Informe de validación jurídica en la incorporación, en contratos de préstamos bancarios suscritos por consumidores, del tipo hipotecario IRPH

Autores:

JOSE MARIA ERAUSQUIN VAZQUEZ – Abogado
MAITE ORTIZ PEREZ – Abogada

Empresa proveedora de servicios: Abogados RES SL.

PRESENTACION

Ante el interés mostrado por la Dirección General de Consumo de las Islas Baleares, y a propuesta suya, hemos realizado este informe de validación jurídica en la incorporación, en contratos de préstamos hipotecarios suscritos por consumidores, de los tipos IRPH, atendiendo a su deseo de que resulte sencillo y relativamente fácil de entender, con el fin de poder ser utilizado tanto por las administraciones como por los particulares interesados en conocer más profundamente la especial naturaleza y peculiaridades de los controvertidos tipos IRPH, las consecuencias económicas derivadas de tales peculiaridades, las habituales circunstancias de la contratación seriada de préstamos hipotecarios sometidos a condiciones generales de la contratación, préstamos en los que el consumidor contratante apenas tiene posibilidad de influir en el contenido prerredactado del clausulado de su contrato, la normativa civil relativa a la transparencia en la contratación bancaria vigente en cada momento, la normativa bancaria relativa a la utilización de los tipos IRPH, la Jurisprudencia recientemente establecida por el TJUE en relación con las cláusulas que incorporan índices variables como los tipos IRPH a los contratos de préstamo hipotecario suscritos por consumidores, la interpretación que de dicha Jurisprudencia del TJUE ha realizado nuestro Tribunal Supremo, la interpretación realizada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 38 de Barcelona que fue quien elevó las cuestiones prejudiciales que dieron lugar a la intervención del TJUE, y la enorme distancia que separa ambas interpretaciones, las consecuencias derivadas del Control Judicial de Transparencia de las cláusulas relativas al precio del contrato, y las consecuencias jurídicas derivadas de la declaración de nulidad por abusivas de las cláusulas que incorporan los tipos IRPH.

En suma, se pretende que este informe resulte de utilidad para todas aquellos interesados en conocer la problemática que rodea la utilización de los tipos IRPH, bien por simple curiosidad, bien por resultar afectados, o bien por ser letrados que buscan una orientación sobre como plantear judicialmente la defensa de los intereses de los consumidores afectados por la imposición de estos tipos de interés, un grupo residual de clientes bancarios, pero suficientemente elevado como para merecer la implicación de las autoridades de consumo.

Maite Ortíz Pérez
José María Erauskin Vazquez

INDICE

Página 2 *Presentación.*

Página 3 *Indice.*

Página 5 *El tipo hipotecario IRPH Cajas, su especial naturaleza, su peculiar método de cálculo y, por extensión la de todos los tipos IRPH.*

Página 16 *Consecuencias económicas especialmente negativas derivadas del peculiar método de cálculo del tipo IRPH Cajas y, por extensión, del resto de tipos IRPH.*

Página 39 *Otras peculiaridades igualmente relevantes en relación con los tipos IRPH.*

Página 47 *Desaparición de los tipos IRPH Cajas, IRPH Bancos y tipo CECA, normas supletorias.*

Página 56 *Normativa nacional vigente en materia de transparencia en la contratación de préstamos hipotecarios, en lo relativo a tipos de interés variable.*

Página 68 *La transparencia exigible en el caso de las cláusulas relativas al tipo de interés variable a los ojos de la Comisión Europea, el Abogado General, y la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*

Página 81 *El desequilibrio contrario a la buena fe del profesional a los ojos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*

Página 83 *La especial protección que disfrutan los consumidores españoles como consecuencia de la no transposición del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE.*

Página 85 *La desigual interpretación que realizan el Juzgado de 1ª Instancia nº 38 de Barcelona y nuestro Tribunal Supremo respecto del mismo pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*

Página 99 *Consecuencias de la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula relativa a un tipo IRPH.*

ANEXO 1 *Respuestas del Banco de España al interrogatorio practicado en el Procedimiento 81/2014, sustanciado ante el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Burgos.*

ANEXO 2 *Informe del profesor Don Juan Etxeberria Murgiondo.*

EL TIPO HIPOTECARIO IRPH CAJAS Y SU PECULIAR METODO DE CALCULO

Previo a analizar las especiales **peculiaridades** del índice hipotecario coloquialmente conocido como **IRPH Cajas**, y, por extensión, de los índices **IRPH Bancos**, **IRPH Conjunto de Entidades** e **Indicador CECA**, resulta imprescindible entender la diferencia entre lo que es y supone económicamente …

… el **Indice de Referencia** al que se remite un concreto contrato de préstamo hipotecario, un parámetro numérico variable de cuya oscilación dependerá la cuantía a satisfacer mensualmente en concepto de interés;

… el **Tipo de Interés** de la operación o **Precio** de la misma, resultado de adicionar un **Diferencial** al anterior **Indice de Referencia**;

… y la **TAE** de esa operación o **Coste** de la misma, resultado de adicionar al anterior **Tipo de Interés** o **Precio** las **Comisiones** y **Gastos** inherentes a la misma.

Indice de referencia: **Parámetro oficial para el cálculo de los intereses a abonar**

Tipo de interés: **Indice de referencia + Diferencial**

Tipo anual equivalente: **Indice de referencia + Diferencial + Comisiones + Gastos**

Así las cosas, el índice **IRPH Cajas**, ya desaparecido, ostentaba una doble personalidad, pues se trataba de un **Indice de Referencia** oficial que, **al mismo tiempo**, y derivado de su peculiar método de cálculo, constituía un **indicador del coste medio total** de la financiación hipotecaria española a través de las **Cajas de Ahorro**, o, dicho de otra manera, el **coste medio total** de las operaciones de préstamo hipotecario suscritos en **España** por las **Cajas de Ahorro** o el **TAE medio de la financiación hipotecaria española** a través de las Cajas de Ahorro.

No obstante, tal afirmación tiene sus **matices**, pues no todos los contratos de préstamo hipotecario suscritos por las **Cajas de Ahorro** eran tomados en consideración a la hora de que éstas remitieran los datos con los que, posteriormente, el **Banco de España** determinaba mensualmente el importe del tipo **IRPH Cajas**, pero a estas excepciones nos referiremos más adelante con mayor detalle.

Llegados a este punto, y teniendo en cuenta la diferencia conceptual entre **Indice de Referencia**, **Tipo de Interés** y **Tipo TAE**, la inmediata conclusión a la que llegamos es que quien suscribía un contrato de préstamo hipotecario referenciado a un tipo **IRPH**, en cualquiera de sus modalidades, abonaba, solo como **Indice de Referencia**, lo que los clientes que suscribieron los contratos de préstamo de referencia el mes anterior abonaron por todos los conceptos, esto es, por **Indice de Referencia**, **Diferencial**, **Comisiones** y **Gastos**, a lo que añadían su propio **Diferencial**, sus propias **Comisiones** y sus propios **Gastos**.

La **Circular 8/90**, de 7 de septiembre de 1990, del **Banco de España**, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, publicada en el **BOE nº 226**, de 20 de septiembre de 1990, páginas **27498** a **27508**, tras modificación derivada de la **Circular 5/94**, de 22 de julio de 1994, del **Banco de España**, a Entidades de Crédito, sobre modificación de su anterior **Circular 8/90**, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, publicada en el **BOE nº 184**, de 3 de agosto de 1994, páginas **25106** a **25111**, incorporó, bajo el rótulo **Tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario: Definición y fórmula de cálculo**, un novedoso **Anexo VIII** en el que se recogía la **definición** de seis índices oficiales, entre los que se encontraban el **Tipo de rendimiento interno en el mercado secundarios de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años** y el **Tipo interbancario a 1 año** o **Mibor a un año**, que no son objeto de este informe, y los conocidos globalmente como **tipos IRPH**, de los cuales existían **4 modalidades**.

Una lectura conjunta de la **Norma Segunda** y del **Anexo VIII** de la **Circular 8/90**, del **Banco de España**, de 7 de septiembre de 1990, nos permite **deducir el método de cálculo de los controvertidos tipos IRPH**, sin que exista ningún tipo de apartado específico en el que se recoja, o al menos se aluda, a su método de cálculo o a los elementos que lo definen.

La **Norma Segunda** de la citada **Circular 8/90**, del **Banco de España**, de 7 de septiembre de 1990, recoge …

> ***Todos los Bancos, las Cajas de Ahorros, la Confederación Española de Cajas de Ahorros y las sucursales en España de Entidades de Crédito extranjeras deberán presentar mensualmente al Banco de España, dentro de los quince primeros días de cada mes (o en el primer día hábil en Madrid posterior a dicha quincena, si el último día de la misma fuese festivo en dicha localidad), información de los tipos de interés medios ponderados de determinadas operaciones, realizadas en España, con el sector privado residente en España, denominadas en euros, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes anterior, al objeto de que el Banco de España confeccione y publique ciertos índices o tipos de referencia del Mercado Hipotecario. Esta información se declarará en el formato incluido en el anejo II, con arreglo a las indicaciones contenidas en él.***

El **Anexo VIII** de la **Circular 8/90**, del **Banco de España**, de 7 de septiembre de 1990, recoge …

El **Tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorro**, también conocido como **CECA**, cuya definición rezaba del siguiente tenor ...

> ***Se define como el noventa por ciento, redondeado a octavos de punto, de la media simple correspondiente a la media aritmética eliminando los valores extremos de los préstamos personales formalizados mensualmente por plazos de un año a menos de tres años y a la media aritmética eliminando los valores extremos de los préstamos con garantía hipotecaria para adquisición de vivienda libre formalizados mensualmente por plazos de tres años o más. Los tipos utilizados en el cálculo de las medias serán los tipos anuales equivalentes, ponderados por sus respectivos principales, comunicados por las cajas de ahorro confederadas al Banco de España, para cada una de esas modalidades de préstamo y esos plazos, en virtud de lo previsto en la norma segunda.***

El **Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de Bancos**, también llamado **IRPH Bancos**, cuya definición rezaba del siguiente tenor …

> ***Se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes al que se refiere el índice por el conjunto de bancos.***
>
> ***Dichos tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de bancos, de acuerdo con la norma segunda.***

El **Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años del Conjunto de Entidades**, también llamado **IRPH Entidades**, cuya definición reza, pues todavía se mantiene como índice legal, en los siguientes términos …

> ***Se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario.***
>
> ***Dichos tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de bancos, cajas de ahorro y sociedades de crédito hipotecario, de acuerdo con la norma segunda.***

El **Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de las Cajas de Ahorro**, también llamado **IRPH Cajas**, cuya definición rezaba del siguiente tenor …

> ***Se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes al que se refiere el índice por el conjunto de cajas de ahorro.***
>
> ***Dichos tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de cajas, de acuerdo con la norma segunda.***

2 Tipo medio de los préstamos hipotecarios, a más de tres años, de cajas de ahorros

– Se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas por el conjunto de cajas de ahorros en el mes al que se refiere el índice.

Dichos tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de cajas, de acuerdo con la norma segunda.

– La fórmula de cálculo de dicho tipo será:

$$I_{ca} = \frac{\sum i_{ca}}{n_{ca}}$$

Siendo:

I_{ca} = La media de tipos de interés medios ponderados del conjunto de cajas de ahorros.
i_{ca} = El tipo medio ponderado de los préstamos de cada caja.
n_{ca} = El número de cajas declarantes.

Así las cosas, hemos de insistir en que no existe una **disposición**, **epígrafe** o **apartado** que recoja el **método de cálculo de los tipos IRPH**, sino que éste ha de **deducirse** de la lectura conjunta de la **Norma Segunda** y del **Anexo VIII** de la **Circular 8/90**, del **Banco de España**, de 7 de septiembre, pues es su **definición** la que, como podemos observar, más o menos va **describiendo** lo que resulta ser el **método de cálculo** de cada uno de los tipos.

En consecuencia, no es cierto que cualquier consumidor pueda conocer el método de cálculo y los elementos que definen el tipo **IRPH** con una simple lectura del **BOE**, pues la realidad es que todo consumidor que deseara conocer el método de cálculo de los tipos **IRPH** a fin de valorar las consecuencias económicas especialmente relevantes que pudieran derivarse de su aplicación, debía saber que éste se había de **deducir** de la **definición** recogida en el **Anexo VIII** de la **Circular 8/90** del **Banco de España**, publicada en el **BOE nº 226**, de **20 de septiembre de 1990**, tras la modificación efectuada por la **Circular 5/94**, también del **Banco de España**, publicada entre las páginas **25106** y **25111** del **BOE nº 184**, de **3 de agosto de 1994**, y esto en unos años en los que resultaba complicado el acceso a internet en muchas zonas de **España**.

De esta dificultad para que un consumidor pudiera acceder por sí mismo a este conocimiento se desprende la **vital importancia** de la información suministrada por el profesional a la que se refiere el **Abogado General**, Sr. **Maciej Szpunar**, en sus **Conclusión Segunda**, a propósito del **asunto C-125/18**, de 10 de septiembre de 2019, cuando afirma que el consumidor medio no alcanza a comprender determinados conceptos, como **«tipo de interés»**, **«índice de referencia»** o **«tasa anual equivalente»** (**TAE**), y, en particular, las diferencias entre ellos, así como el método de cálculo de los índices de referencia oficiales de préstamos hipotecarios y de las **TAE** sobre cuya base se calculan estos tipos de interés, añadiendo que, en estas circunstancias, el nivel de información que se exige del profesional es de **vital importancia** para permitir al consumidor medio comprender el coste real de su préstamo.

Una visión conjunta de los cuatro tipos **IRPH** nos permite concluir que todos ellos se determinaban a través de una media simple de los **tipos TAE** medios remitidos, según los casos, por el conjunto de **Cajas de Ahorro** para la determinación del índice **IRPH Cajas** y el **CECA**, el conjunto de **Bancos** para la determinación del índice **IRPH Bancos**, o el conjunto de **Cajas de Ahorros** y **Bancos** para la determinación del índice **IRPH Entidades**.

Igualmente podemos concluir que, en la medida en que el índice **CECA** se determinaba a partir de los **tipos TAE** de las operaciones de préstamo hipotecario suscritas a plazo superior a tres años para la adquisición de vivienda libre y, además, de los **tipos TAE** de las operaciones de préstamo personal entre uno y tres años, siempre operaría por encima del resto de tipos **IRPH** que se determinaban "únicamente" a partir de los **tipos TAE** de las operaciones de préstamo hipotecario a plazo superior a tres años para la adquisición de vivienda libre.

Podemos también concluir de la propia definición que, habida cuenta de que únicamente se tenían en cuenta los datos provenientes de préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de **vivienda libre**, quedaban **excluidos** los datos provenientes de contratos de préstamo hipotecario destinados a la adquisición de **vivienda protegida**, datos que, sin duda, hubieran contribuido a rebajar la media con que se determinaba el tipo **IRPH** en cualquiera de sus modalidades, y que todavía constituye, a día de hoy, el tipo **IRPH Entidades**.

A ello ha de añadirse, en el mismo sentido, que, tal y como recogía el **Anexo II** de la **Circular 8/90**, del **Banco de España**, de 7 de septiembre, de transparencia de las operaciones y protección de la clientela, vigente hasta su derogación por **Circular 5/2012**, de 27 de junio, de **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, publicada en **BOE nº 161**, de 6 de julio de 2012, páginas **48855** a **48906**, y en la que también se recogen los mismos tipos oficiales **IRPH** con idéntica definición y fórmula de cálculo, quedaban igualmente **exceptuados**, a los efectos de la determinación mensual de dichos índices, los datos resultantes de **operaciones de préstamo hipotecario suscritas por los trabajadores de las entidades financieras** cuando éstas se concertaran a **tipos fuera de mercado** en el marco de los acuerdos recogidos en el **convenio colectivo** o en virtud de cualquier otra circunstancia derivada de la **relación laboral**, lo que significa que los datos resultantes de los miles de operaciones suscritas por los empleados de las entidades a tipos de interés extremadamente bajos, tampoco son tomados en cuenta a la hora en la determinación de los tipos **IRPH**.

TIPOS DE INTERÉS DE OPERACIONES EN ESPAÑA CON EL SECTOR PRIVADO RESIDENTE

Tipos de interés medios ponderados de las operaciones en euros, iniciadas o renovadas en el mes.

	Tipo de interés (1)
Préstamos con garantía hipotecaria para adquisición de vivienda libre a plazo de : 3 años o más (2) (3)	
Préstamos personales (en póliza o en efectos financieros) a plazo: de 1 año a menos de 3 años .(4)	
Imposiciones nominativas y certificados de depósito no emitidos a descuento a plazo igual o superior a 1 año e inferior a 2 años. (4)	

(1) Los tipos de interés medios ponderados serán T.A.E. calculadas aplicando estrictamente los criterios de la norma octava de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre.
(2) Incluidos los concertados a tipo variable.
(3) Esta información la incluirán los bancos españoles, las sucursales en España de entidades de crédito extranjeras, las cajas de ahorros y la CECA.
(4) Esta información la incluirán solo las cajas de ahorros y la CECA.

Nota.- Se excluirán del cálculo las operaciones con empleados, cuando éstas se concierten a tipos fuera de mercado, en el marco de acuerdos recogidos en el convenio colectivo o en virtud de cualquier otra circunstancia derivada de la relación laboral.
En las operaciones que cuenten con subvención de tipo de interés, se tomará la remuneración total obtenida por la entidad, con independencia del tipo abonado por el cliente.

Y en este mismo sentido, este mismo **Anexo II** de la **Circular 8/90**, del **Banco de España**, de 7 de septiembre, de transparencia de las operaciones y protección de la clientela, también recogía que en las operaciones que contaran con **subvención** de tipo de interés, se tomaría en cuenta la remuneración total obtenida por la entidad con independencia del tipo abonado por el cliente, esto es, a la hora de calcular las **TAE** medias con los que el **Banco de España** determinaba los tipos **IRPH** no se tomaría en consideración la parte subvencionada, de manera que la **TAE** utilizada sería la resultante de considerar que no había existido tal subvención.

También se ha de tomar en cuenta que la reducción del diferencial aplicable o la eliminación de ciertas comisiones como consecuencia de las **vinculacione**s comprometidas por el cliente, bien en forma de domiciliación de recibos o bien en forma de contratación de servicios, tampoco son tenidas en cuenta a la hora de confeccionar la **TAE** media que cada entidad remite al **Banco de España** a los efectos de que esté determine, actualmente, el importe del tipo **IRPH Entidades** del siguiente mes, de manera que dicha **TAE** se elabora como si éstas reducciones no existieran, lo cual tiene un efecto **demoledor** en la determinación de dicho tipo **IRPH**, pues esos clientes, dispuestos a comprometerse con una amplia diversidad de vinculaciones y que precisamente por ello aceptan suscribir contratos de préstamo hipotecario a tipos de interés realmente elevados a sabiendas que éstos se verán importantemente reducidos en razón de dichas vinculaciones, contribuyen inconscientemente a elevar una **TAE** media que, a su vez, llevará a elevar, en la siguiente revisión, el coste de los contratos referidos al tipo **IRPH**.

Todo ello nos lleva a la **realidad predecible** e **inevitable**, constatada en el siguiente cuadro, en el que, sobre la base de los datos recogidos en los meses de septiembre de los sucesivos años por el **Colegio de Registradores**, se observa el siguiente orden, de más a menos caro …

Año	CECA	IRPH Cajas	IRPH Entidades	IRPH Bancos	Euribor	Mibor
SEP. 2001	6,625%	5,772%	5,627%	5,480%	3,770%	3,771%
SEP. 2002	6,125%	4,925%	4,818%	4,698%	3,236%	3,241%
SEP. 2003	5,000%	3,518%	3,428%	3,335%	2,258%	2,263%
SEP. 2004	4,750%	3,436%	3,367%	3,286%	2,377%	2,377%
SEP. 2005	4,500%	3,292%	3,197%	3,087%	2,219%	2,223%
SEP. 2006	5,250%	4,515%	4,451%	4,377%	3,715%	3,709%
SEP. 2007	6,000%	5,522%	5,497%	5,466%	4,724%	4,725%
SEP. 2008	6,875%	6,275%	6,265%	6,176%	5,384%	5,334%
SEP. 2009	4,875%	3,260%	2,990%	2,632%	1,261%	1,261%
SEP. 2010	5,125%	2,927%	2,799%	2,652%	1,420%	1,418%
SEP. 2011	5,500%	3,694%	3,570%	3,428%	2,067%	2,208%
SEP. 2012	5,250%	3,573%	3,347%	3,199%	0,740%	0,740%
SEP. 2013	6,250%	3,940%	3,467%	3,267%	0,543%	0,543%

… o si nos ceñimos a una comparativa entre el tipo **IRPH Cajas** y el índice **Euribor** …

AÑO	IRPH CAJAS	EURIBOR
SEP. 2001	5,772%	3,770%
SEP. 2002	4,925%	3,236%
SEP. 2003	3,518%	2,258%
SEP. 2004	3,436%	2,377%
SEP. 2005	3,292%	2,219%
SEP. 2006	4,515%	3,715%
SEP. 2007	5,522%	4,724%
SEP. 2008	6,275%	5,384%
SEP. 2009	3,260%	1,261%
SEP. 2010	2,927%	1,420%
SEP. 2011	3,694%	2,067%
SEP. 2012	3,573%	0,740%
SEP. 2013	3,940%	0,543%

El cuadro nos muestra dos importantes realidades, …

… por un lado lo **sorprendente** que resulta que unos consumidores razonablemente atentos y perspicaces, con toda la información que las entidades financieras acostumbran a decir que proporcionaron, y a la vista de un cuadro como el que nos ocupa, hubieran aceptado referir su contrato al tipo **IRPH Cajas** en lugar de al habitual **Euribor**.

… por otro lo **predecible**, por inevitable desde una óptica aritmética, teniendo en cuenta los tipos de contratos de préstamos excluidos en la determinación de los tipos **IRPH** y el hecho objetivo de que las Cajas de Ahorro siempre prestaron dinero a un precio superior a los Bancos, de que el tipo más caro del mercado haya sido siempre el tipo **CECA**, en cuya determinación se utilizaban los **tipos TAE** de **préstamos personales**, que siempre se contrataron a tipos de interés superiores a los préstamos hipotecarios; a continuación se situaría el tipo **IRPH Cajas**; a continuación el tipo **IRPH Entidades**, por elaborarse con datos provenientes de Cajas y de Bancos; a continuación el tipo **IRPH Bancos**, y, finalmente, el índice **Euribor**.

Esta segunda realidad que nos muestra el cuadro contradice la doctrina establecida por nuestro **Tribunal Supremo** en su **STS 669/2017**, de 14 de diciembre, cuando este afirma …

> ***También resulta arriesgado afirmar que el IRPH resulta en todo caso más caro cuando el préstamo todavía no ha llegado ni a la tercera parte de su plazo de vigencia, puesto que se pactó en 2006 por un periodo de 35 años, por lo que se desconoce qué sucederá en los 24 años que todavía quedan para su extinción.***

… y la contradice porque derivado del método de cálculo de los índices **IRPH**, derivado de que se utilizaran **tipos TAE** para su determinación, **resultaba inevitable**, **por mera lógica aritmética**, que los tipos **IRPH** siempre operaran por encima del índice **Euribor**, de tal manera que el hecho constatado de que hasta ahora haya sido siempre así no obedece a ningún tipo de circunstancia impredecible al momento de la contratación, ni se deriva del riesgo de las oscilaciones de los tipos de interés, ni es fruto de la casualidad, es la **consecuencia inevitable de su método de cálculo**.

Esta inevitable realidad era tan sobradamente conocida por las entidades financieras como inimaginable por los consumidores, pues el profesional, y ello determina su **mala fe**, era totalmente **conocedor**, en el momento de imponer el tipo **IRPH**, de que siempre, en cualquier circunstancia y con independencia de cómo evolucionara el mercado hipotecario, los índices **IRPH**, todos ellos, siempre operarían por encima del habitual **Euribor**, pues **su peculiar método de cálculo no permite esperar otra posibilidad**.

Así pues, no podemos compartir el criterio de nuestro **Tribunal Supremo** cuando sostiene que el hecho de que hasta ahora el índice **IRPH** haya evolucionado por encima del **Euribor** no significa que vaya a ser así a lo largo de toda la vida del préstamo, que se trata de una circunstancia respecto de la que no cabe extraer conclusiones rotundas, pues lo cierto es que, derivado del método de cálculo del índice **IRPH**, resultando que éste constituye, además de Indice de Referencia, una media de las **TAE** de las operaciones de referencia, una **TAE** del que el índice **Euribor** formaba parte, no cabía imaginar un escenario en el que el **Euribor** operara por encima de los tipos **IRPH**, salvo que el resto de elementos de la **TAE** operaran en negativo a fin de compensar y estabilizar las hipotéticas subidas del **Euribor**, un supuesto puramente teórico sin ninguna viabilidad.

En conclusión, las entidades que impusieron estos índices en los contratos de préstamo hipotecario suscritos con consumidores, eran plenamente **conocedoras** de que esos tipos **IRPH** que imponían operarían siempre por encima del **Euribor**, en cualquier circunstancia y cualquier escenario de mercado, careciendo de sentido aludir a la incertidumbre o a la imprevisible evolución del mercado o de los tipos de interés, pues tal situación era la única posible teniendo en cuenta la más elemental aritmética.

CONSECUENCIAS ECONOMICAS ESPECIALMENTE NEGATIVAS DEL PECULIAR METODO DE CALCULO DEL TIPO IRPH CAJAS Y, POR EXTENSION, DEL RESTO DE TIPOS IRPH

En relación con las consecuencias económicas especialmente negativas para el consumidor contratante, derivadas de su especial método de cálculo, y tomando como referencia el índice **IRPH Cajas**, hemos de partir de la base de que su método de cálculo vendría representado por la siguiente fórmula …

$$IRPH_{Cajas} = \sum \left(\frac{i_c}{n_c}\right) = \frac{i_1}{n} + \frac{i_2}{n} + \frac{i_3}{n} + \cdots \frac{i_n}{n}$$

… siendo ...

i_c = La suma de los tipos medios ponderado de los préstamos referencia de las Cajas de Ahorros.

n_c= El número de Cajas de Ahorro declarantes o contribuidoras.

De este peculiar método de cálculo del tipo **IRPH Cajas** se desprenden varias consecuencias económicas relevantes para los intereses del consumidor contratante.

La primera es que, así como el **Euribor** es el **tipo de interés medio al que un grupo representativo de entidades financieras prestan dinero** en el mercado intercambiario de la zona euro, y, en consecuencia, puede considerarse como el **precio actualizado del dinero**, el tipo **IRPH** constituye la **media que quienes suscriben préstamos hipotecarios pagan por todos los conceptos**, y puede considerarse como el **coste medio total de las operaciones hipotecarias**.

La diferencia entre una **media del precio al que las entidades prestan dinero** (**Euribor**) y la **media de lo que los clientes pagan por todos los conceptos** (**IRPH**), incluyendo **Comisiones** y **Gastos**, resulta económicamente relevante pero no sencilla de apreciar por un consumidor medio sin la intervención de un profesional que le ayude a comprender el método de cálculo de los tipos I**RPH** a fin de que dicho consumidor, tal y como establece el **TJUE**, pueda valorar, con arreglo a criterios precisos y comprensibles, las consecuencias que para su economía supondría su incorporación al contrato.

De lo dicho se desprende que los clientes que suscriben un contrato de préstamo hipotecario referido a un tipo **IRPH** un concreto mes, van a pagar, solo en concepto de **Indice de Referencia**, la **TAE** de los contratos de préstamo hipotecarios homólogos a los suyos que se suscribieron el mes anterior, o, lo que es lo mismo, los clientes que suscriben un contrato de préstamo hipotecario referido a un tipo **IRPH** un concreto mes van a pagar, solo en concepto de **Indice de Referencia**, lo que los clientes que suscribieron el mes anterior contratos de préstamo hipotecario homólogos a los suyos abonaron por todos los conceptos, esto es, por **Indice de Referencia**, **Diferencial**, **Comisiones** y **Gastos**, a lo que añadirán sus propios **Diferenciales**, sus propias **Comisiones** y sus propios **Gastos**.

En consecuencia, los clientes que suscriben sus contratos de préstamo hipotecario al tipo **IRPH** caen en una **duplicidad de pagos**, pues pagan su **Diferencial**, sus **Comisiones** y sus **Gastos**, más la media de **Diferenciales**, **Comisiones** y **Gastos**, de los préstamos homólogos a los suyos, suscritos el mes anterior, conceptos integrados en la **TAE** media que constituye su tipo **IRPH**.

Es por ello que el **Banco de España**, conocedor de la especial peculiaridad que supone que el índice **IRPH** se determine mensualmente a través de una media simple de los tipos **TAE** de las operaciones de referencia, advierte en su **Circular 5/94**, de 22 de julio, que la simple utilización del índice **IRPH** supone colocar el coste de la operación por encima del coste medio nacional por lo que a fin de evitar esta situación, a fin de evitar que el coste de la operación se dispare, a fin de evitar que la operación genere un desequilibrio de prestaciones en perjuicio del consumidor, **se hace necesario** utilizar un **diferencial negativo** que compense el efecto de las **Comisiones** …

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 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.

Como podemos observar, el **Banco de España** utiliza la expresión ***"sería necesario aplicar un diferencial negativo"***, expresión que da lugar a cierta confusión, pues en tanto hay quienes interpretan que se trata de un **mandato**, de la imposición de una obligación consistente en incorporar un diferencial negativo que compense el efecto de las Comisiones, hay también quienes entienden que nos encontramos ante una **advertencia** del **Banco de España** sobre las consecuencias negativas de su utilización directa y la **recomendación** de utilizar un diferencial negativo a fin de evitar los efectos negativos de dicha utilización directa.

El **Juzgado de 1ª Instancia nº 38 de Barcelona**, que fue quien elevó ante el **TJUE** una serie de cuestiones prejudiciales relativas a la remisión al tipo **IRPH Cajas** de un concreto contrato de préstamo hipotecario suscrito por consumidores y una entidad financiera, ha entendido el carácter imperativo de dicha expresión.

Nuestro **Tribunal Supremo**, como quiera que en ninguna de sus resoluciones ha aludido siquiera a la existencia de esta **Circular 5/94**, del **Banco de España**, no se ha visto en la tesitura de tener que interpretar si la expresión ***"sería necesario"*** constituye un **mandato** o una **advertencia** respecto de las consecuencias especialmente negativas para el consumidor contratante de, cuando se utilizan tipos **IRPH** no adicionar un diferencial negativo.

En cualquier caso, cuando una entidad financiera refiere el contrato de préstamo hipotecario a un tipo **IRPH** y no incorpora un diferencial negativo, o bien está **incumpliendo un mandato** del **Banco de España**, o bien está **desoyendo una advertencia** del **Banco de España**, actuaciones ambas **reprochables** y, en todo caso, **contrarias a la buena fe**.

Por otro lado, no es cuestión menor recordar que nuestro **Tribunal Supremo**, en defensa de las bondades de los tipos **IRPH**, de su transparencia y de la buena fe de las entidades financieras que lo imponen en sus contratos con consumidores, se aferra a que se trata de un **índice oficial** que goza de la confianza de las Administraciones Central y Autonómicas, quienes acostumbran a utilizarlo en la financiación de los planes de vivienda protegida.

El argumento es **engañoso**, y lo es porque no se somete a control el tipo hipotecario **IRPH**, que tiene unas peculiaridades que nos podrán gustar más o menos pero que no pueden ser objeto de discusión ante los Tribunales de Justicia, sino, por un lado, la **información** relativa a esas peculiaridades que el profesional proporcionó al consumidor a fin de que éste pudiera valorar la conveniencia de aceptar su incorporación al contrato con pleno conocimiento de las consecuencias económicamente significativas que de su aplicación se derivarían a lo largo de un contrato proyectado a tal cantidad de años que, en muchas ocasiones, abarcan la práctica totalidad de su vida laboral, y, por otro, si en su incorporación al contrato se dio cumplimiento a las obligaciones recogidas en la normativa nacional vigente en el momento de la contratación y a las obligaciones o advertencias, según se interprete, del **Banco de España** en relación con la utilización de tipos **IRPH**.

Pero es que, a mayor abundamiento, cuando nuestro **Tribunal Supremo** pondera las bondades de los tipos **IRPH** aludiendo al uso que de ellos han hecho las Administraciones Central y Autonómicas en los planes de financiación de vivienda protegida, **olvida** que todas esas Administraciones Central y Autonómicas a las que se refiere, han utilizado los tipos **IRPH** de manera impecable, bien en un **porcentaje**, bien aplicando un **coeficiente reductor**, o bien incorporando un **diferencial negativo**, tal y como previene/advierte/impone el **Banco de España**.

En este sentido, y a modo de ejemplo, podemos recordar que la normativa estatal reguladora de los **Planes de Vivienda 2002 – 2005** y **2005 – 2008**, que establecía como requisito de los préstamos hipotecarios bonificados que el tipo de referencia aplicable fuese el tipo **IRPH Entidades**, recogía claramente la necesidad de que el tipo de interés fuera un **porcentaje del IRPH Entidades** o que a éste se le aplicara un **coeficiente reductor**.

De esta manera, el **artículo 5** del **Real Decreto 1/2002, de 11 de enero, sobre medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo del Plan 2002 – 2005**, en su **apartado c)**, establecía ...

> ***Los préstamos cualificados a los que se refiere este Real Decreto tendrán las siguientes características comunes, con independencia de las cuantías y plazos de carencia y de amortización que, en cada caso, se establecen para las diferentes actuaciones protegidas.***
>
> ***…***
>
> ***c) El tipo de interés efectivo anual inicial de los préstamos a conceder en el marco del Plan será igual a un porcentaje del tipo porcentual de referencia, redondeado a dos decimales, de los préstamos hipotecarios del conjunto de entidades de crédito elaborado por el Banco de España. Dicho porcentaje será el que resulte como consecuencia de la aplicación de un sistema de ofertas competitivas, por parte de las entidades de crédito que se propongan colaborar en la financiación del Plan de Vivienda 2002-2005, sistema regulado por Orden del Ministro de Fomento, y que se desarrollará previamente a la formalización de los convenios con las mencionadas entidades, a los que se refiere el artículo 44 de este Real Decreto.***
>
> ***…***

Y el **artículo 9** del **Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, por el que se aprueba el Plan Estatal 2005 – 2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda**, en su **epígrafe 3º**, establecía un **coeficiente reductor** en los siguientes términos ...

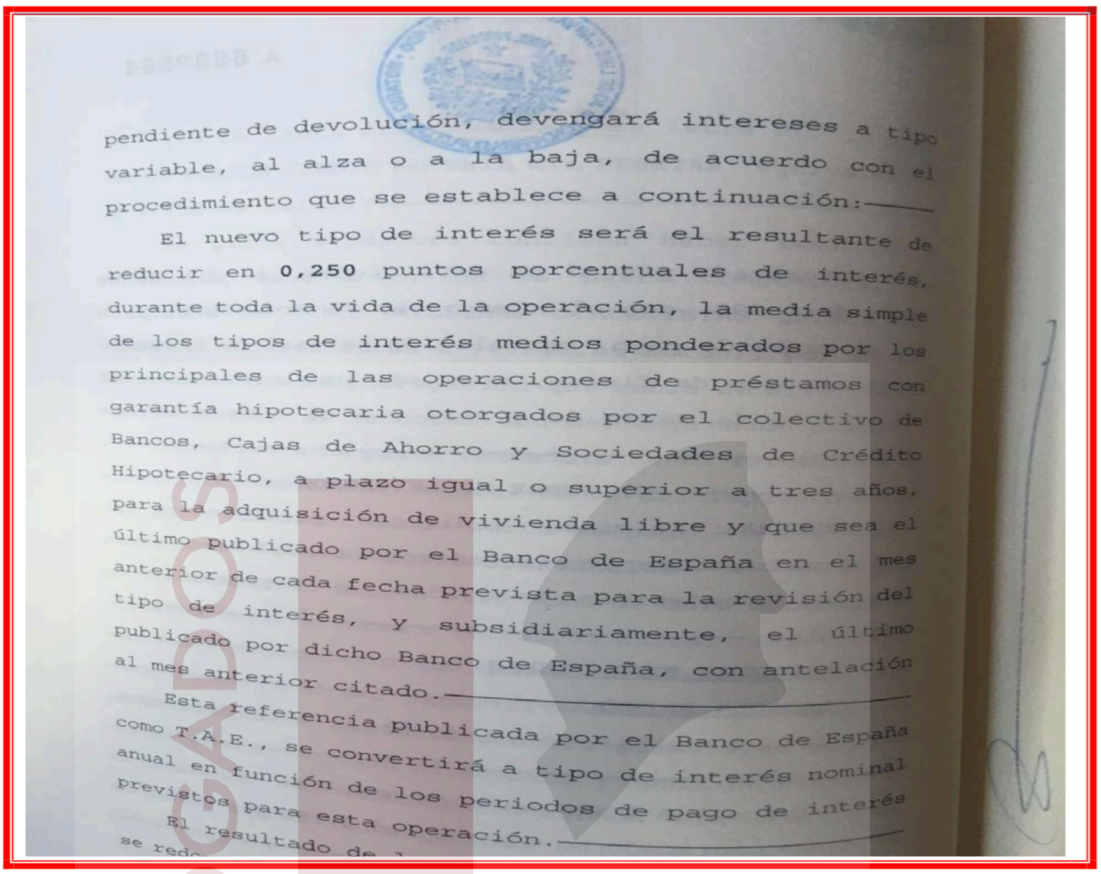
> ***3. El tipo de interés efectivo anual inicial será acordado por el Consejo de Ministros, a propuesta de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, y su cuantía será la resultante de aplicar un coeficiente reductor a la media de los tres últimos meses, con información disponible, del tipo porcentual de referencia de los préstamos hipotecarios del conjunto de entidades de crédito, elaborado por el Banco de España. El coeficiente reductor será 0,9175, establecido mediante el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de abril de 2002, publicado mediante Resolución de la Secretaría de Estado de Infraestructuras, de 10 de abril del mismo año.***

Cambiando radicalmente de escenario, y también a modo de ejemplo ilustrativo, en el año **1998**, la entidad **Kutxa**, actual **Kutxabank** firmó un **Convenio de Colaboración** con el **Ayuntamiento de San Sebastián** y distintas **Agencias de Desarrollo de Gipuzkoa**, convenios en los que se recogían entre otras circunstancias, las condiciones en las que se concederían los préstamos sujetos al mismo, convenios cuyos beneficiarios fueron jóvenes con edad comprendida entre 18 y un máximo de 35 años, que nunca habían trabajado por su cuenta, clientes de **Kutxa**, residentes en **Gipuzkoa** o territorio donde **Kutxa** tenía alguna oficina abierta, que contaban con un proyecto viable, bien concebido desde el punto de vista técnico, comercial y económico, para desarrollar en alguna empresa de **Gipuzkoa** o territorio donde **Kutxa** tuviera alguna oficina abierta, y cuyas condiciones de la financiación destacan por un tipo de interés **IRPH Entidades menos 3,50 puntos**, mínimo 2% …

■ **Condiciones del préstamo.-**

Titularidad: Todos los titulares del préstamo con edad máxima de 35 años.
Importe: 75% de la inversión a realizar (máximo 150.253,03 euros).
Plazo : hasta máximo de **8 años**, con opción a 2 años de carencia.
Tipo de interés: *Variable* al IRPH Total Entidades menos 3,5 puntos (mínimo 2%). Con revisión trimestral.
Comisión apertura : exento.
Amortización: vencimientos mensuales o trimestrales; con cuota constante o con amortización constante.
Garantías: Hipotecaria/personal, según criterios de concesión de riesgo en *kutxa*.

Por otro lado, esta misma **Kutxa** que, en base a un convenio firmado con el **Ayuntamiento de Donostia – San Sebastián** y varias **Agencias de Desarrollo** integradas en **Garapen**, concedía financiación a un tipo de interés **IRPH Entidades menos 3,5**, con límite 2%, referenciaba los préstamos con garantía hipotecaria suscritos con sus clientes particulares al tipo **IRPH Entidades** con un **diferencial negativo de 0,25%** …



pendiente de devolución, devengará intereses a tipo variable, al alza o a la baja, de acuerdo con el procedimiento que se establece a continuación:

El nuevo tipo de interés será el resultante de reducir en 0,250 puntos porcentuales de interés, durante toda la vida de la operación, la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamos con garantía hipotecaria otorgados por el colectivo de Bancos, Cajas de Ahorro y Sociedades de Crédito Hipotecario, a plazo igual o superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre y que sea el último publicado por el Banco de España en el mes anterior de cada fecha prevista para la revisión del tipo de interés, y subsidiariamente, el último publicado por dicho Banco de España, con antelación al mes anterior citado.

Esta referencia publicada por el Banco de España como T.A.E., se convertirá a tipo de interés nominal anual en función de los periodos de pago de interés previstos para esta operación.

El resultado de

… que, con el paso del tiempo, pasó a ser un **diferencial de 0%**, y que posteriormente, pasito a pasito, y viendo que no ocurría nada, que nadie le recordaba lo recogido en la **Circular 5/94** del **Banco de España**, fue elevando décima a décima hasta llegar a incorporar diferenciales positivos del orden de entre **0,50%** y **1%**.

Otro tanto cabe decir del resto de entidades, al punto de que, a partir del año 2000, la incorporación de diferencial negativo u otro tipo de elemento reductor únicamente se observó en la financiación de vivienda protegida.

Todo ello nos lleva a concluir que las Administraciones Públicas, especialmente cuidadosas con el **principio de legalidad** que ha de presidir sus actuaciones, y ateniéndose a dicho principio, se han venido ajustando estrictamente a las exigencias del **Banco de España** en relación con la necesidad de aplicar **diferenciales negativos** a los tipos medios hipotecarios **IRPH**, una exigencia que no han cumplido la inmensa mayoría de entidades financieras cuando han utilizado esos mismos tipos para la financiación de vivienda libre, sin que ello haya merecido la más mínima atención por parte de nuestro **Tribunal Supremo** en la reciente colección de resoluciones seriadas que ha dictado.

Un último detalle a añadir respecto de esta concreta cuestión. Nuestro **Tribunal Supremo**, en su **STS 669/17**, de 14 de diciembre de 2017, insiste, - a fin de obviar la responsabilidad de los profesionales en cuanto a la información a suministrar a los consumidores que contratan préstamos hipotecarios -, que todo cliente sabe que un préstamo hipotecario conlleva un índice más un diferencial.

Si aceptamos el argumento de nuestro **Tribunal Supremo**, si aceptamos que todo consumidor tiene interiorizado que un préstamo hipotecario siempre se remite a un índice más un diferencial, resulta obvio que nunca exigirá que su contrato, por estar referido a un tipo **IRPH**, incorpore un diferencial negativo, o, dicho de otra manera, nunca se sorprenderá de que su contrato venga referido a un diferencial positivo y no incorpore un diferencial negativo, pues la posibilidad de un diferencial negativo le resulta inimaginable, no se la llega a plantear, lo que es aprovechado por las entidades financieras para, en base a este desconocimiento, promocionar las bondades de los tipos **IRPH** con el engañoso argumento de que éstos incorporan diferenciales positivos menores que los que incorpora el índice **Euribor**, y, en consecuencia, resultan más interesantes para el cliente, rentabilizando en su favor un comportamiento contrario al mandato o advertencia del **Banco de España**.

Es decir, además de aplicar un diferencial positivo en lugar de aplicar el obligado diferencial negativo, rentabilizan esta mala práctica como reclamo para orientar las contrataciones hacia el tipo **IRPH** por cuanto éste utiliza diferenciales menores que el **Euribor**.

En conclusión, la primera consecuencia económica negativa derivada del peculiar método de cálculo de los tipos **IRPH** es que, salvo utilización de un **diferencial negativo**, **coeficiente reductor** o **porcentaje**, los clientes que tienen su contrato remitido a tipos **IRPH** abonan una cuota mensual superior a la que abonan quienes tienen un contrato de préstamo hipotecario, idéntico en cuanto a importe y plazo, remitido a cualquier otro índice que no se determine a partir de tipos **TAE** de operaciones anteriores, y ello por cuanto su coste o **TAE**, en base a una **duplicidad de pagos**, siempre se colocará por encima del coste o **TAE** medio del mercado hipotecario español.

La segunda consecuencia económica derivada del peculiar método de cálculo de los tipos **IRPH** es que, habida cuenta de que el índice **Euribor** de un concreto mes se integra en la **TAE** media de los contratos de préstamo suscritos ese mes, y, en consecuencia, en el nominal del tipo **IRPH** del mes siguiente, no cabe imaginar un escenario real en el que el índice **Euribor** pueda situarse por encima del tipo **IRPH**, pues las variaciones, tanto al alza como a la baja, del índice **Euribor** llevarán a variar en una proporción aritméticamente predecible, tanto al alza como a la baja, la evolución del tipo **IRPH**, siempre y cuando el resto de elementos constitutivos de la **TAE** se mantengan constantes.

De esta manera, las variaciones del índice **Euribor** se deberían acompañar de variaciones proporcionales de los tipos **IRPH**, tanto hacia arriba como hacia abajo, sin que, en ningún momento, el incremento del índice **Euribor** pudiera llevar a situarle por encima de los tipos **IRPH**.

Dicho de otra manera, quienes tienen su contrato referido a un tipo **IRPH** deberían haber sido informados de que el índice o tipo al que remitían su contrato siempre, en cualquier circunstancia, con independencias de los vaivenes del mercado hipotecario, operaría por encima del **Euribor**.

La tercera consecuencia económica derivada del peculiar método de cálculo de los tipos **IRPH** guarda relación con una realidad indiscutible desde una perspectiva aritmético estadística, y es que, si un tipo como el **IRPH Cajas** se determinaba mensualmente a través de una media simple de los datos remitidos por **46 Cajas de Ahorro**, cada una de esas Cajas de Ahorro tenía una capacidad de influencia **concreta**, **precisa**, y **aritméticamente predecible** de **1/46** parte.

Esta es una **realidad aritméticamente indiscutible**.

En este sentido, resulta relevante recordar el Informe elaborado por el profesor **Juan Etxeberria Murgiondo**, Catedrático Acreditado de Estadística Aplicada y Doctor en Metodología Estadística de Regresión y Análisis Multivariantes, una de las máximas autoridades nacionales en análisis de medias constituidas a partir de datos multivariantes, en el que, en relación con el modo de cálculo del tipo **IRPH**, señalaba ....

Derivado de la fórmula utilizada se demuestra la posibilidad y capacidad de las entidades que aportan los datos para el cálculo del índice, para incidir, influir, manipular y condicionar el resultado final tanto de cada una de ellas de forma individual como de forma grupal, en el caso de que las mismas decidieran hacerlo de forma coordinada.

Cada entidad de forma autónoma, es decir sin necesidad de ponerse de acuerdo con otras, puede prever de forma precisa y exacta las consecuencias que los incrementos (positivos o negativos) en los tipos de interés de las operaciones realizadas en un periodo de tiempo determinado van a tener en el resultado del cálculo posterior del IRPH.

Dado que el cálculo del mismo se realiza calculando la MEDIA SIMPLE (no ponderada) de los datos remitidos por el conjunto de Entidades que operan en el mercado, cada entidad que opera en dicho mercado sabe con precisión y exactitud la repercusión al alza o a la baja que el incremento positivo o negativo de los tipos de interés de su entidad va a tener en el cálculo del próximo IRPH: cada unidad de cambio en la entidad, automáticamente supone un cambio del (1/n) % donde n es el número de entidades cuyos datos se tienen en cuenta para el cálculo del índice.

La demostración matemática de la repercusión e influencia es trivial y se deriva de la propia fórmula de cálculo del valor del IRPH.

Hemos de llamar la atención sobre la contundencia con la que una autoridad en materia estadística, como el profesor Don **Juan Etxeberria Murguiondo**, concluye que derivado del método de cálculo de los tipos **IRPH** se desprende la capacidad de las entidades que remiten los datos para **incidir**, **influir**, **manipular** y **condicionar** el resultado, tanto de manera individual como de manera grupal si así decidieran hacerlo; sostiene que la demostración matemática de la influencia de las entidades en la determinación del tipo **IRPH** es **trivial** y se deriva de la propia fórmula de cálculo, añadiendo que cada entidad de forma autónoma, **sin necesidad de ponerse de acuerdo con otras**, puede prever de forma precisa y exacta las consecuencias que los incrementos (positivos o negativos) en los tipos de interés de las operaciones realizadas en un periodo de tiempo determinado van a tener en el resultado del cálculo posterior del tipo **IRPH**, de manera que el incremento experimentado por el **IRPH Cajas** un determinado mes era la suma de los incrementos individuales experimentados por los tipos medios anuales equivalentes de las operaciones suscritas por cada Caja de Ahorros el mes anterior, divididos, entre el número total de Caja de Ahorros (46).

En consecuencia, y en relación con el tipo **IRPH Cajas**, resultaba indudable que por cada punto que una sola de las Cajas de Ahorro incrementara la **TAE** media remitida al **Banco de España** un concreto mes, el tipo **IRPH Cajas** del mes siguiente se incrementaría exactamente en **0,0217%**; que por cada dos puntos que una sola de las Cajas de Ahorro incrementara la **TAE** media remitida al **Banco de España** un concreto mes, el **IRPH Cajas** del mes siguiente se incrementaría exactamente en **0,0434%**; que por cada tres puntos que una sola de las Cajas de Ahorro incrementara la **TAE** media remitida al **Banco de España** un concreto mes **IRPH Cajas** del mes siguiente se incrementaría exactamente en **0,0651%**; y así sucesiva y fraccionadamente.

Y prueba de que esto era así la tenemos en la declaración, en calidad de testigo, del **Banco de España**, en el **Procedimiento 81/2014** que se conoció ante el **Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Burgos**, cuando a la **pregunta nº 9** ....

¿Es cierto que si el número de Cajas era de 46 y de un mes al siguiente 45 de ellas mantienen el tipo de interés y la Caja restante lo sube un 1% el resultado del IRPH Cajas aumentará en un 0,0217%?

... respondió:

SI, entendiendo que el incremento realizado es de un punto porcentual, no un incremento del 1% sobre el tipo practicado el mes precedente.

Y cuando a la **pregunta nº 10** ....

¿Es cierto que si el número de Cajas era de 46 y de un mes al siguiente 45 de ellas mantienen el tipo de interés y la Caja restante lo sube un 2% el resultado del IRPH Cajas aumentará en un 0,0435%?

...respondió:

SI, entendiendo que el incremento realizado es de dos puntos porcentuales, no un incremento del 2% sobre el tipo practicado el mes precedente.

Y cuando a la **pregunta nº 11** ....

¿Es cierto, en definitiva, que cada Caja podía influir en el resultado del IRPH Cajas aumentando los intereses aplicados por ella, y que la magnitud de dicha influencia podía calcularse exactamente mediante el cociente 1/n, siendo n el número de Cajas?

... respondió:

SI, en cuanto a la primera afirmación. En cuanto a la segunda parte de la pregunta, se considera que su formulación no es correcta, ya que la magnitud de la influencia dependerá del incremento del interés, no obstante, efectivamente, el aumento en el tipo de interés tendrá una correlación exacta con el número de Cajas existentes en cada periodo.

Y en relación con la influencia de las **Comisiones** en las oscilaciones del tipo **IRPH Cajas**, cuando a la **pregunta nº 14** ....

¿Es cierto que el aumento de comisiones por parte de una de las Cajas incrementaría automáticamente el resultado del IRPH Cajas?

... respondió:

Si.

La rotundidad con la que el **Banco de España**, institución de peso suficiente como para que su declaración sea tenida en consideración, respondió afirmativamente a la pregunta de si cada Caja de Ahorros podía influir en el resultado del **IRPH Cajas** incrementado los intereses y/o comisiones aplicados por ella misma disipaba cualquier duda respecto al carácter influenciable del mismo por las propias Cajas de Ahorros que constituían parte del contrato, y carga de razón a la autoridad competente que, esperemos que más pronto que tarde, decida su retirada y sustitución por el índice **Euribor**.

Estas respuestas del **Banco de España** fueron tomadas en consideración por el **Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Mataró**, en **Sentencia 36/2017**, de 10 de febrero de 2017, en la que el juzgador, pese a conocer que su instancia superior, la **Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona**, se había pronunciado reiteradamente desestimando seriadamente todas las demandas relativas a la abusividad de las cláusulas que incorporaban los tipos **IRPH**, concluyera declarando su abusividad en base a la siguiente fundamentación ...

No desconoce el Tribunal la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015, que analizó la nulidad de una cláusula que fijaba el interés remuneratorio por la forma que se determinaba el tipo de interés, descartando la unilateralidad en la fijación del índice de referencia ni que varias Secciones de las Audiencias Provinciales de Barcelona consideran que el deber de transparencia reforzada en contratos con consumidores no exige que se le ofrezca información sobre cómo se determina el índice de referencia, como tampoco se hace en otros índices de referencia utilizados en préstamos hipotecarios.

[...]. Ello no obstante, con la prueba documental aportada antes transcrita, si declara probada este Tribunal la capacidad de influencia mensual, al alza y la baja, del índice IRPH con base a la conducta unilateral de la entidad crediticia, tanto por la comunicación de los tipos de interés a los que prestan el dinero, como las comisiones que perciben por la gestión de sus operaciones, aspectos todos ellos que, primero no le fueron comunicados al deudor consumidor o, no se ha probado fehacientemente que se efectuase la referida información y, en segundo lugar, si se considera esencial la referida información para superar el doble control de transparencia de la cláusula contractual, ya que las operaciones como las enjuiciadas, suelen durar más de la mitad de la vida económica de un consumidor (esta en particular se efectúa a 30 años) por lo que sí parece exigible, que una obligación de pago que va a repercutir en cerca de la mitad de la vida laboral de una persona, sea explicada con todo lujo de detalles, por su implicación futura, por su durabilidad, por la trascendencia económica que la misma comporta para la economía familiar, al destinar la mayor parte de los ingresos de una familia a su pago y, por cuanto la omisión de información trascendente para su comprensión y significado, por el que la tiene, conoce y marca su ritmo de evolución y desea la adhesión al índice, si se evidencia como necesaria, ya que a juicio de quien suscribe, no puede acertarse a entender como alguien puede aceptar cabalmente suscribir una hipoteca a 30 años, para la adquisición de su vivienda habitual, comprometiendo gran parte de sus ingresos mensuales, con adhesión a un índice como el mencionado, respecto del que la entidad acreedora dispone de capacidad de influenciar unilateralmente en su evolución al alza o baja, al margen del control de las autoridades gubernativas del país, como si ocurre con otros tipos de índices.

... y ello en armonía con las conclusiones del anteriormente citado profesor Don **Juan Etxeberria Murguiondo** ....

En el caso del IRPH, dado que para su cálculo se utiliza la media, y es un indicador muy poco robusto (en el sentido estadístico), es evidente y trivial que cada una de las entidades, independientemente de su tamaño o volumen tiene una capacidad de influencia exactamente cifrada en el (incremento/n) %, pudiendo ser este incremento positivo o negativo.

Considero pertinente destacar que todo lo anterior es válido tanto en el supuesto de que las entidades actúen de forma independiente, como si las entidades (un subconjunto del total) se pusieran de acuerdo. En el caso de que una entidad actuase de forma independiente su influenciabilidad es precisa: 1/n (y así lo explica el Banco de España en las contestaciones a las preguntas 4,5,6). En el caso de que varias actuaran de forma conjunta este potencial se multiplicaría y, en este caso, la Estadística y los indicadores de tendencia central que las misma utiliza se convertirían en opacos en su utilidad para visualizar el valor central de la distribución.

En relación con este carácter influenciable de los tipos **IRPH** por las propias entidades que remiten al **Banco de España** los datos con los que éste determina mensualmente su importe, resulta importante, desde una óptica jurídica, tener presente que el **artículo 1.2** de la **Directiva 93/13/CEE**, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en adelante la **Directiva 93/13/CEE**, impide la realización de un control de abusividad de aquellas cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas en los siguientes términos …

Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva.

… de donde se desprende que todo este conjunto de peculiaridades de los tipos **IRPH**, por más que podamos entender que operan en perjuicio del consumidor, no puedan someterse a un control judicial de abusividad con arreglo a la **Directiva 93/13/CEE** por cuanto su método de cálculo se deriva de un procedimiento estructurado supervisado por el **Banco de España**, lo que significa que, al amparo de dicho **artículo 1.2** de la **Directiva 93/13/CEE**, no quepa invocar ante un órgano jurisdiccional que el tipo **IRPH** resulta influenciable por las propias entidades que lo imponen, o que, derivado de su método de cálculo, siempre opere por encima del resto de índices oficiales.

Ahora bien, una cosa es que el tipo **IRPH** no pueda someterse a control de abusividad, que, en razón del **artículo 1.2** de la **Directiva 93/13/CEE**, sus peculiaridades no puedan someterse a control de abusividad con arreglo al **artículo 3.1** de la misma **Directiva 93/13/CEE**, y otra cosa bien distinta es que la cláusula que lo incorpora al contrato no pueda someterse a un control de abusividad en relación con la **información** proporcionada por el profesional que la impuso, de tal manera que lo que sí cabe invocar ante el correspondiente órgano jurisdiccional es la información relativa a dichas peculiaridades proporcionada por el profesional, y ello con el fin de comprobar si éste **omitió información relevante** sobre las mismas, información que de haber sido conocida por el consumidor contratante probablemente le hubiera llevado a tomar una **decisión diferente** a la que tomó, probablemente a pretender **el cambio de Indice de Referencia**, y, de no ser posible, a **renunciar a la contratación** deseada si sólo cabía realizarse en los términos que pretendía imponer el profesional.

El matiz tiene una vital trascendencia jurídica, pues nuestro **Tribunal Supremo** pretendió en un principio evitar someter a control de abusividad las cláusulas que incorporaban tipos **IRPH** a los contratos de préstamo hipotecario suscritos con consumidores por remisión al citado **artículo 1.2** de la **Directiva 93/13/CEE**, argumentando que no cabía someter a control de abusividad las cláusulas que incorporaban tipos **IRPH** habida cuenta de que éstos tenían la naturaleza de normas imperativas de nuestro ordenamiento, y ello a pesar de que este despacho, que actuó en defensa de los intereses de la parte actora en la controversia que dio lugar a la **STS 669/17**, de 14 de diciembre, insistió en que no se pretendía juzgar el tipo **IRPH** sino la **conducta del profesional** en torno a la **información** que había proporcionado al consumidor y en torno a si había cumplido con las **exigencias** recogidas en la **Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994**, de transparencia en la contratación bancaria, y en la **Circular 5/94**, del **Banco de España**, de 7 de septiembre.

Esta particular visión de nuestro **Tribunal Supremo** derivó en una de las cuestiones prejudiciales elevadas por el **Juzgado de 1ª Instancia nº 38 de Barcelona**, y a la que el **TJUE** respondió diferenciando lo que era un control del Indice de Referencia y sus peculiaridades de lo que era un **control de la información proporcionada por el profesional** en relación con el Indice de Referencia y dichas peculiaridades.

Recordaba el **TJUE** la necesidad de que las cláusulas contractuales exentas de control de abusividad habían de reflejar disposiciones legales o reglamentarias **imperativas**, condición que no se daba habitualmente en la incorporación de los tipos **IRPH** a los contratos suscritos por las entidades financieras y los consumidores, pues eran seis los tipos oficiales a los que cabía remitir la operación y que ninguna norma obligaba a la entidad a utilizar tipos **IRPH**.

En concreto, el **TJUE**, en su **STJUE C-125/18**, de 3 de marzo de 2020, establecía, en sus **parágrafos 33º a 37º** …

> ***33 En el caso de autos, de la descripción que hace el juzgado remitente de la normativa nacional aplicable al litigio principal se desprende que dicha normativa no incluía la obligación de establecer en las cláusulas de retribución recogidas en contratos de préstamo hipotecario la aplicación de uno 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 (BOE n.º 226, de 20 de septiembre de 1990, p. 27498), en la redacción aplicable al litigio principal (en lo sucesivo, «Circular 8/1990»).***
>
> ***34 A este respecto, tal como observó en lo sustancial el Abogado General en los puntos 78 a 83 de sus conclusiones, resulta, sin perjuicio de que el juzgado remitente compruebe este extremo, que la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 no obligaba a utilizar en los préstamos a tipo de interés variable un índice de referencia oficial, entre los que se incluye el IRPH de las cajas de ahorros, sino que se limitaba a fijar los requisitos que debían cumplir los «índices o tipos de interés de referencia» para que las entidades de crédito pudieran utilizarlos.***
>
> ***35 Por lo tanto, sin perjuicio de la posible comprobación por parte del juzgado remitente, Bankia tenía la facultad de definir el tipo de interés variable, según indica el anexo II, punto 3 bis, apartado 1, letra d), de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, «de cualquier otro modo, siempre que [resultara] claro, concreto y comprensible por el prestatario, y [fuera] conforme a Derecho».***
>
> ***36 En consecuencia, la referencia al IRPH de las cajas de ahorros en la cláusula controvertida para el cálculo de los intereses adeudados en el marco del contrato sobre el que versa el litigio principal no es el resultado de una disposición legal o reglamentaria imperativa, en el sentido de la jurisprudencia que se ha recordado en los apartados 31 y 32 de la presente sentencia. Por ello, sin perjuicio de que el juzgado remitente compruebe este extremo, la cláusula sí está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.***

37 De ello se deduce que procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que sí 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 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.

De esta manera, quedaban fijadas, sin duda, dos importantes consecuencias …

1ª.- Que si bien no cabe someter a control de abusividad los tipos **IRPH** y sus peculiaridades, sí cabe someter a control de abusividad la **conducta del profesional en** relación con la **información** proporcionada por éste en relación con dichas peculiaridades, información que debía tener como objeto que el consumidor contratante se hiciera una idea cabal de las consecuencias económicas derivadas de su incorporación al contrato, y, especialmente, y en relación con la controversia que nos ocupa, en relación con el **método de cálculo** del índice al que se remitía el contrato, un método de cálculo que, **comprendido por el consumidor**, le permitiría valorar, en base a criterios precisos y comprensibles, las **consecuencias económicas** especialmente negativas derivadas a su cargo.

En este sentido, la **STJUE C-26/13**, de 30 de abril de 2014, asunto **Arpad Kasler**, ya dejaba claro, en su **Fallo Segundo**, la necesidad de entender la transparencia no solo en el sentido de una redacción clara y comprensible desde una óptica gramatical sino, además, en el sentido de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento del, en aquella controversia, el mecanismo de conversión de la divisa extranjera, en la relativa al tipo **IRPH**, el **método de cálculo** del mismo, a fin de que el consumidor pueda evaluar, en base a criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económica derivadas a su cargo …

2) El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

2ª.- Que en los contratos de préstamo hipotecario suscritos para la financiación de vivienda protegida en los que la remisión al tipo **IRPH** fue consecuencia de una norma imperativa, como es el caso del **artículo 5** del **Real Decreto 1/2002**, de 11 de enero, sobre medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo del **Plan 2002 – 2005**, o del **artículo 9** del **Real Decreto 801/2005**, de 1 de julio, por el que se aprueba el **Plan Estatal 2005 – 2008**, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda, a los que anteriormente hemos hecho referencia, resulta difícil defender la posibilidad de someter a control de abusividad la cláusula que incorpora el tipo **IRPH** al contrato por cuanto no es solo que el tipo **IRPH** se elabora siguiendo un protocolo imperativo, sino que la propia remisión del contrato al tipo **IRPH** es consecuencia del **mandato imperativo** de sendos Reales Decretos, a lo que ha de añadirse que, en estos casos, las Administraciones Públicas han venido cumpliendo escrupulosamente con su obligación de incorporar diferenciales negativos, coeficientes correctores o porcentajes de **IRPH**, lo cual nos lleva a entender que su incorporación a los contratos se ajustó a la ley.

Ahora bien, entendemos que el hecho de que la incorporación de tipos **IRPH**, en los casos de financiación de vivienda protegida, fuera consecuencia de un mandato imperativo **no exime al profesional de su obligación de informar** respecto de cómo se conformaba el índice y cómo había evolucionado los años anteriores, no ya con el objeto de que el consumidor optara por otro índice, que no era posible, sino de que el consumidor renunciara a dicha financiación si entendía que la carga económica que le suponía la contratación de un préstamo hipotecario remitido a un tipo **IRPH** podía trastocar gravemente su economía.

En cualquier caso, y en relación con los contratos de préstamo hipotecario para la financiación de vivienda protegida, también entendemos que el hecho de que la cláusula relativa al tipo **IRPH** no pueda someterse a un **control de abusividad** en razón del **artículo 1.2** de la **Directiva 93/13/CEE** no implica que no pueda someterse a un **control de nulidad** por contraria a normas imperativas de nuestro ordenamiento a la luz del **artículo 8.1** de la **Ley de Condiciones Generales de la Contratación**, al que posteriormente nos referiremos.

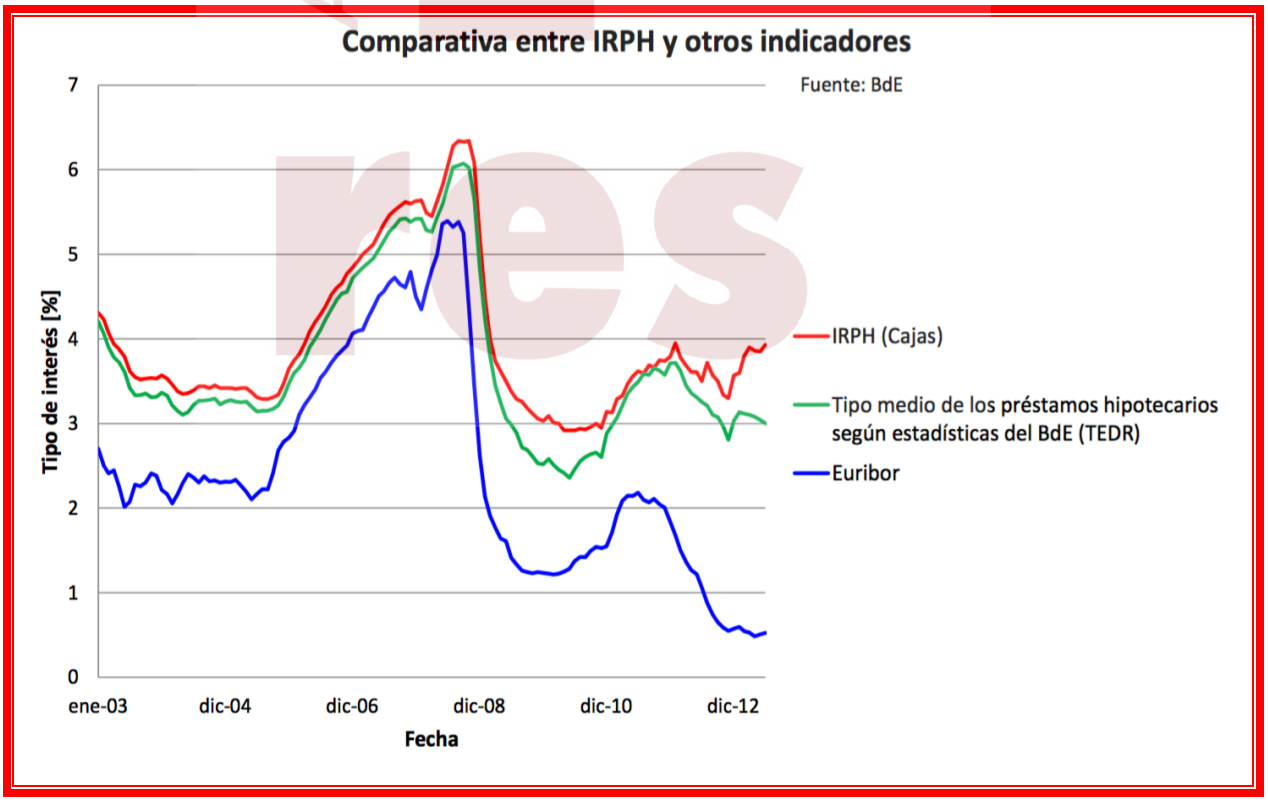
Este teórico carácter influenciable de los tipos **IRPH** por parte de las propias entidades que lo imponían en sus contratos pasó de ser una mera posibilidad aritmética a una **realidad constatada** en el momento en que comenzó la bajada sin precedentes de los tipos de interés propiciada por el **Banco Central Europeo**, y es que si bien es cierto que cada vez que el índice **Euribor** ha subido, los tipos **IRPH** han subido de manera pacífica, proporcional e inevitable, también lo es que cuando el índice **Euribor** ha bajado, los tipos **IRPH** no le han acompañado de manera igualmente pacífica, proporcional e inevitable, lo cual obedece a esa capacidad de las entidades para, a través de la **variación de los diferenciales y comisiones** aplicados a los nuevos clientes, **compensar**, **neutralizar**, y **contrarrestar** dichas bajadas, **estabilizando**, e, incluso, **incrementando** los tipos **IRPH**.

Hemos de partir de la base de que en la medida en que el índice **Euribo**r era un índice simple y los tipos **IRPH** constituían una media de las **TAE** o costes de suscripción de los contratos de préstamo hipotecario de un concreto mes, resultaba razonable, por inevitable, que éstos operaran mes a mes por encima del **Euribor**, lo que explica que la diferencia entre el índice **Euribor** y el tipo **IRPH Cajas** rondara, a lo largo de los años, entre medio punto porcentual y dos puntos.

Sin embargo, lo que ya no resulta razonable es que, a partir del año **2009**, cuando se inició la caída sin precedentes del índice **Euribor**, la diferencia entre ambos índices se ampliara a tres puntos, y hasta tres puntos y medio porcentuales, y es que si comparamos la evolución del índice **Euribor** y los tipos **IRPH Cajas** e **IRPH Entidades**, a partir del año 2011, observaremos que en tanto el índice **Euribor** descendió de **2,110%** hasta **0,543%**, el tipo **IRPH Cajas** no solo no bajó de una manera proporcional, sino que subió de **3,659%** a **3,940%**, en tanto que el tipo **IRPH Entidades** se mantuvo relativamente estabilizado, pasando de **3,586%** a **3,487%**.

MES/AÑO	EURIBOR	IRPH CAJAS	IRPH ENTIDADES
Octubre 2011	2,110%	3,659%	3,586%
Noviembre 2011	2,044%	3,747%	3,696%
Enero 2012	1,837%	3,793%	3,716%
Febrero 2012	1,678%	3,946%	3,737%
Septiembre 2012	0,543%	3,940%	3,487%

Esta desigual evolución de ambos índices, cuando debería correr paralela, nos lleva a preguntarnos como puede ser posible que si, según datos del **Colegio de Registradores**, el **93%** de los préstamos que se suscribieron esos meses venían referidos al índice **Euribor**, que, en consecuencia, el **93%** de los tipos **TAE** con los que se determinaba la información ponderada que se remitía al **Banco de España** venían referidos al índice **Euribor**, y que el tipo **Euribor** descendía mes a mes, los índices **IRPH Cajas** e **IRPH Entidades** no acompañaran dicha bajada, los índices **IRPH Cajas** e **IRPH Entidades** no descendieran de manera proporcional a las bajadas de un **Euribor** que constituía la base del **93%** de los datos que se procesaban para su cálculo.



Esta desigual evolución prueba, igualmente, como los tipos medios **IRPH** fueron estabilizados por la actuación de las entidades, lo que confirma, analizados los hechos, que las entidades tuvieron y utilizaron su capacidad de influencia de mover o congelar el **IRPH** a su voluntad e interés.

Esta cuestión se esboza en el **FJ 3º** de la **Sentencia 190/2016**, de 30 de septiembre de 2016, dictada por el **Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria**, donde el juzgador se extiende en los siguientes términos ...

> ***Sin embargo, resta por señalar en este apartado relativo al índice IRPH Entidades e IRPH Cajas y a efectos de lo que luego se dirá en cuanto al control de transparencia, que se trata de un índice que siempre se ha encontrado por encima del Euribor. En la medida en que se trata de datos públicos, puede afirmarse que: En julio de 2008, cuando el Euribor subió a su máximo histórico del 5,393%, el IRPH Entidades se encontraba al 6,006%. Sin embargo, a medida que ha ido bajando el Euribor, el IRPH Entidades no ha experimentado una bajada proporcional. Así en enero de 2009, cuando el Euribor bajó al 2,622%, el IRPH Entidades lo hizo solo al 4,983% y por ejemplo cuando en diciembre del mismo año el Euribor se situaba en un 1,242%, el IRPH Entidades se encontraba al 2,819%.***
>
> ***Cuando a lo largo del 2011 el Euribor experimentó un repunte el IRPH también lo hizo, lógicamente, pues no puede obviarse que el Euribor es el tipo de referencia más extendido y las subidas del Euribor se reflejan inevitablemente en el IRPH, pero en cambio el descenso del Euribor no tiene el mismo reflejo proporcional en el IRPH. Por ejemplo, en julio de 2011 el Euribor se encontraba en un 2,183% y el IRPH Entidades en 3,540% y en cambio en octubre de 2012, cuando el Euribor se encontraba en un 0,650% el IRPH Entidades se situaba en un 3,078%.***

... de la que extraemos, por su relevancia, la siguiente reflexión por parte del juzgador …

"Cuando a lo largo del 2011 el Euribor experimentó un repunte el IRPH también lo hizo, lógicamente, pues no puede obviarse que el Euribor es el tipo de referencia más extendido y las subidas del Euribor se reflejan inevitablemente en el IRPH, pero en cambio el descenso del Euribor no tiene el mismo reflejo proporcional en el IRPH".

... y la siguiente pregunta, …

¿Cómo se puede explicar que, aplicando siempre la misma fórmula de determinación del tipo IRPH, cuando el Euribor sube, el tipo IRPH acompaña dicha subida; pero cuando el Euribor baja, el tipo IRPH no acompaña dicha bajada; dándose la circunstancia de que entre los meses de octubre de 2011 y septiembre de 2012 el índice Euribor bajó de 2,110% a 0,543% mientras el tipo IRPH Cajas subía de 3,659% a 3,940%?

Desde la lógica matemática resulta absolutamente inexplicable que si, en aplicación de una concreta fórmula, y manteniéndose fijos el resto de los elementos, cuando sube A sube B, pero cuando baja A no baja B. Ahora bien, si el resto de elementos de la fórmula también pudieran variar, la explicación se tornaría sencilla, bastaría con imaginar que la bajada de A se vio compensada con las variaciones de otros elementos de la fórmula, lo que permitió que B permaneciera estable. Y eso es exactamente lo que ocurrió.

De esta manera, el extraño fenómeno que aparentemente distorsiona la lógica matemática fue el comportamiento de las propias Cajas de Ahorro, su actuación en orden a mantener **estabilizado**, congelado, el tipo **IRPH Cajas** en los valores deseados, de manera que, en la medida en que el índice **Euribor** descendía mes a mes hasta alcanzar mínimos históricos, ellas incrementaban los diferenciales incorporados a dicho índice **Euribor** en los contratos de préstamo hipotecario que suscribían con los nuevos clientes, contratos cuyo número descendió espectacularmente a consecuencia de la crisis sin que tal circunstancia tuviera relevancia alguna habida cuenta de que, al determinarse el tipo **IRPH Cajas** a través de una **media simple**, la cuota de mercado y el número de contratos suscritos no alteraban el peso específico de cada una de las Cajas de Ahorro en la conformación de dicha media. Así las cosas, las Cajas de Ahorro, que hasta ese momento venían concediendo préstamos a **Euribor + 1%** o **Euribor + 1,25%**, pasaron a concederlos a **Euribor + 2%**, o **Euribor + 2,5%**, o **Euribor + 3%**; la **Comisión de Apertura** pasó a incrementarse espectacularmente; y, en cuanto a los **Gastos**, las entidades comenzaron a obligar a los prestatarios a contratar los Seguros (Vida, Hogar, Incendios) con sus propias compañías, lo cual les permitía integrar el Gasto en el **TAE** de la operación, lo que, en última instancia, repercutía en la determinación del tipo **IRPH Cajas**.

La mecánica era muy sencilla, si el índice **Euribor** bajaba medio punto, las entidades, **individualmente**, incrementaban medio punto el diferencial adicionado al citado **Euribor** en los contratos de préstamo hipotecario suscritos con los nuevos clientes; si el índice **Euribor** bajaba un punto, las entidades incrementaban un punto el diferencial adicionado al citado **Euribor** en esos mismos contratos de préstamo hipotecario; y así, las entidades financieras, incrementando los diferenciales y/o las comisiones, **neutralizaron** las bajadas del índice **Euribor** y mantuvieron estabilizado el tipo **IRPH** en cifras del año 2009, lo que prueba que la estabilización del tipo **IRPH** fue consecuencia de una política de compensación de las bajadas del índice **Euribor** con incrementos del resto de elementos constitutivos de la **TAE** de la operación.

Y para evitar que tales encarecimientos frenaran las contrataciones, las entidades que imponían a los nuevos clientes esos elevados diferenciales del orden de 2,5% a 3%, ofrecían también la posibilidad de reducirlos importantemente a través de las llamadas **"vinculaciones"**, esto es, llevando a los clientes a la contratación de servicios o a la domiciliación de pagos a fin de que cada uno de ellos contribuyera a una reducción porcentual del elevado diferencial incorporado.

De esta manera, los nuevos clientes aceptaban pacíficamente esos elevados diferenciales sabedores de que podían reducirlos de manera relativamente sencilla a base de vinculaciones, si bien ello no evitaba que la **TAE** de la operación se constituyera con el elevado diferencial recogido en la escritura previo a la aplicación de las vinculaciones, lo que redundaba en un incremento, el mes siguiente, de los tipos **IRPH.**

En conclusión, los nuevos clientes aceptaban los incrementos de los costes de las operaciones porque los podían rebajar de manera relativamente sencilla con vinculaciones; las entidades financieras congelaban los tipos **IRPH** estabilizando las **TAE** al no considerar dichas vinculaciones parte de las mismas; y los clientes que desde hacía años tenían su préstamo referido a tipos **IRPH** no podían entender que su cuota permaneciera inalterable a pesar de las caídas de los tipos de interés propiciadas desde el **Banco Central Europeo**, observando como muchísimas personas de su entorno veían reducida su cuota mensual, pues no podemos olvidar que sólo en torno al 10% de los clientes hipotecarios tenían su contrato referido a tipos **IRPH**, lo cual acentuaba su sorpresa e indignación.

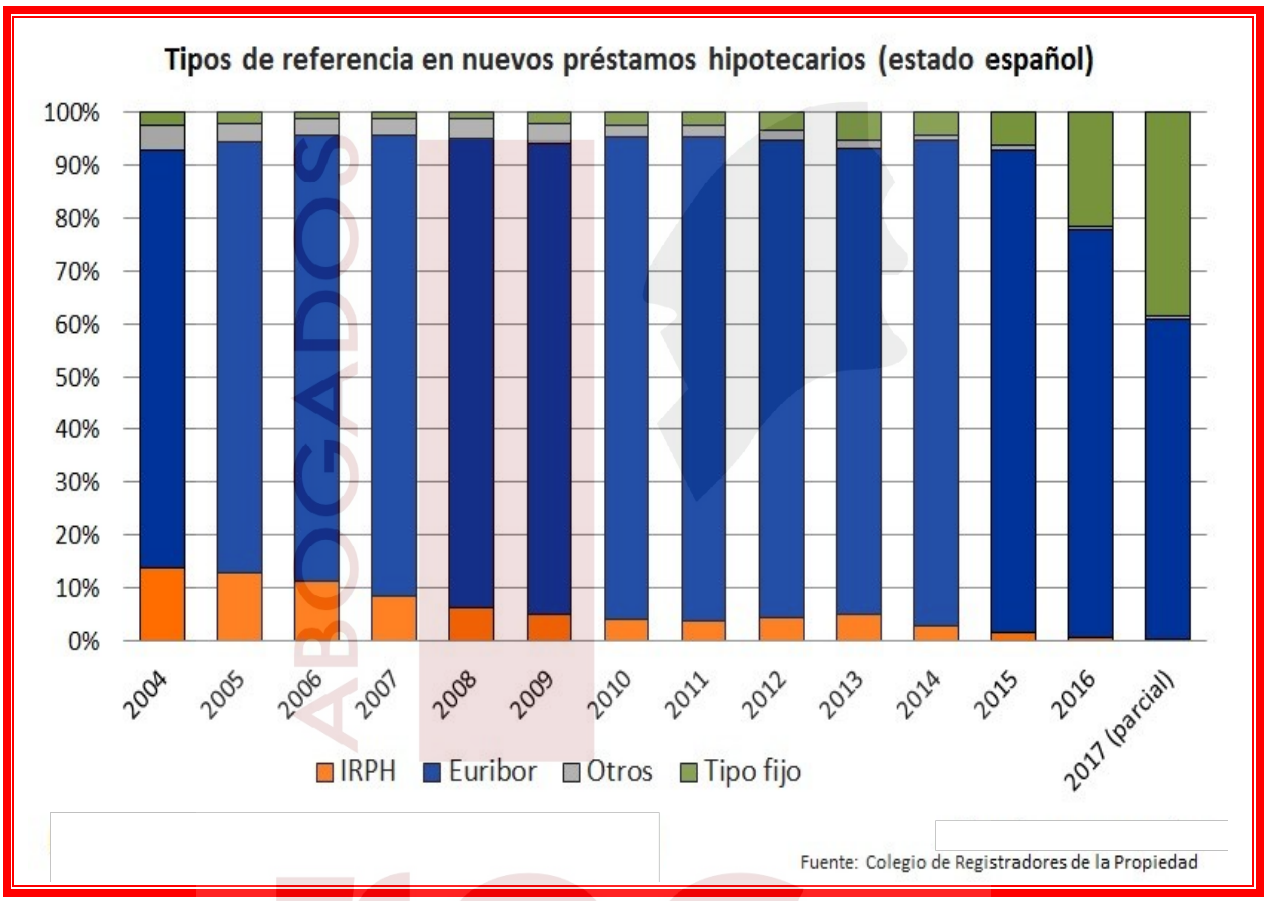
Negar la realidad del carácter influenciable de los tipos **IRPH** por parte de las entidades que remitían esa información ponderada al **Banco de España** para que éste elaborara la media simple de los datos referidos, o negar que las entidades lo estabilizaron de manera consciente, en su propio beneficio y en perjuicio de los clientes que contrataron un índice variable en la confianza de que las oscilaciones podrían ser al alza o a la baja, es algo que no admite discusión teórica posible, y que, desde un plano meramente aritmético, resulta una **trivialidad** que no admite duda, como lo han confirmado el **Banco de España** y los expertos en **Metodología Estadística**.

OTRAS PECULIARIDADES IGUALMENTE RELEVANTES EN RELACION CON LOS TIPOS IRPH

A todo lo dicho hasta ahora han de añadirse otros elementos relevantes a considerar, elementos que forman parte de la especial naturaleza de los tipos **IRPH**, elementos que, indudablemente, no pueden ser objeto de control judicial, pero que sí pueden ser objeto de controversia en relación con si fueron puestos en conocimiento del consumidor contratante a los efectos de que, como establece el **Abogado General** , Sr. **Maciej Szpunar**, en su **Conclusión 125ª** de las presentadas el 10 de septiembre de 2019, el consumidor pudiera ***"tomar una decisión prudente y con pleno conocimiento de causa en lo que se refiere al método de cálculo del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo hipotecario y a los elementos que lo componen"***, y, como establece el **TJUE** en el **parágrafo 51º** de su **STJUE C-125/18**, de 3 de marzo de 2020, dicho consumidor pueda ***"valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras"***.

Y así, una de esas peculiaridades de los tipos **IRPH** es su carácter **residual** frente al índice **Euribor**.

Efectivamente, tomando en cuenta los datos recogidos por el **Colegio de Registradores**, en el año 2007 el porcentaje de nuevos contratos de préstamos hipotecarios suscritos con referencia a los tipos **IRPH** ya se situó de manera permanente por debajo del **10%**, lo que nos lleva a preguntar qué criterio se siguió a la hora de elegir a que cliente se le imponía el índice **Euribor** y a qué cliente se le imponía un tipo **IRPH** …



Otra de las peculiaridades a tomar en cuenta en relación con los tipos **IRPH** se desprende de sus propias definiciones, cuando estas recogen que la media simple elaborada por el **Banco de España** será con los tipos medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre que hayan sido **iniciadas** o **renovadas** en el mes el que se refiere el índice bien por el conjunto de Cajas de Ahorro (**IRPH Cajas**), Bancos (**IRPH Bancos**), o el conjunto de Cajas de Ahorro y Banco (**IRPH Entidades**).

Entendiendo por operaciones renovadas las **novaciones**, operaciones en las que, habitualmente, se vino y se viene modificando (novando) el capital y/o plazo, pero manteniéndose el tipo de interés inicialmente pactado, las operaciones novadas fueron en su momento, y son a día de hoy, operaciones nuevamente utilizadas en la determinación del tipo **IRPH** del mes siguiente a la novación, incluso, en ocasiones, con una nueva **TAE** más elevada de lo que resultó en el momento de la inicial contratación por acción de una posible **Comisión por Novación** y unos **Gastos** inherentes a la misma.

De esta manera, las **TAE** media ponderada remitida mensualmente al **Banco de España** por las entidades contribuidoras de datos a fin de que éste elaborara, o elabore, la media simple que determinaba, o determina, los tipos **IRPH** se constituía, y se constituye, por un lado con las **TAE** de las nuevas operaciones suscritas ese mes, y, por otro, con las **TAE** de las operaciones que en su día se suscribieron y cuya **TAE** ya se utilizó en su momento para la determinación de los tipos **IRPH** del mes siguiente, incrementada con las **Comisiones y Gastos inherentes a la novación**.

De ello se desprende que en la determinación de los tipos **IRPH** no influye únicamente la situación del mercado financiero hipotecario del momento de la contratación, el tipo de interés habitual en el momento de la contratación, o las condiciones económicas del momento de la contratación, sino también las condiciones económicas del **pasado**, generalmente más elevadas y gravosas para el cliente que las del momento de la contratación.

Habrá quien discrepe entendiendo que el argumento puede igualmente utilizarse en sentido contrario, esto es, que si las operaciones novadas fueron inicialmente suscritas en condiciones muchos más ventajosas para el cliente que las del momento de la novación, la nueva **TAE** de la operación novada contribuiría a reducir el tipo **IRPH**, y la respuesta es que cuando las condiciones iniciales son más ventajosas para el cliente que las habituales en el momento de la novación, la modificación de importe y/o plazo que pretende el cliente se acompaña, por imposición de la entidad, de una **"revisión"** del tipo de interés a fin de adaptarlo a la **"nueva realidad"**, con lo que, o bien se mantiene el elevado tipo de interés inicialmente pactado, o, si éste fuera inferior al de mercado al momento de la novación, se revisa para actualizarlo.

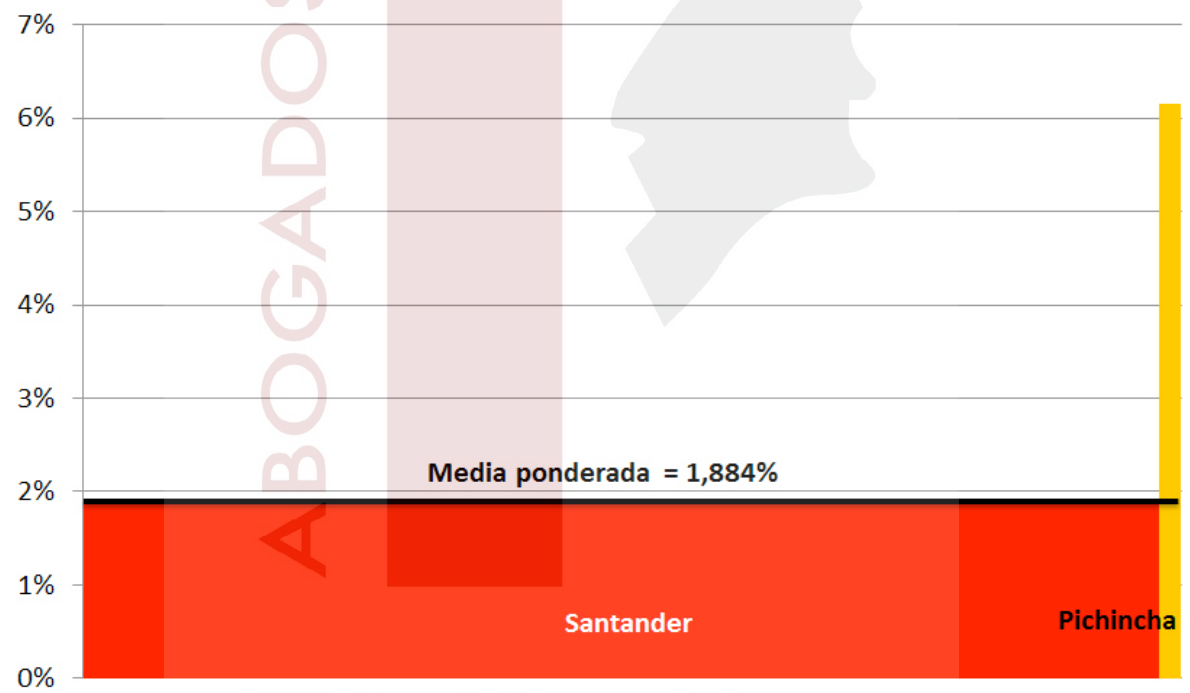
Una tercera peculiaridad igualmente relevante es que los tipos **IRPH** se conformaran, y así continua siendo en el caso del tipo **IRPH Entidades**, a través de una **media simple** de los datos remitidos por las entidades contribuidoras en cada caso, sin tomar en consideración su peso en el mercado financiero, su cuota de participación en dicho mercado, de tal manera que los datos proporcionados por las entidades de mayor peso en el mercado, que acostumbran a suscribir precios competitivos, y los proporcionados por las entidades que operan en mercados residuales, tienen el mismo peso en la confección del índice.

A modo ilustrativo, en cumplimiento de la reciente **Circular 5/2012**, de 27 de junio, del **Banco de España**, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, el **Banco Santander** declaró haber aplicado, en el **año 2013**, un tipo de interés medio de **1,880%** sobre un importe total de **54.295 millones de euros** relativos a préstamos hipotecarios concedidos para la adquisición de vivienda, en tanto que el **Banco Pichincha España** declaró haber aplicado un tipo de interés medio de **6,160%** sobre los **51 millones de euros** que concedió en concepto de préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda. Siendo la cuota de mercado de **Banco Santander** más de mil veces superior a la del **Banco Pichincha España**, resulta que los datos aportados por ambas entidades tuvieron el mismo peso específico en la confección de la media que determinaba el tipo de interés **IRPH Entidades**, de tal manera que, en tanto el **Banco Santander** trabajó con unos tipos de interés competitivos para su propósito de captar nuevos clientes, el **Banco Pichincha España** contribuyó, con esos tipos de interés por encima del **6%** que aplicó a su cuota de mercado **marginal**, a elevar el tipo de interés **IRPH** de cientos de miles de préstamos hipotecarios que tenían referido su tipo de interés al **IRPH Entidades**.

Los gráficos que acompañan sirven para mostrar, con datos reales proporcionados por **Banco Santander** y **Banco Pichincha España**, la diferencia entre elaborar una **media ponderada**, es decir, considerando la cuota de mercado de ambas entidades, que representaría la **media de la financiación hipotecaria** en España, o una **media simple**, que lleva a que el **IRPH Entidades** no represente la media de la financiación hipotecaria sino la **media de la oferta de financiación hipotecaria**, con independencia de que los datos con los que se elabora esa media sean acogidos por uno o por un millón de clientes.

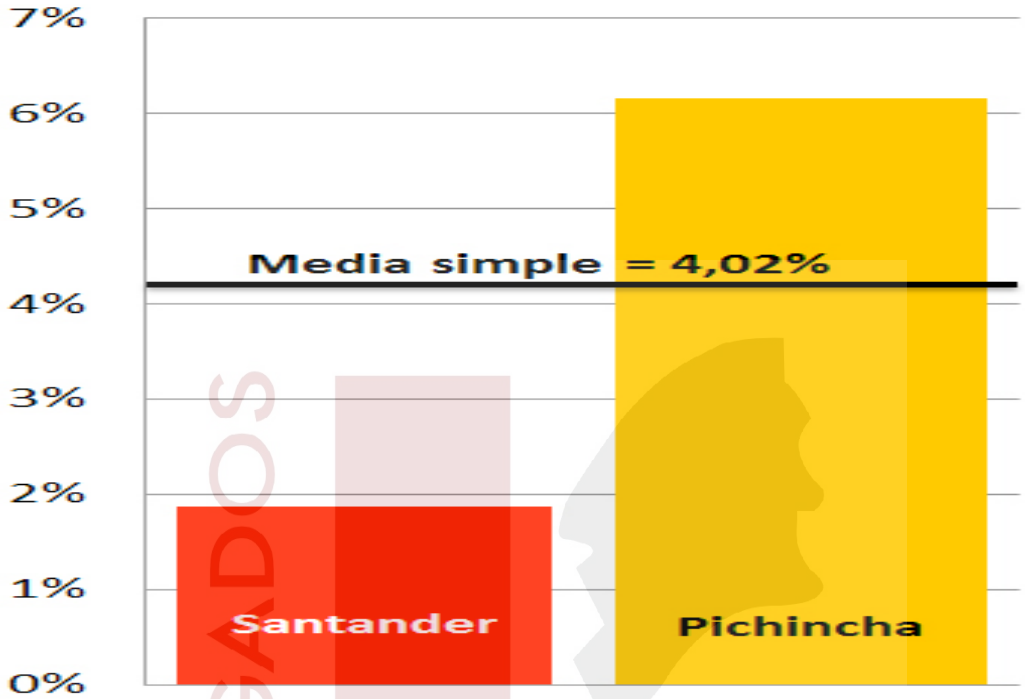
Si con los datos proporcionados por ambas entidades confeccionamos una **media ponderada**, esto es, atendiendo a que el tipo **1,880%** que aplicó **Banco Santander** se proyecta sobre un volumen de **54.295 millones de euros**, y que el tipo **6,16%** que aplicó **Banco Pichincha España** únicamente se proyecta sobre un volumen de **51 millones de euros**, la media ponderada resultante sería **1,884%**.

MEDIA PONDERADA ENTRE BANCO DE SANTANDER, CON UNA CUOTA DE OPERACIONES DE 54.295 MILLONES DE EUROS EN PRESTAMOS HIPOTECARIOS Y BANCO PICHINCHA, CON UNA CUOTA DE OPERACIONES DE UNICAMENTE 51 MILLONES …



Ahora bien, si con esos mismos datos confeccionamos una **media simple**, el resultado sería **4,020%**, un valor absolutamente disparado que no refleja ni la realidad de la financiación hipotecaria ni la media de los tipos de interés realmente suscritos por las entidades prestamistas, y que es la que lleva a quienes tienen sus contratos referidos a los tipos **IRPH** a tener que abonar cantidades muy superiores a las que realmente abonan la media de clientes hipotecarios.

MEDIA SIMPLE **ENTRE BANCO DE SANTANDER, CON UNA CUOTA DE MERCADO O DE OPERACIONES DE 54.295 MILLONES DE EUROS EN PRESTAMOS HIPOTECARIOS Y** **S ...**

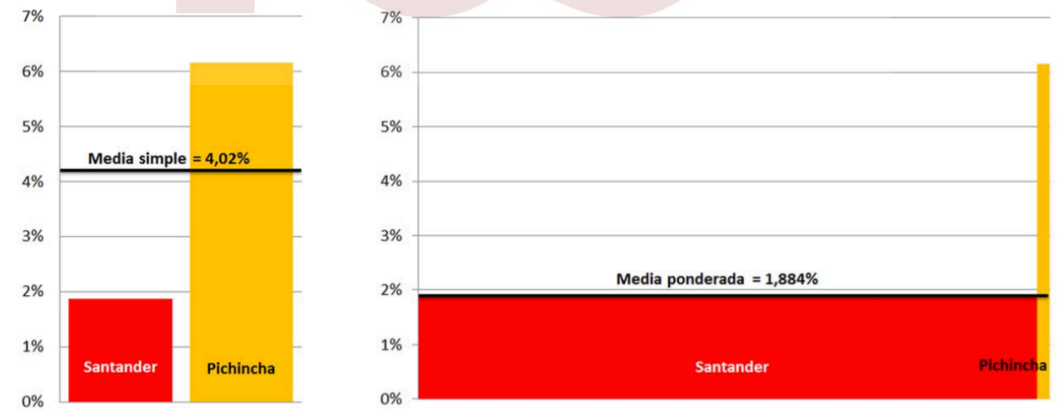


Una visión conjunta de ambos gráficos nos depararía el siguiente escenario …

	Banco Santander	Banco Pichincha
Tipo interés	1.88 %	6.16 %
Volumen crédito	54295 M€	51 M€

Media simple = 4.02%

Media ponderada = 1.884%



A la vista de estos datos, parecería razonable exigir que esta información, de **indudable trascendencia económica para el consumidor contratante**, fuera puesta en conocimiento de los consumidores/prestatarios, sin que el carácter oficial de los tipos **IRPH** pueda llevar a presuponer que estos son conocedores de la incidencia que tal circunstancia puede tener en la cuota a pagar, y, en consecuencia, en su economía.

Llegados a este punto, hay varias conclusiones breves que no podemos nunca olvidar …

… así como el índice **Euribor** constituye tipo de interés medio al que un grupo representativo de entidades financieras **prestan dinero**, lo que le convierte, de alguna manera, en el **precio actualizado del dinero**, los tipos **IRPH** constituyen la media que **pagan los clientes**, por todos los conceptos, cuando suscriben un contrato de préstamo hipotecario.

… así como una **media simple** de los tipos medios ponderados remitidos al **Banco de España** por las entidades contribuidoras de datos representa únicamente la **media de la oferta financiera en España**, con independencia de cuantos clientes se hayan acogido a cada oferta, una media ponderada de esos mismos datos representaría, de haberse diseñado así, la **media de financiación real en España**, pues una vez ponderada la cuota de mercado que han acogido las diferentes ofertas de financiación, entonces sí tendríamos la **media de la financiación hipotecaria real en España**.

De ello se desprende que los tipos **IRPH** no representan, como argumentan sus defensores, la media de lo que han pagado los clientes españoles, sino que representa la media de la totalidad de las **ofertas** que han recibido los clientes españoles, pues para que representara la media de lo que realmente han pagado los clientes españoles sería necesario que la media se ponderara en atención a la cantidad de clientes que suscribieron cada una de esas ofertas.

… el **Banco de España** diferencia el **Tipo de Interés** del **Tipo TAE** en que el primero no incluye ni los gastos ni las comisiones, únicamente recoge la compensación que recibe el propietario del dinero por cederlo temporalmente, lo que nos lleva a preguntarnos como consiente que un **Indice de Referencia** se elabore con **una media simple de tipos TAE**.

Entendemos que el hecho de un **Indice de Referencia** se configure en base a una media de tipos **TAE** resulta totalmente **"antinatural"**, que se puede entender que un **Índice de Referencia** se determine a través de una **media de Índices de Referencia**, que un **Tipo de Interés** se determine a través de una **media de Tipos de Interés**, o que un **Tipo TAE** se elabore a través de una **media de tipos TAE**, pero que carece de sentido, amén del perjuicio que supone para el cliente consumidor, que un **Índice de Referencia** se elabore a través de una media de **Tipos TAE**.

Y en la medida en que determinar un **Indice de Referencia** a partir de una **media de tipos TAE** resulta **inesperado** e **inimaginable** para un consumidor medio, sin específicos conocimientos bancarios, queda reforzada la necesidad de **información objetiva** por parte del profesional.

… los defensores de los tipos **IRPH** sostienen que se trata de índices adecuados porque reflejan el tipo medio de interés pagado por las hipotecas contratadas en **España** un concreto mes, y por tanto defienden que el consumidor con un préstamo referenciado a tipos **IRPH** no puede quejarse dado que está pagando la media de lo que paga el resto de conciudadanos.

Sin embargo, la afirmación no es correcta. Un ciudadano que tiene su contrato referido a un tipo **IRPH** estaría pagando lo que pagan el resto de conciudadanos por su préstamo si su contrato estuviera remitido al tipo **IRPH** y no existieran ni diferenciales, ni comisiones ni gastos, o si su contrato estuviera remitido a un tipo **IRPH** y, existiendo comisiones y gastos, incorporara un **diferencial negativo** o un **coeficiente corrector** que neutralizara el efecto de esas comisiones y gastos a fin de que únicamente abonara, como coste total, el tipo **IRPH**.

Y es que no hay que olvidar que un ciudadano que remite su contrato a un tipo **IRPH** está ya pagando, solo por remitir su contrato al tipo **IRPH**, lo que sus conciudadanos pagaron por todos los conceptos, de manera que cualquier Gasto o Comisión que abone en razón de dicho contrato, por insignificante que parezca, ya le lleva a pagar más que sus conciudadanos, salvo que dichos Gastos o Comisiones se neutralicen con **diferenciales negativos**, **porcentajes de IRPH**, o **coeficientes reductores**.

DESAPARICION DE LOS TIPOS IRPH CAJAS, IRPH BANCOS, Y TIPO CECA, NORMAS SUPLETORIAS

Con fecha **28 de octubre de 2011** se dictó la **Orden Ministerial 2899/2011**, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, elaborada por el **Ministerio de Economía y Hacienda**, publicada en el **BOE nº 261**, de 29 de octubre de 2011, entre las páginas **113242** y **113283**, **actualmente vigente**, que tiene por objeto garantizar el adecuado nivel de protección de los clientes de entidades de crédito mediante la implantación de medidas de transparencia en la prestación de servicios financieros bancarios, y que deroga expresamente, entre otras, la **Orden Ministerial 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, y la **Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994**, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, que es la que estaba en vigor en el momento de suscripción de la mayoría de contratos de préstamo hipotecario referidos a tipos **IRPH** todavía vivos.

Su **artículo 26**, bajo el rótulo **Tipos de Interés Variable**, establece …

> ***1. En el caso de préstamos concedidos a tipo de interés variable, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones:***
>
> ***a) Que 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.***
>
> ***b) Y que los datos que sirvan de base al índice o tipo sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.***
>
> ***2. En el caso de préstamos concedidos a tipo de interés variable, se adjuntará a la Ficha de Información Personalizada a la que se refiere el artículo 22, en un documento separado, 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.***

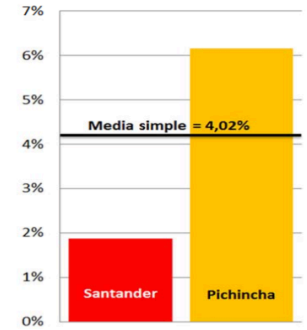
A la vista de las condiciones exigidas en el **apartado 1.a)** del **artículo 26**, resulta cuando menos controvertido que los tipos **IRPH** cumplan con la exigencia de haberse calculado a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades.

En lo que se refiere a la exigencia de que los tipos **IRPH** se calculen a coste de mercado, entendemos que no se da cumplimiento a tal exigencia por cuanto la determinación de los citados tipos en base a una **media simple** en que la entidad más pequeña, con un mercado casi residual en relación con la totalidad del mercado nacional, hace media con la entidad de mayor peso en ese mismo mercado, supone que los tipos **IRPH** representen una **media de la oferta** presentada por las entidades que contribuyen a su determinación, pero no una **media de los costes reales de mercado**, para lo cual resultaría imprescindible acudir a una **media ponderada** de esos mismos datos.

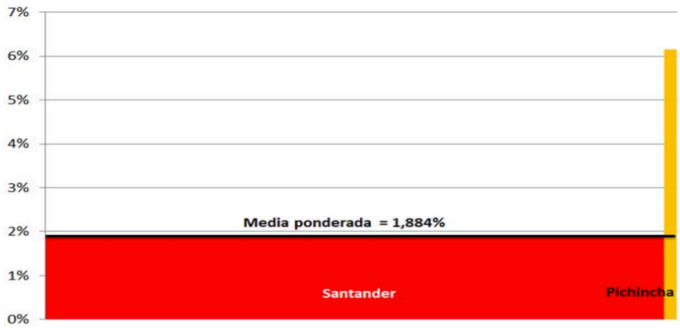
Si recordamos el anterior ejemplo en que realizábamos una comparativa entre lo que suponía una **media simple** de los datos aportados por **Banco Santander** y **Banco Pichincha España** (**4,02%**), y lo que representaba una **media ponderada** de esos mismos datos tomando en consideración la cuota de mercado sobre la que cada entidad aplicaba sus tipos de interés (**1,882%**), nos daremos cuenta de que los tipos **IRPH** no se han calculado teniendo en cuenta el coste de mercado, pues, como hemos insistido, el coste de mercado requiere de una ponderación del dato de cada entidad con su cuota de mercado.

	Banco Santander	Banco Pichincha
Tipo interés	1.88 %	6.16 %
Volumen crédito	54295 M€	51 M€

Media simple = 4.02%



Media ponderada = 1.884%



En este mismo sentido, y por acudir a un ejemplo más próximo en el tiempo, no cabe duda de que una **media simple** elaborada con los datos aportados por **Caixa Pollença**, con **22 oficinas abiertas al público** en las Islas Baleares (17 en Mallorca, 3 en Menorca, y 2 en Ibiza), y **La Caixa**, actualmente **Caixabank**, con **5.317 oficinal abiertas al público** por toda la geografía nacional, no puede representar el **coste de mercado**.

En cuanto a la exigencia de que los tipos de interés variable no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades, resulta evidente que **la posibilidad existe** desde el momento en que el método de cálculo utiliza tipos **TAE** remitidos por cada una de las entidades contribuidoras de datos, tipos **TAE** construidos en base a Comisiones, Gastos y Diferenciales que la entidad **impone** y **modula** como condiciones generales **no negociables** a su conveniencia, sin que el consumidor tenga más opción que aceptar o renunciar a la operación deseada.

Si bien resulta evidente que nunca veremos a los altos ejecutivos de las entidades contribuidoras de datos reunirse para planificar una estrategia común que pueda considerarse como práctica paralela, ocurre que, de la misma manera que cuando llueve todos sacamos el paraguas sin ponernos previamente de acuerdo, porque así lo exigen las circunstancias climáticas, cuando los tipos de interés evolucionan en un sentido contrario a sus intereses, todas las entidades financieras toman las mismas decisiones sin necesidad de ponerse de acuerdo, porque así lo exigen las circunstancias económicas, un hecho que resultó acreditado cuando se produjo el descenso, hasta mínimos históricos, del tipo **Euribor**, momento en que las entidades financieras, sin ponerse de acuerdo, y sin necesidad de ello, **incrementaron sus diferenciales y comisiones** a fin de **estabilizar los tipos IRPH**.

En este sentido resulta relevante recordar el Informe elaborado por el profesor **Juan Etxeberria Murgiondo**, al que anteriormente nos hemos referido, y en el que éste recordaba que derivado de la fórmula utilizada en la determinación de los tipos **IRPH** se demuestra la posibilidad y capacidad de las entidades que aportan los datos para el cálculo del índice, para **incidir**, **influir**, **manipular** y **condicionar** el resultado final, tanto de cada una de ellas de forma individual como de forma grupal, en el caso de que las mismas decidieran hacerlo de forma coordinada.

Es importante observar que no se exige que las entidades no hayan realizado algún tipo de práctica paralela, sino que, en genérico, se exige que los tipos utilizados no sean **susceptibles de influencia** por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas paralelas con otras entidades, que no exista siquiera la **posibilidad** de que los tipos utilizados puedan ser objeto de influencia por la entidad en virtud de acuerdos.

En este sentido, la pregunta sería … ¿cabe la posibilidad, al menos teórica, de que derivado del método de cálculo de los tipos **IRPH**, éstos puedan ser objeto de influencia por las entidades en base a acuerdos o prácticas paralelas?

Y la respuesta es que sí, es que, por su método de cálculo, cabe una influencia **directa**, **concreta**, **precisa** y **aritméticamente previsible** tanto por cada una de las entidades que participa de la media simple, como de todas ellas si decidieran actuar conjuntamente, por lo que, existiendo la **posibilidad real** de una práctica paralela, **los citados tipos IRPH resultan susceptibles de influencia por las propias entidades que posteriormente los imponen en sus contratos**.

El **artículo 27** de la citada **Orden Ministerial 2899/2011**, bajo el rótulo **Tipos de Interés Oficiales**, establece …

> ***1. A efectos de su aplicación por las entidades de crédito, en los términos previstos en esta orden ministerial, se publicarán mensualmente los siguientes tipos de interés oficiales:***
>
> ***a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España.***
>
> ***b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios entre uno y cinco años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en la zona euro.***
>
> ***c) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años.***
>
> ***d) Referencia interbancaria a un año (Euribor).***
>
> ***e) Permuta de intereses/Interest Rate Swap (IRS) al plazo de cinco años.***

f) El Mibor, exclusivamente para los préstamos hipotecarios formalizados con anterioridad al 1 de enero de 2000 conforme a lo previsto en el artículo 32 de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro.

2. Los tipos se publicarán mensualmente en el «Boletín Oficial del Estado» y estarán también disponibles en la página electrónica del Banco de España.

3. La forma de cálculo de los tipos anteriores se determinará mediante circular del Banco de España.

… donde observamos la desaparición de los tipos **IRPH Cajas**, **IRPH Bancos**, y tipo **CECA**, como tipos oficiales, una desaparición a la que se refiere la **Disposición Transitoria Unica**, que, bajo el rótulo **Régimen Transitorio de Indices o Tipos de Referencia**, reza del siguiente tenor …

1. Los índices o tipos de referencia que se publicaran con carácter oficial y estuvieran siendo empleados en préstamos a interés variable a la entrada en vigor de esta orden, continuarán siendo considerados aptos a todos los efectos.

La desaparición completa de los citados índices o tipos, con todos sus efectos, se producirá transcurrido un año de la entrada en vigor de la presente orden y su normativa de desarrollo, siempre que en ese plazo se hubiese establecido el correspondiente régimen de transición para los préstamos afectados.

2. Hasta el momento indicado en el último inciso del apartado anterior, el Banco de España se encargará de publicar mensualmente en su sede electrónica los índices y tipos de referencia siguientes:

a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos.

b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros.

c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros.

Para la publicación de estos índices continuarán vigentes las actuales definiciones de los mismos conforme a lo previsto 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, con las siguientes particularidades:

a) Las cajas de ahorro que ejerzan indirectamente su negocio financiero conforme a lo previsto en el artículo 5 del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros declararán al Banco de España, de acuerdo con lo establecido en las especificaciones técnicas correspondientes, como tipos de interés a efectos de la elaboración de los citados índices, los que practique la entidad bancaria a la que hayan aportado su negocio financiero.

b) Las declaraciones que a tal fin hagan las entidades bancarias a través de los que se ejerza indirectamente no se tomarán en consideración para la elaboración de los índices.

Como podemos observar, la **Disposición Transitoria Unica** de la **Orden Ministerial 2899/2011**, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, establece que los tipos **IRPH** desaparecidos mantendrían su vigencia durante un año, a partir de la entrada en vigor de la citada Orden Ministerial y su normativa de desarrollo, siempre que en ese plazo se hubiese establecido el correspondiente régimen de transición para los préstamos afectados, esto es, tipo **IRPH Cajas**, **IRPH Bancos**, y tipo **CECA**.

Con fecha **27 de septiembre de 2013** se dictó la **Ley 14/2013**, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internalización, publicada en el **BOE nº 233**, de 28 de septiembre de 2013, que entró en vigor al día **29 de septiembre de 2013**, en cuyo **Preámbulo** se anunciaba, de manera sorprendente, su intención de regular el régimen de transición para la completa desaparición de determinados índices o tipos de referencia privados de carácter oficial por la **Orden Ministerial 2899/2011**, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente bancario.

Y así, en su **Disposición Adicional Decimoquinta**, y bajo el rótulo **Régimen de Transición para la Desaparición de Indices o Tipos de Interés de Referencia**, recoge …

1. Con efectos desde el 1 de noviembre de 2013 el Banco de España dejará de publicar en su sede electrónica y se producirá la desaparición completa de los siguientes índices oficiales aplicables a los préstamos o créditos hipotecarios de conformidad con la legislación vigente:

a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos.

b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros.

c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros.

2. Las referencias a los tipos previstos en el apartado anterior serán sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato.

3. En defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», 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.

La sustitución de los tipos de conformidad con lo previsto en este apartado implicará la novación automática del contrato sin suponer una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita.

4. Las partes carecerán de acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo o crédito como contrapartida de la aplicación de lo dispuesto en esta Disposición.

De lo recogido en esta **Disposición Adicional Decimoquinta** se desprende que a partir del **1 de noviembre de 2013** se dejarían de publicar los tipos **IRPH Cajas**, **IRPH Bancos**, y tipo **CECA**, y que los contratos remitidos a los mismos, pasarían a remitirse al tipo o índice recogido como **tipo sustitutivo en el propio contrato**, y, de no estar contemplado un sustituto en el contrato, por el **tipo IRPH Entidades más un diferencial en el caso de que el contrato hubiera venido remitido al tipo IRPH Cajas**, o **menos un diferencial en el caso de que el contrato hubiera venido remitido al tipo IRPH Bancos**.

En definitiva, los contratos que a fecha **1 de noviembre de 2013** venían remitidos a tipos **IRPH** cuya desaparición venía anunciada por la **Orden Ministerial 2899/2011**, de 28 de octubre de 2011, **sustituirían el tipo IRPH desaparecido por el sustitutivo que el contrato contemplara**, si es que lo contemplaba.

De esta manera, la inmensa mayoría de contratos de préstamo hipotecario suscritos por **Kutxabank** y referenciados al tipo **IRPH Cajas**, se suplían por **Euribor + 1%**, habida cuenta de que éste era el tipo sustitutivo previsto en el contrato.

En este sentido, la mayoría de contratos de préstamo hipotecario suscritos por **Caixabank** y referenciados al tipo **IRPH Cajas**, se contemplaba como sustitutivo el tipo **CECA**, que también desaparecía, y, como siguiente opción, el **mantenimiento a modo de tipo fijo del último valor del tipo IRPH Cajas que publicó el Banco de España**.

Quiere ello decir que, a partir del 1 de noviembre de 2013, todos estos contratos suscritos por **Caixabank**, llegado el mes en que correspondía la revisión, pasaban de tener el tipo **IRPH Cajas** a tener como **tipo fijo**, el último valor del tipo **IRPH Cajas** que publicó el **Banco de España**, un tipo fijo de en torno al **4%**.

En esta línea, en la inmensa mayoría de contratos de préstamo hipotecario suscritos por **UCI** se contemplaba como tipo sustitutivo el tipo **IRPH Entidades** ya directamente, en ocasiones con un diferencial positivo superior al diferencial que venía incorporado al tipo **IRPH Cajas** desaparecido.

Para los casos en los que el contrato no contemplaba la posibilidad de sustitución del Indice de Referencia, la **Disposición Adicional Decimoquinta** de la **Orden Ministerial 2899/2011** contemplaba la sustitución del tipo **IRPH Cajas** por el tipo **IRPH Entidades** **más un diferencial**, y la sustitución del tipo **IRPH Bancos** por el tipo **IRPH Entidades** **menos un diferencial**.

La explicación es sencilla, teniendo en cuenta que el tipo **IRPH Cajas** siempre había operado por encima del tipo **IRPH Entidades**, la **Disposición Adicional Decimoquinta** prevé la incorporación de un **diferencial positivo** a fin de que la sustitución del tipo **IRPH Cajas** por el tipo **IRPH Entidades más un diferencial** mantuviera el inicial equilibrio de prestaciones entre las partes, lo que se concretaría en que la cuota a satisfacer por el cliente no se alterara un céntimo. A tal efecto, este diferencial positivo sería el **equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo IRPH Cajas y el tipo IRPH Entidades** desde el mes de suscripción del contrato hasta el mes en que se produce la sustitución.

En la misma línea, teniendo en cuenta que el tipo **IRPH Bancos** siempre había operado por debajo del tipo **IRPH Entidades**, la **Disposición Adicional Decimoquinta** prevé la incorporación de un **diferencial negativo** a fin de que la sustitución del tipo **IRPH Bancos** por el tipo **IRPH Entidades menos un diferencial** mantuviera el equilibrio de prestaciones entre las partes, lo que se concretaría en que la cuota a satisfacer por el cliente, o a percibir por la entidad, no se alterara un céntimo. Este **diferencial negativo** sería el **equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo IRPH Entidades y el tipo IRPH Bancos** desde el mes de suscripción del contrato hasta el mes en que se produce la sustitución.

De lo dicho se desprende que el **Gobierno de España**, por las razones que tuviera por convenientes, decidió retirar del mercado los tipos **IRPH Cajas**, **IRPH Bancos** y tipo **CECA**, viéndose obligado a contemplar un tipo sustitutivo, tipo sustitutivo que no podía operar en beneficio o perjuicio de ninguna de las partes, que debía mantener el **inicial equilibrio de prestaciones**, que debía llevar a que **la cuota a satisfacer por el cliente no se alterara en un solo céntimo**.

Es importante retener esta idea para cuando, más adelante, se dearrollen las consecuencias jurídicas de la nulidad por abusiva de la cláusula relativa a los tipos **IRPH Cajas** o **IRPH Bancos**, un novedoso escenario en el que no cabrá invocar una sustitución pacífica, en el que no cabrá buscar el mantenimiento del inicial equilibrio, sino que, siguiendo el mandato del **TJUE**, y debiéndose buscar el **restablecimiento del justo equilibrio entre partes** que en todo momento debió existir y que se alteró en razón de la cláusula declarada abusiva, tampoco cabrá la integración del contrato en base a la reiterada **Disposición Adicional Decimoquinta**.

NORMATIVA NACIONAL VIGENTE EN MATERIA DE TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACION DE PRESTAMOS HIPOTECARIOS, EN LO RELATIVO A LOS TIPOS DE INTERES VARIABLE

La **Orden Ministerial** de **5 de mayo de 1994**, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, vigente desde el **11 de agosto de 1994** hasta su derogación por la posterior **Orden Ministerial 2899/2011**, de 28 de octubre de 2011, tenía por finalidad primordial garantizar la **adecuada información** y **protección** de quienes concertaban préstamos hipotecarios, prestando especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo de éstas la **entrega obligatoria** de un **Folleto Informativo** inicial en el que se especificaran con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos.

Tal exigencia se basaba, y así se recogía en la **Exposición de Motivos**, en 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, estimulando así la efectiva competencia entre éstas.

Añadía la **Exposición de Motivos** de la citada **Orden Ministerial** que ésta, además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, pretendía asimismo facilitar a éste la **perfecta comprensión** e **implicaciones financieras** del contrato de préstamo hipotecario que finalmente iba a concertar, de ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, incorporaran un **clausulado financiero estandarizado** en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que fuera comprensible por el prestatario.

La citada **Orden Ministerial** concretaba su ámbito de aplicación en su **artículo 1**, en el que se recogía que tal Orden resultaba de **aplicación obligatoria** a la actividad de las entidades de crédito relacionadas con la concesión de **préstamos con garantía hipotecaria** cuando concurrieran **simultáneamente** las siguientes circunstancias …

1.- Que se tratara de un **préstamo hipotecario** y la **hipoteca recayera sobre una vivienda**.

2.- Que el **prestatario fuera persona física**.

3.- Que el **importe del préstamo solicitado fuera igual o inferior a 25 millones de pesetas** o su equivalente de divisa (**150.253,03 euros**).

El **artículo 3** de la citada **Orden Ministerial** establecía que las entidades de crédito **debían obligatoriamente informar** a quienes solicitaban préstamos hipotecarios sujetos a ella mediante la **entrega de un folleto** cuyo contenido **mínimo** debía ser el establecido en el **Anexo I** de la propia norma.

El citado **Anexo I** recogía que, en relación con los préstamos a interés variable, el **Folleto Informativo** debía contener, **como mínimo**, en lo relativo al tipo de interés, la identificación del índice o tipo, **indicándose su evolución al menos los dos últimos años**, así como el **último valor disponible**.

El **artículo 5** de la citada **Orden Ministerial** establecía que, efectuadas la tasación del inmueble y, en su caso, las oportunas comprobaciones sobre la situación registral de la finca y la capacidad financiera del prestatario, la entidad de crédito venía **obligada** a efectuar una **Oferta Vinculante** de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del mismo, añadiendo que tal **Oferta Vinculante** debía ser firmada por representante de la entidad y, salvo que mediaran circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, **tendría un plazo de validez no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega**.

El **Anexo II**, **3 bis**, **2ª)**, de la citada **Orden Ministerial** establecía que en lo relativo al tipo de interés o índice de referencia, la cláusula debía expresar la **definición** del mencionado índice o tipo de interés, el organismo público, asociación o entidad privada que lo elaboraba, y la periodicidad y forma en que se publicaba o era susceptible de conocimiento por el prestatario.

Por otro lado, el **artículo 8** de la **Ley 7/98**, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, de 13 de abril, establece los casos de **nulidad de condiciones generales**, diferenciando dos situaciones, la de aquellas condiciones generales **contrarias a normas imperativas** de nuestro ordenamiento (**artículo 8.1**) …

> ***Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.***

… y la de aquellas condiciones generales **abusivas** (**artículo 8.2**) …

> ***En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.***

Así como la vía de nulidad por abusivas de condiciones generales ha sido la habitualmente utilizada ante los órganos jurisdiccionales competentes, la vía de nulidad por contraria a normas imperativas de nuestro ordenamiento ha sido utilizada recientemente, y de manera novedosa, por este despacho, de tal manera que con fecha **2 de diciembre de 2020** se presentó, ante el **Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de A Coruña**, demanda de nulidad de la cláusula relativa al índice **IRPH Cajas** por incumplimiento, por parte del profesional, de las obligaciones recogidas en los anteriormente citados **artículo 3**, **artículo 5**, y **Anexo II**, **3 bis**, **2ª)** de la reiterada **Orden Ministerial** de **5 de mayo de 1994** sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

Con fecha 29 de noviembre de 2021, dicho **Juzgado de 1ª Instancia nº 7 de A Coruña** dictó **Sentencia 3068/2021**, por la que, a la vista de que no constaba acreditada la entrega por parte del profesional del obligado **Folleto Informativo**, de que la **Oferta Vinculante** se había entregado con únicamente dos días de antelación, mediando un fin de semana, y de que la escritura no recogía la definición del índice, estimó íntegramente la demanda.

Y así, el **FJ 1º** recoge que …

> ***Atendida la infracción de las normas imperativas invocadas, resulta de aplicación al caso el artículo 8 de la Ley sobre condiciones generales de la contratación, por lo que, de acuerdo con lo peticionado, corresponde a la entidad bancaria devolver cuanto detrajo a los demandantes en aplicación de la controvertida condición general, con sus correspondientes intereses, manteniendo la vigencia del resto de contrato hasta su finalización.***

… fallando en el siguiente sentido …

> ***QUE ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA interpuesta por don MARCOS GUERREIRO CARBALLEIRA y doña REBECA BASOA PENA, representados por la Procuradora doña Irene Montero Veiga contra la entidad UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS S.A., representada por la Procuradora doña Eva María Fernández Diéguez DEBO:***
>
> ***Primero. declarar y declaro contraria a normas imperativas la Cláusula Tercera Bis, que constituye una condición general inserta en el contrato de préstamo hipotecario suscrito por los demandantes y la entidad U.C.I. en fecha 5 de junio de 2006, y, como consecuencia de ello, declaro su nulidad en aplicación del artículo 8.1 de la Ley 7/98, de Condiciones Generales de la Contratación.***
>
> ***Segundo. como consecuencia de esta declaración de nulidad, procede expulsar la citada cláusula del contrato y condenar a la demandada U.C.I. a la devolución de cuanto detrajo a los demandantes en aplicación de la controvertida condición general, con sus correspondientes intereses, manteniendo la vigencia del resto de contrato hasta su finalización.***
>
> ***Tercero. condenar y condeno a la demandada al abono de las costas causadas.***

La novedosa resolución ha sido recurrida por **UCI** ante la **Ilma. Audiencia Provincial de A Coruña**, estando todos a la espera de cómo resuelve ésta, y si bien parece complicado que pueda revocar la resolución de instancia cuando no consta acreditada la entrega del obligado **Folleto Informativo**, cuando consta que la **Oferta Vinculante** se firmó un viernes y el contrato el lunes, y cuando resulta indiscutible que el contrato **no recoge** la **definición** del índice, cualquier cosa es posible en los tribunales españoles en procedimientos frente a la **Banca**.

Esta **Orden Ministerial** de **5 de mayo de 1994** se dictó en su día en ejercicio de la habilitación contenida en el entonces **artículo 48.2** de la **Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito**, de 29 de julio de 1988, disposición que fue modificada por **Ley 41/07**, de 7 de diciembre, por la que se modifica la **Ley 2/1981**, de 25 de marzo, de **Regulación del Mercado Hipotecario**, modificación que alcanzó al anteriormente señalado **artículo 48.2** de la **Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito**, que pasó a recoger que la información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recayera sobre una vivienda, se suministraría **con independencia de la cuantía de los mismos**.

En consecuencia, el inicial ámbito de exigencia de las obligaciones contenidas en la **Orden Ministerial** de **5 de mayo de 1994** sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, se extendió, por **Ley 41/07**, de 7 de diciembre, a todos los préstamos hipotecarios, con **independencia de su cuantía**, siempre y cuando fueran suscritos por **personas físicas** y la hipoteca recayera sobre una **vivienda**.

La reiterada **Orden Ministerial** de **5 de mayo de 1994** sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, fue derogada por la actualmente vigente **Orden Ministerial 2899/2011**, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que entró en vigor el 29 de abril de 2012, y en donde se refuerza la protección del cliente bancario, de manera que, por ejemplo, en su **artículo 26**, establece la obligación de que, en el caso de préstamos concedidos a tipo de interés variable, se entregue, en un **documento separado**, una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el cliente en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés, a cuyo efecto se obliga al profesional a presentar una simulación de 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 que significa que la exigencia recogida en la **Orden Ministerial** de **5 de mayo de 1994** sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, de que el profesional entregara un **Folleto Informativo** con la evolución, al menos los **dos últimos años**, del índice variable al que el cliente refería su contrato se elevaba hasta los **quince años** una vez entró en vigor la nueva **Orden Ministerial 2899/2011**.

De esta manera, tanto si se aplican los criterios de una como si se aplican los criterios de la otra Orden Ministerial, lo que resulta indiscutible es que, **en todo caso**, el profesional estaría obligado a acreditar la entrega de un documento o folleto que recogiera la evolución del índice al que se refería el contrato.

De esta manera …

… hasta el día **8 de diciembre de 2007**, incluido éste, las entidades financieras estuvieron obligadas a entregar un **Folleto Informativo** en el que se había de recoger la evolución del índice variable al menos los dos últimos años con indicación de su último valor disponible, a entregar una **Oferta Vinculante** con una antelación mínima de 10 días, y a incorporar al contrato la **definición del índice**, con indicación de quien lo elaboraba, quien lo publicaba y con qué periodicidad, siempre que el contrato de préstamo hipotecario fuera suscrito por persona física, la hipoteca recayera sobre una vivienda, y el importe del préstamo solicitado fuera igual o inferior a 25 millones de pesetas o su equivalente de divisa (150.253,03 euros).

… a partir del día **9 de diciembre de 2007**, incluido éste, y hasta el **29 de abril de 2012**, momento de entrada en vigor de la **Orden Ministerial 2899/2011**, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, las anteriores exigencias se extendieron a todos los contratos de préstamos hipotecario suscritos por persona física en los que la hipoteca recaía sobre una vivienda, con independencia du su cuantía.

… a partir del **29 de abril de 2012**, las entidades financieras están obligadas a cuanto recoge la **Orden Ministerial 2899/2011**, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

No obstante, la práctica diaria nos muestra una amplia variedad de escenarios que entendemos conviene clarificar, y así, en relación con la entrega del obligado **Folleto Informativo** en el que se recoja la evolución del índice variable al menos los dos últimos años con indicación de su último valor disponible, lo cierto es que no conocemos ningún caso, anterior al año 2011, en el que la entidad haya cumplido con dicho mandato.

Es cierto, por otra parte, que la entidad **UCI**, y en relación con este **Folleto Informativo**, acostumbra a responder, en sus escritos de oposición a las demandas, que tal **Folleto Informativo**, del que adjuntan copia, **estuvo a disposición del cliente**, sin especificar ni dónde ni cuándo.

Igualmente acostumbran a adjuntar un "pantallazo" con el que pretenden demostrar que tal información estuvo a disposición del cliente, en el tiempo de suscripción del contrato, en su **página web**.

Obviamente, si la obligación consistía en **"entregar"** un **Folleto Informativo**, el hecho de **"colgarlo"** en una **página web**, suponiendo que así hubiera sido, o decir que **estuvo a disposición del cliente**, no acredita el cumplimiento de la misma.

En relación con el **Folleto Informativo** que acostumbra a presentar **UCI** resulta relevante recordar que ya el **Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria**, en **Sentencia 190/2016**, de 30 de septiembre de 2016, aludía brevemente a él calificándolo como una **"especie de folleto"** o **"información genérica"**, **"sin firma ni signo alguno de haber podido ser entregado a una persona en concreto"**, y **"que puede datar de tiempo de la contratación o de hace una semana"** …

> ***Veamos. Aporta como doc. 2 un documento denominado "solicitud de estudio de préstamo" en el que en varias páginas se recogen los datos personales y económicos de los potenciales clientes y la vivienda a adquirir y sobre el préstamo hipotecario la cantidad o capital, el número de cuotas, el periodo de plazo fio y periodo de revisión del variable. Como documento nº 3 una especie de folleto o información genérica, sin firma ni signo alguno de haber podido ser entregado a una persona en concreto y que puede datar del tiempo de la contratación o de hace una semana.***

En cualquier caso, al **Folleto Informativo** que acostumbra a mencionar **UCI** cabe realizar los siguientes reproches …

1º.- **No lleva firma**, **acuse de recibo** o signo alguno que acredite haber sido entregado a los clientes, limitándose la entidad a decir que estuvo a disposición de los mismos.

2º.- El aparente **Folleto Informativo** recoge datos de un tipo **IRPH** en **genérico**, sin precisar si se refiere al tipo **IRPH Cajas**, **IRPH Bancos**, o **IRPH Entidades**, con lo cual el cliente no puede saber si los datos recogidos en el **Folleto Informativo** se refieren al tipo **IRPH Cajas** al que se remite su contrato, si se refieren al tipo **IRPH Entidades** que su contrato contempla como tipo sustitutivo para el caso de desaparición del anterior, o si se refieren al tipo **IRPH Bancos** que no guarda ningún tipo de relación con su contrato.

3º.- Los datos recogidos en dicho **Folleto Informativo** no acostumbran a recoger la evolución de ese tipo genérico **IRPH** justo en el periodo correspondiente a los dos años anteriores a la suscripción de cada contrato y su último valor disponible, pues tratándose de un **Folleto Informativo** modelo que pasean por todos los Juzgados de España para todos los casos, sus datos no siempre se refieren justamente a los dos años anteriores a la suscripción del contrato objeto de controversia.

4º.- Los datos recogidos en dicho **Folleto Informativo** nada tiene que ver con los publicados por el **Banco de España** para esos mismos meses de los mismos años, lo que nos lleva a concluir que son erróneos, por no decir falsos.

En cuanto a la obligación de las entidades financieras de presentar al cliente una **Oferta Vinculante** en la que se recojan las condiciones del contrato a fin de que éste pueda compararlas con otras ofertas de la misma u otra entidad, o resolver sus dudas con personas de su confianza, bien de la propia entidad o ajenas a la misma, incluido el Notario con el que posteriormente suscribirá el contrato, hemos de reconocer que son muchas las entidades que dan cumplimiento a la misma, si bien han de realizarse una par de precisiones prácticas.

La primera es que hay entidades, como **UCI**, que acostumbraban a poner todos los documentos a la firma de sus clientes en la misma Notaría, si bien, la fecha de expedición de la **Oferta Vinculante**, con la firma de los clientes, puede ser de la víspera o de un par de días antes de la suscripción del contrato, pero **nunca con la antelación de diez días**.

La segunda guarda relación con la **Oferta Vinculante** que acostumbraba a entregar **La Caixa**, actualmente **Caixabank**, en la que se recoge que el contrato se referenciará al tipo **IRPH Cajas**, y que, para el caso de su desaparición, se aplicará el tipo **CECA**.

Sin embargo, en la escritura definitiva, y sin que el Notario haya reparado en ello, surge una tercera opción, **desconocida por el cliente**, y es que, en caso de desaparición de los dos tipos anteriores, permanecerá, a modo de **tipo fijo**, el último nominal variable que resultó posible determinar. Esta opción, coloquialmente conocida como el **"tipo congelado"**, y que a partir de la desaparición de los tipos **IRPH Cajas** y **CECA** se fijó en torno a **3,90%**, es la que vienen sufriendo infinidad de clientes de **Caixabank**, que con un índice **Euribor** operando en negativo, abonan un **tipo fijo** en torno a **3,90%** que no se contemplaba en la **Oferta Vinculante**.

En cuanto a la obligación recogida en su **Anexo II**, **3 bis**, **2ª)** en el sentido de que la cláusula debía expresar la **definición** del mencionado índice o tipo de interés, también caben realizar varias precisiones, existiendo, desde nuestro punto de vista, tres situaciones diferentes, … la de los contratos que recogen un texto que nada tiene que ver con la definición del índice tal y como se recoge en el **Anexo VIII** de la **Circula 8/90** del **Banco de España**, … la de los contratos que directamente remiten a la citada **Circular 8/90**, … y la de los contratos que bajo la **apariencia** de transcribir la definición del índice, omiten partes relevantes que llevan a que el cliente se haga una idea equivocada de lo que es y representa.

En el primer grupo se ubican una gran cantidad de contratos suscritos por muchas entidades financieras, en los que la cláusula relativa al tipo **IRPH Cajas** se refiere a éste como **"el conocido como IRPH de las Cajas"**, o los que aluden al **"tipo medio de las Cajas de Ahorro"**, o los que se refieren al **"tipo medio al que las Cajas prestan dinero"**, comentarios que nada tienen que ver con la **definición** recogida en el reiterado **Anexo VIII** de la **Circular 8/90** del **Banco de España**.

En el segundo grupo se ubican, entre otros, los contratos de préstamo hipotecario suscritos por **UCI**, donde se cita el tipo **IRPH Cajas** al que se refiere el contrato y se remite, para el conocimiento de su definición, al **Anexo VIII** de la **Circular 8/90** del **Banco de España**, de la que nunca se entregó copia alguna en el momento de suscripción del contrato, con lo que era el cliente quien, en todo caso, debía buscar dicha **Circular** por sus propios medios.

Finalmente tenemos un tercer grupo en el que se ubican los contratos suscritos por **La Caixa** y una gran cantidad de pequeñas Cajas de Ahorro del entorno de **Cataluña** que posteriormente se fueron integrando en **BBVA**, **Bankia**, o **Caixabank**, y que acostumbraban a aparentar transcribir textualmente la definición del tipo **IRPH Cajas** recogida en el **Anexo VIII** de la **Circular 8/90** del **Banco de España**, pero que al omitir la segunda parte de la misma, la que especificaba y concretaba que la media simple que elaboraba el **Banco de España** a fin de determinar mensualmente el valor del tipo **IRPH Cajas** se confeccionaba con las **TAE** remitidas por las Cajas de Ahorro, llevaba al cliente a representarse una falsa idea del método de cálculo, modo de funcionamiento y, a partir de ahí, las consecuencias económicas derivadas de su aplicación, al punto de poder llegar a creer que resultaba interesante, pues que su tipo de interés se confeccionara a partir de una media de tipos de interés, como se recogía en la incompleta transcripción, podía incluso resultar atractivo.

Desde esta óptica, la omisión, en la aparente transcripción de la definición del tipo **IRPH Cajas**, de la parte en la que se concreta que los tipos medios utilizados serían tipos **TAE** bien podría entenderse como causa de pedir la existencia de un **vicio en el consentimiento** otorgado por los clientes.

Por otro lado, el **Real Decreto Legislativo 1/2007**, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el **Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias**, coloquialmente conocido como **TRLGDCU**, vigente desde el 1 de diciembre de 2007, tras modificación operada en aplicación de la **Disposición Final Octava** de la **Ley 5/2019**, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, añadía un nuevo párrafo a su **artículo 83**, quien bajo el rótulo **"Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato"**, quedaba redactado en los siguientes términos …

> ***Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.***
>
> ***A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.***
>
> ***Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.***

Interpreta nuestro **Tribunal Supremo** que esta nulidad directa de las condiciones generales incorporadas de manera no transparente a los contratos suscritos por consumidores **únicamente** resulta posible en el caso de aquellos contratos suscritos con **posterioridad a la modificación por la que se añadía este último párrafo**, de manera que no cabe declarar la nulidad de las condiciones generales incorporadas de manera no transparente en aquellos contratos suscritos con anterioridad al **1 de diciembre de 2019**.

El argumento es discutible por cuanto este mismo **Tribunal Supremo**, en su **STS 463/2019**, de 11 de septiembre, ha establecido unas pautas y recomendaciones para los procedimientos de ejecución hipotecaria relativos a contratos de préstamo vencidos con posterioridad a la **Ley 1/2013**, unos procedimientos que debieron ser **sobreseídos** sin más en razón del **carácter abusivo de la cláusula de vencimiento anticipado que fundamentaba la ejecución**, y que han continuado como consecuencia de la aplicación de esas pautas y recomendaciones que no son sino una **aplicación retroactiva** de los criterios de gravedad en el incumplimiento recogidos en el **artículo 24** de la **Ley 5/2019**, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito, una **retroactividad claramente perjudicial para los intereses del consumidor ejecutado**.

Y la reflexión resulta inevitable … por qué en los procedimientos de ejecución hipotecaria se aplican con carácter retroactivo los criterios de gravedad en el incumplimiento recogidos en el **artículo 24** de la **Ley 5/2019**, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito, en perjuicio de los consumidores ejecutados, que ven cómo, en base a esta aplicación retroactiva de dichos criterios, continúa el procedimiento de ejecución hipotecario instado frente a ellos a pesar del carácter abusivo de la cláusula que fundamenta la ejecución y de que el **artículo 695.3** de la **Ley de Enjuiciamiento Civil** establece con rotunda claridad que cuando se aprecie el carácter abusivo de la cláusula que fundamenta la ejecución se procederá al sobreseimiento de la ejecución, … y, en cambio, no se aplica la retroactividad en una modificación legislativa que busca mejorar y ampliar la protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas.

Mírese como se mire, y dígase lo que se diga, la realidad es que **en ambos casos nuestro Tribunal Supremo ha resuelto con distinto criterio**, pero en ambos en sentido **favorable para las entidades financieras** y **desfavorable para los consumidores**.

A ello alude el **Juzgado de 1ª Instancia nº 38 de Barcelona**, en su **Sentencia 15/2022**, de 20 de enero, cuando en su **FJ 2º**, y en relación con las consecuencias de la falta de transparencia apreciada, señala …

> ***Con carácter previo debe significarse que esta consecuencia ya se regula actualmente en el art. 83 párr.2º del TRLGCU y en el art. 5.5 de la LCGC, y si bien dicha Ley no tiene efecto retroactivo, cuestión discutible porque lo es a favor del consumidor, lo que no puede acontecer es que se utilicen los efectos retroactivos de otra Ley, artículo 24 de la LCCI para dar respuesta a la cláusula de vencimiento anticipado, y en este supuesto tratándose de una norma a favor del consumidor no se aplique retroactivamente.***

En este sentido, resulta relevante prestar atención al **ATJUE C-321/20**, de 4 de febrero, del **TJUE**, que muchos autores interpretan en el sentido de que las modificaciones legislativas dirigidas a reforzar la protección de los consumidores en línea con la **Directiva 93/13/CEE** resultan de aplicación a la totalidad de contratos suscritos por consumidores a partir de la entrada en vigor de la misma, esto es, a partir del **31 de diciembre de 1994**.

LA TRANSPARENCIA EXIGIBLE EN EL CASO DE LAS CLAUSULAS RELATIVAS AL TIPO DE INTERES VARIABLE A LOS OJOS DE LA COMISION EUROPEA, EL ABOGADO GENERAL, Y LA GRAN SALA DEL TJUE

La **STS 669/17**, de 14 de diciembre, de nuestro **Tribunal Supremo**, con dos votos particulares que reprochaban que la citada resolución no resultaba ajustada a derecho y resultaba contraria a la Jurisprudencia del **TJUE**, dio lugar a que el **Juzgado de 1ª Instancia nº 38 de Barcelona** elevara una serie de cuestiones prejudiciales ante el **TJUE**, cuestiones que dieron lugar a la apertura del **asunto C-125/18** respecto del que se pronunciaron sucesivamente la **Comisión Europea**, el **Abogado General** Sr. **Maciej Szpunar**, y la **Gran Sala** del **Tribunal de Justicia de la Unión Europea**.

En relación con las **Observaciones** realizadas por la **Comisión Europea**, de fecha **31 de mayo de 2018**, resulta especialmente clarificadora, a los efectos de conocer las concretas obligaciones del profesional en aras a valorar si la cláusula relativa al tipo **IRPH Cajas** supera el **Control de Transparencia**, la **Observación 57ª**, donde ésta establece la **obligación para el profesional** de **explicar al consumidor** cómo se configuraba el tipo de referencia, en este caso el tipo **IRPH Cajas**, cuál había sido su evolución en el pasado, y las previsiones de futuro hasta donde fuera posible conocer …

> ***57.- Por lo anterior, la Comisión propone al Tribunal de Justicia contestar a la segunda subpregunta en el sentido de que el deber de transparencia consagrado en los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 en relación con una cláusula esencial del contrato como es la cláusula controvertida, que fija el tipo de interés de un préstamo hipotecario con base en el índice IRPH-Cajas, comprende, en particular, la obligación para el profesional de explicar al consumidor, antes de la firma del contrato, cómo se configura el tipo de referencia, cuál ha sido la evolución de dicho tipo en el pasado así como su posible evolución futura, comparado con otros tipos empleados en el mercado.***

… lo que lleva a que el profesional deba tener una participación activa en la fase precontractual, concretamente la de **explicar** con se configura el **Indice de Referencia**, y **mostrar** cuál ha sido su **evolución en el pasado**.

Añade la **Comisión Europea**, en su **Observación 70ª**, que una práctica comercial en la que el profesional no cumple con la anterior obligación, esto es, en la que el profesional omite información respecto de cómo se configura el Indice de Referencia, o de su evolución en el pasado, debe calificarse de **engañosa**, lo cual tiene su trascendencia en relación con su **buena fe**, pues no parece razonable entender que, acreditado que no proporcionó explicación o información alguna al consumidor contratante, su praxis, considerada engañosa, no lleve aparejada la consideración de que actuó de manera contraria a la buena fe …

> ***70.- A la luz de lo anterior, la Comisión propone al Tribunal contestar a la tercera subpregunta en el sentido de que una práctica comercial consistente en omitir información sobre cómo se configura el tipo de referencia, cuál ha sido la evolución de dicho tipo en el pasado así como su posible evolución futura, comparado con otros tipos empleados en el mercado, debe calificarse de engañosa en el sentido del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2005/29/CE, siempre que haga o pueda hacer tomar al consumidor una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.***

Con fecha **24 de febrero de 2019** tuvo lugar la vista ante la **Gran Sala** del **TJUE**.

Nosotros, en nuestra intervención en defensa de los intereses de la parte demandante comenzamos nuestra exposición resaltando lo que es y representa el **Indice de Referencia** al que se remite un contrato de préstamo hipotecario, el **Tipo de Interés** del mismo, y su **Tipo TAE**, las diferencias entre estos conceptos, y las consecuencias económicas derivadas de que los tipos **IRPH** resulten, al mismo tiempo, **Indices de Referencia** e **Indicadores del Coste Total** de las operaciones de préstamo hipotecario suscritos por las entidades financieras, y ello a fin de que los **Magistrados del TJUE** valoraran el alcance de la información que, al respecto, debería prestar el profesional; y ocurrió que esta necesidad de que un consumidor medio pudiera diferenciar estos conceptos y así deducir las consecuencias económicas derivadas de que los tipos **IRPH** se determinen a partir de los tipos **TAE** de las operaciones de referencia, esgrimida por la representación letrada de la parte demandante, fue objeto de especial atención por parte del **Abogado General**, Sr. **Maciej Szupnar**, quien, en sus **Conclusiones** de **10 de septiembre de 2019**, y en su **Conclusión Segunda**, aludiera a ello en los siguientes términos ...

> ***2.- Ahora bien, a menudo, debido al carácter técnico de la información relativa a los préstamos hipotecarios, el consumidor medio no alcanza a comprender determinados conceptos, como «tipo de interés» (fijo o variable), «índice de referencia» o «tasa anual equivalente» (TAE), y, en particular, las diferencias entre estos conceptos. Lo mismo cabe decir del funcionamiento o del cálculo concreto no solo de los tipos de interés variables, sino también de los índices de referencia oficiales de préstamos hipotecarios y de las TAE sobre cuya base se calculan estos tipos de interés. En estas circunstancias, el nivel de información que se exige del profesional es de vital importancia para permitir al consumidor medio comprender el coste real de su préstamo.***

A la vista de su **Conclusión Segunda**, resulta indiscutible que el **Abogado General** ha entendido que el **nivel de información** que se exige del profesional resulta de **vital importancia** para permitir que un consumidor medio pueda comprender el coste de su operación, que el **Abogado General** ha entendido que resulta de vital importancia la información proporcionada por el profesional en relación con conceptos como **Indice de Referencia**, **Tipo de Interés**, o **Tipo TAE**, las diferencias entre ellos y el funcionamiento y método de cálculo de los tipos de interés variable y de las **TAE** sobre cuya base se determinan los tipos **IRPH** a fin de que, en base a esa información, ese consumidor contratante pueda comprender el coste real de su préstamo, debiéndose llamar la atención que nuestro **Tribunal Supremo** ha trasladado la responsabilidad del profesional para que el consumidor contratante suscriba su contrato con pleno conocimiento de las consecuencias económicas especialmente significativas derivadas de la utilización de tipos **IRPH** al propio consumidor, para que sea él mismo quien obtenga del **BOE** la información necesaria que le permita comprender su peculiar método de cálculo y deducir así las consecuencias económicas especialmente negativas de su utilización.

En su **Conclusión 125ª**, el **Abogado General**, tras recordar que la fórmula de cálculo del tipo **IRPH Cajas** resulta **compleja** y **poco transparente**, concluye señalando que la **información** que **el profesional ha de facilitar al consumidor** para entender que la cláusula que incorpora dicho tipo cumple con la exigencia de transparencia, ha de ser suficiente para que éste pueda tomar una decisión prudente y con **pleno conocimiento de lo que supone su método de cálculo**, especificando la **definición completa del índice**, su **evolución en el pasado**, y también las **disposiciones de la normativa nacional** pertinentes que determinan dicho índice …

125.- En estas circunstancias, con objeto de orientar al órgano jurisdiccional remitente en estas comprobaciones, es preciso considerar que la información que el profesional debe facilitar para cumplir, con arreglo al artículo 4, apartado 2, y al artículo 5 de la Directiva 93/13, la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés tomando como valor de referencia un índice de referencia legal como el IRPH Cajas, cuya fórmula matemática de cálculo resulta compleja y poco transparente para un consumidor medio, debe, por una parte, ser suficiente para que este pueda tomar una decisión prudente y con pleno conocimiento de causa en lo que se refiere al método de cálculo del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo hipotecario y a los elementos que lo componen, especificando no solo la definición completa del índice de referencia empleado por este método de cálculo, sino también las disposiciones de la normativa nacional pertinentes que determinan dicho índice y, por otra parte, referirse a la evolución en el pasado del índice de referencia escogido. (93)

A la vista de su **Conclusión 125ª**, resulta indiscutible que el **Abogado General** ha establecido que para entender que la cláusula supera el **Control de Transparencia**, la información que el profesional ha de facilitar al consumidor ha de ser suficiente como para que un consumidor medio pueda tomar una decisión prudente y con pleno conocimiento de causa en lo que se refiere al método de cálculo del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo hipotecario y a los elementos que lo componen.

A la vista de lo señalado por el **Abogado General**, resulta obvio que nuestro **Tribunal Supremo** vuelve a desplazar la responsabilidad del profesional hacia el consumidor cuando suple la obligación de aquél de informar suficientemente al propio consumidor para que sea éste quien busque esa información en el **BOE**.

En la misma vista, celebrada el **24 de febrero de 2019** ante la **Gran Sala** del **TJUE**, el **Magistrado Ponente**, Sr. **Rodin**, nos preguntó qué tipo de información entendíamos que debían suministrar las entidades financieras que remitían sus contratos a tipos **IRPH**, a lo que respondimos que, desde nuestro punto de vista, resultaba imprescindible que el profesional informara al consumidor contratante sobre el **método de cálculo** del tipo **IRPH** para que, comprendiendo éste las consecuencias de utilizar tipos **TAE** en su determinación, valorara las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

Ahora bien, habida cuenta de que no todos los consumidores tienen el conocimiento suficiente para comprender estos conceptos económicos, de que no todos los consumidores son capaces de entender lo que supone que los tipos **IRPH** se determinen a partir de tipos **TAE**, resultaba necesario que se les entregara algún tipo de **gráfico** o **folleto** que resultara **visualmente ilustrativo**, en donde se recogiera la evolución del índice para que, aun sin comprender las razones por las que los tipos **IRPH** operaban mes a mes por encima del índice **Euribor**, este consumidor, no experto en la materia, pudieran tomar una decisión prudente respecto de la conveniencia de remitir su contrato a un tipo **IRPH** o al índice **Euribor**.

El **Magistrado Ponente**, Sr. **Rodin**, nos preguntó si entendíamos necesario que el profesional explicara el método de cálculo de todos y cada uno de los índices oficiales, a lo que respondimos que nos parecía suficiente que se explicara al consumidor contratante el método de cálculo del tipo al que se remitía su contrato, que explicarle el método de cálculo de todos los tipos oficiales solo contribuiría a confundirle.

De esta manera, con fecha **3 de marzo de 2020**, la **Gran Sala del TJUE** se pronunció en **STJUE C-125/18**, de la que, en relación con los aspectos a observar por el juzgador nacional en relación con el **Control de Transparencia**, cabe destacar el **parágrafo 51º**, donde se recoge que para que una cláusula que fija un tipo de interés variable en un préstamo hipotecario cumpla con la exigencia de transparencia es necesario que permita al consumidor **comprender el funcionamiento concreto y método de cálculo del referido tipo de interés** a fin de que éste pueda valorar así, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas de la aplicación de la misma …

> ***51.- Así pues, por lo que se refiere a una cláusula que, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, estipule la retribución del correspondiente préstamo mediante intereses que se calculan según un tipo variable, la referida exigencia se ha de entender como la obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible para el consumidor en un plano formal y gramatical, sino también de que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto 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.***

Resulta relevante observar como el **TJUE** deja claro que es **la cláusula**, **no el BOE**, quien debe posibilitar que un consumidor medio comprenda el funcionamiento y método de cálculo del tipo de interés, a fin de que poder valorar así, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas de la aplicación de la misma.

El **parágrafo 52º** refuerza ese papel activo que se exige del profesional cuando establece que corresponde al órgano judicial realizar las comprobaciones necesarias, entre las que figura la publicidad y la **información proporcionada por el prestamista** en el marco de la negociación del contrato de préstamo, concretando que incumbe al juez nacional verificar que en el asunto de que se trate, se hubieran **comunicado al consumidor** todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, desempeñando un papel decisivo en tal apreciación **la falta de mención en el contrato de préstamo de información esencial** a la vista de la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato …

> ***52.- Dado que la competencia del Tribunal de Justicia comprende exclusivamente la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión, en este caso de la Directiva 93/13, corresponde solo al órgano judicial remitente llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que figuran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo. Más concretamente, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trate, se hubieran comunicado al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. Desempeñan un papel decisivo en tal apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de manera que permitan a un consumidor medio, según se ha descrito a este en el apartado 51 de la presente sentencia, evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de préstamo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato.***

El **parágrafo 54º** añade, a los efectos de observar el cumplimiento de las exigencias de transparencia, un nuevo requisito, como es analizar si la entidad **cumplió con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional**, especialmente la obligación de informar a los consumidores de cuál había sido la **evolución del tipo IRPH Cajas durante los dos años anteriores a la celebración de los contratos** y del último valor disponible, pues ello constituye una **información objetiva sobre las consecuencias económicas derivadas de la aplicación de dicho índice** y constituye un **término útil de comparación entre el cálculo del tipo IRPH Cajas y otras formas de cálculo del tipo de interés** …

> ***54.- También 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.***

Y el **parágrafo 55º** concreta la obligación del juzgador de comprobar, en el caso allí objeto de controversia, si **Bankia** cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional …

> ***55.- Por consiguiente, el juzgado remitente deberá comprobar si en el contexto de la celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal Bankia cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional.***

… lo que lleva a que, en el caso de las cláusulas relativas a los tipos **IRPH**, el incumplimiento de normas nacionales tenga una doble trascendencia, pues, por un lado, supone una causa de **nulidad directa**, tal y como recoge el **artículo 8.1** de la **Ley 7/98**, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, y, por otro, constituye uno de los elementos que acredita una **falta de transparencia** que resulta de gran relevancia en orden a analizar su carácter **abusivo**, una forma de **nulidad** acogida en el **artículo 8.2** de la **Ley 7/98**, de Condiciones Generales de la Contratación.

Entendemos igualmente que la obligación del juzgador para comprobar si la entidad cumplió con todas las obligaciones de información establecidas por la **normativa nacional** alcanza también al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la **autoridad bancaria**, como sería, en el caso de los tipos **IRPH**, la obligación recogida en la **Circular 5/94**, de 22 de julio, del **Banco de España**, en el sentido de incorporar **diferenciales negativos**.

De esta manera, el **TJU**E concluye, en su **Fallo Tercero** …

> ***La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.***

Una vez que el **TJUE** se pronunció, en **STJUE C-125/18**, de 3 de marzo de 2020, nuestro **Tribunal Supremo** resolvió de manera **conjunta** una serie de **Recursos de Casación** que tenía pendientes de resolver, resoluciones que dieron lugar a que el **Juzgado de 1ª Instancia nº 38 de Barcelona** volviera a dirigirse al **TJUE** elevando nuevas cuestiones prejudiciales.

Días después, el **Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Ibiza** planteó igualmente ante el **TJUE** nuevas cuestiones prejudiciales relativas a los criterios a aplicar para entender que la cláusula relativa a los tipos **IRPH** supera el **Control de Transparencia** y para entender que la conducta del profesional se ajusta a la **buena fe**, cuestiones ambas de vital importancia en orden a declarar el carácter abusivo de dicha cláusula.

Con fecha **17 de noviembre de 2021**, el **TJUE**, por **Auto C-655/20** respondía a las nuevas cuestiones prejudiciales elevadas por el **Juzgado de 1ª Instancia nº 38 de Barcelona**, y por **Auto C-79/21** respondía a las cuestiones prejudiciales elevadas paralelamente por el **Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Baleares**, debiéndose llamar la atención en el hecho de que el **TJUE** utilizara la forma de **Auto**, una forma de pronunciarse reservada para aquellos casos en los que entiende que la respuesta a las cuestiones planteadas cabe deducirse de anteriores pronunciamientos.

Y así, en el **parágrafo 29º** del **Auto C-655/20**, coincidente con el **parágrafo 24º** del **Auto C-79/21**, el **TJUE**, aludiendo al **parágrafo 56º** y **Fallo 3º** de su anterior **STJUE C-125/18**, recuerda que para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, ésta no solo debe ser comprensible en el plano formal y gramatical sino que debe permitir al consumidor medio esté en condiciones de **comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo** del referido tipo de interés y de valorar así, en base a criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas de su aplicación …

> ***56. A este respecto, se desprende del apartado 56 y del punto 3 del fallo de la sentencia Gómez del Moral Guasch que el artículo 5 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.***

Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.

Resulta relevante observar que, así como en el caso de las **cláusulas suelo**, en las que se reprochaba su incorporación **sorpresiva**, **inesperada** y **engañosa** al contrato, y adquiría especial importancia el hecho de que estuviera, o no, **subrayada**, **destacada**, **escondida**, con **mayúsculas** o en **negrita**, a fin de que el consumidor **conociera su existencia** y pudiera valorar así las consecuencias derivadas de su aplicación, en el caso de las cláusulas relativas al tipo **IRPH** la circunstancia a analizar no es si el consumidor conocía que su contrato se remitía al tipo **IRPH** sino si **comprendía su método de cálculo** a fin de que comprendiendo el mismo, pudiera igualmente valorar las consecuencias económicas derivadas de su aplicación.

Añade el **TJUE** que constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.

En relación con la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo de los tipos **IRPH** resultaran fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, hemos de recordar que todo el proceso de determinación del índice **IRPH**, en cualquiera de sus modalidades, por parte del **Banco de España** viene rodeado de un aura de **oscurantismo** que no se observa en la determinación del índice **Euribor**, pues ni se conoce el dato que remite cada entidad financiera al **Banco de España**, por lo que no se puede cuestionar su veracidad, ni se conoce cómo se llega al resultado que finalmente publica mensualmente el **Banco de España**.

Y es que hablar de **IRPH** significa hablar de **opacidad**, al punto de que interrogado el **Banco de España** en el **Procedimiento 81/2014** que se conoció ante el **Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Burgos**, y al que nos hemos referido anteriormente, a la **pregunta nº 15** ....

¿Es cierto que para la determinación del IRPH Cajas se consideraban tipos de interés que posteriormente fueron declarados nulos por abusivo en muchos préstamos, como es el caso de la denominada cláusula suelo o la cláusula de redondeo al alza y que si dichas cláusulas abusivas no hubieran sido aplicadas el resultado del IRPH Cajas habría sido inferior?

... respondió:

El Banco de España no dispone de información suficiente para responder a esta pregunta, ya que desconoce la existencia o no de operaciones con estas cláusulas en la fecha de referencia, ni su posible repercusión en el índice calculado.

… lo que convierte el índice en una cuestión de fe, de manera que cada afectado ha de esperar a su publicación por el **Banco de España** y resignarse a su suerte.

Por otro lado, y en relación con el **método de cálculo** de los tipos **IRPH**, ya hemos apuntado que no existe ningún apartado que rotulado como **Método de Cálculo** nos describa como se determinan los tipos **IRPH**, de tal manera que es el consumidor quien, a partir de la **definición** de cada uno de ellos, ha de realizar un **ejercicio de deducción para comprender su concreto método de cálculo**, y así, cuando el tipo **IRPH Entidades**, por ejemplo, se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los Bancos y las Cajas de Ahorros, entendiendo dichos tipos medios ponderados como los tipos anuales equivalentes declarados al **Banco de España** para esos plazos por el colectivo de Bancos y Cajas de Ahorro, el lector debe **deducir** que el tipo **IRPH Entidades** se elabora mensualmente por el **Banco de España** a partir de unos tipos **TAE** medios ponderados que le remiten cada Caja de Ahorros y Banco que operan en **España**, unos tipos **TAE** medios referidos exclusivamente a las operaciones de préstamo hipotecario suscritas para la adquisición de vivienda libre y plazo igual o superior a tres años, de tal manera que, con esos **tipos TAE** medios ponderados, el **Banco de España** elabora una **media simple** que constituye el importe del índice **IRPH Entidades** de ese mes.

Vista la definición de los tipos **IRPH** recogidas en la **Circular 8/90** del **Banco de España** que se publica en el **BOE**, observamos que en ella **no se alude a que éstos incluyan diferenciales y gastos**, por lo que, contrariamente a lo que entiende nuestro **Tribunal Supremo**, no es cierto que el cliente pueda conocer, acudiendo al **BOE**, que los tipos **IRPH** incluyen diferenciales y gastos, pues a esa conclusión deberá llegar solo si conoce y comprende lo que es la **TAE** de las operaciones de préstamo hipotecario, y para ello es necesario que alguien se lo explique.

En relación con la exigencia de que el profesional suministre información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo del tipo de interés, recogida en la **STJUE C-125/18**, de **3 de marzo de 2020**, si bien es cierto que fue matizada por el propio **TJUE** en el posterior **Auto C-655/20**, de **17 de noviembre de 2021**, **parágrafo 34º**, cuando establece que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, deben interpretarse en el sentido de que permiten al profesional no entregar al consumidor, antes de la celebración de ese contrato, un **Folleto Informativo** que recoja la evolución anterior de ese índice, por la razón de que la información relativa al mencionado índice es objeto de publicación oficial, **condiciona** tal dispensa a que **con la información facilitada por el profesional**, un **consumidor medio**, estuviera en condiciones de **comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia** y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras ...

> ***De lo anterior se deduce que procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y segunda que el artículo 5 de la Directiva 93/13 y la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, deben interpretarse en el sentido de que permiten al profesional no incluir en tal contrato la definición completa del índice de referencia que sirve para calcular un tipo de interés variable o no entregar al consumidor, antes de la celebración de ese contrato, un folleto informativo que recoja la evolución anterior de ese índice, por la razón de que la información relativa al mencionado índice es objeto de publicación oficial, siempre que, habida cuenta de los datos públicamente disponibles y accesibles y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estuviera en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.***

… es decir, no se hace necesario que el profesional entregue el reiterado **Folleto Informativo** o que el contrato recoja la definición completa del índice **siempre y cuando con la información recibida**, el consumidor pueda igualmente **comprender el método de cálculo del índice** a fin de poder valorar la conveniencia de remitirse a él.

La dispensa resulta totalmente razonable en los términos en que se contempla, pues si el consumidor ha sido capaz de **comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del tipo IRPH** para poder así valorar, en base a criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas potencialmente significativas de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras, como busca el **TJUE**, ya no resulta necesario aportarle una información gráfica o visual que le permita comprender lo que ya parece ser que ya ha comprendido con la información recibida.

Finalmente, en el **parágrafo 30º** del **Auto C-655/20**, coincidente con el **parágrafo 25º** del **Auto C-79/21**, el **TJUE** recuerda, como ya hizo en el **parágrafo 55º** de su **STJUE C-125/18**, que también corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si, en el contexto de la celebración del contrato, la entidad bancaria cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional …

> ***Pues bien, como se deduce del apartado 55 de la sentencia Gómez del Moral Guasch, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar, a la luz de los elementos interpretativos dados en dicha sentencia y, en particular, de sus apartados 53 y 54, si, en el contexto de la celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal, la entidad bancaria cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional.***

… una normativa nacional que ha venido variando a lo largo de los años, y que ha llevado a que, en función de la fecha de suscripción del contrato, de su importe, de si lo ha suscrito una persona física o jurídica, de si la hipoteca recae sobre una vivienda o sobre un bien inmueble diferente de una vivienda, estableciera diferentes exigencias. Si a ello unimos el mandato del **Banco de España** de utilizar, cuando el contrato se remita a tipos **IRPH**, un **diferencial negativo** cuyo importe varíe en función de las Comisiones y frecuencia de las cuotas, concluimos que los casos han de revisarse uno a uno, lo que desecharía las resoluciones seriadas.

EL DESEQUILIBRIO CONTRARIO A LA BUENA FE DEL PROFESIONAL A LOS OJOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA

El desequilibrio de prestaciones contrario a la buena fe del profesional no es un concepto subjetivo que cada juzgador pueda improvisar atendiendo a su propio criterio, sino que ha de observarse atendiendo al **obligado concepto** establecido por el **TJUE** en ya varias resoluciones.

Y así, en **STJUE C-415/11**, de **14 de marzo de 2013**, el **TJUE** dejaba claro, en su **parágrafo 69º**, lo que había de entenderse por **desequilibrio pese a las exigencias de la buena fe** del profesional …

> ***69.- En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.***

… lo que significa que para aceptar la existencia de buena fe debemos en el profesional hemos de entender que éste tenía la seguridad de que aun cuando el consumidor hubiera dispuesto de toda la información relativa a la cláusula declarada abusiva, hubiera igualmente aceptado su incorporación, en idénticos términos, a su contrato.

Por el contrario, el profesional que ha actuado de manera contraria a la buena fe sería aquél que podía estimar razonablemente que el consumidor al que impuso la cláusula abusiva, nunca la hubiera aceptado de haber dispuesto de toda la información de la que careció, en el marco de una negociación individual.

Este criterio se ha venido repitiendo a través de distintas resoluciones, como la **STJUE C-621/17**, de 3 de octubre de 2019, la **STJUE C-419/18**, de 7 de noviembre de 2019; y, recientemente, el **ATJUE C-79/21**, de 17 de noviembre.

De ahí que resulte sorprendente, en estrictos términos jurídicos, que nuestro **Tribunal Supremo** entienda la existencia de buena fe del profesional por el simple hecho de que el tipo **IRPH Cajas** impuesto por éste resulte ser un tipo oficial, cuando la contratación bancaria en **España** obliga a la utilización de tipos oficiales y, sobre todo, cuando lo que debió hacer fue preguntarse si el profesional podía entender que el consumidor, tratado de manera leal y equitativa, conociendo y comprendiendo el método de cálculo del tipo **IRPH Cajas**, conociendo y comprendiendo que derivado de dicho método de cálculo su operación colocaría, de manera permanente, su coste por encima del coste medio nacional, conociendo la evolución anterior del tipo **IRPH Cajas** en relación con cualquier otro índice hipotecario, conociendo que el **Banco de España** obligaba a incorporar un diferencial negativo pero que la entidad no solo no pensaba cumplir dicho mandato sino que, por el contrario, pretendía incorporar un diferencial positivo, hubiera aceptado referir su contrato al tipo **IRPH Cajas** en el marco de una negociación individual en la que podía negarse sin temer que ello conllevara la denegación del préstamo.

Dicho de otra manera, y conectando con la **Conclusión 125ª** del **Abogado General**, la buena fe del profesional quedaría acreditada si podemos entender que éste podía considerar que el consumidor, con la información recibida, estaba en condiciones de comprender el método de cálculo del tipo **IRPH** incorporado a su contrato y valorar así, con arreglo a criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas del mismo, para con ello tomar una **decisión prudente** y con **pleno conocimiento de causa**, sobre la conveniencia de aceptar dicha cláusula.

LA ESPECIAL PROTECCION QUE DISFRUTAN LOS CONSUMIDORES ESPAÑOLES COMO CONSECUENCIA DE LA NO TRANSPOSICION DEL ARTICULO 4.2 DE LA DIRECTIVA 93/13/CEE

La cuestión resulta relevante porque, en síntesis, la no transposición a nuestro Ordenamiento del **artículo 4.2** de la **Directiva 93/13/CEE** supone que, en **España**, las cláusulas relativas al precio no están exceptuadas del **Control de Abusividad** aun cuando están redactadas de manera clara y comprensible, cuando superan el **Control de Transparencia**, pues en ausencia de tal disposición, las cláusulas que definen el **objeto principal** o determinan el **precio** han de tratarse como cualquier otra cláusula, como la cláusula relativa, por ejemplo, a los **Gastos** o al **Interés de Demora**, lo que significa que su claridad y transparencia no evitan que deba someterse a un **Control de Abusividad** o **Desequilibrio**.

En este sentido, la **Conclusión 127ª** de las presentadas por el **Abogado General** a propósito del **asunto C-125/18**, recoge que, si la cláusula superara las exigencias de transparencia con arreglo a los criterios fijados por el **TJUE**, ello no implicaría la exención del deber de someterla, en cualquier caso, a un **examen de abusividad en cuanto al fondo,** atendiendo a los criterios enunciados en el **artículo 3.1** de la **Directiva 93/13/CEE** …

> ***127.- Por último, es preciso considerar que, en caso de que el órgano jurisdiccional remitente llegara a la conclusión de que la exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por lo tanto, de transparencia ha sido respetada habida cuenta de los elementos que el Tribunal de Justicia facilitará en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas, ello no implicaría la exención del deber de someter, en cualquier caso, la cláusula controvertida a un examen referido a su eventual carácter abusivo en cuanto al fondo, habida cuenta de la posible existencia de un desequilibrio importante causado, en detrimento del consumidor, entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. En ese contexto incumbe 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 presente caso, una cláusula como la controvertida en el litigio principal cumple asimismo las exigencias de buena fe y equilibrio impuestas por esta Directiva. Sin embargo, esta cuestión sobrepasa el objeto de la presente petición de decisión prejudicial, por lo que no ahondaré más en la misma.***

El hecho de que una cláusula relativa al precio deba someterse a **Control de Abusividad**, **Control de Contenido** o **Control de Desequilibrio**, llámese como se quiera, con arreglo al **artículo 3.1** de la **Directiva 93/13/CEE**, pone en tela de juicio el criterio de nuestro **Tribunal Supremo** en el sentido de que la falta de transparencia es una condición **necesaria** pero no suficiente para su abusividad, pues tratándose de una **condición general**, y, en consecuencia, una cláusula **no negociada individualmente**, su transparencia resulta **irrelevante** si su contenido genera un **desequilibrio contrario a la buena fe**.

En cualquier caso, no es objeto de este Informe desarrollar y valorar los pronunciamientos tanto de la **Comisión Europea**, sucesivos **Abogados Generales** y **TJUE** en el asunto **C-484/08**, que dio lugar a la **STJUE C-484/08**, de 3 de junio de 2010, asunto Caja Madrid; en el asunto **C-421/14**, que dio lugar a la **STJUE C-421/14**, de 26 de enero de 2017, asunto Banca Primus; en el asunto **C-125/18**, que dio lugar a la **STJUE C-125/18**, de 3 de marzo de 2020, asunto Gómez del Moral; y en los asuntos acumulados **C-224/19 y C-259/19**, que dieron lugar a la **STJUE asuntos acumulados C-224/19**, asunto Caixabank, y **C-259/19**, asunto BBVA, ambas de 16 de julio de 2020; … en los que han reiterado que el **artículo 4.2** de la **Directiva 93/13/CEE** no ha sido transpuesto a nuestro Ordenamiento y que las transposiciones han de realizarse de forma explícita y no por vía indirecta o presuntas remisiones implícitas.

Finalmente, hemos de llamar la atención en el hecho de que el **Abogado General**, en relación con las exigencias de buena fe y justo equilibrio de prestaciones, entienda que, dado que no se le ha requerido para ello, no va a ahondar en cuales serían esas exigencias de buena fe y equilibrio que ha de cumplir la cláusula, lo que abre la puerta a que cualquier juzgador nacional que pretenda resolver un litigio relativo a una cláusula que incorpora un tipo **IRPH**, pueda elevar cuestión prejudicial relativa a cuales serían las exigencias, para el caso de una cláusula como la relativa a los tipos **IRPH**, de buena fe y equilibrio impuestas por el **artículo 3.1** de la **Directiva 93/13/CEE**, sobre las que el **TJUE** todavía no se ha pronunciado, pues hemos de recordar que el grueso de las cuestiones elevadas por el **Juzgado de 1ª Instancia nº 38 de Barcelona** versaban en torno a la **transparencia**.

LA DESIGUAL INTERPRETACION QUE REALIZAN EL JUZGADO Nº 38 DE BARCELONA Y EL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO DEL MISMO PRONUNCIAMIENTO DEL TJUE

Previo a contrastar la desigual interpretación que realizan el **Juzgado de 1ª Instancia nº 38 de Barcelona** y nuestro **Tribunal Supremo** respecto de los pronunciamientos de la **Comisión Europea**, **Abogado General**, y **Gran Sala del TJUE** en relación con el **asunto C-125/18**, vamos a fijar como indiscutible que, de las **Observaciones** de la **Comisión Europea**, de las **Conclusiones** del **Abogado General**, y de las reiteradas **resoluciones** del **TJUE** en relación con el **asunto C-125/18**, se desprende …

Que la **Observación 57ª** de la **Comisión Europea** establece la **obligación del profesional** de **explicar al consumidor** cómo se configuraba el tipo de referencia, en este caso el tipo **IRPH Cajas**, cuál había sido su evolución en el pasado, y las previsiones de futuro hasta donde fuera posible.

Que la **Conclusión Segunda del Abogado General** establece la **obligación del profesional** de **informar al consumidor** respecto de conceptos como **Indice de Referencia**, **Tipo de Interés**, y **Tipo TAE**, las diferencias entre ellos y las consecuencias derivadas de que los tipos **IRPH** se confecciones con tipos **TAE**, calificando como de **vital importancia** el nivel de información que a este respecto proporcione el profesional.

Que la **Conclusión 125ª del Abogado General** establece la **obligación del profesional** de **facilitar al consumidor la información** suficiente para que éste pueda tomar una **decisión prudente** y con **pleno conocimiento** de causa en lo que se refiere al método de cálculo del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo hipotecario y a los elementos que lo componen.

Que el **Parágrafo 51º de la STJUE C-125/18** establece la **obligación de que la cláusula posibilite que el consumidor 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.

Que el **Parágrafo 52º de la STJUE C-125/18** establece la **obligación del juez nacional** de **comprobar la información proporcionada por el prestamista** en el marco de la negociación del contrato, y, especialmente, la **posibilidad de una falta de mención en el contrato de préstamo de información esencial** a la vista de la naturaleza de los bienes y servicios que son objeto de dicho contrato.

Que el **Parágrafo 55º de la STJUE C-125/18**; **Parágrafo 30º del ATJUC C-655/20**; **Parágrafo 25º del ATJUC C-79/21** establece la **obligación del juez nacional** de **comprobar si la entidad cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional**.

Que el **Parágrafo 56º de la STJUE C-125/18**; **Fallo 3º de la STJUC C-125/18**; **Parágrafo 29º del ATJUC C-655/20**; **Parágrafo 24º del ATJUC C-79/21** establece la **obligación de que la cláusula permita al consumidor 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.

Que el **Parágrafo 34º del ATJUE C-655/20**; **Parágrafo 30º del ATJUE C-79/21** establece la **posibilidad de dispensar al profesional** de su obligación de entregar un **Folleto Informativo** que recoja la evolución del índice o de incluir en el contrato la definición completa del índice **siempre que con la información proporcionada por el profesional** esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.

Que el **Parágrafo 39º del ATJUE C-79/21** establece la **obligación del juez nacional**, a los efectos de valorar la existencia de un desequilibrio contrario a las exigencias de buena fe, de **comprobar si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía esperar razonablemente que este aceptara una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual**

Extractadas las obligaciones de información que debió observar el profesional y las exigencias que debe atender el juez nacional, pasamos a analizar la desigual interpretación que de todo ello realizan el **Juzgado de 1ª Instancia nº 38 de Barcelona** y nuestro **Tribunal Supremo**.

Juzgado de 1ª Instancia nº 38 de Barcelona …

Recibida respuesta a las cuestiones elevadas ante el **TJUE**, el **Juzgado de 1ª Instancia nº 38 de Barcelona**, atendiendo estrictamente al pronunciamiento del **TJUE**, ha declarado, en **Sentencia 15/2022**, de **20 de enero de 2022**, la **nulidad** por **abusiva** de la cláusula que incorporaba el tipo **IRPH Cajas** al contrato objeto de controversia.

En la citada **Sentencia 15/2022**, el juzgador comienza su **FJ 1º** dejando clara la diferencia entre lo que es un **índice simple** al que se remite una operación de préstamo hipotecario, el **tipo de interés** de la misma, y la **tasa anual equivalente** o **coste total** de dicha operación, resaltando la trascendencia económica derivada de que el tipo **IRPH Cajas** se determine a partir de una **media simple de tipos TAE**, lo que lleva a que siempre opere por encima de cualquier otro índice, y repasando algunas de las particularidades del tipo **IRPH Cajas**, como que se elabora con datos facilitados por las propias Cajas de Ahorro; que se determina mensualmente a través de una media simple de los datos remitidos por estas, sin ponderar el peso de cada una de ellas en el mercado hipotecario; que cada una de dichas Cajas de Ahorro tenía una posibilidad de influencia en su determinación modulando los intereses y las comisiones aplicadas a los clientes suscriptores de los contratos de préstamo de referencia para la determinación del índice; que se confecciona con datos que no son públicos, a diferencia del índice **Euribor**, en cuya determinación, por añadidura, se descartan los valores extremos a la hora de confeccionar la media que determina su importe mensual.

Entiende el juzgador que la controvertida cláusula no supera el **Control de Transparencia** por cuanto en el momento de la contratación no se dio cumplimiento a las obligaciones recogidas en la normativa entonces vigente, dado que ni se informó al demandante de la evolución del tipo **IRPH Cajas** durante los dos años naturales anteriores a la celebración del contrato de préstamo y del último valor disponible, ni se le entregó la obligada **Oferta Vinculante**, ni la escritura recoge la **definición legal** del índice recogida en el **Anexo VIII** de la **Circular 5/94**, de 22 de julio, del **Banco de España**, y que si bien es cierto que tales obligaciones pudieran no resultar trascendentes, lo serían, como señala el **TJUE**, siempre que de los datos públicamente disponibles o de la información proporcionada por el profesional, el consumidor estuviera en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice, a fin de valorar, con arreglo a criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

Añade el juzgador que ni la cláusula relativa al tipo **IRPH** es de fácil comprensión para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, ni se facilitó información alguna al consumidor, y remitiéndose a los **parágrafos 49º, 51º y 52º** de la **STJUE C-125/18**, de 3 de marzo de 2020, recuerda que es en función de la información recibida que el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional; que tal información ha de llevar a que el consumidor esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del tipo de interés; que es el profesional quien debe acreditar que facilitó a la parte adherente la información adecuada sobre la posición jurídica que ocuparía y la carga económica que ello le iba a suponer; y que no consta acreditado por la entidad bancaria que cumpliera con tales obligaciones, por lo que no puede sino entenderse que, no cumpliendo la exigencia de transparencia, la cláusula ha de reputar **nula**.

Completa el juzgador entendiendo que el desequilibrio de los derechos y las obligaciones cabe encontrarlo, fundamentalmente, en el hecho de que el consumidor no ha sido capaz de entender aquello que estaba firmando, es decir, la entidad no transmitió correctamente que el tipo **IRPH Cajas** era un índice que de por sí ya era una **TAE** al que el cliente sumaba sus propias Comisiones, Gastos y Diferencial.

Igualmente entiende que también cabe apreciar el desequilibrio en la **merma de la información** que fue suministrada al demandante en el momento de la firma del contrato, desconociendo éste todas las particulares antedichas, su propio concepto y la obligación de aplicar un diferencial negativo por la entidad.

Considera el juzgador que todo lo dicho debió quedar plasmado en el contrato o añadirse a modo de información relevante como parte vinculante del mismo, para que así el demandante pudiera decidir libremente, de manera que dicha ausencia de información colocó a éste en una posición jurídica de claro desequilibrio con la parte predisponente que impuso la cláusula, contraviniendo así el **artículo 5.1** la **Ley 7/98**, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, vigente a la firma del contrato de préstamo.

Finalmente, el juzgador, y en relación con la **buena fe** del profesional, recuerda que lo que debe comprobar es si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía esperar razonablemente que este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual, concepto de buena fe que el **TJUE** estableció en el **parágrafo 69º** de su **STJUE C-415/15**, de 14 de marzo de 2013; en el **parágrafo 50º** de su **STJUE C-621/17**, de 3 de octubre de 2019; en el **parágrafo 55º** de su **STJUE C-419/18**, de 7 de noviembre de 2019; y, a propósito de la controversia que nos ocupa, en el **parágrafo 39º** del **ATJUE C-79/21**, de 17 de noviembre.

De esta manera, y con arreglo al concepto de buena fe establecido por el **TJUE**, el juzgador entiende que dicha buena fe no tiene encaje con la falta de cumplimiento, no de una recomendación, sino de una obligación tal y como fue redactada e impuesta por el **Banco de España**, en su **Circular 5/94**, en el sentido de que, habida cuenta de que el tipo **IRPH Cajas** se confecciona a partir de tipos **TAE**, y para que la operación resulte competitiva en el mercado, **sería necesario** aplicar un **diferencial negativo**, resultando que la entidad impuso un **diferencial positivo de 0,25** y, además, con redondeo al alza, a lo que añade que resulta imposible apreciar buena fe en el profesional en tanto en cuanto el consumidor, de haber sido conocedor de todos los reproches que se han realizado y plasmado en la resolución, a buen seguro, **no hubiera firmado el préstamo** de su vida.

Además, entiende que es contrario a toda lógica jurídica apreciar la buena fe en una entidad bancaria que ha incumplido todos aquellos elementos, datos, y circunstancias analizadas en la sentencia desde el punto de vista objetivo y subjetivo, lo que de por sí debería conducir al carácter **abusivo** la cláusula esencial, en cualquiera de las acepciones del adjetivo.

Concluye el juzgador entendiendo que resulta contrario a razón trasladar la responsabilidad a ese consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, que no fue debidamente informado, y con quien se incumplió la normativa administrativa, por lo que resulta razonable presumir que de haber conocido éste todos los elementos subjetivos y objetivos que debía conocer a la fecha de celebración del contrato, no hubiera comprometido, posiblemente la totalidad de su patrimonio, a un índice que siempre sería superior a la media, no ponderada, sino aritmética del total de los costes del crédito, sobre los que partía su índice, es decir, nos llevaría al absurdo de posicionar una hipótesis de lo que hubiera acontecido de haberse otorgado la debida información al consumidor, que es el único perjudicado, hipótesis que solo tiene una respuesta, no lo hubiera firmado.

Tribunal Supremo …

Sin embargo, la inmediatamente posterior **STS 42/2022**, dictada por nuestro **Tribunal Supremo**, de fecha **27 de enero de 2022**, resuelve una controversia similar, en este caso relativa a la incorporación del tipo **IRPH Entidades** al contrato, resolución que puesta en comparación con la dictada por el **Juzgado de 1ª Instancia nº 38 de Barcelona**, parece referirse a una controversia totalmente distinta.

Nuestro **Tribunal Supremo**, en el **FJ 3º** de la citada resolución, entiende que la publicación del **IRPH** en el **BOE** - (sin concretar en qué parte del **BOE** , y de qué fecha, se encuentra dicha información) - permite al consumidor medio comprender que el referido índice se calcula según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre, incluyendo los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, de modo que esta publicación salva **para todos los casos** la exigencia de transparencia en cuanto a la composición y cálculo del **IRPH**.

No se puede compartir la afirmación por varias e importantes razones …

1ª.- Porque no es cierto que la publicación del tipo **IRPH** en el **BOE** permita al consumidor medio comprender que el referido índice se calcula según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre, incluyendo los diferenciales y gastos aplicados por las entidades, y la razón es que el método de cálculo del tipo **IRPH** no se recoge ni en el **BOE** ni en ninguna parte.

El método de cálculo de cada uno de los tipos **IRPH** ha de **deducirse de su definición**, siempre que se tenga capacidad para ello, definición que viene recogida en la **Circular 8/90**, del **Banco de España**, de 7 de septiembre de 1990, que se publicó en el **BOE** con fecha **20 de septiembre de 1990**.

En consecuencia, lo que se publicó en el **BOE** no fue el método de cálculo de los tipos **IRPH** sino la **Circular** del **Banco de España** en la que se recogía la **definición** de los diferentes tipos **IRPH**, definición de la que cabía **deducir el método de cálculo** de tales índices, para que, comprendiendo dicho método de cálculo, el lector pudiera igualmente deducir que se estaban incluyendo, no solo los diferenciales y gastos aplicados por las entidades, como afirma nuestro **Tribunal Supremo**, sino también las comisiones.

Y así, un consumidor medio que pretendiera informarse respecto del modo de cálculo de cualquiera de los tipos **IRPH** y comprenderlo a fin de así valorar, con arreglo a criterios precisos, las consecuencias económicas especialmente significativas que su aplicación iba a suponer en su economía, tal y como exige el **TJUE**, debía saber que la definición del controvertido tipo venía incluida en una **Circular 8/90**, de 7 de septiembre de 1990, del **Banco de España**, que dicha **Circular 8/90** del **Banco de España** se publicó en el **BOE de 20 de septiembre de 1990**, concretamente **entre las páginas 27498 y 27508**, para, una vez localizada esta, y sabiendo que esa definición se encontraban en un **Anexo VIII**, incorporado por nueva **Circular 5/94** del **Banco de España**, dirigida a las entidades de crédito, **deducir** y **comprender por sí mismo** las consecuencias económicas especialmente significativas derivadas de la utilización de tipos **TAE** en su determinación.

No es cierto, como sostiene nuestro **Tribunal Supremo**, que la publicación de los tipos **IRPH** en el **BOE** permite al consumidor medio comprender que el referido índice se calcula según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre, incluyendo los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, pues para que un consumidor supiera que los tipos **IRPH** incluyen diferencial y gastos debería saber lo que es una **TAE** y los elementos que se incluyen en la misma, una información de la que, como entiende el **Abogado General**, no es conocedor un consumidor medio y ha de ser proporcionada por el profesional.

Así las cosas, lo que hace nuestro **Tribunal Supremo** es trasladar al cliente consumidor las responsabilidades que el **TJUE** ha establecido para el profesional, liberándole de ellas, de tal manera que en tanto la **Comisión Europea** insistía en la **obligación del profesional** de **explicar al consumidor** cómo se configuraba el tipo de referencia, cuál había sido su evolución en el pasado, y las previsiones de futuro hasta donde fuera posible; en tanto que el **Abogado General** insistía en la **obligación del profesional** de **informar al consumidor** respecto de conceptos como **Indice de Referencia**, **Tipo de Interés**, y **Tipo TAE**, las diferencias entre ellos y las consecuencias derivadas de que los tipos **IRPH** se confecciones con tipos **TAE**; en tanto que el mismo **Abogado General** insistía en la **obligación del profesional** de **facilitar al consumidor la información** suficiente para que éste pudiera tomar una **decisión prudente** y con **pleno conocimiento de causa** en lo que se refiere al método de cálculo del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo hipotecario y a los elementos que lo componen; en tanto que la **Gran Sala del TJUE** establece la **obligación del juez nacional** de **comprobar la información proporcionada por el prestamista** en el marco de la negociación del contrato, o la **obligación del juez nacional** de **comprobar si la entidad cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional**, o la **obligación de que la cláusula permita al consumidor comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés** para que éste pueda así valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras, … nuestro **Tribunal Supremo** resuelve con un argumento tan simple como que, **para todos los casos**, lo publicado en el **BOE** resulta suficiente para dar por satisfechas las exigencias de transparencia.

2ª.- Porque el hecho de que este argumento resuelva para todos los casos la existencia de transparencia prueba que nuestro **Tribunal Supremo** no analiza cada caso individualmente, como no comprueba el importe del préstamo y la fecha de su contratación a fin de observar si se ha dado cumplimiento a las exigencias de la normativa nacional, como no comprueba si el profesional ha cumplido con la obligación establecida por el **Banco de España** de incorporar un diferencial negativo al controvertido índice, como no comprueba el tipo de información o explicación que el profesional proporcionó al consumidor a fin de que éste comprendiera las consecuencias económicas derivadas de la utilización de tipos **TAE**.

3ª.- Porque siendo jurídicamente rigurosos, hemos de observar que el **parágrafo 51º** de la **STJUE C-125/18**, de 3 de marzo de 2020, establece la obligación de que **la cláusula** posibilite que el consumidor 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.

En consecuencia, **es la cláusula y no el BOE quien tiene que posibilitar que el consumidor esté en condiciones de comprender el funcionamiento del índice**, su método de cálculo, y las consecuencias que de él se derivan.

De esta manera, nuestro **Tribunal Supremo** vuelve a trasladar la responsabilidad del profesional para que **la cláusula** impuesta como condición general permita al consumidor comprender el funcionamiento del índice, a dicho consumidor, a fin de que éste busque por su cuenta ese conocimiento en el **BOE**.

4º.- Resulta sonrojante que este **Tribunal Supremo** que entiende que la publicación del **IRPH** en el **BOE** permite al consumidor medio comprender que el referido índice se calcula según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre, incluyendo los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, sea el mismo que a lo largo de estos últimos tres años ha sido **incapaz** de **definir correctamente** el tipo **IRPH** en una sola de sus resoluciones.

Y es que lo cierto e indiscutible es que nuestro **Tribunal Supremo**, en el **FJ 6.8** de la **STS 669/2017**, de 15 de diciembre, entiende, **erróneamente**, el tipo **IRPH Entidades** como la **media de los índices hipotecarios** de todas las entidades que actuaban en **España** al que se sumaba un margen o diferencial …

> ***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 diferencial.***

Y en la misma **STS 669/2017**, de 15 de diciembre, en su **FJ 6.12**, se refiere al tipo **IRPH Entidades**, también **erróneamente**, como la **media de los tipos de interés medios** aplicables para la adquisición de vivienda libre en **España** …

> ***Los valores del IRPH resultaban de la media de los tipos de interés medios aplicables para la adquisición de vivienda de precio libre en España, lo cual, por definición, incorporaba en dicha media todas las operaciones de financiación hipotecaria tanto a interés fijo como variable, entre las que también se encontraban las operaciones referenciadas a Euribor.***

Como podemos observar, en el mismo Fundamento Jurídico, una vez lo define como una **media de índices** y otra como una **media de tipos de interés**, como si fuera lo mismo, como si no hubiera diferencia entre las consecuencias económicas derivadas de que fuera una media de índices o una media de tipos de interés.

Pero es que, lo peor, es que **los tipos IRPH ni son una media de índices ni son una media de tipos de interés, son una media de tipos TAE**, siendo esta peculiaridad la responsable de los reproches que se realizan a dichos tipos.

Transcurridos tres años, este mismo **Tribunal Supremo** que entiende que la publicación del **IRPH** en el **BOE** permite al consumidor medio comprender que el referido índice se calcula según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre, todavía **sigue errando** en la definición del índice **IRPH** cuando en su **STS 597/2020**, de 12 de noviembre, mantiene **erróneamente** que el consumidor medio puede entender que índice constituye una **media del precio** de operaciones homólogas a las contratadas por él, cuando lo cierto es que constituye una **media del coste** de esas operaciones homólogas …

> ***Parece que, si el índice IRPH consiste en una media de los tipos de las operaciones de financiación con garantía hipotecaria para la adquisición de inmuebles con la finalidad de vivienda a un plazo superior a tres años, el consumidor medio puede comprender que este índice constituye una media del precio de operaciones homólogas a las contratadas por él y que, a diferencia de las operaciones que conforman otros índices diferentes, han sido previa y efectivamente realizadas.***

La reflexión resulta obligada … cómo puede ser que tres años después de dictar su primera resolución, nuestro **Tribunal Supremo** continúe sin entender las diferencias conceptuales entre **Indice de Referencia**, **Tipo de Interés**, **Tipo TAE** … cómo puede ser que nuestro **Tribunal Supremo** yerre continuamente en la definición del índice **IRPH**, y sostenga, al mismo tiempo, que cualquier consumidor puede tener un conocimiento por sí mismo de sus peculiaridades acudiendo al **BOE** … cómo puede pretender nuestro **Tribunal Supremo** realizar una valoración objetiva de las consecuencias económicas negativas derivadas de la utilización del índice **IRPH**, del carácter abusivo de la cláusula que lo incorpora al contrato, si desconoce su peculiar método de cálculo y las consecuencias que de él se derivan … cómo puede ser que **Juzgados de Instancia** y **Audiencias Provinciales** no hayan reparado en esta importante circunstancia y continúen transcribiendo fragmentos de estas resoluciones sin el más mínimo espíritu crítico …

Recuerda nuestro **Tribunal Supremo**, en la reciente **STS 42/2022**, de fecha **27 de enero de 2022**, que el **TJUE** estableció en su **STJUE C-125/18** la necesidad de que el profesional informara al consumidor sobre la evolución pasada del índice, obligación matizada posteriormente por el **ATJUC C-655/20**, de 17 de noviembre. En este sentido, ya hemos de precisado que si bien es cierto que el **TJUE** dispensa al profesional de la obligación de entregar un **Folleto Informativo** con la evolución del índice o de la obligación de incluir en el contrato la definición completa del índice, lo **condiciona** a que con la información proporcionada por el profesional, ese consumidor al que no se le entrega dicho **Folleto Informativo**, esté, pese a ello, en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras, situación que nuestro **Tribunal Supremo** no ha analizado, pues ha declarado directamente, sin ningún espíritu crítico, que la publicación del **IRPH** en el **BOE** permite al consumidor medio comprender que el referido índice se calcula según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre, incluyendo los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades.

Nuestro **Tribunal Supremo**, en su **STS 42/2022**, de fecha **27 de enero de 2022**, ni comprueba si el profesional dio cumplimiento a la obligación impuesta por el **Banco de España** de que cuando se utilicen tipos **IRPH** se acompañen de un diferencial negativo a fin de evitar que, derivado de su peculiar método de cálculo, el coste de la operación se sitúe por encima del coste medio nacional, **ni siquiera alude a la existencia de tal obligación**.

En este sentido, y en relación con la obligación del profesional de incorporar un diferencial negativo en los casos en los que el contrato se remita a un tipo **IRPH**, sorprende que nuestro **Tribunal Supremo** sostenga que el ofrecimiento por la entidad prestamista de un índice oficial aprobado por la autoridad bancaria no puede vulnerar por sí mismo la buena fe, añadiendo que el Gobierno Central y varios Gobiernos Autonómicos han venido considerando, a través de normas reglamentarias, que el **IRPH** era el más adecuado para utilizarlo como índice de referencia en el ámbito de la financiación de viviendas de protección oficial, por lo que resulta ilógico considerar como actuación contraria a la buena fe la incorporación de ese mismo índice a préstamos concertados fuera de ese ámbito de financiación oficial.

La afirmación resulta **engañosa** por **incompleta**, pues siendo cierto que el Gobierno Central y varios Gobiernos Autonómicos han utilizado el tipo **IRPH** como índice de referencia en la financiación de vivienda protegida, siempre lo han hecho, como bien conoce el **Tribunal Supremo**, cumpliendo la normativa establecida por el **Banco de España**, utilizando **diferenciales negativos**, **coeficientes reductores** o **porcentajes sobre el IRPH**, y así, el **Real Decreto 1/2002**, de 11 de enero, sobre medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo del **Plan 2002 – 2005**, establecía que el tipo de interés efectivo anual inicial de los préstamos a conceder en el marco del Plan sería igual a un **porcentaje del tipo porcentual de referencia**, redondeado a dos decimales, **de los préstamos hipotecarios del conjunto de entidades de crédito** elaborado por el **Banco de España**, en tanto que el **Real Decreto 801/2005**, de 1 de julio, por el que se aprueba el **Plan Estatal 2005 – 2008**, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda, establecía que el tipo de interés efectivo anual inicial sería el resultante de aplicar un **coeficiente reductor de 0,9175** a la media de los tres últimos meses del **tipo porcentual de referencia de los préstamos hipotecarios del conjunto de entidades de crédito**, elaborado por el **Banco de España**.

En consecuencia, siendo cierto que el tipo **IRPH** ha sido frecuentemente utilizado por las Administraciones Públicas para la financiación de vivienda protegida, también lo es que siempre lo han utilizado cumpliendo las exigencias del **Banco de España**, exigencias que no cumplió **Kutxabank** en el contrato de préstamo objeto de controversia ante el **Tribunal Supremo**, donde, por añadidura, incorporó un diferencial positivo de **0.50%** sin que dicho **Tribunal Supremo** haya hecho la más mínima alusión a ello.

Finalmente, nuestro **Tribunal Supremo**, a sabiendas de cuál es el concepto de **"buena fe"** establecido por el **TJUE** en el **parágrafo 69º** de su **STJUE C-415/11**, de **14 de marzo de 2013**, entiende que el profesional **actuó de buena fe por utilizar un índice oficial**, y ello a pesar de que el **TJUE**, en el **parágrafo 30ª** de su **Auto 79/21**, de **17 de noviembre de 2021**, insiste en cuál es el concepto de buena fe que han de utilizar los jueces comunitarios.

En conclusión, nuestro **Tribunal Supremo** no ha analizado la conducta del profesional en orden a conocer si con la información que proporcionó al consumidor éste podía tomar una **decisión prudente** y con **pleno conocimiento** de causa en lo que se refería al método de cálculo del tipo de interés aplicable a su contrato de préstamo hipotecario y a los elementos que lo componían; en orden a conocer si con la información que proporcionó al consumidor éste estaba en condiciones de comprender el funcionamiento del modo de cálculo del tipo **IRPH** al que refería su contrato para así, basándose en criterios precisos y comprensibles, valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras; en orden a conocer si cumplió con la normativa relativa a la trasparencia en la contratación bancaria vigente en **España** en el momento de la contratación; en orden a conocer si cumplió con la normativa bancaria que obligaba a la utilización de un diferencial negativo cuyo importe debía depender de las comisiones y de la frecuencia de las cuotas; en orden a preguntarse si éste, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía entender que dicho consumidor hubiera aceptado igualmente una cláusula como la que se le impuso en el marco de una negociación individual, conociendo todo la información que se le ocultó.

CONSECUENCIAS DE LA DECLARACION DE NULIDAD POR ABUSIVA DE LA CLAUSULA RELATIVA A TIPOS IRPH

Tomando como punto de partida obligado para el desarrollo de este capítulo que el juzgador ha resuelto declarando nula por abusiva la cláusula relativa al **tipo IRPH**, resulta una realidad indiscutible que ésta, en aplicación del **artículo 6.1** de la **Directiva 93/13/CEE**, ha de ser **expulsada** del contrato a fin de **no vincular al consumidor**.

Expulsada la cláusula del contrato, y dado su carácter esencial, surge un **novedoso** escenario que alimenta varias **controversias**, la primera de las cuales se refiere a si ese contrato de préstamo hipotecario, del que se ha expulsado la cláusula de interés remuneratorio, puede **subsistir** sin la cláusula expulsada, o si, por el contrario, la nulidad de la cláusula, dado su carácter esencial, supone la **nulidad del contrato** en su totalidad.

En este sentido hemos de precisar que la expulsión de la cláusula relativa al interés remuneratorio no convierte el contrato de préstamo en **gratuito**, pues la gratuidad del préstamo exigiría una **TAE de 0%**, situación a la que no se llega por el mero hecho de que desaparezca la cláusula de interés variable, y es que no podemos olvidar que los contratos de préstamo hipotecario contemplan un periodo referido a un **tipo fijo** que ya aborta cualquier duda sobre su **onerosidad**, así como una serie de elementos constitutivos del **coste** del mismo, que **no del precio**, como son la **Comisión de Apertura** y otras **Comisiones** y **Gastos** que igualmente **niegan su carácter gratuito**.

A ello ha de añadirse que la contratación de un préstamo obliga a la **apertura de una cuenta soporte** que proporciona a la entidad unos interesantes beneficios indirectos por **Comisión de Mantenimiento** o por **Comisión por Apunte**, de la misma manera que la entidad obliga a la contratación de una **tarjeta de crédito y/o débito** que tienen un coste, amén de los beneficios que obtiene la entidad por su utilización por el cliente.

La contratación del préstamo hipotecario también obliga, en ocasiones, a una serie de **vinculaciones**, esto es, a **domiciliaciones de recibos** y **contratación de servicios** como **Planes de Jubilación**, **Seguros de Vida**, **Seguros de Hogar** o **Seguros de Vehículos**, de los que el profesional también obtiene interesantes beneficios, pues resulta un hecho notorio que los precios abonados por el prestatario por estos **Seguros de Vida**, **Hogar** y **Vehículos** contratados a través del profesional incrementan entre un **40%** y un **120%** lo que resultaría su precio de haberse contratado directamente con la Compañía Aseguradora.

De lo dicho se desprende que la contratación de un préstamo hipotecario se remunera a través de un **tipo de interés**, compuesto por una parte referida a un **tipo fijo** y una parte referida a un **tipo variable**; de unas **comisiones asociadas al contrato**; de unas **comisiones asociadas a la cuenta soporte del mismo**; de unas **domiciliaciones de pagos**; y de unas **contrataciones de servicios** a precios superiores a los del mercado, y de los que la entidad obtiene unos importantes beneficios anuales; … de tal manera que **la eliminación de la cláusula relativa al interés remuneratorio variable ni convierte el contrato en gratuito**, **ni elimina su onerosidad**, **ni hace que el banco preste su dinero gratis**, **simplemente lo abarata**.

Cuando un tipo de interés se concibe **variable**, se está asumiendo que sus oscilaciones, tanto al alza como a la baja, pueden llevar a **situaciones inimaginables al momento de la contratación**, esto es, se está asumiendo que el tipo de interés puede elevarse a cifras no imaginadas en el momento de la contratación, o descender igualmente a cifras igualmente inimaginables en el momento de la contratación, de tal manera que **el contrato puede quedar a un tipo de interés cero** salvo que se haya previsto la incorporación, con las exigencias de transparencia legalmente establecidas, de una cláusula limitativa a la baja del interés remuneratorio.

Por otro lado, hemos de pensar que, de la misma manera que un tipo variable, y derivado de las imprevisibles oscilaciones del mercado financiero, fruto del azar, puede llegar a un desmesurado interés al alza sin que nadie pueda dudar de su legalidad, igualmente puede descender hasta cero sin que tampoco nadie pueda dudar de su legalidad.

En suma, cuando las partes, pudiendo pactar remitir su contrato a un **tipo fijo anual**, optan por remitirlo a un tipo variable, están asumiendo una apuesta en relación con las oscilaciones de los tipos de interés, bien al alza o bien a la baja, de tal manera que **un tipo de interés cero resulte ser una consecuencia del riesgo de referir el contrato a un tipo de interés variable**.

De hecho, a día de hoy, clientes que contrataron a un tipo de interés **Euribor + 0,10%**, o **Euribor + 0.20%**, disfrutan de un contrato respecto del que no pagan intereses, sin que ello haya llevado a la nulidad de sus contratos.

Es más, a día de hoy son varias las entidades que ofrecen directamente contratos de préstamo hipotecario a interés fijo del **0,00%**, con el compromiso del cliente de contratar y mantener contratados una serie de servicios durante el periodo de vigencia del mismo.

A ello ha de añadirse que nuestro **Código Civil** contempla la posibilidad de un préstamo sin interés cuando en su **artículo 1.740** recoge que por el contrato de préstamo una de las partes se obliga a entregar a la otra dinero o cosa fungible, en tanto que esta se obliga a devolver a la primera otro tanto de lo mismo, **con intereses si así se hubiera pactado**, de donde se desprende que el pacto de intereses es **accesorio** al contrato de préstamo y que éste puede constituirse sin él.

Es cierto que el contrato de préstamo hipotecario, en la medida en que se trate de un **contrato bancario**, un **contrato mercantil**, obliga la existencia de una remuneración por el dinero recibido por el prestatario, remuneración en forma de intereses, pero este argumento que podría resultar definitivo si estuviéramos refiriéndonos a un contrato remitido a un **tipo fijo** que las partes pactaron como forma de remunerar el dinero prestado, resulta más que dudoso cuando las partes han decidido libremente, y más todavía cuando es por imposición del profesional, remitir el contrato a un **tipo de interés variable**, modalidad de contratación que, **por su propia naturaleza**, lleva aparejada la incertidumbre de no saber en qué sentido evolucionaran los tipos de interés y cómo afectará ello al concreto contrato suscrito. De esta manera, sostener que no cabe un contrato de préstamo hipotecario a interés cero es aceptar la existencia **implícita** de una **cláusula suelo de 0,1%** sin que ello se acompañe de la incorporación de una **cláusula techo** que evite la **falta de reciprocidad**.

En suma, entendemos que los contratos bancarios de préstamo hipotecario remitidos a un tipo de interés **variable**, no así los remitidos a un tipo fijo, **asumen el riesgo de un interés cero** si las oscilaciones de los tipos de interés llevan a que el tipo aplicable resulte cero, por lo que resulta perfectamente posible la subsistencia de contratos de préstamo hipotecario sin interés o con interés cero.

Hemos de añadir a lo ya dicho que los contratos bancarios de préstamo hipotecarios constituyen igualmente **contratos de adhesión** en el que la parte profesional ha disfrutado del privilegio de imponer el clausulado sin tener que negociar sus términos con el cliente, un sistema de **contratación seriada** que, ante la posibilidad de que dicho profesional se exceda en el uso de ese privilegio, ha dado lugar a la construcción de un sistema de protección de los derechos de los consumidores en torno a una **Directiva 93/13/CEE** y la **Jurisprudencia del TJUE** como intérprete de la voluntad del legislador comunitario, cuyo **artículo 7** exige de los **Estados Miembros** el establecimiento de un sistema de **disuasión** de los profesionales en el uso de cláusulas abusivas en contratos suscritos con consumidores.

En este sentido, dejar el contrato sin interés, o a interés cero, con la única obligación para el consumidor de devolver cuanto le fue entregado en concepto de capital prestado, supone una forma de **disuadir al profesional en el uso de cláusulas abusivas**, pues la integración del contrato con la sustitución de la cláusula abusiva por otra cláusula, y más todavía si la cláusula o disposición supletoria utilizada tenía por objeto mantener el equilibrio de prestaciones existente, nunca disuadirá al profesional en el uso de cláusulas abusivas.

Finalmente, en relación con la posibilidad de que el contrato de préstamo pueda continuar su devenir sin cláusula de interés remuneratorio, hemos de recordar la intervención oral y escrita de la **Abogacía del Estado Español** ante la **Sala del TJUE**, intervención de **24 de febrero de 2019**, en la que ésta insistió en solicitar que, de declararse nula la cláusula que incorporaba el tipo **IRPH** al contrato, no se condenara a la entidad a devolver el dinero detraído pues bastante castigo suponía ya la **continuación del contrato sin intereses**.

A ello alude la **STJUE C-125/18**, de **3 de marzo de 2020**, en cuyo **parágrafo 68º** se recoge …

> ***Dado que la tercera cuestión perjudicial se formulaba para el supuesto de que se declarara la nulidad del IRPH de las Cajas de Ahorros, el Gobierno español solicitó al Tribunal de Justicia en sus observaciones escritas y orales que limitara los efectos temporales de la sentencia. Ha de precisarse que la petición del Gobierno español se basa en la premisa de que, en caso de declaración de nulidad de cláusulas contractuales como la controvertida, el contrato de préstamo subsistiría sin el abono de intereses.***

Así las cosas, entendemos que si la **Abogacía del Estado**, en representación del **Gobierno de España**, mantuvo ante la **Gran Sala del TJUE** que, en **España**, la declaración de nulidad de una cláusula relativa al interés remuneratorio no impide que el contrato de préstamo subsista sin el abono de interés, será porque entiende la existencia de una sólida fundamentación al respecto, pues, de no ser así, resultaría francamente reprochable la frivolidad de su actuación ante el **TJUE**.

Ahora bien, si el juez nacional que ha declarado abusiva la cláusula relativa al interés remuneratorio entiende que el contrato no puede subsistir sin dicha cláusula, viene **obligado** a ofrecer al consumidor la posibilidad de evitar la nulidad del contrato supliendo la cláusula declarada abusiva, para lo cual habrá de darle la oportunidad de que sea él quien opte entre **nulidad del contrato** o **integración del mismo**.

El **TJUE**, en su **STJUE C-453/10**, de **15 de marzo de 2012**, **asunto Pernicova y Perenic**, centró uno de sus puntos de atención en la necesidad de que la declaración de nulidad de un contrato como consecuencia de la expulsión de una o varias cláusulas declaradas abusivas obedezca exclusivamente a **criterios objetivos**, sin que el hecho de que tal nulidad convenga o beneficie los intereses del consumidor resulte un elemento a considerar por el juzgador. En consecuencia, el juzgador, para decidir si el contrato puede o no subsistir tras la expulsión de una cláusula declarada abusiva, ha de atender exclusivamente a criterios objetivos, sin atender a lo que interese o pretenda el consumidor.

Ahora bien, una vez que el juzgador, atendiendo a criterios objetivos, ha llegado a la conclusión de que el contrato no puede subsistir sin la cláusula expulsada por abusiva, entramos en otro escenario procesal en el que dicho juzgador está obligado a informar al consumidor de las consecuencias de la nulidad del contrato y a ofrecerle la posibilidad de suplir dicha cláusula e integrar el contrato, de tal manera que, ahora sí, **es el consumidor quien decide si opta por la nulidad del contrato o su integración**.

Y así, el **TJUE**, en su **STJUE C-260/18**, de **3 de octubre de 2019**, **asunto Dziubak**, ha establecido, en sus **parágrafos 54º y 55º**, que de la misma manera que un consumidor puede renunciar al sistema de protección construido en torno a la **Directiva 93/13/CEE** y no valerse del mismo, con mayor razón puede renunciar y oponerse únicamente a la aplicación de la parte de protección relativa a evitarle las consecuencias de la nulidad del contrato, esto es, a la integración del mismo, concluyendo, en el **parágrafo 56º**, con que **la voluntad que el consumidor haya expresado a este respecto resulta determinante** …

> ***54.- Así, la Directiva 93/13 no llega hasta el extremo de hacer obligatorio el sistema de protección contra la utilización de cláusulas abusivas por los profesionales que ha instaurado en beneficio de los consumidores. Por consiguiente, cuando el consumidor prefiera no valerse de este sistema de protección, el mismo no se aplicará.***
>
> ***55.- De manera análoga, en la medida en que dicho sistema de protección contra las cláusulas abusivas no es aplicable si el consumidor se opone a ello, el consumidor deberá tener a fortiori el derecho de oponerse a ser, en aplicación de ese mismo sistema, protegido de las consecuencias perjudiciales provocadas por la anulación del contrato en su totalidad cuando no desee invocar tal protección.***
>
> ***56.- Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, por una parte, las consecuencias sobre la situación del consumidor provocadas por la anulación de un contrato en su totalidad, tal como se contemplan en la sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282), deben apreciarse a la luz de las circunstancias existentes o previsibles en el momento del litigio, y de que, por otra parte, a efectos de tal apreciación, la voluntad que el consumidor haya expresado a este respecto es determinante.***

Lamentablemente, esta Jurisprudencia del **TJUE** ha sido reiteradamente obviada e ignorada por Jueces y Tribunales españoles que en procesos de ejecución hipotecaria han declarado abusiva la cláusula de vencimiento anticipado que fundamentaba dicha ejecución, e integrado el contrato en "beneficio" del consumidor, o aplicando unas **pautas** y **recomendaciones** del **Tribunal Supremo** a fin de salvar la nulidad del contrato y continuar con el proceso de ejecución, sin dar al ejecutado la posibilidad de que fuera él quien decidiera si optaba por la **integración** o se decantaba por la **nulidad** del contrato, incluso cuando el ejecutado, conocedor de esta **Jurisprudencia del TJUE**, manifestaba su deseo de optar por la nulidad del contrato.

Este incumplimiento de la **Jurisprudencia del TJUE** por parte de Jueces y Tribunales españoles ha traído en consecuencia, tras la **integración forzosa del contrato**, la continuación de miles de procedimientos de ejecución hipotecaria que culminaron con la pérdida de las viviendas de los ejecutados, viviendas que se adjudicaron y se vienen adjudicando las entidades financieras o sociedades inmobiliarias propias de estas por el **50%** o **60%** de su valor de tasación, dejando en muchas ocasiones un resto de deuda que no se alcanzó a pagar y que se convierte en una rémora para que los ejecutados/desahuciados inicien una nueva vida, cuando la nulidad del contrato permitiría la liberación de las cargas, la venta del inmueble por su valor de mercado, la satisfacción de la deuda y la posibilidad de un remanente con el que comenzar una nueva vida.

El **TJUE**, en posterior **STJUE C-932/19**, de **2 de septiembre de 2021**, tras recordar en su **parágrafo 47º** que de su anterior Jurisprudencia se desprende que el derecho a una protección efectiva del consumidor comprende la facultad de este de renunciar a hacer valer los derechos que se derivan del sistema de protección contra la utilización de cláusulas abusivas por los profesionales que la **Directiva 93/13/CEE** ha instaurado en beneficio de los consumidores, recuerda, en su **parágrafo 48º**, que de su anterior Jurisprudencia también se desprende que, de manera análoga, en la medida en que dicho sistema de protección contra las cláusulas abusivas no es aplicable si el consumidor se opone a ello, con mayor razón el consumidor deberá tener el derecho de oponerse a ser, en aplicación de ese mismo sistema, protegido de las consecuencias perjudiciales provocadas por la anulación del contrato en su totalidad cuando no desee invocar tal protección.

En este sentido, hemos de recordar que con fecha **27 de septiembre de 2019**, la **Comisión Europea** publicó, en el **Boletín Oficial de la Unión Europea nº 248**, un **Comunicado** que bajo el rótulo **"Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores"**, y en lo relativo a la nulidad de los contratos en razón de la imposibilidad de subsistencia por expulsión de una cláusula que reviste carácter esencial, recordaba que …

> ***En los casos en los que la continuación del contrato sea jurídicamente imposible debido a la eliminación de una cláusula contractual abusiva y cuando la continuación del contrato pueda ser contraria a los intereses del consumidor, el Tribunal ha especificado que los órganos jurisdiccionales nacionales no mantendrán la validez del contrato. En estos casos, el Derecho nacional no impedirá a los consumidores que confíen en la nulidad del contrato en virtud del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE.***

Como podemos observar, dos semanas después de que nuestro **Tribunal Supremo**, el **11 de septiembre de 2019**, estableciera unas **pautas** o **recomendaciones** para resolver los miles de procedimientos de ejecución hipotecaria que permanecían pendientes de resolución en los Juzgados y Tribunales españoles, la **Comisión Europea**, el **27 de septiembre de 2019**, interpretaba el **artículo 6.1** de la **Directiva 93/13/CEE** en el sentido de que cuando la continuación del contrato pudiera ser contraria a los intereses del consumidor, los órganos nacionales **no podrán mantener la validez del contrato**, añadiendo que **el Derecho nacional no puede impedir que los consumidores opten por la nulidad del contrato**.

Una semana después, el **3 de octubre de 2019**, el **TJUE** se pronunciaba en idéntico sentido en su **STJUE C-260/18**, a la que ya hemos aludido, donde deja claro que **es el consumidor quien decide lo que resulta más favorable para sus intereses**.

Casi dos años después, el **2 de septiembre de 2021**, el **TJUE**, en **STJUE C-932/19**, a la que igualmente hemos aludido, confirmaba la **obligación** del juez nacional, cuando entienda que un contrato no puede subsistir sin la cláusula expulsada por abusiva, de **dejar que sea el consumidor quien decida si opta por la nulidad del contrato o prefiere que el juzgador la supla a fin de mantener la vigencia del contrato**.

Todos estos pronunciamientos han resultado estériles en los procesos de ejecución hipotecaria ocurridos en **España** en los últimos años, donde Jueces y Tribunales han declarado nula la cláusula de vencimiento anticipado que fundamentaba la ejecución de la que estaban conociendo, han entendido que el contrato no podía subsistir sin ella, y han procedido a integrar el contrato a fin de continuar con el procedimiento ejecutivo, condenando en costas al ejecutado, sin dejarle optar entre la nulidad o la integración, **infringiendo así la Jurisprudencia del TJUE**.

Finalmente, el **TJUE**, en relación con la cláusula relativa al interés remuneratorio, pero extensible a todo tipo de cláusulas cuya expulsión hace inviable la subsistencia del contrato, ha dejado claro, en el **fallo 3º** de su **ATJUE C-655/20**, de **17 de noviembre de 2021**, que el **artículo 6.1** de la **Directiva 93/13/CEE** obliga al juez nacional que ha entendido que el contrato de préstamo hipotecario que le ocupa no puede subsistir tras la expulsión por abusiva de la cláusula relativa al interés variable, a **ofrecer al consumidor la posibilidad de que sea éste quien decida si opta por la integración o por la nulidad del contrato** en su conjunto …

> ***El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que obliga al juez nacional a ofrecer al consumidor la posibilidad de optar entre, por un lado, la revisión de un contrato mediante la sustitución de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable declarada abusiva por una cláusula que se remite a un índice previsto por la ley con carácter supletorio y, por otro lado, la anulación del contrato de préstamo hipotecario en su conjunto, cuando este no pueda subsistir sin esa cláusula.***

Esperamos que la contundencia con la que ésta vez el **TJUE** establece la obligación del juez nacional de ofrecer al consumidor la posibilidad de optar entre la integración del contrato o su nulidad sirva para que los Jueces y Tribunales españoles terminen por entender el mandato y asuman que **el sistema de fuentes del derecho español no contempla la figura de las pautas y recomendaciones** y que **el sistema de jerarquía coloca las resoluciones del TJUE por encima de las resoluciones del Tribunal Supremo**.

Una vez que ya no resulta discutible la **obligación** del juez nacional, llegado a la conclusión, atendiendo a criterios objetivos, de que el contrato que le ocupa no puede subsistir sin la cláusula declarada abusiva, debe **ofrecer al consumidor la posibilidad de optar entre la integración del contrato o su nulidad**, surgen dos nuevas controversias, por un lado la relativa a las **consecuencias de la nulidad del contrato**, para el supuesto en el que el consumidor opte por la nulidad del mismo, y, por otro, la controversia relativa a **con arreglo a qué criterios se integra el contrato**, en el caso de que el consumidor opte por la integración del mismo.

En relación con las consecuencias de la nulidad del contrato …

Nuestro **Código Civil**, en su **artículo 1303** establece, con carácter general, las consecuencias de la nulidad del contrato en los siguientes términos …

> ***Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.***

De su literalidad extraemos dos consecuencias, la primera es que, en estos términos, **la nulidad del contrato beneficia al infractor** por cuanto la restitución recíproca de cuanto las partes intercambiaron en razón del contrato, **con sus intereses**, en este caso el **interés legal del dinero**, aplicados a la totalidad del capital prestado desde el momento de suscripción del mismo, supone una cantidad muy superior a la que resultaría de la total satisfacción del contrato en los términos inicialmente pactados.

Así las cosas, no parece razonable que el profesional que impuso una cláusula abusiva en relación con un elemento de tal esencialidad como el interés remuneratorio, al punto de que **su conducta lleva a que el contrato no pueda subsistir**, se vea beneficiado de la nulidad que él mismo ha provocado.

La segunda consecuencia que extraemos del **artículo 1303** del **Código Civil** es que su literalidad tiene carácter general, **salvo lo que disponen los siguientes artículos**, y así, tenemos un siguiente artículo, el **artículo 1306** del mismo **Código Civil**, donde se establece que cuando la **culpa** de la nulidad esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido, pero que **cuando la culpa esté de parte de un solo contratante**, **no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato**, **ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido**, en tanto que el otro, **el que fuera extraño a la causa torpe**, **podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido** …

> ***Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes:***
>
> ***1.ª Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido.***
>
> ***2.ª Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido.***

En el caso que nos ocupa nos encontramos con que la culpa, tratándose de un **contrato de adhesión**, solo puede recaer sobre una de las partes, sobre la única que tuvo posibilidad de intervenir en la redacción del clausulado, **sobre el profesional que disfrutaba del privilegio de redactar unilateralmente los términos del contrato**, **sobre el predisponente que en un contrato de adhesión fijó los términos del contrato** sin que el consumidor adherente tuviera más opción que aceptar o renunciar a la contratación deseada, resultando acreditado que el profesional se excedió en el uso de su privilegio, al punto de que una cláusula impuesta por él, **sin participación del consumidor**, ha sido tachada de abusiva por resolución firme.

A la vista de las circunstancias de la contratación, procedería, en puridad, la aplicación del **artículo 1306** del **Código Civil**, que, en su apartado segundo, prevé que cuando la nulidad del contrato obedece a la conducta de una de las partes, conducta que no resulte ni delito ni falta, ésta no podrá repetir lo que hubiese dado en virtud del contrato, pero la otra, la que no tuvo responsabilidad en la nulidad del contrato, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido.

Sin embargo, igual que hemos entendido que la aplicación del **artículo 1303** del **Código Civil** beneficia indebidamente al infractor, entendemos ahora que la aplicación del artículo **1306.2** del **Código Civil** castiga en exceso la conducta del profesional y beneficia sobremanera al consumidor, por lo que las consecuencias de la nulidad del contrato quizás deberían ser una **mezcla de ambos**, más concretamente una **interpretación analógica de las consecuencias de la nulidad contractual por usura**, esto es, que las partes se reintegren recíprocamente cuanto intercambiaron en razón de un contrato declarado nulo, sin aplicar interés alguno a las cantidades intercambiadas, y sin perjuicio de la aplicación de intereses a partir del momento fijado para el reintegro recíproco de dichas cantidades.

Ha de precisarse que el reintegro por parte del profesional incluye las cantidades **percibidas** en concepto de **intereses**, **comisiones** y **gastos**.

De esta manera, no se premiaría la conducta del infractor, como ocurriría con la aplicación estricta del **artículo 1303** del **Código Civil**; no se castigaría en exceso la conducta del profesional, como ocurriría de aplicarse el **artículo 1306.2** del **Código Civil**; y se daría cumplimiento al objeto del **artículo 7** de la **Directiva 93/13/CEE** en el sentido de disuadir al profesional en el uso de cláusulas abusivas desde su posición predisponente en los contratos seriados suscritos con consumidores.

En este sentido, entendemos acertada las consecuencias a la nulidad contractual ofertadas por el **Juzgado de 1º Instancia nº 38 de Barcelona**, quien en un ejercicio de **ponderación** establece como consecuencia de la nulidad del contrato que ambas se reintegren cuanto intercambiaron en razón del contrato, sin interés alguno, entendiendo dicha oferta como una **aplicación conjunta** de los **artículos 1303 y 1306.2 del Código Civil** …

Con independencia de la opinión del juzgador, lo que parece indudable para el TJUE, es que la facultad o decisión de interpretar dicha cláusula referente al interés variable en un préstamo hipotecario como esencial o no corresponde, por un principio de armonización y seguridad jurídica, al Tribunal Supremo con arreglo a las normas de derecho interno. Por lo que si otras cláusulas; la del vencimiento anticipado, la cláusula multidivisa o la cláusula suelo, han sido calificadas de elemento esencial del contrato, con mayor motivo será ésta que determina directamente el precio del contrato.

Si el índice pactado, el IRPH Cajas, es esencial, su eliminación implicaría que no puede subsistir el préstamo hipotecario, por lo que en este caso el juez nacional puede sustituir dicha cláusula por una disposición supletoria de derecho nacional, ya que la declaración íntegra de la nulidad del préstamo hipotecario podría exponer al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales que representen para éste una penalización, (C-125/18, &61), de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse, (C-125/18, &63)

Pero dicha nulidad no puede ser decretada por el juzgador sin el consentimiento o beneplácito del consumidor, éste se erige en el protagonista o máximo interesado en dicha declaración, no cabe interpretar su voluntad.

[…]

No obstante, de la candela la sentencia del TJUE C-125/18, no puede extraerse un principio gravoso para el consumidor que sería entender que la nulidad implica la devolución de aquella cantidad recibida más sus intereses legales desde su percepción, -al 5,50% en la fecha del contrato-, debe por tanto dejarse al margen en esta decisión la aplicación de los intereses legales, a salvo que se devenguen a partir de su liquidación, tanto porque se extrae de la jurisprudencia citada como por la aplicación conjunta de los artículos 1.303 y 1.306.2 del código civil.

<u>En relación con los criterios para la integración del contrato</u> …

En el supuesto de que el consumidor entendiera que la nulidad del contrato opera en su perjuicio, y que, en consecuencia, optara por la **<u>integración del contrato</u>**, supliendo la cláusula abusiva por cláusula legal, entendemos que el contrato debería remitirse al índice **<u>Euribor sin diferencial</u>** alguno, con **<u>límite inferior de 0,00%</u>**.

De esta manera se daría cumplimiento a la exigencia recogida en el **artículo 6.1** de la **Directiva 93/13/CEE** en el sentido de que la cláusula abusiva no vincule al consumidor, a la vez que se evitaría que éste obtuviera un indebido rendimiento sin causa, y, por añadidura, se propiciaría que el profesional se planteara seriamente la conveniencia, para sus intereses económicos, de continuar incorporando cláusulas abusivas en los contratos suscritos por consumidores, o, lo que es lo mismo, se daría cumplimiento a la exigencia de que los **Estados Miembros** adopten las medidas necesarias para **disuadir** a los profesionales en el uso de cláusulas abusivas en contratos suscritos con consumidores.

La sustitución de los tipos **IRPH** por el índice **Euribor** más el **diferencial recogido en la escritura** para cada caso, **premiaría al infractor** ya que, a mayor diferencial positivo impuesto por el profesional, a mayor incumplimiento del mandato del **Banco de España**, más beneficiado sale en la integración.

Si imaginamos una entidad que ha impuesto un diferencial de **0,25 puntos** al tipo **IRPH Cajas**, y otra entidad que ha incorporado un diferencial de **3 puntos** al mismo tipo **IRPH Cajas**, resulta obvio que esta última ha **"abusado"** más que la primera, pero aplicando el criterio de suplir el tipo **IRPH Cajas** por el índice **Euribor** más el diferencial inicialmente recogido en la escritura, la primera vería una integración por **Euribor + 0,25%**, en tanto que la segunda vería su integración por **Euribor + 3%**, saliendo favorecida con su infracción.

En relación con la integración del contrato en base a la sustitución del tipo **IRPH Cajas** por la norma supletoria recogida en la **Disposición Adicional 15ª** de la **Ley 14/2013**, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, no podemos olvidar que dicha **Disposición Adicional 15ª** previene la sustitución pacífica de los tipos **IRPH Cajas**, **IRPH Bancos**, y **CECA**, una sustitución pacifica derivada de que el Gobierno, por **Orden Ministerial 2899/2011**, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, dispuso la desaparición de todos ellos, una sustitución pacífica que pretendió **mantener el equilibrio de prestaciones** existente entre las partes, que pretendió mantener dicho equilibrio haciendo que la sustitución de todos esos tipos no alterara lo más mínimo la cuota resultante, que ninguna de las partes se beneficiara un céntimo con la sustitución.

Sin embargo, no es esa la situación derivada de la expulsión de la cláusula relativa al tipo **IRPH** como consecuencia de su declaración de abusividad, pues, en este caso, la integración del contrato a fin de evitar su nulidad ha de buscar, como insiste el **TJUE**, la **recuperación del justo equilibrio de prestaciones**, de ese equilibrio de prestaciones que se rompió cuando el profesional introdujo una cláusula abusiva, objetivo que no se alcanzaría si se acude a una norma que lo que pretende es justamente lo contrario, el **mantenimiento del equilibrio existente**, un equilibrio que tras la declaración de abusividad de la cláusula se tornaría en un **desequilibrio de prestaciones**, de manera que resultaría contrario a la reiterada **Jurisprudencia del TJUE** suplir la cláusula abusiva por otra que lejos de recuperar el justo equilibrio de prestaciones mantuviera el desequilibrio que desencadenó su nulidad por abusiva.

En parecidos términos se expresa el **Juzgado de 1ª Instancia nº 38 de Barcelona** cuando señala que la sustitución de la cláusula relativa al tipo **IRPH Cajas**, declarada abusiva, por la norma supletoria recogida en la **Disposición Adicional Decimoquinta** de la **Ley 14/2013**, de Emprendedores, únicamente se justificaría si dicha disposición supletoria reemplazara el equilibrio formal entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que establezca la igualdad entre estas, añadiendo que tal **Disposición Adicional Decimoquinta** de la **Ley 14/2013**, de Emprendedores, no cumple con los fines comunitarios por cuanto **no reemplaza el equilibrio formal entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas**, porque **tal sustitución supondría la omisión del principio del efecto disuasorio**, porque **no se trata de un índice que tenga carácter supletorio en estos casos**, y **porque el legislador lo estableció pretendiendo sustituir un índice desaparecido por otro de contenido jurídico y económico análogo a fin de que la sustitución fuera pacífica** …

> ***La aplicación de una disposición supletoria de derecho nacional se justificaría en el derecho europeo siempre que se cumpla lo siguiente; ...dicha disposición pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas, (C-125/18, &62).***

Dicha disposición normativa no puede ser; - por no cumplir los principios o fines comunitarios, tanto de reemplazar el equilibrio formal del contrato por el real, C-26/16 (&81 y 82) C-70/17 y 179/17 (&57), como por la omisión que supondría en su caso del principio del efecto disuasorio, C-26/13 (&83 y 84) C-70/17 y 179/17 (&58)-, el índice previsto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre de 2013.

No se trata de un índice que tenga carácter supletorio a estos efectos, tanto por ser esencialmente idéntico al declarado nulo como por no cumplir la máxima del efecto disuasorio que se impone al predisponente. Tampoco el legislador tenía voluntad de sustituir un índice nulo por otro de contenido jurídico y económico análogo, en definitiva, no se trataría de una sustitución pacífica que busca mantener el equilibrio de las prestaciones tras la declaración o advertencia de la nulidad del IRPH, por lo que no puede ser el índice sustitutorio.

En definitiva, entendemos que no cabe invocar la **Disposición Adicional Decimoquinta** de la **Ley 14/2013**, de Emprendedores, como norma supletoria, … que la sustitución ha de ser por un índice que no guarde ningún tipo de relación en cuanto al método de cálculo y a las especiales consecuencias negativas derivadas de su aplicación con el expulsado, … índice que únicamente puede ser el índice **Euribor**, que, además, es el mayoritariamente utilizado en **España** en este tipo de contrataciones.

NOMBRE ERAUSQUIN VAZQUEZ JOSE MARIA - NIF 15239555P

Firmado digitalmente por NOMBRE ERAUSQUIN VAZQUEZ JOSE MARIA - NIF 15239555P
Fecha: 2022.02.28 12:29:09 +01'00'

NOMBRE ORTIZ PEREZ MAITE - NIF 15922411V

Firmado digitalmente por NOMBRE ORTIZ PEREZ MAITE - NIF 15922411V
Fecha: 2022.02.28 12:30:18 +01'00'