 202º de STS 241/13, de 9 de mayo, señalaba que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la O.M. de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, vigente hasta el 29 de abril de 2012, garantizaba razonablemente la observancia de los requisitos exigidos en la Ley 7/98, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, en relación con la incorporación de las cláusulas de determinación de los intereses y sus oscilaciones.

En conclusión, ya desde el 9 de mayo de 2013, momento en el que el Tribunal Supremo estableció los criterios relativos al Control de Transparencia, resulta obligado que los juzgadores nacionales, a la hora de realizar dicho Control de Transparencia, acudan a la **O.M. de 5 de mayo de 1994** y comprueben el cumplimiento de las exigencias ahí recogidas, obligación que ha sido reiteradamente ignorada por los responsables de su cumplimiento, especialmente el mismo Tribunal Supremo, quien en la controversia que dio lugar a su STS 669/17, de 15 de diciembre de 2017, no quiso observar que el clausulado del contrato no recogía la definición del índice, ni que resultara acreditado que la entidad demandada no entregó al consumidor contratante ni Folleto Informativo ni Oferta Vinculante.

SEXTO.- Se ha de llamar la atención sobre otra de las exigencias establecidas por el TJUE, exigencia que ha de propiciar un cambio en el método de funcionamiento del Banco de España, pues el TJUE entiende que resulta pertinente, dado que el importe exacto del tipo de interés variable no puede determinarse para toda la vigencia del contrato, y a efectos de efectuar el análisis por el consumidor, que **los elementos principales relativos al cálculo del IRPH resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario.**

Sin embargo, la realidad es que, así como en la determinación del Euribor, cualquier consumidor puede conocer los datos con los que se ha procedido a su elaboración y revisar así su cálculo mensual, en la determinación del índice IRPH no se publican los datos remitidos por las entidades contribuidoras ni la media realizada por el Banco de España, por lo que su veracidad constituye un acto de fe a realizar mensualmente por los afectados.

SÉPTIMO.- Resulta especialmente relevante que el TJUE entienda y exija que la información suministrada al consumidor permita a éste evaluar el coste total de su préstamo, y que a tal efecto, desempeñe un papel decisivo la **omisión de**

información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato (&52), debiéndose recordar que la mayor parte de los contratos que **aparentemente transcriben la definición del índice IRPH** al contrato obvian transcribir la segunda parte de la definición, la parte en la que se concreta que la media que realiza el Banco de España será con los tipos anuales equivalentes ponderados remitidos por las entidades contribuidoras, circunstancia en la que asientan los reproches que se realizan del índice, una omisión que no solo resulta una falta de información sino que supone que el consumidor se represente una idea equivocada del mismo, pues no es lo mismo que el índice IRPH resulte una media de los tipos de interés de los contratos de referencia o que resulte una media de los tipos anuales equivalentes de esos mismos contratos.

Omitir esta parte de la definición resulta relevante.

OCTAVO.- Habida cuenta de que resulta un hecho indiscutible que artículo 4.2 de la Directiva 93/13 no ha sido transpuesto a nuestro ordenamiento, el Abogado General, en su Conclusiones de 10 de septiembre de 2019, concretamente en su Conclusión 127^a, recordaba que en caso de que el órgano jurisdiccional llegara a la conclusión de que la exigencia de transparencia había sido respetada, ello no implicaría la exención del deber de someter la cláusula a un examen referido a su eventual carácter abusivo en cuanto al fondo atendiendo a los criterios enunciados en el artículo 3.1 y en el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE, de donde se desprende, sin lugar a dudas, que en el supuesto de que la cláusula relativa al índice IRPH superara el Control de Transparencia con arreglo a los criterios antes enunciados, todavía restaría someterla a un **Control de Contenido** en relación con que si existiendo un índice de aplicación mayoritaria como el Euribor, cuya determinación mensual resulta ajena a las partes, la imposición de un índice minoritario como el IRPH, cuya determinación mensual se veía influida por la entidad financiera de una manera concreta, precisa y aritméticamente predecible, supone una falta de reciprocidad que la convierte en abusiva en relación con los supuestos recogidos en los artículos 84 a 89 de la TRLGDCU.

El carácter influenciado del índice por parte de alguna de las entidades financieras contribuidoras de datos que lo imponen a un espectro reducido de sus clientes no es un concepto jurídico, es un concepto aritmético estadístico, lo que lleva a que la prueba pericial basada en el testimonio de expertos en la materia, o, mejor aún, del propio Banco de España, resulte básico.

NOVENO.- Finalmente, y en relación con las consecuencias de la opaca comercialización del índice IRPH y la nulidad de la cláusula que lo incorpora al contrato, hemos de partir de que el interés no es un elemento esencial del préstamo hipotecario, como se desprende del **artículo 1740** del **Código Civil** y lo corroboran tanto los miles de contratos de préstamo hipotecario suscritos por las entidades financieras con sus empleados como las resoluciones dictadas por las varias Audiencias Provinciales que han venido declarando su abusividad.

Así las cosas, la nulidad por abusiva de la cláusula relativa al índice IRPH conllevaría, como efecto reparador derivado del artículo 6.1 y disuasorio derivado del artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, la expulsión de la cláusula del contrato y, consecuentemente, la devolución de lo indebidamente obtenido por el profesional y la continuación del devenir del contrato sin la cláusula relativa a intereses, transformándose el contrato oneroso en un contrato gratuito perfectamente reconocido por nuestro ordenamiento.

También ha de recordarse que la propia Abogacía del Estado solicitó del TJUE la limitación de los efectos temporales de la sentencia partiendo de la premisa de que en caso de declaración de nulidad de una cláusula como la que nos ocupa el contrato de préstamo subsistiría sin el abono de intereses, lo que prueba que la Abogacía del Estado tiene perfectamente asumido que la consecuencia del carácter abusivo de la cláusula de interés es su expulsión del contrato y la continuación de su devenir en forma gratuita.

Llegados a este punto, y en todo caso, el carácter esencial o no de la cláusula relativa al tipo de interés lo deberá determinar el juzgador, en cumplimiento de lo dispuesto por el TJUE, al tratarse de la interpretación del derecho nacional (párrafo 60, STJUE 26/03/19 C-70/17 y C-179/17), de tal manera que si entendiera que la cláusula que lo incorpora al contrato reviste carácter esencial, el juzgador queda facultado para sustituirla por disposición legal siempre y cuando la nulidad de la cláusula conllevara la nulidad del contrato en su totalidad y ello expusiera al consumidor a graves consecuencias, consecuencias que será éste quien valore y quien, en función de su valoración, decidirá si opta por la nulidad del contrato o por su integración tal y como imperativamente ha establecido el TJUE en su STJUE C-260/18, de 3 de octubre de 2019, y ha obviado nuestro Tribunal Supremo.

Si el consumidor, en estas circunstancias, optara por la pervivencia del contrato y su integración en base a la sustitución de la cláusula abusiva por disposición legal alternativa, tal sustitución no podría basarse en la Disposición Adicional 15ª recogida en la Ley 14/2013, de emprendedores, y ello por cuanto ...

1ª.- La citada Disposición Adicional 15ª prevé la **sustitución pacífica** de los índices IRPH Cajas, IRPH Bancos y CECA, buscando el mantenimiento del **inicial equilibrio de prestaciones entre las partes**, con independencia de que éste fuera o no justo, lo que trajo en consecuencia que el importe de la cuota se mantuviera inalterable tras la sustitución en esa idea de que tal sustitución no podía alterar ese equilibrio inicial de prestaciones entre las partes.

2ª.- El caso de expulsión de la cláusula en razón de su abusividad no es un caso de sustitución pacífica sino de sustitución a causa de una infracción y con un **efecto penalizador y disuasorio**, debiéndose buscar, tal y como reitera el TJUE, la **recuperación del justo equilibrio de prestaciones entre las partes**, el equilibrio que se debió establecer inicialmente y no se estableció a causa del carácter abusivo de la cláusula impuesta por el profesional.

Si lo que se pretende es un efecto reparador y disuasorio del profesional, la cláusula legal que suple la cláusula abusiva no puede pretender, como así lo hacía la Disposición Adicional 15ª de la Ley 14/2013, de emprendedores, el mantenimiento del inicial equilibrio de prestaciones, pues el carácter abusivo de la cláusula supone un desequilibrio de derechos y deberes de las partes, amén de que si el profesional que impuso la cláusula abusiva observa que la consecuencia de la imposición de una cláusula abusiva es su sustitución por otra que le repone en la misma situación de desequilibrio declarada abusiva, no cesará en su uso.

3ª.- A ello ha de añadirse que la opacidad y complejidad del método de cálculo del índice IRPH Cajas es idéntica a la del índice IRPH Entidades, por lo que la sustitución del índice IRPH Cajas por el índice IRPH Entidades resultaría una pantomima que únicamente beneficiaría al infractor.

En conclusión, las exigencias de transparencia contempladas en la resolución del TJUE y que afectan a la incorporación de los índices IRPH a los contratos de préstamo hipotecarios suscritos estos últimos años por consumidores españoles no se han cumplido ni por las Cajas ni por las entidades bancarias, ya que la correcta y completa información de este particular índice desvelaría el carácter esencialmente gravoso del mismo en razón de su propia naturaleza, por su forma de ser, que hubiera desembocado en la falta de consentimiento del consumidor.

Por todo lo dicho, habida cuenta de lo largo y tortuoso que resulta el recorrido judicial, de su coste económico, de los años de angustiosa espera de una resolución definitiva, es por lo que, sin esperar a la interpretación que hiciera el

Tribunal Supremo, que a buen seguro dará lugar a nuevas cuestiones prejudiciales ante el TJUE, los abajo firmantes reclaman una solución urgente que contemple una reforma legislativa de la disposición adicional 15 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, sustituyendo el índice IRPH en cualquiera de sus modalidades por uno legal desde su inicio, el Euríbor, índice por el que el consumidor se hubiera decantado en caso de haber sido correctamente informado.

Todo ello, claro está, sin perjuicio del derecho que asiste a todo consumidor para pretender judicialmente la recuperación de cuantas cantidades le fueron detraídas en aplicación de una cláusula abusiva.

Abogadas

Maite Ortiz Pérez - (Gipúzkoa)

Verónica Dávalos Alarcón – (Barcelona)

En Barcelona y Donostia, a 06 de mayo de 2020.