



Universidad Internacional de La Rioja
Facultad de Derecho

Máster Universitario en el Ejercicio de la Abogacía
**Estudio jurídico sobre el IRPH en los
préstamos hipotecarios**

Trabajo fin de estudio presentado por:	Dácil Medina Bacallado
Tipo de trabajo:	Académico
Área jurídica:	Derecho Bancario
Director/a:	Tania Vázquez Muiña
Fecha:	29/12/2020
Ciudad:	Santa Cruz de Tenerife

Resumen

Las cláusulas predisueltas en préstamos hipotecarios que refieren el tipo de interés variable con el IRPH han sido en estos últimos años fuente de conflictividad. El presente trabajo tiene como objetivo analizar la validez de dichas cláusulas, desde una perspectiva tanto teórica como práctica, a partir de lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

En primer lugar, analiza el conflictivo índice y su incorporación como condición general de la contratación desde una perspectiva práctica. Posteriormente, se contempla la posibilidad de aplicar a dichas cláusulas predisueltas los oportunos controles de abusividad y transparencia, a la luz de la normativa nacional y comunitaria. Ejecutar este objetivo entraña analizar los múltiples y contradictorios argumentos dados doctrinal y jurisprudencialmente al respecto. Por último, se hace referencia a las soluciones legales y a las consecuencias de una posible declaración de nulidad de la cláusula.

Palabras clave: IRPH, Tipo de interés, Hipoteca, Falta de transparencia, Abusivas

Abstract

The clauses predisposed in mortgage loans that reference the variable interest rate with the IRPH have been a source of conflict in recent years. The present work aims to analyze the validity of these clauses, from both a theoretical and a practical perspective, based on the provisions of Directive 93/13/EEC, on unfair terms in consumer contracts.

Firstly, it analyzes the conflicting index and its incorporation as a general contracting condition from a practical perspective. Subsequently, the possibility of applying the appropriate abusiveness and transparency controls to said predisposed clauses, in light of national and community regulations, is contemplated. Executing this objective involves analyzing the multiple and contradictory arguments given doctrinally and jurisprudently in this regard. Finally, reference is made to legal solutions and the consequences of a possible declaration of nullity of the clause.

Keywords: IRPH, Interest rate, Mortgage, Lack of transparency, Abusive

Índice de contenidos

1. Introducción	8
1.1. Justificación del tema elegido.....	8
1.2. Problema y finalidad del trabajo.....	9
1.3. Objetivos	10
2. La cláusula de interés variable.	11
2.1. Concepto y función dentro de un contrato de préstamo hipotecario.	11
2.2. Posibles índices de referencia.....	13
2.3. Controversias en relación con cláusulas que afectan al precio del contrato.....	16
3. Elementos claves de la cláusula IRPH.	17
3.1. Definición y cálculo del índice.....	18
3.2. La progresiva suspensión de los tipos de IRPH.....	19
3.3. Solución legal de la supresión de los índices.....	20
4. Marco normativo para el análisis de la cláusula	21
5. La cláusula IRPH como condición general de la contratación.....	24
6. Aplicación del control de abusividad a la cláusula IRPH.	26
6.1. Discusión previa: aplicación del control de abusividad a un elemento esencial del contrato.	26
6.2. Primer elemento: el desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.....	27
6.3. Segundo elemento: exigencia de buena fe.	29
7. Aplicación del control de transparencia a la cláusula IRPH	30
7.1. El control de incorporación o transparencia formal.....	30
7.2. El control de comprensibilidad real o transparencia material.	31
7.2.1. Aplicación en cláusulas que contengan elementos esenciales del contrato.	32

7.2.2. Finalidad: un consumidor perfectamente informado.....	34
7.2.3. Deber de información de las entidades bancarias.....	35
7.2.4. Efecto del incumplimiento de los deberes de información bancaria.	38
7.3. Aplicación jurisprudencial del control de transparencia en cláusulas IRPH.....	39
7.3.1. Conclusiones de la STS 669/2017.....	39
7.3.2. Conclusiones de la STJUE de 3 de marzo de 2020.....	41
7.3.3. Conclusiones de las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2020.	42
7.3.4. Elementos tenidos en cuenta por la jurisprudencia menor.....	43
7.4. Efectos de la falta de transparencia.	44
8. Efectos de la declaración de nulidad de la cláusula.....	45
8.1. Restitución de las cantidades indebidamente cobradas.....	46
8.2. Moderación de la cláusula contractual.....	47
8.3. Integración del contrato.	47
8.3.1. Posibilidad de integración del contrato: sustitución del índice.	47
8.3.2. Tipos de referencia sustitutivos.	49
8.4. Inaplicación de la cláusula sin posibilidad de sustitución.....	51
9. Conclusiones.....	54
Referencias bibliográficas.....	59
Listado de abreviaturas	70
Anexo A. Índices oficiales.	72
Anexo B. Ejemplo 1 de cláusula IRPH	73
Anexo C. Ejemplo 2 de cláusula IRPH	74
Anexo D. Pronunciamientos judiciales de las Audiencias Provinciales.	76

Índice de figuras

Figura 1. Evolución del IRPH y el Euribor (años 2000 a 2019).....	16
Figura 2. Fórmula de cálculo del IRPH	18

Índice de tablas

Tabla 1. Tipos oficiales de referencia del mercado hipotecario (Año 2019).....	14
Tabla 2. Tipos oficiales de referencia del mercado hipotecario (año 2020).....	15
Tabla 3. Límites a la autonomía de la voluntad.....	23

1. Introducción

Tradicionalmente, uno de los sectores económicos donde el consumidor se ha encontrado más desprotegido es el de la contratación bancaria. La situación de inferioridad del consumidor se debe, en gran medida, a la asimetría informativa que preside al sector, la utilización de condiciones generales en la contratación, la elevada complejidad de los servicios bancarios y la utilización de una terminología especializada. Esta situación de desventaja trata de mitigarse normativamente con la imposición a las entidades bancarias de deberes específicos en relación con la contratación bancaria con consumidores.

1.1. Justificación del tema elegido

Una fuente relevante de litigiosidad, desde tiempos relativamente recientes, ha sido la posible nulidad de aquellas cláusulas bancarias donde el interés variable de los préstamos hipotecarios viene referenciado con el llamado IRPH. Este tipo de referencia es un índice oficial que, en su evolución, se ha mantenido siempre por encima del Euribor (principal índice de referencia utilizado para las operaciones hipotecarias), aunque ha sido más estable que el mismo.

En este sentido, sorprendió a los prestatarios que habían concertado su hipoteca con el mencionado IRPH que, mientras el Euribor descendía rápidamente durante las épocas de crisis, su índice se mantenía estable y más elevado que este último. Tras analizar el comportamiento del índice y las cláusulas que lo incorporaban a los contratos de préstamo hipotecario, los operadores jurídicos apreciaron falta de transparencia y abusividad en dichos pactos.

La STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013, sentó doctrina por ser la primera en declarar nula por abusiva las cláusulas de limitación de fluctuación del tipo de interés variable (más conocidas como cláusulas suelo). A raíz de esta sentencia, y de la doctrina jurisprudencial dictada con posterioridad, se ha entendido que cualquier cláusula bancaria podría someterse a los controles de abusividad y transparencia que consagra la Directiva 93/13 del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas.

1.2. Problema y finalidad del trabajo

Sin embargo, respecto a la cláusula que incorpora el IRPH como tipo de referencia del interés variable, se han dado pronunciamientos jurisprudenciales totalmente contradictorios y diversos a raíz de la aplicación de dichos controles.

Así, en un primer momento, la STS 669/2017, de 14 de diciembre, consideró que dichas cláusulas de interés variable superaban el control de transparencia, siendo cláusulas válidas, principalmente por tratarse de un índice oficial publicado con periodicidad en el BOE. No obstante, contó con el voto particular de dos Magistrados, que se posicionaron en sentido contrario, argumentando la falta de transparencia de las cláusulas y su abusividad.

La STJUE de 3 de marzo de 2020 (asunto C-125/18) respondió al procedimiento prejudicial *ex art. 267 TFUE* iniciado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona. Esta sentencia se pronunció a favor de la posibilidad de anular por abusivas aquellas cláusulas de interés variable que contengan el IRPH, pese a ser un índice oficial. De esta manera, considera aplicable el control de abusividad y transparencia de la Directiva 93/13.

A raíz de esta sentencia, la litigiosidad posterior ha sido relevante por su cantidad y casuística. Existen numerosas sentencias dictadas por Audiencias Provinciales y Juzgados especializados que declaran la nulidad de la cláusula IRPH por su falta de transparencia. Sin embargo, en la misma medida se ha justificado jurisprudencialmente la validez de dicha cláusula, tanto por considerarse transparente como por no considerarla abusiva.

Tras este hito, las esperadas y recientes Sentencias del Tribunal Supremo número 595, 596, 597 y 598/2020, de 12 de noviembre, han vuelto a enjuiciar dicha cláusula. En las mismas, el Tribunal Supremo entiende que, pese a considerarse como cláusulas no transparentes, no son cláusulas abusivas. La sentencia cuenta con el voto particular de uno de los Magistrados.

Estos pronunciamientos judiciales contradictorios acerca de la posible abusividad de la cláusula hipotecaria, con todo tipo de argumentaciones de uno y otro lado, han provocado un ambiente de inseguridad jurídica tanto para los operadores jurídicos y económicos como para los consumidores. En este sentido, ni siquiera ha quedado clarificado qué sucedería si finalmente la cláusula es considerada abusiva, y por tanto nula de pleno derecho.

1.3. Objetivos

Con esta situación descrita, el objetivo principal de este trabajo será examinar, a la luz de la normativa de transparencia bancaria y protección de los consumidores, aquellas cláusulas de interés variable que incorporen como tipo de interés de referencia el índice IRPH. Para ello, resulta imprescindible conocer los aspectos más relevantes de dicho índice hipotecario, así como analizar los múltiples pronunciamientos jurisprudenciales existentes hasta la actualidad.

En primer lugar, será necesario conocer el lenguaje bancario: conocer el significado de ciertos términos utilizados por las entidades en la práctica de la contratación de préstamos hipotecarios, advertir que implica suscribir un préstamo con interés variable, distinguir los índices hipotecarios existentes y conocer sus características. Además, dado que este es un Trabajo de Fin de Máster, de la titulación del Máster de Acceso a la Abogacía, es de interés ubicar este tipo de cláusulas en una escritura hipotecaria, y examinar su forma de redacción.

Con esta premisa, se podrá analizar posteriormente la naturaleza de la cláusula que incorpora el IRPH como tipo de interés, si la misma supera el control de abusividad y transparencia y, en caso negativo, cual serán los efectos de ello. En estos puntos, se detallarán los diferentes y contradictorios pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinales al respecto, con el fin de tener una perspectiva amplia sobre la problemática cláusula y el estado actual de la cuestión.

Por último, será necesario contemplar ciertas cuestiones que, aunque actualmente se consideraban zanjadas, tienen importantes consecuencias jurídicas en el análisis de la cláusula. Con ello se hace referencia a, por ejemplo, las consecuencias jurídicas de la declaración de la falta de transparencia de una cláusula o la posibilidad de aplicación del control de transparencia a un elemento esencial del contrato. Estos aspectos, ya resueltos por la jurisprudencia en cuanto a la cláusula suelo, ha vuelto a discutirse en sede judicial respecto a la cláusula IRPH.

2. La cláusula de interés variable.

En primer lugar, se ha de realizar una sucinta referencia al significado jurídico y económico de contratar un préstamo hipotecario con cláusula de interés variable. Por ello, la finalidad de este epígrafe será conocer el significado de ciertos términos bancarios utilizados por las entidades en el proceso de contratación, así como su funcionamiento. Por otro lado, se hará un análisis de los índices de referencia oficiales, así como su evolución y características.

2.1. Concepto y función dentro de un contrato de préstamo hipotecario.

En un contrato de préstamo hipotecario, el tipo de interés puede pactarse mediante tipos de interés fijos, variables o mixtos. Las hipotecas a interés variable son aquellas donde la cuota mensual que deberá pagar el prestatario varía, dado que el tipo de interés pactado habitualmente está ligado a un determinado índice hipotecario (como el Euribor o el IRPH), que será revisado durante la vigencia del préstamo hipotecario.

En estos préstamos, debido a la fijación de un interés variable, el valor concreto del tipo de interés no será regular o constante, sino que variará a lo largo del tiempo del contrato, en función de la evolución del índice o referencia pactado, que se revisará periódicamente.

De lo anterior, se pueden extraer tres características principales de los préstamos referenciados con un tipo de interés variable¹:

- a) El importe total de intereses que se deberá abonar es un dato que, en el momento de formalización del préstamo, desconocen ambas partes (prestatario y prestamista). Por ello, dada la ignorancia de los distintos valores futuros que tendrá el tipo de referencia durante la vida de la operación, el coste total del préstamo (en términos de TAE) y el cuadro de pagos del período serán el resultado de una simulación.
- b) La cuota que deberá pagar el prestatario es la suma del tipo de interés y un margen o diferencial. El diferencial de cada operación viene determinado por la valoración del riesgo y demás características de la operación. La suma de ambos conceptos se denomina tipo de interés neto total (TIN). Para limitar la variación del tipo, se suelen incorporar suelos (*floors*) y techos (*caps*) fijos.

¹ Guías jurídicas, Wolters Kluwer.

- c) El período de revisión es el momento temporal pactado (mensual, semestral o, más frecuentemente, anual) para revisar el valor concreto del índice o referencia pactado. Actualizado el índice, se podrá calcular el importe exacto a pagar hasta la siguiente revisión.

En este sentido, SUÁREZ PUGA (2017) señala la importancia de que en las estructuras de interés variable las partes establezcan esencialmente dos elementos contractuales, con la finalidad conjunta de mantener la llamada «economicidad del contrato».

El primero, denominado temporal o plazo, establece una serie de momentos determinados para la revisión del tipo de interés aplicable al capital pendiente de devolución del contrato. Ello en atención al segundo elemento, denominado material, que establece los criterios en virtud de los cuales se va conformando durante el tiempo el tipo de interés aplicable. Es en este último elemento material en el que se suelen encontrar las referencias contractuales a los índices financieros, que sirven como herramientas de determinación de los tipos de interés remuneratorios u ordinarios.

En cuanto a la finalidad de estas cláusulas, se ha de tener en cuenta que la mayor parte de las operaciones de financiación hipotecaria del mercado español se caracterizan por permitir al consumidor disponer inmediatamente del capital necesario para la adquisición de un inmueble, el cual es gravado y especialmente afectado al cumplimiento de dos principales obligaciones asumidas por el deudor en dichas operaciones: la devolución del capital, normalmente en un periodo temporal extendido, y el pago de intereses remuneratorios, que constituye el precio que paga periódicamente sobre el capital pendiente de devolución el deudor al acreedor por la no disponibilidad de dicho capital (SUÁREZ PUGA, 2017).

El pago de intereses remuneratorios, en este sentido, es la prestación esencial por naturaleza en una operación de financiación hipotecaria. Son esencialmente el precio de la financiación y, en consecuencia, económicamente deberían permitir al acreedor financiero cubrir sus costes de financiación. Entre ellos, por supuesto, el lucro con la operación.

Teniendo en cuenta la extensa duración temporal de los préstamos y créditos bancarios, y los indeseables, imprevisibles e inevitables efectos que pueden producirse durante la vida del contrato, las partes contractuales tienen dificultades consustanciales para prever y establecer una estructura de determinados tipos de intereses remuneratorios adecuada y que permita

la economicidad del contrato durante toda su vida, evitando tener que acudir a figuras de reequilibrio patrimonial durante la vida del contrato como la cláusula *rebus sic stantibus*. Las estructuras típicamente utilizadas para afrontar tales problemas son la utilización de tipos de intereses variables o fijos (SEGURA MOREIRAS y SUÁREZ PUGA, 2020)

La finalidad de estas cláusulas no es otra que buscar una actualización conforme a los valores de mercado del precio del préstamo hipotecario. Por ello, SUÁREZ PUGA (2020) asemeja este comportamiento a las cláusulas de estabilización de renta conforme al IPC.

2.2. Posibles índices de referencia.

El índice o tipo de referencia que pacten las partes debe cumplir con los requisitos señalados en el artículo 21.2 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario (en adelante, LCCI). En concreto, tanto las partes contratantes como la autoridad competente deben poder verificar y acceder al índice, que ha de ser claro y objetivo. En segundo lugar, el cálculo del índice se ha de realizar a coste de mercado. Además, no puede ser susceptible de influencia por parte del propio prestamista, ni objeto de prácticas colusorias. Por último, se exige que los datos que sirvan como fundamento del índice deben ser agregados en virtud de un procedimiento matemático objetivo.

Estas mismas condiciones se exigían para la utilización de índices de referencia oficiales en el art. 6.2 de la Orden de 5 de mayo de 1994 y en el art. 26 de la Orden de 28 de octubre. Se ha de añadir la exigencia de su publicidad y difusión periódica tanto por parte del Banco de España, como de forma mensual en el Boletín Oficial del Estado (DE JUBERA, 2019).

A los efectos que ahora interesan, la Circular 5/1994 estableció seis índices oficiales, entre los que encontramos el IRPH- Cajas, IRPH-Bancos y el IRPH-Entidades. Por otro lado, el artículo 14 de la Circular 5/2012 enumera los tipos de interés oficiales vigentes actualmente. Aunque siguen siendo seis índices oficiales, se han eliminado algunos índices preexistentes (como el IRPH-Bancos y el IRPH-Cajas) y añadido nuevos (como el IRS). En el Anexo A del presente trabajo se adjuntan dos tablas que resumen los índices calificados como oficiales por ambas Circulares.

Esa condición de oficial implica que los índices poseen la consideración, por parte de las entidades de supervisión, de aptos para dar cumplimiento al principio de independencia y objetividad predictable a las entidades bancarias, y por tanto adecuados para la utilización en

el tráfico económico. Prueba de ello es su publicación por el Banco de España a efectos de facilitar a los operadores su conocimiento (SUÁREZ PUGA, 2017).

Por otro lado, se considera de importancia para este trabajo establecer desde este momento una serie de comparaciones gráficas sobre los distintos índices oficiales, con el fin de comprender posteriormente algunas de las argumentaciones jurídicas que, tanto jurisprudencial como doctrinalmente, se han utilizado para fundamentar la abusividad de la cláusula que contiene como tipo de referencia el IRPH.

Así, en primer lugar, se ofrecen dos tablas que muestran la evolución durante el año 2019 y 2020 de los distintos índices que actualmente tienen la consideración de oficiales. Dichas tablas se han extraído de la página oficial del Banco de España, el cual las ha elaborado mediante los datos publicados en el Boletín Oficial del Estado.

Tabla 1. Tipos oficiales de referencia del mercado hipotecario (Año 2019).

Tipos oficiales de referencia del mercado hipotecario (Año 2019)									
Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de 3 años para adquisición de vivienda libre				Tipo activo de referencia	Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario	Tipo interbancario	Referencia interbancaria	Tipo medio préstamos hipotecarios	Permuta de intereses/ Interest rate swap
Meses	De Bancos	De Cajas de Ahorro	Del conjunto de entidades de crédito	De las Cajas de Ahorro	De la Deuda Pública de plazo entre 2 y 6 años	A 1 Año (Míbor)	A 1 Año (Euríbor)	Entidades de crédito en la zona euro	IRS a 5 años
Ene	----	----	2,022 ↗	----	0,221 ↗	-0,116 ↗	-0,116 ↗	1,810 ↗	0,183 ↗
Feb	----	----	2,056 ↗	----	0,223 ↗	-0,108 ↗	-0,108 ↗	1,810 ↗	0,133 ↗
Mar	----	----	2,039 ↗	----	0,196 ↗	-0,109 ↗	-0,109 ↗	1,840 ↗	0,090 ↗
Abr	----	----	2,017 ↗	----	0,136 ↗	-0,112 ↗	-0,112 ↗	1,800 ↗	0,039 ↗
May	----	----	2,052 ↗	----	0,066 ↗	-0,134 ↗	-0,134 ↗	1,770 ↗	-0,023 ↗
Jun	----	----	2,041 ↗	----	0,008 ↗	-0,190 ↗	-0,190 ↗	1,790 ↗	-0,171 ↗
Jul	----	----	1,836 ↗	----	-0,070 ↗	-0,283 ↗	-0,283 ↗	1,730 ↗	-0,274 ↗
Ago	----	----	1,913 ↗	----	-0,143 ↗	-0,356 ↗	-0,356 ↗	1,710 ↗	-0,460 ↗
Sep	----	----	1,825 ↗	----	-0,201 ↗	-0,339 ↗	-0,339 ↗	1,680 ↗	-0,432 ↗
Oct	----	----	1,806 ↗	----	-0,252 ↗	-0,304 ↗	-0,304 ↗	1,640 ↗	-0,322 ↗
Nov	----	----	1,803 ↗	----	-0,272 ↗	-0,272 ↗	-0,272 ↗	1,590 ↗	-0,220 ↗
Dic	----	----	1,807 ↗	----	-0,264 ↗	-0,261 ↗	-0,261 ↗	1,590 ↗	-0,181 ↗

Fuente: Banco de España.

Tabla 2. Tipos oficiales de referencia del mercado hipotecario (año 2020).

Tipos oficiales de referencia del mercado hipotecario (Año 2020)				Tipo activo de referencia	Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario	Tipo interbancario	Referencia interbancaria	Tipo medio préstamos hipotecarios	Permuta de intereses/ Interest rate swap
Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de 3 años para adquisición de vivienda libre									
Meses	De Bancos	De Cajas de Ahorro	Del conjunto de entidades de crédito	De las Cajas de Ahorro	De la Deuda Pública de plazo entre 2 y 6 años	A 1 Año (Míbor)	A 1 Año (Euríbor)	Entidades de crédito en la zona euro (*)	IRS a 5 años
Ene	----	----	1,825 ↗	----	-0,235 ↗	-0,253 ↗	-0,253 ↗	1,580 ↗	-0,186 ↗
Feb	----	----	1,816 ↗	----	-0,219 ↗	-0,288 ↗	-0,288 ↗	1,520 ↗	-0,303 ↗
Mar	----	----	1,765 ↗	----	-0,166 ↗	-0,266 ↗	-0,266 ↗	1,540 ↗	-0,282 ↗
Abr	----	----	1,754 ↗	----	-0,075 ↗	-0,108 ↗	-0,108 ↗	1,550 ↗	-0,224 ↗
May	----	----	1,745 ↗	----	-0,049 ↗	-0,081 ↗	-0,081 ↗	1,540 ↗	-0,292 ↗
Jun	----	----	1,744 ↗	----	-0,054 ↗	-0,147 ↗	-0,147 ↗	1,580 ↗	-0,300 ↗
Jul	----	----	1,745 ↗	----	-0,070 ↗	-0,279 ↗	-0,279 ↗	1,640 ↗	-0,363 ↗
Ago	----	----	1,743 ↗	----	-0,077 ↗	-0,359 ↗	-0,359 ↗	1,580 ↗	-0,380 ↗
Sep	----	----	1,700 ↗	----	-0,133 ↗	-0,415 ↗	-0,415 ↗	1,610 ↗	-0,418 ↗
Oct	----	----	1,663 ↗	----	-0,232 ↗	-0,466 ↗	-0,466 ↗	1,610 ↗	-0,459 ↗
Nov	----	----	----	----	----	----	----	----	----
Dic	----	----	----	----	----	----	----	----	----

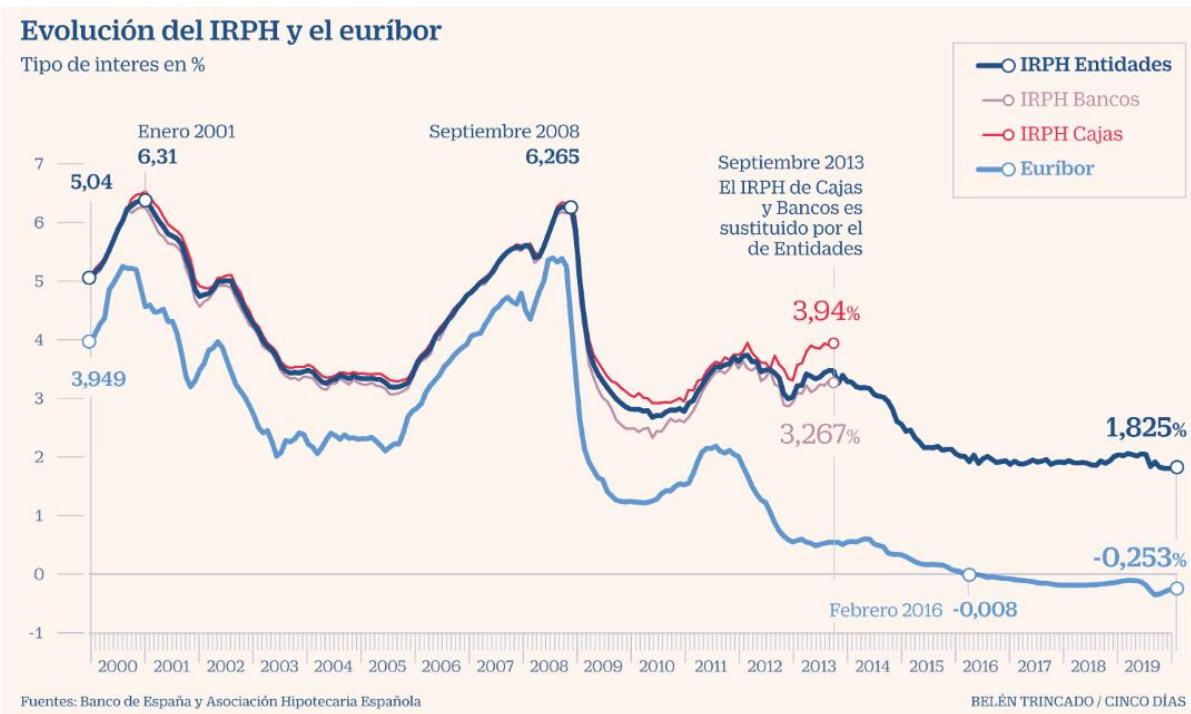
Fuente: Banco de España.

Tal y como se puede observar en dichas gráficas, el IRPH-Entidades se ha mantenido por encima del valor del Euribor durante estos últimos dos años. Así, por ejemplo, en octubre de 2020, mientras el IRPH-Entidades se mantiene en 1,663 puntos, el Euribor se encuentra en negativo, a -0,466 puntos. La diferencia más alta entre ambos índices se alcanza en agosto de 2019, siendo dicha diferencia de 2,269.

Por otro lado, principalmente se ha comparado el índice IRPH con el Euribor, por ser este último el tipo de referencia más utilizado en la contratación de préstamos hipotecarios en España. En el siguiente gráfico se puede observar la evolución del índice Euribor y el IRPH en sus tres modalidades, desde el año 2000 hasta el año 2019.

Atendiendo al mismo, el IRPH siempre está por encima del Euribor, siguiendo de manera paralela al Euribor hasta el año 2008. En este año, bajan ambos índices debido a la crisis. Sin embargo, en el 2009 se frena la caída del IRPH. La justificación que las entidades bancarias dan a este hecho es que a partir de este año se empezó a comercializar con Euribor con diferencial (SUÁREZ, 2020).

Figura 1. Evolución del IRPH y el Euríbor (años 2000 a 2019).



Fuente: Belén Trincado en Cinco Días, a partir del Banco de España y Asociación Hipotecaria Española.

2.3. Controversias en relación con cláusulas que afectan al precio del contrato.

La cláusula objeto de este trabajo no es la única que ha resultado controvertida respecto a aquellas que definen el precio de un contrato de préstamo hipotecario. De forma previa a introducirnos a las cuestiones de fondo del trabajo, este epígrafe se hace necesario en cuanto que muchas de las reflexiones jurídicas realizadas acerca de estas cláusulas son equiparables y útiles para analizar las cláusulas IRPH.

Esta reflexión ha sido destacada por la doctrina en varias ocasiones. En concreto, la importancia reside en la posible aplicación del control de transparencia material conforme se ha realizado con otras cláusulas contractuales enjuiciadas por nuestros tribunales, dado que dicho control se predica de cualquier cláusula referente al objeto principal de un contrato celebrado con consumidores.

Pese a que el TJUE ha insistido en la necesaria interpretación restrictiva sobre el concepto de elementos esenciales del contrato en sentencias como C-26/13 o C-186/16, se ha de afirmar a priori que la cláusula IRPH comparte este rasgo (MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2019). Dicha cláusula influye sobre los pactos relativos a los intereses, en concepto de remuneración de los servicios financieros. Por tanto, definen el precio de la operación.

Por ello, autores como SABATER BAYLE (2018) y MATO PACÍN (2019) han asimilado esta cláusula con otras dos que también han provocado numerosos conflictos jurídicos y económicos: las cláusulas suelo y los préstamos hipotecarios en divisa extranjera o multidivisa.

Las cláusulas limitadoras de la variación del interés aplicable a la baja (o cláusulas suelo) fueron las que iniciaron el desarrollo jurisprudencial del control de transparencia material a partir de la STS 241/2013, de 9 de mayo de 2013. La falta de transparencia, y consecuente abusividad, predictable de estas cláusulas resulta de su incorporación fraudulenta a un contrato de préstamo hipotecario de interés variable. Ello porque incluirlas en un préstamo supone incorporar un límite inferior a las oscilaciones del tipo de interés, que impiden que se dé ese elemento de variabilidad esperado por el consumidor, hechos que a priori no fueron explicados al consumidor.

Por otro lado, los préstamos hipotecarios multidivisa o en moneda extranjera ofrecen al consumidor la posibilidad de pagar las cuotas del préstamo mediante una divisa distinta al euro. En estas cláusulas, además de existir el riesgo normal de fluctuación del tipo de interés de referencia, el prestatario ha de soportar el riesgo de la variación del tipo de cambio de la divisa. Por ello, es considerado como un producto financiero complejo. Se han considerado cláusulas abusivas por falta de transparencias, tanto por el TJUE como por el TS, por el desconocimiento del prestatario sobre el posible comportamiento del mercado de divisas y el correspondiente impacto en el precio del contrato (GONZALEZ GARCÍA, 2018).

Por último, se ha de señalar que el control de transparencia es aplicable a cualquier contrato celebrado con un consumidor, dado que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 tiene un ámbito de aplicación más amplio. Ejemplo de ello es la aplicación del control de transparencia en supuestos de compraventa de vivienda sobre plano y para contratos de swap (MARTÍNEZ ESCRIBANO, 2019).

3. Elementos claves de la cláusula IRPH.

Con el fin de poder entender mejor los argumentos dados doctrinal y jurisprudencialmente respecto a la abusividad de la cláusula, es necesario conocer el concepto, origen y características de este peculiar índice. En este punto, para dotar de mayor virtualidad práctica al presente trabajo, se incorpora en el Anexo B y C dos ejemplos de cláusulas de interés variable que contienen como tipo de referencia el IRPH.

3.1. Definición y cálculo del índice.

El IRPH, como venimos diciendo, es un índice de referencia de préstamos hipotecarios. En concreto, se define como el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre, concedidos por bancos, cajas o entidades.

El cálculo de este índice se realiza a través de la media simple de los tipos de interés medios ponderados de los principales de las operaciones de préstamo hipotecario. Se tienen en cuenta aquellos préstamos para la adquisición de vivienda, de duración igual o superior a tres años, que hayan sido tanto iniciadas como renovadas en el mes al que se refiere el índice (anexo VIII de la Circular 5/1994 y anexo 8.1 de la Circular 5/2012).

En concreto, para su cálculo se utiliza la siguiente fórmula:

Figura 2. Fórmula de cálculo del IRPH

$$I_c = \frac{\sum i_b + \sum i_{ca}}{n_b + n_{ca}}$$

Siendo:

I_c = La media de los tipos de interés medios ponderados del conjunto de entidades

i_b , i_{ca} = Los tipos de interés medios ponderados de los préstamos de cada banco y caja de ahorros, respectivamente.

n_b , n_{ca} = El número de bancos y cajas de ahorros declarantes.

Para el cálculo de este índice no se tendrán en cuenta los tipos de interés comunicados por las cajas de ahorros que no ejerzan directamente la actividad financiera.

Fuente: Anejo 8 de la Circular 5/2012.

De forma simplificada, se trata de una media aritmética simple de los precios ponderados de las TAE. Al hablar de TAE, a diferencia del TIN, se incluye los gastos, comisiones y el diferencial de cada hipoteca. Esta cuestión es relevante en tanto que no es lo mismo referir un préstamo a un índice simple, como el Euribor, a referir el préstamo a un indicador de costes medios totales, como el IRPH, que aglutina todos los elementos constitutivos del coste de la operación de los que el tipo de interés es uno más, junto a las comisiones y gastos (ORTIZ PÉREZ Y ERAUSKIN VÁZQUEZ, 2017).

El origen de este índice se inicia con la derogada Ley 26/1988, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, modificada por la Ley 2/1994. En esta se facultó al Ministerio de

Economía para publicar regularmente determinados índices o tipos de interés de referencia oficiales. La finalidad de ello era que las entidades de crédito pudieran aplicar dichos índices a los préstamos de interés variable (AHEDO PEÑA 2019).

En ejercicio de esta facultad, se habilitó al Banco de España, en virtud de la Orden de 5 de mayo de 1994, para definir mediante Circular tales índices. Finalmente, en cumplimiento de ello, se publicó la Circular 5/1994, ya mencionada *supra*, en la cual se estableció como índices oficiales los distintos tipos de IRPH.

En la citada Circular, se señalaba que el diferencial que se debía aplicar al IRPH es un diferencial negativo. En concreto, se señalaba que su utilización directa conllevaría elevar la TAE de estas operaciones por encima del mercado. Por ello, para igualar el índice con el mercado, se hacía necesario aplicar un diferencial negativo, aunque este variara en función de las comisiones de la operación y las cuotas de cada préstamo.

La definición y forma de cálculo de los IRPH en sus distintas modalidades experimentó una progresiva desaparición, que tuvo lugar por decisión de la autoridad financiera, si bien se consideraron operativos los que se vinieran aplicando como tipos de referencia de los contratos de préstamo hipotecario suscritos con anterioridad.

3.2. La progresiva suspensión de los tipos de IRPH.

Tal y como se señaló en el apartado anterior, la Circular 5/1994, estableció los siguientes tipos de IRPH:

- IRPH BANCOS. Se define como el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por los bancos.
- IRPH CAJAS. Se define como el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorros.
- IRPH ENTIDADES. Es el tipo medio de los préstamos a más de tres años para la adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de entidades de crédito.

El Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito, en su Disposición Transitoria Primera, obligó la transformación de las sociedades de crédito hipotecario en establecimientos financieros de crédito. Por ello, a partir de enero de 1997, el IRPH-Entidades se empezó a calcular solo a raíz de los datos declarados por los bancos y cajas de ahorro.

Se conoce como proceso de bancarización del sistema financiero español al traspaso del negocio financiero de las cajas de ahorro a bancos de nueva creación. A consecuencia del mismo, se produjo un proceso de consolidación y concentración del sector, que provocó que determinados índices financieros dejasen de tener una representatividad adecuada (en cuanto a su conformación objetiva de valores), ni fuera posible garantizar el cumplimiento del principio de independencia en abstracto. Ello es lo que sucedió con el IRPH Cajas, como ejemplo paradigmático (SUÁREZ PUGA 2017).

Posteriormente, la Circular 5/2012 (disposición transitoria segunda) estableció que los índices IRPH-Bancos e IRPH-Cajas deben dejar de ser considerados como índices oficiales de referencia para las nuevas operaciones formalizadas después de su entrada en vigor.

Sin embargo, la Orden de 28 de octubre de 2011, permitió que ambos índices se siguieran publicando y considerando aptos para aquellos préstamos que los vinieran usando para la revisión de su tipo de interés variable (VÁZQUEZ MUIÑA, 2018).

Fue la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internalización, en su disposición adicional decimoquinta, apartado 1, la que finalmente estableció, con efectos desde el 1 de noviembre de 2013, que el Banco de España dejará de publicar el IRPH-Bancos y el IRPH-Cajas, produciéndose su supresión definitiva. MARTÍNEZ ESPÍN (2013) destacaba que ello se debía a las recomendaciones realizadas por parte de la Unión Europea, mediante las cuales se señalaba que los tipos de interés de IRPH-Cajas, IRPH-Bancos y CECA deberían dejar de ser publicados en el BOE debido a su falta de transparencia.

3.3. Solución legal de la supresión de los índices.

Para las posibles lagunas contractuales que a consecuencia de la desaparición de los citados índices se ocasionasen, a partir del 1 de noviembre de 2013, la Ley 14/2013 se decantó por ofrecer una solución legal que da prioridad a la sustitución del índice por el tipo sustitutivo pactado por las partes.

Si ello no fuera posible, su Disposición Adicional 15^a, apartado 2, prevé la aplicación del IRPH-Entidades más un determinado diferencial legal. El diferencial consiste en aplicar el equivalente al resultado de realizar una media aritmética entre el tipo que desaparece y el IRPH-Entidades, calculado con los datos obtenidos desde la fecha de otorgamiento del contrato hasta que se produce la efectiva sustitución del índice.

Los efectos de esta sustitución serían desde el siguiente periodo de revisión, si no hubiera un índice de referencia sustitutivo previsto contractualmente. Si se optara por la solución legal, esta conlleva *ex lege* la novación automática del contrato, evitando una alteración o pérdida de rango registral.

Ni la doctrina ni la jurisprudencia han acogido de forma favorable esta solución legal. Incluso, ya desde su tramitación parlamentaria, tal y como señala VÁZQUEZ MUIÑA (2018), hubiera sido más beneficioso para los consumidores acoger propuestas tales como la sustitución por el Euribor + 1% (del Grupo Parlamentario de la Izquierda Plural).

Reflejo de esta disconformidad, encontramos diversos pronunciamientos jurisprudenciales donde se sustituye el índice IRPH por el Euribor sumado a un diferencial. Basta en este punto dejar mencionada la existencia de dicha controversia para, tras el presente estudio, contemplar la posible solución de estos *infra* (epígrafe 8).

4. Marco normativo para el análisis de la cláusula.

De forma previa, se ha de partir del marco normativo necesario para contemplar la validez o no de la cláusula objeto del presente trabajo. Apartando la inevitable mención de la normativa citada anteriormente respecto al IRPH, este apartado pretende enumerar la legislación existente para la defensa de los derechos de los consumidores frente a las prácticas bancarias.

Desde un primer momento, se debe destacar el Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLGDCU), principal eje de la normativa de consumo, que se aplica de forma trasversal siempre que exista una relación de consumo (art. 2 TRLGDCU). Por su ámbito temporal, se cita también la derogada Ley 26/1984 (LGDCU).

Por otro lado, centrando la cuestión en la tutela del consumidor en fase precontractual, se debe mencionar la protección que se brinda a través del Derecho de Competencia (BARRAL-VIÑALS, 2019). Su finalidad es proteger al consumidor como destinatario de los mensajes publicitarios y las maniobras de captación del cliente, que no deben inducir a error. Se regulan en la Ley 34/1988 (LGP) y en la Ley 3/1991 (LCD). Dicha protección alcanza hasta el llamado proceso de integración publicitaria al contrato, *ex art. 61 TRLDCU*.

En tercer lugar, otro gran bloque legislativo que se ha de tener en cuenta es la normativa bancaria de transparencia. El Banco de España supervisa la actividad de las entidades de crédito tanto a nivel interno (a través de las normas prudenciales) como frente a sus actuaciones con la clientela bancaria. En este último nivel se encuentran las normas de conducta, que vinculan a las entidades imponiendo determinados deberes de información en fase precontractual, contractual y durante la ejecución del contrato. Estas normas poseen un ámbito de aplicación más extenso que la normativa señalada de consumo (CASADO NAVARRO, 2015). Dichas normas de conductas hacen referencia básicamente a las citadas Órdenes de 5 de mayo de 1994 y de 28 de octubre de 2011, junto a las Circulares 5/1994 y 5/2012.

Se ha discutido doctrinalmente acerca de su eficacia normativa *interprivatos*. Basta en este punto señalar que las citadas ordenes, conforme a la habilitación concedida al Ministerio de Economía y Hacienda (art. 48.2 de la Ley 26/1988), tienen un ámbito de aplicación delimitado a la regulación interna de las entidades financieras. Por ello, son consideradas meras normas de disciplina administrativa, cuya inobservancia conlleva una sanción administrativa. Estas normas no fijan de por sí criterios acerca de la validez contractual de determinadas cláusulas financieras, función reservada a normas específicas como los artículos 82 TRLGDCU o las específicas sobre vicios del consentimiento del Código Civil (PERTIÑEZ VÍLCHEZ, 2015).

Sin embargo, es cierto que los requisitos de transparencia exigidos por esta normativa, unido a la expresión manuscrita por el prestatario en el acto de otorgamiento de la escritura pública de haber sido advertido de los posibles riesgos el préstamo que exige el art. 6 de la Ley 1/2013, se aproxima bastante a los parámetros para enjuiciar la transparencia real de la cláusula suelo contenidos en la STS 241/2013. Este extremo se analizará en epígrafes posteriores. De ahí que, en la práctica judicial, se haya tenido como referencia dichas normas a efectos de valorar el incumplimiento del deber de transparencia bancaria.

Por otro lado, en este punto se debe hacer referencia al marco normativo para determinar la estructura remuneratoria de un contrato de financiación, que parte del principio de libertad contractual (artículo 4.1 de la Orden de 28 de octubre 2011). Es por tanto la autonomía contractual de las partes quien configura este extremo. Sin embargo, el legislador comunitario y nacional ha reducido dicha libertad contractual mediante una serie de **límites legales**, derivados del principio de buena fe (SUÁREZ PUGA, 2017). Tales límites se resumen de la siguiente forma:

Tabla 3. Límites a la autonomía de la voluntad.

LÍMITE	REGULACIÓN
<p>Prohibición de contratos usurarios, aprovechando la falta de comprensión o la situación de necesidad del consumidor. El precio o tipo de interés debe ir ligado al valor de mercado del dinero.</p>	<p>Ley de 23 de julio de 1908. Art. 26 de la Orden de 28 de octubre de 2011.</p>
<p>Principio de independencia entre operadores. Los índices o tipos de referencia no pueden ser susceptibles de influencia por la propia entidad, a través de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades. También exige cohesionar la necesidad de contar con determinados operadores para la conformación de los valores.</p>	<p>Art. 1256 Cc Art. 26 de la Orden de 28 de octubre de 2011</p>
<p>Principio de objetividad en la conformación de los valores de los índices financieros. Los índices deberán ser el resultado de un procedimiento matemático objetivo, comprobable a partir de datos agregados.</p>	<p>Art. 26 de la Orden de 28 de octubre de 2011</p>
<p>Principio de transparencia en la contratación. Especial deber de las entidades de informar, de forma previa y durante la ejecución del contrato, sobre determinadas circunstancias del contrato de manera clara, inteligible y comprensible.</p>	

Fuente: Elaboración propia a partir de SUÁREZ PUGA (2017).

Por último, se hará referencia en este trabajo a la normativa reguladora de las condiciones generales de la contratación. Las principales normas en este punto son la Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), que viene a trasponer la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores (en adelante, Directiva 93/13). Esta normativa es especialmente relevante para nuestro trabajo, en cuanto que incluyen los fundamentos normativos de los controles de abusividad y transparencia.

Especial mención se ha de realizar a la Ley 5/2019 (en adelante, LCCI), que transpone a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2014/17/UE. Pese a que esta norma aclara ciertos aspectos difusos, sobre todo en cuanto la fase precontractual y los deberes de transparencia (BARRALS VIÑALS), no se pronuncia nuestro legislador sobre algunos aspectos de importancia (CÁMARA LAPUENTE, 2019). Por ejemplo, pese a que introduce límites legales mediante normas imperativas y prohibitivas a cláusulas que han sido conflictivas en nuestro país (cláusula suelo, gastos hipotecarios, vencimiento anticipado,...), no se ha regulado de forma específica instrumentos concretos tendentes a aclarar la situación jurídica de las cláusulas IRPH.

Pese a ello, CÁMARA LAPUENTE (2019) evidencia el carácter extensivo del art. 14.2 LCCI, que impedirá acotar los parámetros de transparencia únicamente a las cláusulas suelo, refiriéndose específicamente a la pretendida finalidad de la STS 669/2017 respecto al IRPH.

5. La cláusula IRPH como condición general de la contratación.

Son condiciones generales de la contratación aquellas cláusulas predisueltas incorporadas al contrato por la imposición de una de las partes, siendo redactadas justamente para introducirlas en una pluralidad de contratos (art. 1 LCGC). Son el instrumento propio de la contratación en masa.

Es indiferente para su calificación la extensión, apariencia externa, autoría material y otras circunstancias. En estas cláusulas, la libertad contractual del adherente queda restringida a su eventual aceptación o rechazo. Con esta definición, los requisitos que la STS 241/2013 considera como necesarios para identificar una cláusula como condición general de la contratación son la contractualidad, la predisposición, la imposición y la generalidad.

La importancia de determinar si la cláusula de interés variable que contiene como índice el citado IRPH se puede considerar como una condición general de la contratación es justamente la aplicación de los controles de abusividad y transparencia, lo cual no ha sido cuestión pacífica por nuestra doctrina y jurisprudencia. Incluso, se ha utilizado como argumento contrario a la abusividad de la cláusula que la misma no puede considerarse como una condición general de la contratación, no siendo aplicable lo contenido en la Directiva 93/13. Su fundamento es el artículo 1.2 de la misma, que excluye su aplicación a las cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias con naturaleza imperativa.

Sobre la aplicación en este supuesto de la excepción del artículo 1.2 de la Directiva 93/13, existían opiniones jurisprudenciales y doctrinales contrarias. La STS 669/2017 parecía entender la negativa al control judicial de abusividad sobre aquellas cláusulas que incorporaran el IRPH porque responde a una disposición administrativa supletoria (art. 4 LCGC y art. 1.2 de la Directiva). Sin embargo, ya la propia STS 669/2017, cuenta con un voto particular suscrito por D. Francisco Javier Orduña Moreno y D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, que se manifiesta de forma contraria en este punto.

Entienden los Magistrados que el objeto del examen de transparencia es controlar que el profesional que emplea una disposición legal o administrativa ha cumplido su especial deber

de información. Por tanto, no se debe realizar un control de legalidad del mismo índice. Esta interpretación se fundamenta, entre otros, con la STJUE C-34/13. En la misma se propone una interpretación restrictiva de la excepción del artículo 1.2 de la Directiva, de forma que la cláusula debería reflejar en sí una disposición legal o reglamentaria imperativa para entenderse incluida en la excepción, requisito este último que no ocurre en el IRPH.

El IRPH no era un índice obligatorio para las partes (ni de forma directa, ni en defecto de pacto), siendo utilizada por su incorporación en los contratos de préstamo hipotecario a través de una condición general de la contratación. En este sentido, se ha pronunciado entre otras la SAP Pontevedra 192/2015 y SAP Vizcaya 299/2017.

Además, el IRPH en sí mismo no es una condición general de la contratación, dado que está definido y regulado legalmente, como se ha comentado. El IRPH es meramente un índice (AHEDO PEÑA, 2019). Sin embargo, sí se debe configurar como condición general de la contratación a aquellas cláusulas en virtud de las cuales se incorpora este índice a un determinado contrato, pues concurren los requisitos del artículo 1 LCGC. Con el mismo criterio, se han pronunciado diversas Audiencias Provinciales, como SsAP Barcelona núm. 533/2018 y núm. 583/2018.

Finalmente, cerrando el debate, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 3 de marzo de 2020 (asunto C-125/18), consideró que aquellas cláusulas que fijen como tipo de interés aplicable un índice de referencia oficial quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, siempre que su aplicación no se establezca de forma imperativa ni supletoria en defecto de pacto desde la normativa nacional (considerando 36 y 37).

De esta manera, en las sentencias del Tribunal Supremo número 595, 596, 597 y 598/2020 (en adelante, STS de 12 de noviembre de 2020), el Pleno concluye que la cuestión prejudicial realizada al TJUE trasladó erróneamente lo dicho por el Tribunal al respecto, dado que no se había negado la cualidad de condición general de dicha cláusula.

Por tanto, sobre este punto, ya no existe discusión jurisprudencial al respecto, debiendo entenderse que aquellas cláusulas de tipo de interés variable que incorporen como índice de referencia el IRPH son condiciones generales de la contratación y que están incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

6. Aplicación del control de abusividad a la cláusula IRPH.

Cerrada la discusión anterior, y como se iba adelantando, dado que las cláusulas que estamos analizando entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, la consecuencia será la posibilidad de aplicar el control de abusividad y transparencia a estas condiciones generales de la contratación. En este apartado y en el próximo, se pretende hacer un análisis pormenorizado tanto de cómo se debe realizar dichos controles, como de su concreta aplicación al caso que nos ocupa, teniendo en cuenta los argumentos doctrinales y jurisprudenciales dictados al respecto.

6.1. Discusión previa: aplicación del control de abusividad a un elemento esencial del contrato.

La aplicación del control de abusividad a la cláusula que nos ocupa tampoco ha estado exento de problemas. La discusión en este punto ha venido de la mano de la aplicación del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 (que no ha sido transpuesto a la normativa nacional) y del art. 8.2 LCGC. Estos preceptos descartan la aplicación del control de abusividad a aquellas cláusulas que contengan elementos esenciales del contrato, solo siendo posible para aquellas otras que tengan naturaleza accesoria o contingente.

Por tanto, al afectar el IRPH al precio del contrato, y siendo considerado este como un elemento esencial de los contratos de préstamo hipotecario, se debería excluir el control de su carácter abusivo, así como del equilibrio de las prestaciones (AHEDO PEÑA, 2019).

Tal y como destaca PAZOS CASTRO (2017), el motivo de tal exclusión es la voluntad del legislador de conservar y equilibrar la libertad contractual de las partes y los principios básicos de la economía de mercado. No cabe un control judicial de precios, pues ello es parte de la competencia del mercado, como tampoco cabría realizar parámetros de contraste.

Con similares argumentos, el Tribunal Supremo en un primer momento (STS 669/2017) descarta la aplicación del control de abusividad de estas cláusulas, dado que no es competencia de los tribunales civiles controlar que el IRPH se ajusta a la normativa (art. 4 LCGC y art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE). En cualquier caso, esto sería competencia de la Administración Pública, mediante los mecanismos de sanción que se contemplan para el caso de conductas que contravengan las normas sobre transparencia bancaria.

Concluye el Pleno que, siendo el IRPH un índice oficial, definido y regulado legalmente (y no por el predisponente), no se puede valorar el modo en que se ha fijado dicho índice de referencia, ni tampoco analizar si utiliza elementos, datos u otros factores no adecuados (MORENO GARCÍA, 2018). Tampoco cabría plantearse el grado de influencia de las entidades financieras en la determinación del índice. De esta manera, sería la Administración Pública la competente para garantizar el equilibrio entre las prestaciones de las partes, siempre que el contenido no se haya modificado contractualmente (en el mismo sentido, *vid. STJUE C-92/11*).

Los pronunciamientos a este respecto por parte de los Tribunales e instituciones europeas difieren sustancialmente de lo dicho. La Comisión Europea (asunto C-125/18) propuso, previa decisión del TJUE, la interpretación del artículo 4.2 y 5 de la Directiva en el sentido de que no se oponen a examinar que se redacten de manera clara y comprensible las cláusulas que afecten al objeto principal del contrato; siempre que ese examen abarque también la abusividad de la cláusula conforme al art. 3.1 de la Directiva.

El TJUE finalizó con dicha polémica en la Sentencia de 3 de marzo de 2020. En virtud de la misma (considerando 46 y 47), concluye en la obligación de los tribunales de examinar que una cláusula que contenga el objeto principal del contrato sea clara y comprensible, independientemente de la trasposición del artículo 4.2 de la Directiva al ordenamiento jurídico. Las cláusulas contractuales deben respetar siempre la exigencia de redacción clara y comprensible.

6.2. Primer elemento: el desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

La principal argumentación dada, en un primer momento, para justificar el desequilibrio en los derechos y las obligaciones en este tipo de cláusulas fue la posible manipulación del índice IRPH. La fundamentación jurídica que se da al respecto se basa en las condiciones que la normativa exige para considerar válido un determinado tipo de referencia, señalados *ut supra* (epígrafe 2.2).

En principio, el IRPH cumpliría la mayoría de los requisitos fijados por la normativa. Salvo mejor criterio, existe doctrina que considera el índice ajustado a coste de mercado (JUAN GÓMEZ, 2019). Sin embargo, más discusión produce, como se ha explicado anteriormente, la capacidad de manipulación por el propio prestamista sobre el índice.

En este sentido, se ha de destacar que el artículo 21.2 LCCI no exige que se haya manipulado efectivamente el índice, sino que sea objetivamente susceptible de influencia. De aquí el razonamiento de que, dado el modo en que se calcula el índice, al menos de forma teórica, el índice puede ser susceptible potencialmente de ser influenciado (JUAN GÓMEZ, 2019).

Este hecho también ha sido destacado por la jurisprudencia. Así, por ejemplo, la SJM Barcelona 66/2015, admite que el índice IRPH-Entidades se elabora con los datos que estas mismas entidades facilitan con tal fin, por lo que resulta influenciable, vulnerando el art. 1256 Cc y el art. 2 de la Ley 2/2009 (conllevando su nulidad *ex art. 6.3 Cc*).

Sin embargo, también se ha esgrimido que cualquier magnitud que sea resultado de datos facilitados por terceros es potencial y abstractamente manipulable. Aunque el IRPH comparte esta cualidad, pudiendo ser manipulado por todos o parte de los conformantes, dicha manipulación no ha sido ni probada ni confesada (SUÁREZ PUGA, 2017). A diferencia del IRPH, sí se ha acreditado la manipulación de otros índices, tales como el LIBOR o el EURIBOR (VALLES PERELLÓ, 2019). Por tanto, este sector doctrinal entiende que para argumentar la manipulación del índice se debe atender a una cuestión fáctica, y no simplemente estructural: el requerimiento de su debida y concreta prueba por parte del impugnante.

Por otro lado, las SsTS de 12 de noviembre de 2020 realizan el control de abusividad de la cláusula, a consecuencia de que la cláusula no es transparente (como se detallará en epígrafes posteriores). Sin embargo, extienden otro argumento para considerar que dichas cláusulas no presentan un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes: el consumidor no está en una situación jurídica menos favorable a la prevista por el Derecho nacional vigente a consecuencia de la firma de estos contratos de préstamo.

A este respecto, *mutatis mutandi*, el TJUE (C-186/16) ha señalado que, en el caso de los préstamos con moneda extranjera, no causa un desequilibrio importante que se haga recaer los riesgos del contrato en el consumidor, siempre que el prestamista haya informado correctamente al consumidor sobre dichos que asumía con la firma del contrato, de forma previa a la misma (PAREDES PÉREZ, 2017).

La propia sentencia cuenta con el voto particular del Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas. En este punto, señala el magistrado que lo relevante debe ser el perjuicio material producido para el consumidor. Este perjuicio se materializa en la alteración sorpresiva del

acuerdo económico que el prestatario creía haber alcanzado, causada por la incompleta información precontractual aportada por el prestamista.

La consecuencia de ello, tal y como señala la STS 54/2020, es que se produce una lesión grave en la situación jurídica del consumidor. En concreto, se le está privando de la posibilidad de comparar las diferentes ofertas de mercado en búsqueda de la más óptima para sus intereses.

De forma expresa, se hace referencia a la privación del legítimo ejercicio del derecho de opción. Este derecho, figura atípica y autónoma en nuestro ordenamiento jurídico, se define como la facultad decididora del optante sobre la consumación de un determinado contrato (comúnmente de compraventa), quedando obligado el concedente a facilitar tal hecho, fijando previamente el objeto y el precio del contrato (MARÍN SÁNCHEZ, 2019).

6.3. Segundo elemento: exigencia de buena fe.

Cualquier desequilibrio en las prestaciones no vulnera la buena fe contractual (ATAZ LÓPEZ, 2020). El preámbulo de la Directiva 93/13 señala que para apreciar la buena fe se ha de atender especialmente a la fuerza de las posiciones de negociación de las partes. Por tanto, lo que sí es contrario a la buena fe contractual son aquellos desequilibrios que son consecuencia de un abuso de una de las partes. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ-CANO (2020) integra la buena fe en la noción de cláusula abusiva, pues ese desequilibrio en las prestaciones va en contra de las exigencias de la primera.

Por ello, la jurisprudencia comunitaria ha venido concluyendo que las exigencias de la buena fe se deben comprobar analizando el comportamiento y conocimiento del profesional prestamista. En concreto, nos debemos preguntar si este podría haber estimado de forma razonable que el consumidor hubiera aceptado una cláusula de estas características en una negociación individual, tratando de manera leal y equitativa al consumidor (STJUE C-415/11).

Sin embargo, las SsTS de 12 de noviembre de 2020, concluyen que difícilmente se podría justificar la existencia de mala fe en estos supuestos. Las razones dadas por el Tribunal para llegar a esta conclusión son: a) se trata de un índice oficial; b) no hay prueba de que se pudiera conocer su evolución futura, ni que esta fuera perjudicial para el prestatario en beneficio del prestamista; c) el índice ha sido utilizado por el Gobierno central y por varios autonómicos para la adquisición de viviendas de protección oficial (VPO); d) se emplea un diferencial menor que en el Euribor, con el fin de acercar la diferencia aplicativa entre ambos índices.

En la misma línea se habían pronunciado ya algunas Audiencias Provinciales, tales como la SAP Barcelona 2323/2020 (F.J.7º). Sin embargo, esta Audiencia señala un elemento adicional respecto a la prueba de la mala fe de las entidades bancarias, exigiendo probar que la entidad poseía información relevante sobre la evolución de los tipos de interés y la ocultó de forma maliciosa al consumidor en el momento de formalización del préstamo.

Sin embargo, el voto particular formulado por el Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas rechaza la existencia de buena fe en la negociación de estas cláusulas en tanto que el prestatario no suministró la información legalmente exigible sobre la evolución del índice al consumidor, por lo que su trato no ha sido de manera leal con el mismo.

7. Aplicación del control de transparencia a la cláusula IRPH

Dada la complejidad y la extensión del clausulado que se integra en un préstamo hipotecario, se han venido introduciendo por parte de las entidades bancarias condiciones que elevan el sacrificio patrimonial de los prestatarios, desconociendo estos en muchas ocasiones el alcance de lo formalizado. Para proteger la débil posición del prestatario, a nivel normativo y jurisprudencial se ha venido exigiendo a dichas entidades que se aporte, de forma previa a la perfección de estos contratos, información comprensible sobre las obligaciones que han de asumir las partes.

De esta forma, se habla de un doble control de transparencia, donde se deberá realizar: el control de inclusión, incorporación o transparencia formal y el control de comprensibilidad real o de transparencia material (AHEDO PEÑA, 2019). El objetivo de este apartado es justamente conocer en qué se basan dichos controles y examinar las conclusiones doctrinales y jurisprudenciales de su aplicación en las cláusulas IRPH.

7.1. El control de incorporación o transparencia formal.

La finalidad del control de transparencia formal o control de inclusión es verificar que la incorporación de determinada cláusula al contrato se ha efectuado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del consumidor (STS 98/2020). Para ello, el predisponente debió de haber cumplido una serie de requisitos que aseguran que esas condiciones están incorporadas al contrato. Por ello, también se denomina a este análisis control de incorporación.

De esta manera, los requisitos impuestos por el art. 80 TRLGDCU y los arts. 5 y 7 LCGC para cumplir dicho control formal son, esencialmente, que ese clausulado se entregue al consumidor, con una redacción clara y legible. En concreto, se exige transparencia, claridad, concreción y sencillez, rechazándose las cláusulas ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles (MATO PACÍN, 2019).

La sentencia citada (y en el mismo sentido STS 314/2018 y 57/2019) es ilustrativa a efectos de conocer el procedimiento a seguir para realizar dicho control. Así, en primer lugar, se ha de aplicar un filtro negativo (art. 7 LCGC), que supone la acreditación de la posibilidad real que tuvo el adherente de conocer las cláusulas controvertidas, de forma previa a la celebración del contrato. Basta para ello probar que el contenido de las mismas se puso a disposición del consumidor, teniendo este la oportunidad real de visualizarlo, siendo independiente que el consumidor las haya entendido realmente (dado que esto se relaciona con el control de transparencia material, y no con el control de incorporación).

En segundo lugar, si se supera dicho filtro, será necesario que la cláusula pase por un segundo control, ahora positivo, en virtud de los arts. 5.5 y 7 LCGC. Aquí se ha de comprobar la comprensibilidad gramatical y semántica de las cláusulas. Debe tratarse de cláusulas sencillas, claras y concretas, permitiendo al consumidor una comprensión gramatical normal. Atendiendo al tipo de contrato y a la complejidad de la relación contractual, se determinará la sencillez y calidad exigible a dichas cláusulas, pues no existen criterios uniformes.

En relación con la cláusula IRPH, se entiende necesaria la mención de dicho control, dado que es una cuestión casuística. Así, por ejemplo, la SJM Bilbao 13/2016 (F.J.2º.6) declara nula la cláusula de interés variable referenciada al IRPH al no haber facilitado la entidad una comprensión completa y directa de la misma, ni antes ni en la propia firma del préstamo hipotecario, no superando dicho control de inclusión. Ello porque no se define íntegramente el IRPH dentro de la escritura pública de préstamo hipotecario, ni se menciona la Circular ni el BOE en el que está publicado dicho índice. Tampoco prueba la entidad bancaria que haya transmitido información al respecto de forma verbal o escrita.

7.2. El control de comprensibilidad real o transparencia material.

En este apartado, se habrá de examinar de forma generalizada en qué consiste dicho control de transparencia material, para sentar unas bases sólidas que ayuden posteriormente a

aplicar dicho control a la cláusula IRPH. De forma previa, se debe señalar que este control de transparencia supone valorar el grado de conocimiento del consumidor sobre una determinada cláusula a raíz de la información que ha proporcionado el prestamista. Si la cláusula ha pasado inadvertida por el primero, perturbando el acuerdo económico que creía haber alcanzado, debido a la falta de información prestada por el segundo, la cláusula adolecerá de falta de transparencia (STS 171/2017, F.J. 2º.4).

Por ello, en este apartado se analizará el modo de aplicación de este control a las cláusulas que contienen elementos esenciales del contrato, los parámetros necesarios para considerar que un consumidor ha sido informado y los deberes de información de las entidades bancarias. Por último, dada la controversia existente al respecto, se detallarán los efectos que se pudieran producir por el incumplimiento de dichos deberes.

7.2.1. Aplicación en cláusulas que contengan elementos esenciales del contrato.

De acuerdo con la interpretación realizada por el TJUE del artículo 4.2 de la Directiva 93/13, sobre el alcance de la obligación de transparencia, para entender superado el control de transparencia material se ha de comprobar que el adherente ha podido prever las consecuencias económicas de la cláusula, apoyándose en criterios comprensibles y precisos (STJUE C-26/13). Este control se ha de realizar de manera extensiva y no reducirse únicamente al carácter comprensible de las cláusulas en un plano formal y gramatical.

El sólido cuerpo de doctrina jurisprudencial dictada por el TS al respecto no difiere en este punto de la jurisprudencia comunitaria. De esta forma, es doctrina consolidada entender que dicho control pretende asegurar que el consumidor disponía de la suficiente información sobre las condiciones pactadas y las consecuencias derivadas de su aceptación en la ejecución del contrato. Ello de forma previa a la celebración del propio contrato (STS 98/2020, F.J.6).

El alcance del deber de transparencia en los préstamos hipotecarios, cuando las cláusulas se refieran a elementos esenciales del contrato, se ha plasmado a partir de la STS 241/2013 con el llamado control de transparencia reforzado. Conforme a esta, el objetivo del control de transparencia será mostrar que el adherente pudo conocer de forma sencilla, por haberse dado información suficiente, la carga económica y jurídica que implicaba consentir ese contrato determinado.

Se considera que el consumidor comprende la carga jurídica del contrato si conoce su posición jurídica dentro del contrato, respecto a los elementos típicos configuradores y los riesgos derivados de la ejecución de este. En cambio, la carga económica se define como el sacrificio patrimonial que ha de realizar el consumidor a cambio de la prestación económica que quiere obtener.

La carga económica juega un papel importante en relación con el control de transparencia. En su virtud, el consumidor deberá tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo la cláusula funciona dentro de la economía del contrato, no pudiendo pasar inadvertida en el momento en el que el consumidor consiente esta carga (MATO PACÍN, 2019). Puede pasar inadvertida por el consumidor una cláusula por darse un tratamiento secundario dentro del contrato o por no facilitarse información adecuada acerca de sus consecuencias jurídicas y económicas intrínsecas.

Posteriormente, este desconocimiento supondrá una alteración del acuerdo económico que el consumidor creía haber alcanzado con la entidad bancaria a partir de la información proporcionada. Justamente por ello, la exigencia de transparencia en estas cláusulas tiene la finalidad de excluir la posibilidad de que pueda agravarse la carga económica de un determinado contrato, debido a la inclusión inadvertida de determinadas consecuencias jurídicas y económicas anudadas a una determinada cláusula.

Sin embargo, tal y como también ha destacado PERTIÑEZ VÍLCHEZ (2013), que una cláusula sobre el precio sea clara y comprensible no elimina el efecto sorpresivo que esta puede provocar en el consumidor. El elemento sorpresivo deriva de unas expectativas legítimas frustradas sobre el precio del contrato, no de la falta de claridad de la cláusula. Estas expectativas son las que se ha representado el propio consumidor a raíz de la información proporcionada por el empresario.

Por tanto, siguiendo el razonamiento de este autor, se pueden considerar abusivas aquellas cláusulas que causen un perjuicio en el consumidor por perturbar el valor de la oferta, en comparación con el mercado (sobre el precio, en este caso), tal y como legítimamente pudo haber sido percibida por este en el momento del consentimiento del contrato.

Por ello se le da tal importancia a la fase precontractual. Su finalidad será aportar al consumidor una información adecuada sobre la existencia de esta cláusula y su incidencia

sobre el coste real del crédito, en función de los distintos avatares futuros, con incidencia en la evolución previsible del índice de referencia. Ello, para que el consumidor adopte una decisión con pleno conocimiento de causa.

Sin embargo, y tal y como se desarrollará *infra*, no basta para la validez de estas cláusulas su mera inclusión en la escritura pública de manera clara y comprensible, ni que se haya incluido la misma en la documentación precontractual aportada por el consumidor (PERTIÑEZ VÍLCHEZ, 2015). La información aportada en sede precontractual debería ayudar realmente al consumidor a en su elección sobre contratar o no determinado contrato, debiéndose garantizar por parte del prestamista que sean efectivamente conocidas por aquel. Aquí ya no hablamos de un problema de contenido, sino de que el mismo sea efectivamente conocido por el consumidor (MATO PACÍN, 2019).

7.2.2. Finalidad: un consumidor perfectamente informado.

En primer lugar, para la mejor comprensión de este apartado, se debe distinguir la transparencia formal de la transparencia real, tal y como ya en este sentido realizaba la STS 241/2013 y su auto aclaratorio de 3 de junio 2013). Lo primero está representado por los requisitos formales de la normativa sobre transparencia bancaria (detallados *infra*).

En cambio, la transparencia real requiere que el consumidor esté perfectamente informado de la incidencia de la cláusula sobre el coste real del crédito, con el fin de adoptar una decisión con pleno conocimiento. En palabras del propio Tribunal, no se puede vincular esta finalidad de forma automática con el cumplimiento de determinadas fórmulas, pues ello se traduciría en la realización de meros formalismos carentes de eficacia.

A raíz de esta explicación sobre la disociación entre transparencia formal y real, un sector doctrinal entiende que la validez contractual de una determinada cláusula dependerá justamente de este deber de información precontractual. Sin embargo, este concepto deberá ser definido por su finalidad: conseguir un consumidor perfectamente informado que pueda decidir con pleno conocimiento. De esta forma, el deber de información precontractual queda delimitado con arreglo a parámetros meramente orientativos (PERTIÑEZ VÍLCHEZ, 2015).

Al respecto, ya señalaba el Tribunal Supremo (en el ATS aclaratorio de 3 de junio de 2013) que no hay medios tasados para alcanzar el grado de un consumidor perfectamente informado, siendo posible este objetivo mediante una pluralidad de medios. De contrario, el

cumplimiento de determinadas fórmulas puede acarrear justamente el efecto contrario, siendo meros formalismos carentes de eficacia real (VALERO FERNÁNDEZ-REYES, 2016).

Por ello, para el análisis de lo que se debe considerar como consumidor perfectamente informado se toma como referencia al consumidor medio. A partir de aquí, se deberá valorar si un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pudiese haber podido conocer y comprender el alcance de la cláusula (STJUE C-186/16).

Sin embargo, con esta afirmación el acento realmente se coloca sobre el comportamiento desplegado por el predisponente (y no en las circunstancias subjetivas del consumidor), dado que será la entidad bancaria quien deberá haber proporcionado suficiente información para que el consumidor haya podido conocer y comprender la cláusula (MATO PACÍN, 2019).

Las circunstancias subjetivas del caso concreto han sido relevantes en algún supuesto donde el consumidor tenía características relevantes, como en la SAP Valladolid 67/2018 (F.J.5), que justifica que la información aportada por la entidad fuese menor por los destacados conocimientos sobre la materia por el consumidor.

7.2.3. Deber de información de las entidades bancarias.

En este punto, es interesante conocer qué requisitos impone la normativa de transparencia bancaria en relación con los deberes formales de las entidades bancarias en la fase precontractual. Basta para este trabajo la simple mención de dichos deberes, pues la realización de un análisis exhaustivo de los mismos excede de los objetivos propuestos.

En primer lugar, la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, de forma resumida, exigía los como deberes formales de la entidad bancaria en la formalización de préstamos la formulación de una oferta vinculante, que contenga las condiciones financieras del anexo, por un lado; y posibilitar el examen del proyecto de escritura tres días hábiles antes del otorgamiento en la Notaría correspondiente, por el otro.

También se regulaba la obligación del Notario autorizante, en el momento del acto de otorgamiento, de advertir al prestatario expresamente sobre algunos extremos contenidos en la escritura. Expresamente, el artículo 7.3 de citada Orden, obligaba a realizar esta advertencia cuando: i) el índice de referencia no fuera alguno de los oficiales; ii) el tipo de interés aplicable en el periodo inicial fuese inferior al interés variable resultante en ese mismo período; iii) existiera límites mínimos (cláusula suelo) que no sean semejantes al alza y a la baja.

En segundo lugar, la posterior Orden Ministerial de 28 de octubre de 2011 añade entre los deberes formales a realizar por la entidad bancaria la entrega de documentos informativos previos al contrato, que son la Ficha de Información Personalizada (FIPER) y la Ficha de Información Precontractual (FIPRE).

En referencia a la cuota a pagar por el prestatario, en la sección 5^a de la Orden se añade la obligación de incluir dentro de la información aportada por la entidad bancaria, en caso de interés variable, ejemplos numéricos que indiquen de forma clara la afección sobre el importe de las cuotas de los cambios del tipo de interés. Ello se deberá realizar con referencia a escenarios razonables. Además, en caso de existir límites a la baja (cláusula suelo), el importe concreto de la cuota que resultaría de aplicación.

Por último, la nueva Directiva 2014/17/UE, sobre los contratos de crédito celebrados por consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, pretende aumentar el grado de protección de todos los consumidores que formalicen un contrato de crédito para bienes inmuebles.

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2015) distingue tres niveles de exigencia de información a raíz de dicha Directiva, siendo: a) la publicidad general (art. 11); b) la información general más detallada sobre un producto concreto, a disposición de cualquier cliente potencial, en soporte duradero (art. 12); y c) la información precontractual personalizada, que se proporciona mediante una ficha de formato estandarizado llamada la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN). Además, se incluye la obligación de presentar al consumidor la Ficha de Advertencia Estandarizada (FiAE), donde se deberá informar al cliente sobre las cláusulas más delicadas del crédito ofrecido (como el índice de referencia del préstamo a tipo variable).

Se extrema la importancia del último hito en el proceso de información precontractual, con el propósito de que el consumidor pueda comparar las opciones de crédito existentes en el mercado y evalúe sus implicaciones. El fin último de ello es que pueda elegir de forma razonal la adecuación o idoneidad de celebrar ese determinado contrato de crédito (art. 14.2 de la Directiva).

Para realizar esta comparación de créditos, la Directiva entiende como instrumento idóneo su referencia en TAE (por permitir conocer el coste total del crédito), exigiendo que conste en la publicidad en igualdad de condiciones respecto a cualquier tipo de interés. Sin embargo, tal y

como ya advierte PERTÍÑEZ VÍLCHEZ (2015), este instrumento no resulta idóneo en aquellos créditos referenciados a interés variable. Al calcular la TAE con referencia a las condiciones presentes en el momento de formalización del contrato (art. 17.4), puede pasar inadvertido por el cliente que el tipo de referencia variará durante la vigencia del contrato.

El último elemento añadido en esta Directiva a destacar es la exigencia expresa de facilitar al consumidor «explicaciones adecuadas» sobre el contrato de crédito ofertado y los posibles servicios accesorios. Esta exigencia recae tanto en los prestamistas como en los intermediarios de crédito (art. 16). Con ello, se incorpora dentro de la obligación de informar un elemento dinámico: la información se deberá adaptar a la persona que va a contratar el producto, debiendo esta comprender las características principales del mismo y sus efectos específicos sobre el propio consumidor (incluyendo las consecuencias de posibles impagos).

Pese a lo dicho en este apartado, y como se anticipaba *supra*, para superar el nivel de conocimiento que se exige en el control de transparencia no basta el cumplimiento de estos deberes de información. Desde el origen, con la STS 241/2013, se exigía un plus de información para aquellas cláusulas que versaran sobre los elementos esenciales del contrato, con el fin de conseguir a ese consumidor perfectamente informado.

A consecuencia de esta afirmación, los deberes de información impuestos por la jurisprudencia exceden de los deberes formales exigidos por la normativa sobre transparencia bancaria. Aunque, al menos de forma parcial, algunos de los parámetros de transparencia citados en la STS 241/2013 pueden considerarse subsumidos en la Orden Ministerial de 28 de octubre de 2011 (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2015).

Dado justamente que esta transparencia real se ha fijado jurisprudencialmente con un umbral muy alto, son muchas las críticas doctrinales realizadas al respecto. Fundamentalmente, se justifican en la inseguridad jurídica provocada por la ausencia de criterios precisos sobre el deber de información, que afectan justamente a un sector tan necesitado de seguridad como es el bancario (PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, 2015).

Al respecto, SALMERÓN MANZANO (2019) también señala el hito temporal que transcurre desde el momento de la contratación hasta el momento de su análisis. Se está aplicando parámetros y controles existentes en la normativa vigente a situaciones pasadas, en las cuales no se encontraban vigentes tales parámetros. Afirma la autora que se elimina el elemento de

igualdad de derechos entre los contratantes cuando se declara la abusividad de aquello que se realizó con base en la normativa vigente en ese momento (con las normas, usos y costumbres que regían entonces).

7.2.4. Efecto del incumplimiento de los deberes de información bancaria.

En sede de compraventa de un inmueble (no respecto a su financiación), las soluciones aportadas para la falta de información grave en la integración publicitaria al contrato se definen con la coexistencia de remedios típicos del derecho al consumo y otros específicos de este ámbito (BARRAL-VIÑALS, 2019). Entre los mismos, la doctrina señala la posibilidad de interponer una reclamación de responsabilidad extracontractual *ex art. 1902 Cc* o solicitar alguno de los remedios contemplados en el artículo 1124 Cc (el consumidor puede elegir entre la indemnización o la resolución del contrato por incumplimiento).

Sin embargo, en sede de cumplimiento de deberes de información bancaria, se ha de señalar que la falta o incumplimiento de los deberes de información no implican directamente entender que la cláusula no es transparente. En este sentido, no se prevé consecuencia jurídica concreta sobre la validez del contrato del incumplimiento de los deberes de información (ni siquiera en la nueva Directiva 17/2014).

PERTIÑEZ VÍLCHEZ (2015) considera que no es razonable anudar automáticamente al incumplimiento de alguno de estos requisitos la consecuencia de la nulidad, porque el incumplimiento de un deber de información no puede asimilarse al de un pacto que por su contenido resulta contrario a una norma imperativa (art. 6.3 Cc). De manera análoga se ha transpuesto la Directiva MIFID.

Hace una propuesta a este respecto que es interesante señalar: un cambio en la carga de la prueba que implique que sea el consumidor quien debe probar el engaño o la falta de información. El incumplimiento de los deberes formales, en cualquier caso, deberían interpretarse a la luz de las normas sobre vicio de consentimiento (arts. 1.266, 1.269 y 1.270 Cc) o con las normas sobre cláusulas abusivas por falta de transparencia (art. 82 TRLGDCU).

Así, la omisión de un deber de información generaría una obligación de resarcimiento de daños (art. 1.107. II y 1.101 Cc) o a una integración del contrato con arreglo a la buena fe objetiva (art. 65 TRLGDCU).

7.3. Aplicación jurisprudencial del control de transparencia en cláusulas IRPH.

La finalidad de este epígrafe será examinar, teniendo en cuenta lo estudiado acerca del control de transparencia, su aplicación en aquellas cláusulas que contienen el índice IRPH como tipo de referencia. Dada la divergente y conflictiva jurisprudencia al respecto (baste observar en el ANEXO D del presente trabajo los diversos criterios adoptados por las Audiencias Provinciales), será necesario realizar este análisis desde una perspectiva cronológica, para entender los diferentes estadios de evolución jurisprudencial al respecto.

7.3.1. Conclusiones de la STS 669/2017.

En un primer momento, nuestro Tribunal Supremo entendió que la cláusula es transparente. Siguiendo el planteamiento de la sentencia, en el supuesto de realizar el control de transparencia a una cláusula que contenga el interés variable de un préstamo hipotecario, se deberá analizar que el consumidor ha sido informado y es consciente de que dicha cláusula es un elemento esencial del contrato y de la forma en la que se calcula el mismo.

Basta para el Tribunal, respecto a la fórmula de cálculo del interés variable, que el consumidor haya conocido el precio del crédito y que este se conforma sumando el índice y el diferencial pactado (F.D.6.7º). Es decir, bastaría en este punto aportar explicaciones conforme al epígrafe 2 del presente trabajo (sobre las cláusulas de interés variable en general), no siendo necesario hacer referencia a la información descrita en el epígrafe 3 (sobre el IRPH en concreto). El Tribunal estima que el consumidor debió conocer la importancia jurídica y económica de la cláusula por el carácter esencial de la cláusula y porque el IRPH es un índice oficial.

AHEDO PEÑA (2019) desglosa los elementos tenidos en cuenta por parte del Tribunal Supremo para realizar el control de transparencia sobre esta cláusula. Las afirmaciones que se tuvieron en cuenta por parte del Tribunal para llegar a esta conclusión son, de forma resumida, las siguientes (F.J.6º. 9 a 13):

- No es obligación de las entidades financieras ofrecer o utilizar varios índices de referencia.
- No es exigible a la entidad financiera que explique pormenorizadamente la forma de determinación del índice de referencia, dado que la elaboración de este se supervisa por el Banco de España.
- El prestamista no debe tener una oferta más o menos amplia de índices de referencia, y ello no afecta a la transparencia, por lo que no se puede exigir a las entidades financieras

que ofrezcan al prestatario contratar con otros índices. La comparación entre índices se podría haber realizado por el consumidor a través del BOE, siendo información pública y accesible para cualquiera.

- No se debe analizar dentro del control de transparencia el comportamiento más favorable de otros índices, como el Euribor. Esto cabría únicamente de forma retrospectiva, es decir, considerando las particularidades existentes al tiempo de celebrarse el contrato. En este caso, se tendrá en cuenta también que el diferencial de los préstamos referenciados al IRPH es estadísticamente más bajo.
- A diferencia de lo que ocurría con la cláusula suelo, dónde el coste del préstamo se ocultaba de forma oscura al establecerse un tope mínimo a la variabilidad del índice, en las cláusulas que contienen la referencia al IRPH basta para comprender el precio del préstamo conocer el índice legal y su modo de variación.

El Magistrado Excmo. Sr. Orduña Moreno formuló un voto particular en esta sentencia, al que se adhirió el Magistrado Excmo. Sr. Arroyo Fiestas. A los efectos que aquí interesan, entienden los magistrados firmantes que no basta con la mera referencia a un índice oficial, sino que se debe hacer una valoración extensiva de los deberes de información exigibles a profesionales y entidades prestamistas (DE JUBERA, 2019).

Siguiendo el hilo de su explicación, el control de transparencia en estas cláusulas debería exigir que el prestamista haya facilitado información sobre la aplicación y funcionamiento tanto del índice, como de la cláusula inserta en el contrato. La explicación de ello es la dificultad y complejidad de comprensión del concepto de IRPH y de los mecanismos de aplicación del índice en el contrato. Para ello, la entidad bancaria cuenta con la experiencia y conocimientos adecuados (STJUE C-186/16).

Teniendo en cuenta, por un lado, la complejidad del índice para la comprensión del consumidor medio, y, por otro lado, los conocimientos y experiencia del profesional, es exigible a este último el deber de aportar un plus de información sobre el alcance y funcionamiento concreto del índice, así como las obligaciones financieras que comportaban para el consumidor. Por ello, en contra del criterio que mantiene la Sentencia, entienden los magistrados que no basta con conocer cómo se calcula el interés variable de un préstamo.

Por último, con el fin de que el consumidor comprenda realmente las obligaciones económicas que conlleva la elección del IRPH como índice de interés variable, se debió explicar su peculiar

configuración respecto a otros índices y el funcionamiento concreto del mecanismo de aplicación. Para mayor claridad, se debía haber incidido en la evolución anterior de este índice y a su previsible comportamiento en el momento de la contratación.

A modo de conclusión, tal y como destaca CÁMARA LAPUENTE (2017), el Tribunal Supremo parece querer frenar el carácter expansivo de la doctrina sobre el control de transparencia, dictada tanto por el propio Tribunal, como por el TJUE. Así, el Tribunal decide restringir los deberes informativos que deben suministrar las entidades financieras que refieren un índice financiero al IRPH. Tal limitación libera a las entidades bancarias de explicar sus peculiaridades, previsiones y maneras de conformarse, bastando únicamente que el consumidor pueda conocer el índice y diferencial aplicado.

7.3.2. Conclusiones de la STJUE de 3 de marzo de 2020.

De manera contraria a lo dictado en la STS 669/2017, el TJUE afirma que las exigencias de transparencia en estos casos deben interpretarse de manera extensiva. El sistema de protección de la Directiva 93/13 se basa justamente en el planteamiento de la situación de desequilibrio, en lo relativo al menor nivel de información, que el consumidor tiene respecto al profesional que ofrece el producto.

De ahí subyace la exigencia de aportar por parte de la entidad financiera, con el fin de conseguir a un consumidor perfectamente informado, datos suficientes que permita entender el funcionamiento concreto del cálculo del tipo de interés y evaluar las consecuencias económicas significativas de las cláusulas sobre su obligación financiera, mediante criterios precisos y comprensibles. Por esto, SUÁREZ PUGA (2020) entiende que se pretende evaluar el cumplimiento de la buena fe objetiva de la entidad.

Esta información se concreta por parte del TJUE en la mención de dos elementos que considera «especialmente pertinentes» para su valoración. El primero es que los elementos esenciales sobre el cálculo del tipo de interés deben resultar fácilmente comprensibles para cualquier persona que quiera concertar un préstamo, principalmente por la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés. Por otro lado, es un elemento especialmente pertinente que se haya suministrado información acerca de la evolución del índice pactado como tipo de interés (SEGURA MOREIRAS y SUÁREZ PUGA, 2020)

Para SUÁPEZ PUGA (2020), el primer elemento implica que el consumidor conozca la definición oficial del índice financiero, los períodos de revisión y el método de comprobación de los valores. De esta forma, descarta que se deba explicar de forma exhaustiva los parámetros que conforman el índice o cómo se calcula el mismo.

Sobre el segundo elemento, el autor señala que se trata de información acerca de la evolución pasada, porque exigir a la entidad que presente representaciones sobre el comportamiento futuro del índice podría incluso acarrear futuras responsabilidades a la entidad, en caso de resultar inexactas.

7.3.3. Conclusiones de las Sentencias del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 2020.

Finalmente, el Tribunal Supremo se ha vuelto a pronunciar sobre la aplicación del control de transparencia en las cláusulas de interés variable referenciadas al IRPH, modificando parcialmente la doctrina dictada al respecto. Concluye el Tribunal que la cláusula no supera el control de transparencia (aunque excluye posteriormente su abusividad, tal y como se expondrá *infra*).

El elemento que el Tribunal Supremo tiene en cuenta, principalmente, para llegar a esta conclusión es la evolución pasada del índice. Estima el Pleno que el folleto informativo que se debió aportar a los consumidores en la fase precontractual debía contener información relativa al último valor disponible del índice y su propia evolución durante los dos últimos años naturales, como mínimo. Con esta información, un consumidor medio podría comprender que el índice es una media del precio de operaciones homólogas a las que estaba concertando él.

Sin embargo, el Pleno sigue excluyendo como parámetros de transparencia elementos tales como la comprensibilidad del funcionamiento matemático y financiero del IRPH. Ello por estimar que ni si quiera índices más conocidos y utilizados como el Euribor soportarían dicha prueba. Este argumento ha sido aceptado ampliamente por la doctrina, que afirma incluso mayor sencillez de comprensión del IRPH (SEGURA MOREIRAS y SUÁREZ PUGA, 2020).

Tampoco resulta relevante para el Tribunal aportar información comparativa con otros índices oficiales (en cualquier caso, señala como herramienta adecuada de comparación la TAE), ni entiende que es obligación de las entidades bancarias el asesoramiento sobre la posibilidad de contratar un préstamo mejor.

7.3.4. Elementos tenidos en cuenta por la jurisprudencia menor.

De forma general, la SJM Zaragoza 261/2016 (F.J.3º) entendió que no había falta de información en el supuesto específico que enjuiciaba, dado que el actor había recibido la oportuna oferta vinculante junto al folleto informativo, donde se explicaba que el índice que se iba a utilizar para su crédito hipotecario era el IRPH. Se basa por tanto en un control de transparencia ligado a los deberes formales de las entidades bancarias.

En cambio, en la SAP Vitoria 85/2016 (F.J.5º) se aplica un control de transparencia real, en búsqueda de un consumidor perfectamente informado. Por ello, entiende la Audiencia que la cláusula no pasa el filtro de transparencia dado que la entidad no se acreditó que el cliente pudo comprender su contenido. En concreto, hace referencia a que no se explicó el cálculo que realiza el Banco de España para determinar el índice, no se comparó el IRPH con el resto de índice y no se aportó su evolución en los últimos años (en concreto, que tenía valores superiores al Euribor).

En sentido contrario, la SAP Barcelona 2323/2020 considera que ni la normativa bancaria vigente al suscribir el contrato, ni el TJUE exigen facilitar información comparativa entre índices, ni la fórmula para su cálculo (F.J.6º).

La eventual falta de transparencia también se ha venido argumentando desde la jurisprudencia menor mediante la exigencia de informar de la evolución del tipo de interés de referencia durante, al menos, los dos últimos años. En este sentido, se cita a SAP Zamora 410/2020 (F.J.4º).

En contra, la SAP Barcelona 218/2016 (F.J.7º), considera que dicha cláusula supera el control de transparencia dado que el consumidor podía elegir entre otras opciones de remunerar el interés del préstamo. En este sentido también se pronunciaba la SAP Baleares 230/2016 (F.J.2º) y la SAP Segovia 254/2016 (F.J.7º). Sin embargo, en este último el actor decidió cancelar un contrato hipotecario para contratar un préstamo con IRPH, que consideraba más beneficioso.

La SAP Barcelona citada, usa también el argumento de su posible manipulación para afirmar que supera el control de transparencia, en el sentido de ser un índice oficial, bajo el control del Banco de España, que no supone restricción de derechos del consumidor.

La SJM Valencia 1128/2014 (F.J.5) declara nula la cláusula al estimar que se incumple el control de transparencia al no ser negociado individualmente, ni facilitarse a la prestataria simulaciones ni alternativas. Además, introduce en el control de transparencia el argumento de la manipulación del índice, concluyendo finalmente que la demandante no tenía conocimiento real del alcance e incidencia de la cláusula en su obligación de pago.

7.4. Efectos de la falta de transparencia.

El artículo 4.2 de la Directiva 93/13 establece que no se apreciará el carácter abusivo de aquellas cláusulas que contengan el objeto o el precio del contrato, siempre que estén redactadas de forma clara y comprensible. *A contrario sensu*, se interpreta que se excluye del control de abusividad las cláusulas que recojan los elementos esenciales del contrato, si son transparentes.

CÁMARA LAPUENTE (2017) destaca al respecto que el legislador comunitario únicamente ordenó realizar esta interpretación *contra proferentem* cuando las cláusulas no fuesen claras y comprensibles (art. 1288 Cc). Sin embargo, el problema en este punto es la falta de conexión del control de transparencia, regulado en los artículos 4.2 y 5 de la Directiva 93/13, con el carácter abusivo de las cláusulas y sus consecuencias, *ex art. 3 y 4.1 de la Directiva*.

Doctrinalmente, se han realizado diversas interpretaciones acerca de los efectos ligados a la falta de transparencia, interpretaciones que se extienden cuando esta falta de transparencia afecta a una cláusula relativa al objeto principal del contrato (PAZOS CASTRO, 2017). A consecuencia de ello, los diferentes Estados Miembros debían colmar esta laguna jurídica en sus normas nacionales, presentándose diversas posibilidades, tales como que la consecuencia sea su no incorporación, la abusividad directa o la abusividad ponderada.

En cuanto a la jurisprudencia comunitaria dictada al respecto, no se ha pronunciado de manera taxativa sobre dichas consecuencias (CÁMARA LAPUENTE, 2017). Por un lado, se ha pronunciado interpretando que el precepto expresa que la falta de transparencia de una cláusula provoca su sometimiento al control de abusividad (en concreto, al control de contenido). Por otro lado, también se ha interpretado que la consecuencia de esta falta de transparencia es la invalidez de la cláusula afectada de forma automática.

La jurisprudencia nacional en este punto ha sido confusa. En un primer momento, desde la Sentencia 241/2013, el TS indicó que si una cláusula era transparente no se debía entrar a

valorar su abusividad, pues el control de transparencia se constituye como un requisito previo para determinar la abusividad. Así se vino resolviendo, por ejemplo, en la STS 464/2014.

Sin embargo, a raíz de la STS 705/2015 (F.J. 4º), se consideró que hubo un cambio en la doctrina del Tribunal. La transparencia se constituyó como un elemento para constituir la abusividad en sí misma considerada, no como un requisito previo. Por tanto, si una cláusula no era transparente, era abusiva (FENOY PICÓN, 2018).

Sentado el hito anterior, sorprendió a parte de la doctrina que el Pleno del Tribunal Supremo (en las mencionadas SsTS de 12 de noviembre de 2020) concluyera que aun no siendo transparente las cláusulas que incluyen el IRPH como índice de referencia, no necesariamente implicaba que las mismas fuesen abusivas. De esta forma, parece que el TS retorna a la doctrina jurisprudencial inicial. Máxime cuando en las citadas sentencias se argumenta que, partiendo del art. 4.2 de la Directiva, se ha de entender que los controles de transparencia y abusividad son diferentes, siendo el primero presupuesto o antecedente del segundo. Sin embargo, esta línea argumental no es novedosa, en el sentido de que ya había sido adoptada en las resoluciones de varias Audiencias Provinciales (*vid. SAP Madrid 143/2020, F.J.4*).

De esta forma, apreciada la falta de transparencia de esta cláusula se debe realizar un juicio de abusividad (cita, entre otras, en SsTJUE C-26/13, C-186/16 y C-38/17). Además, la falta de transparencia es una condición necesaria para apreciar la abusividad, pero no suficiente. Que una cláusula no sea transparente no implicaría necesariamente que exista desequilibrio entre las prestaciones y, por ende, que sea abusiva.

Sobre la doctrina anterior, donde se equiparaba la falta de transparencia con la abusividad, aclara el Pleno que ello solo es correcto en supuestos muy concretos. Entre ellos, destaca la cláusula suelo, por entrañar un elemento engañoso como es la apariencia de un interés variable siendo realmente un interés fijo y solo variable al alza. En este caso, la alteración del equilibrio subjetivo del precio y la prestación justifica la equiparación entre transparencia y abusividad.

8. Efectos de la declaración de nulidad de la cláusula.

Pese a que la cuestión suscita aún dudas jurídicas respecto a los pasos previos ya expuestos, es necesario conforme a los objetivos de este trabajo presentar los posibles escenarios de la eventual declaración de nulidad de las cláusulas objeto de estudio.

Como premisa, se ha de partir del artículo 83 TRLGDCU. Este precepto dispone que la consecuencia de declarar abusiva una determinada cláusula (también en caso de falta de transparencia) es su nulidad de pleno derecho, teniéndose por no puestas en el contrato.

8.1. Restitución de las cantidades indebidamente cobradas.

La declaración de nulidad, con efectos *ex tunc*, implica la restitución recíproca de las obligaciones realizadas por las partes. Una de las consecuencias de ello es la devolución por parte del prestamista de todas aquellas cantidades que ha percibido indebidamente a causa de la aplicación de la cláusula declarada nula (en este caso, la cláusula IRPH).

En concreto, nuestro ordenamiento jurídico establece un criterio de liquidación, en virtud del cual deberán restituirse los contratantes recíprocamente el objeto del contrato, junto a sus frutos e intereses, al declararse la nulidad de la obligación (art. 1303 Cc). Tal y como señala PERTIÑEZ VÍLCHEZ (2019), la finalidad de este precepto es restablecer la situación patrimonial previa al contrato de las partes.

Sin embargo, para ello se deberá atender a la naturaleza de cada contrato. En este sentido, el autor señala que la declaración de nulidad de una cláusula inserta en un contrato de préstamo, y en el caso de la nulidad parcial de una cláusula que afecte al precio, deberá partir de la restitución al prestatario de las cantidades indebidamente pagadas por la aplicación de dicha cláusula. En el caso de las cláusulas suelo, por impedir a los consumidores beneficiarse de todas las bajadas del tipo de interés.

Las cantidades indebidamente pagadas ascenderán al resultado de sumar las diferencias entre las cantidades efectivamente satisfechas por el deudor y las cantidades que debiera haber satisfecho sin la cláusula nula, en cada uno de los respectivos períodos y calculado desde el comienzo de la relación contractual.

Además, respecto al interés legal, debe devengarse sobre el exceso del precio satisfecho en cada uno de los diferentes períodos de pago, desde el momento en que estos se realizaron.

Todo ello, sin perjuicio del recálculo del cuadro de amortización, pues como consecuencia de estas operaciones liquidatorias, el saldo pendiente de amortización también se verá reducido, en beneficio del prestatario.

8.2. Moderación de la cláusula contractual.

La función moderadora de los Tribunales es una característica de las cláusulas penales, que se recoge en el artículo 1.154 Cc. El precepto establece que cuando el deudor cumpla parcial o irregularmente la obligación principal, el juez tiene la facultad de modificar equitativamente la pena. La moderación del contrato apuesta por el mantenimiento de la cláusula en el contrato (PERTIÑEZ VÍLCHEZ, 2019).

Ello no es posible dentro de la normativa de consumidores. La STJUE C-618/10 obligó incluso a reformar el artículo 83 TRGDCU, mediante la Ley 3/2014, con el objetivo de fijar la imposibilidad de que un juez nacional modere una cláusula declarada nula por abusiva, hasta el punto de que deje de serlo (MATO PACÍN, 2019). En el mismo sentido se ha pronunciado la STJUE C-26/13.

8.3. Integración del contrato.

La integración de un contrato se refiere al acto en virtud del cual completamos el régimen jurídico del mismo. La complejidad de dicha operación deriva de que trata de sustituir la voluntad de las partes, debido a la existencia de lagunas legales dentro del contrato. Por ello, debemos atender a una serie de criterios, como los referenciados en el art. 1258 Cc: la buena fe, el uso y la ley. Sin embargo, tal y como se ha señalado, tras la STJUE C-618/10 la normativa nacional de protección de consumidores se modificó, dado que la integración del contrato en el ámbito de los consumidores podría poner en peligro la finalidad de la Directiva 93/13, eliminando el efecto disuasorio (DE PABLO CONTEGRAS, 2015).

8.3.1. Posibilidad de integración del contrato: sustitución del índice.

PERTIÑEZ VÍLCHEZ (2019) señala que la integración del contrato vela por el mantenimiento del mismo una vez que la cláusula controvertida ha sido expulsada del contrato, colmando el vacío contractual con las fuentes de derecho supletorio existentes. En este supuesto concreto, se hace referencia a la posibilidad de aplicar otro tipo de interés.

Esta posibilidad se tiene en cuenta dado el perjuicio que supondría para el consumidor la nulidad del contrato de préstamo hipotecario. Al respecto, la jurisprudencia comunitaria ha estimado que la consecuencia de declarar el carácter abusivo de una cláusula ha de ser su no vinculación, eliminando la posibilidad de moderar la cláusula o integrar el contrato con

disposiciones de derecho nacional supletorio (STJUE C-397/11, considerandos 41-53). Como única excepción, el TJUE señala el supuesto en virtud del cual el contrato no pudiera subsistir en perjuicio del consumidor (STJUE C-26/13, considerando 77).

La STJUE de 3 de marzo de 2020 da una serie de pautas previas a la decisión de integrar el contrato. Ante estos supuestos, y por este orden, el juzgado deberá comprobar los siguientes elementos: a) el carácter abusivo de la cláusula controvertida; b) la imposibilidad de supervivencia del préstamo hipotecario tras la eliminación de la cláusula; y c) las consecuencias especialmente perjudiciales a las que quedaría expuesto el consumidor en caso de anulación del contrato. Si ello fuese así, el juez nacional podrá sustituir el índice por el índice legal aplicable calificado como supletorio por la normativa nacional, en defecto de pacto entre las partes.

Es importante destacar el carácter prevalente de un pacto entre las partes a este efecto. Por ejemplo, sobre la posibilidad de emplazar a las partes a negociar un nuevo modo de cálculo, se ha pronunciado a favor la reciente la STJUE C-269/19. Sin embargo, se debe advertir, tal y como hace la STJUE C-452/18, que los posibles acuerdos novatorios también están sujetos a la Directiva 93/13, por lo que debieran ajustarse a los controles de abusividad y transparencia (GARCÍA HERNANDO, 2020).

Este criterio también ha sido acogido por la jurisprudencia menor de ámbito nacional. En este sentido, la SJM Valencia de 18 de noviembre de 2015 (F.J.5º) decidió dar prevalencia a la autonomía de la voluntad de las partes, dado que la actora había solicitado expresamente la sustitución del índice por uno menor. Sin embargo, el criterio del Juzgado era que se debía haber declarado la nulidad de la cláusula y su inaplicación sin posibilidad de integración (ACHÓN BRUÑÉN, 2017).

Sin embargo, también existen sentencias que acogen el criterio contrario, pronunciándose en contra de la posibilidad de integración del contrato. Entre ellas se encuentran la SAP Vitoria 85/2016 (F.J.7º), la SJPI Chiclana de la Frontera 56/2017 (F.J.6º) o SJPI Mataró 36/2017 (F.J.6º.e).

Se ha de destacar, por su claridad, la SAP Sevilla de 23 de abril de 2020. En la misma se expone que no sería posible que el juez de forma discrecional modificara una cláusula declarada nula (porque ello iría en contra del efecto disuasorio que persigue la Directiva 93/13), ni que

acordara la sustitución por otro índice a elección del prestatario (dado que legalmente se prevé un índice sustitutivo y ello supondría dejar al arbitrio de una de las partes contratantes la elección de un elemento esencial del contrato).

Estos razonamientos también los traslada respecto a la posible eliminación o al mantenimiento del diferencial pensado para otro tipo de índice de referencia, pues estas posibilidades suponen romper el equilibrio de las prestaciones y la libertad del mercado.

8.3.2. Tipos de referencia sustitutivos.

Como se ha dispuesto anteriormente, la Disposición adicional 15^a de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores, supuso la desaparición del IRPH Cajas y Bancos con efectos desde el 1 de noviembre de 2013, y ordenó la aplicación para los contratos que contaran con este índice de los índices de referencia sustitutivos, si existieran y no estuvieran afectados por dicha desaparición. En caso contrario, se deberá aplicar el índice de referencia previsto legalmente, siendo este el IRPH-Entidades (Disposición Adicional 15^a, apartado 2).

Con ello, se debe atender a las condiciones particulares del supuesto para contemplar las soluciones previstas. En primer lugar, si el índice principal ha desaparecido, pero sigue vigente el sustitutivo, SUÁREZ PUGA (2017) entiende que se deberá aplicar este último, de acuerdo con el respeto al artículo 1.258 Cc, siendo preferente a la integración del contrato. Sin embargo, más problemas se dan cuando ha desaparecido tanto el índice principal como los índices sustitutivos.

Al respecto, SUÁREZ PUGA (2017) señala que, de forma previa a utilizar el criterio legal, se debe examinar algunas de las soluciones contractuales existentes, que suelen ser: i) establecer un tipo de interés fijo; ii) reenvío contractual a la solución legal prevista en la Ley que establece su desaparición; iii) perdurabilidad del último tipo de interés que hubiese sido posible calcular con los desaparecidos índices.

El problema que encontramos en la primera solución contractual es que el importe del tipo de interés fijo puede estar alejado del tipo medio de mercado de una operación similar en el momento en la que empieza a ser utilizado.

En cuanto al tercer problema, sobre la perduración del último tipo de interés que se hubiese podido determinar, esta solución excluye las expectativas de variabilidad del tipo de interés. Por ejemplo, si examinamos la cláusula inserta en el anexo B del presente trabajo, se puede

comprobar cómo tras la desaparición del IRPH-Cajas y el CECA, el tipo de referencia sustitutivo será el último tipo de interés calculado.

RIBELLES ARELLANO (2018) señala que sería preferible aplicar el índice de referencia que crea la Ley de Emprendedores, dado que lo contrario supondría convertir el préstamo a uno de tipo fijo, y ello podría plantear problemas por el posible carácter abusivo del tipo fijo resultante. A esta misma conclusión ha llegado la SAP Tarragona 225/2020 (F.J.2º.3). En sentido similar, algunos consumidores han solicitado a los tribunales la sustitución de este índice por un interés fijo, negándose mayoritariamente esta posibilidad (MATO PACÍN, 2019).

Parece más adecuado por tanto optar por la segunda posibilidad: el reenvío contractual a la solución legal prevista en la Ley que establece su desaparición. La SAP Tarragona 225/2020 entiende que esta debe ser la solución óptima, y aplica el IRPH-Entidades como sucesor legal del IRPH-Cajas, en un supuesto donde el índice fijado como sustitutivo se había también suprimido. Sin embargo, que la solución legal prevista haya sido justamente el IRPH-Entidades, no ha estado exento de polémica. Muestra de ello son los votos particulares que existen en las STS 69/2017 y en las SsTS de 12 de noviembre de 2020.

Por un lado, el voto particular de la STS 669/2017, antes mentado, señala como índice aplicable el Euribor. La sustitución por el Euribor como tipo de referencia de un contrato de préstamo con elementos de variabilidad es una solución que ya ha tomado el Tribunal Supremo en otras ocasiones, en concreto respecto a préstamos en divisa extranjera (STS 608/2017).

Por otro lado, el voto particular de las Sentencias de 12 de noviembre de 2020 reitera que el índice sustitutivo aplicable a estos contratos de préstamo debiera ser el Euribor. En este supuesto, añade a la argumentación que sustituir dichos índices por el IRPH-Entidades provoca una alteración mínima en el resultado económico de la resolución. Ello repercute tanto en el efecto disuasorio de las políticas de protección del consumidor, como en la finalidad de evitar que se mantengan los efectos de las situaciones de abuso de superioridad por el profesional predisponente (STJUE de 21 de diciembre de 2016, considerandos 60-66).

Sin embargo, optar por el Euribor como índice sustitutivo sería la aplicación del mayoritariamente aplicado en España, por lo que no considera el magistrado que se pueda

calificar como actividad integradora del contrato. Concluye que esta opción es compatible con el art. 6.1 de la Directiva, siempre que el consumidor aceptara este índice.

Además, se debe tener en cuenta que existen préstamos hipotecarios donde el tipo de interés principal es el IRPH-Entidades (un ejemplo, es la cláusula inserta en el Anexo A de presente trabajo), las cuales también se discute su abusividad. Por lo que no sería válido contemplar dicha solución en este caso. No obstante, no ha faltado justamente como justificación de la validez de la cláusula el argumento de que el legislador ha previsto este índice (IRPH-Entidades) como interés sustitutivo del IRPH-Bancos, IRPH-Cajas y CECA (a título de ejemplo, SAP Santander 348/2020, F.J.5^a).

Incluso, se ha discutido sobre la posibilidad de declarar abusiva la cláusula que contempla esta posibilidad, máxime cuando se trate de alguna de las modalidades de IRPH o el tipo de interés sustitutivo sea el IRPH-Entidades. A este respecto la SAP Barcelona 627/2018 (F.J.5^o.42) concluye que no es abusiva dicha cláusula al no poder apreciarse que la entidad actuara contraviniendo la buena fe contractual, y ello provocara un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor, dado que la desaparición de este índice era ajeno e imprevisible para la entidad de crédito.

Por último, se ha de señalar la posibilidad de aplicar tras la declaración de abusividad por falta de transparencia el interés legal del dinero publicado en el Boletín Oficial del Estado. Esta posibilidad es señalada por VÁZQUEZ MUIÑA (2018) con fundamentación en lo manifestado por el TJUE. En concreto, este Tribunal ha considerado que la subsanación de la nulidad de una cláusula que constituye el elemento esencial del contrato se deberá realizar sustituyendo esta estipulación por una disposición supletoria de Derecho nacional.

8.4. Inaplicación de la cláusula sin posibilidad de sustitución.

Tal y como se ha venido señalando, tras la reforma del art. 83 TRLGDCU, el juez deberá tener por no puesta la cláusula. El razonamiento es que se debería suprimir cualquier estímulo que fomente la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos de préstamo hipotecario, aumentando la eficacia de la Directiva (MATO PACÍN, 2019). Si la consecuencia de tal inclusión fuese retornar a lo que debería haber tenido que ser desde el principio, no existirían verdaderamente consecuencias negativas, siendo incluso rentable seguir esta práctica.

La STJUE C-618/10 señalaba este extremo al interpretar que conforme al artículo 6.1 de la Directiva 13/1993, el juez nacional debería dejar sin aplicación la cláusula abusiva existente, sin poder modificar su contenido (considerando 71). Al respecto, PERTIÑEZ VÍLCHEZ también señala como razón el efecto disuasorio en el empleo de las cláusulas abusivas como objetivo principal de la Directiva, dado que, si existiese la posibilidad de garantizar una defensa de sus intereses mediante la institución de la integración, el profesional no se vería desincentivado a incluir dichas cláusulas en sus contratos con consumidores.

Es por ello que, muchos profesionales jurídicos, han entendido que la consecuencia de declarar la nulidad de una cláusula abusiva debiera significar la eliminación completa de la cláusula sin posibilidad de sustitución alguna, quedando el préstamo gratuito, o sustituirlo por el derecho dispositivo supletorio (que recordemos que en este caso es el IRPH-Entidades).

Al respecto, el artículo 10 LCGC establece que la sentencia que declare la nulidad de una cláusula deberá resolver casuísticamente sobre la posibilidad de conservación del contrato sin la misma. Si partimos de estas premisas, doctrinalmente se ha valorado la conversión de estos contratos onerosos en contratos gratuitos, dado que un contrato de préstamo es por naturaleza gratuito (*ex arts. 1755 Cc y 315 Ccom*). Por tanto, cabría la subsistencia del contrato sin devengo de intereses.

En contra de esta fundamentación, si se considera que la supresión del precio del contrato impide la subsistencia del mismo, las partes quedan obligadas a restituirse recíprocamente las cantidades entregadas. En este sentido, PERTIÑEZ VILCHEZ (2019) estima que si la nulidad de un contrato de préstamo fuese total, se deberá producir una compensación parcial de las dos obligaciones dinerarias restitutorias: la del prestatario de devolver el capital prestado más el correspondiente interés legal y la del prestamista de restituir las cantidades recibidas en concepto de amortización de capital e intereses retributivos.

Esta compensación arrojará un saldo negativo para el prestatario, pudiendo ser especialmente perjudicial para el mismo, por tratarse generalmente de una cuantía que puede exceder su poder económico, lo cual podría disuadirle de ejercitar una acción de nulidad.

El riesgo de este perjuicio para el prestatario queda conjurado cuando la causa de la nulidad sea el carácter abusivo de una cláusula que afecte a los elementos esenciales del contrato de préstamo por la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ya mentada

anteriormente). Recordando la misma, para evitar la nulidad total de un préstamo que exponga al consumidor consecuencias especialmente perjudiciales, se admite de forma excepcional sustituir la cláusula declarada abusiva por una disposición nacional de derecho supletorio, cuando ello permita la subsistencia del contrato.

En el mismo sentido, BALLUGERA GÓMEZ (2017) señalaba que la nulidad total puede ser una solución efectiva cuando se trate de contratos para la inversión o el ahorro, dado que el principal objetivo sería la recuperación de ese dinero, dejando sin efecto el contrato. En cambio, en la contratación con consumidores cuando estos quieren conservar el bien o servicio, la solución óptima debiera pasar por una nulidad parcial con conservación del objeto del contrato, asegurando su bienestar.

9. Conclusiones

A raíz de lo estudiado y analizado en el presente Trabajo de Fin de Máster se han llegado a las siguientes conclusiones, que se enumeran para su mejor comprensión.

Primera. La finalidad de las cláusulas de interés variable en los contratos hipotecarios es salvar la economicidad del contrato. Con su inclusión, se busca una actualización del precio conforme a los valores del mercado, de forma que ambas partes a priori desconocen el importe total que se pagará en concepto de intereses.

El IRPH es un índice oficial y complejo. En este sentido, aun siendo también complicado conocer el funcionamiento matemático del Euribor, lo cierto es que este último índice es más conocido por el consumidor. Las autoridades bancarias recomendaron para la aplicación del IRPH utilizar un diferencial negativo, dado que por su forma de cálculo realizar lo contrario supondría que la TAE de la operación sea más elevada respecto al mercado.

Segunda. Las cláusulas de un contrato hipotecario celebrados con un consumidor que estipulen el tipo de interés aplicable, en concreto el IRPH, son una condición general de la contratación de acuerdo con el artículo 1 LCGC. Las mismas, quedan sometidas a la Directiva 93/13, dado que lo que se analiza es la cláusula que contiene el índice, y no el índice en sí.

Para el control del índice existen procedimientos administrativos específicos, tal y como se ha especificado anteriormente, no siendo válido su enjuiciamiento por los Tribunales civiles. En concreto, es el Banco de España el competente para controlar administrativamente que dicho índice hipotecario se ajusta a las exigencias de la normativa bancaria y, en caso contrario, aplicar las debidas sanciones previstas en las normas de disciplina bancaria.

Por tanto, se debe descartar desde este momento el argumento sobre la posible manipulación del índice para predicar su abusividad. Aparte de la dificultad probatoria que conlleva, la posibilidad de manipulación de un índice es un rasgo que pudiera predicarse de cualquiera de ellos, dado que la mayoría se conforma por datos o referencias aportadas por las propias entidades bancarias. Por ello, el Banco de España actúa como filtro y control para evitar estas prácticas, velando por el cumplimiento de los requisitos que las Órdenes de transparencia bancaria exigen para tildar de oficial un determinado índice.

Tercera. Invirtiendo el orden expuesto en el trabajo, se ha de realizar en primer lugar el control de transparencia de la cláusula, pues no cabe a priori realizar el control de abusividad a las cláusulas que contienen un elemento esencial del contrato (art. 4.2 de la Directiva 93/13 y art. 8.2 LCGC). Dicho control de transparencia se debe realizar de forma casuística, por lo que no cabe predicar una misma reflexión para la totalidad de los préstamos hipotecarios que refieran el tipo de interés variable con el IRPH.

En primer lugar, se debe realizar el control de incorporación o transparencia formal, dado que en determinados préstamos las cláusulas IRPH pueden ser ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles. En estos casos, se deberá considerar que la cláusula no fue incluida correctamente en el contrato de préstamo (como en SJM Bilbao 13/2016).

En segundo lugar, se ha de realizar el control de transparencia material o de comprensibilidad real. En este caso, la cláusula no será transparente toda vez que la entidad no pruebe que en el caso concreto se han respetado los deberes de información impuestos a la entidad bancaria y, a consecuencia de ello, el consumidor desconocía las consecuencias económicas y jurídicas de la aceptación de la cláusula.

Cuarta. Se ha discutido, en este punto, qué elementos se han de tener en cuenta para considerar que la entidad bancaria ha cumplido con los deberes de información bancaria. Con las reflexiones realizadas en este trabajo, considero que se deberá excluir de estos deberes la explicación matemática de la composición del índice, porque comprender estos términos se aleja del estándar de los conocimientos de un consumidor medio. Ni siquiera un índice como el Euribor soportaría tal prueba. En cambio, sí tendrá que explicarse cómo se conforma una estructura de interés variable (es decir, tipo de referencia más diferencial), aunque ello no baste para considerar que se ha cumplido con los deberes de información respecto al IRPH.

Al respecto, considero que el empleo de un índice de referencia que se aparta del utilizado habitualmente justifica la exigencia de explicaciones adicionales. No basta el mero hecho de que el índice es uno de los calificados oficiales, dado que ello lo que justifica es la objetividad e independencia en su conformación, no el conocimiento por parte del consumidor de su existencia e implicaciones en el contrato. Se ha de tener en cuenta que normalmente este tipo de operaciones se contrataban en un ambiente de confianza con el operador bancario, por lo que el cliente confiaba en que la información aportada era correcta y suficiente.

El conflicto que subyace a la utilización del IRPH como tipo de referencia es que se trata de un índice más caro en comparación con el Euribor (principal tipo utilizado). Por tanto, si la entidad bancaria hubiese aportado datos suficientes sobre la evolución del índice en años anteriores y su comparación con otros índices de referencia, se hubiese podido justificar ese efecto sorpresivo del consumidor por falta de información, dado que este hubiera podido comparar ofertas del mercado. En este sentido, basta remitirnos a las Tablas 1 y 2 y a la Figura 1 de este Trabajo. Un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, con dichas imágenes puede comprender que está contratando un índice que, al menos anteriormente, es más caro que el Euribor.

Sobre el asesoramiento de las entidades bancarias, entiendo que tampoco es exigible esta información. La obligación de la entidad debe ser aportar información al consumidor, y con esta será el consumidor quien decida, pero no asesorar sobre el mejor préstamo para el cliente, porque finalmente el prestamista también vela por sus intereses económicos. Ahora bien, esto es un extremo que debe entender el consumidor.

Quinto. En caso de que una cláusula no supere el control de transparencia, a la luz de los diversos pronunciamientos del TJUE y de la normativa nacional, se debería realizar posteriormente el control de abusividad para determinar la nulidad de la cláusula. No toda falta de transparencia puede acarrear la nulidad de una cláusula, dado que existe la posibilidad de que esa falta de transparencia no conlleve un desequilibrio entre las prestaciones.

Ahora bien, dado que no es posible aplicar el control de abusividad a una cláusula que define el objeto principal del contrato (a salvo de realizar un control judicial de precios), lo que se tendrá que valorar es si el incumplimiento del deber de información acarrea un desequilibrio de las prestaciones contrario a la buena fe contractual (tal y como realiza D. Arroyo Fiestas en el voto particular de la SsTS de 12 de noviembre de 2020).

La falta de información sobre un elemento esencial del contrato de préstamo afecta a la situación jurídica del consumidor, en cuanto se le niega su derecho legítimo de opción informada. Además, y en este caso concreto, existe un perjuicio material en tanto el consumidor ha aceptado contratar un préstamo más caro debido a esa falta de información, lo que indudablemente supone un desequilibrio importante entre las prestaciones de las partes. Este desequilibrio va en contra de la buena fe contractual, en tanto que el profesional

no trató de manera leal al consumidor, ocultando información legalmente exigible que podía perjudicar a la entidad.

Sexta. Declarada la abusividad de la cláusula, la consecuencia será la declaración de nulidad de la misma, de acuerdo con el art. 83 TRLGDCU, con la debida restitución de las cantidades abonadas indebidamente. El estadio actual de la normativa y la jurisprudencia induce a pensar que el contrato de préstamo no puede pervivir sin intereses remuneratorios. Sin embargo, debo destacar en estas conclusiones que el contrato de préstamo tiene naturaleza gratuita (arts. 1755 Cc y 315 Ccom), por lo que cabría la subsistencia del contrato sin devengo de intereses, dado que desde esta perspectiva el precio no es un elemento esencial del mismo.

Séptima. Sin embargo, doctrinal y jurisprudencialmente se ha aceptado que el contrato de préstamo no puede pervivir sin intereses remuneratorios. En estos casos, el TJUE ha abierto la posibilidad de que el contrato sea integrado por un índice sustitutivo. Al respecto, se propone realizar esta integración conforme a la buena fe objetiva (*ex* artículo 65 TRLGDCU).

De esta forma, para determinar el índice sustitutivo se deberá atender en primer lugar al fijado por las partes. Si los índices sustitutivos recogidos contractualmente suponen un perjuicio para el interés del consumidor, por implicar alguno de los problemas señalados en este trabajo, se propone iniciar y regular algún método de resolución de conflictos extracontractual, que ampare la negociación de estos términos (de forma similar a lo ocurrido con las cláusulas suelo).

Cuando las soluciones extrajudiciales no funcionen, estimo que la solución más acorde con el criterio de la buena fe objetiva sería declarar el Euribor como índice sustitutivo. La solución aportada por el legislador (IRPH-Entidades), sería adecuada en caso de no existir problemas en cuanto a la transparencia de la cláusula en el caso concreto. En cambio, cuando se han incumplido los deberes de información, es más acorde la sustitución por el Euribor, realizando una labor de integración de acuerdo a los usos o costumbres (*ex* art. 1258 Cc).

Otra alternativa que podría solventar la negativa de sustitución del índice sería solicitar la declaración de nulidad del diferencial pactado cuando este no se haya realizado con valor negativo de acuerdo con las recomendaciones por parte de las autoridades bancarias.

Octava. Pese a ello, y aun considerando el precio como elemento esencial del contrato, cabe matizar que doctrinal y jurisprudencialmente se ha realizado una especie de presunción, en

virtud de la cual resolver un contrato de préstamo hipotecario es siempre especialmente lesivo para el consumidor. Sin embargo, entiendo que esta cuestión debe determinarse casuísticamente, tal y como explica el artículo 10 LCGC, pues habrá situaciones donde ello no será así (préstamos donde el capital a devolver no es tan elevado en caso de restitución, siendo más beneficioso para el consumidor resolver el mismo). Por ello, entiendo que se debería dejar optar al consumidor, como perjudicado, por la solución óptima para sus intereses. Ello, además, sería acorde con la finalidad que persigue la Directiva 93/13.

Noveno. A modo de conclusión, la STC 27/81 (F.J.10) define la seguridad jurídica como «la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad [...]. La seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en la libertad». El sector financiero necesita, para el correcto logro de los fines del sistema, seguridad jurídica. Sin embargo, respecto al Derecho Bancario pervive una situación de inseguridad jurídica permanente.

En primer lugar, ello se debe a que, pese a las sucesivas reformas realizadas en la normativa comunitaria y nacional, no se han contemplado criterios específicos y claros sobre los puntos conflictivos (*quid* si se declara la falta de transparencia de una cláusula), como tampoco se han colmado las múltiples lagunas jurídicas existentes en la normativa de protección del consumidor (¿qué deberes de información debe aportar la entidad bancaria al consumidor para evitar el incumplimiento?).

En segundo lugar, y a raíz de lo anterior, ha sido la jurisprudencia quien ha tratado de colmar dichas lagunas jurídicas. Pese a ello, las diversas contradicciones existentes, tanto entre los diferentes órganos judiciales como dentro del mismo órgano (a consecuencia de realizar cambios de doctrina drásticos), empeoran este marco de inseguridad jurídica que señalamos. Esta inseguridad jurídica va en detrimento no solo de los propios operadores jurídicos y económicos, que con seguridad no pueden determinar nada, sino incluso del propio consumidor. La falta de claridad y las contradicciones, incluso, trasladan al consumidor un ápice de arbitrariedad en las resoluciones judiciales, con los riesgos que ello implica para un Estado social y democrático de Derecho.

Referencias bibliográficas

Bibliografía básica

- ACHÓN BRUÑÉN, M. J. *Las reclamaciones por cláusula suelo y otras muchas cláusulas abusivas en las escrituras de hipoteca*. Madrid: Dyckinson, 2017.
- AHEDO PEÑA, O. «Cláusula IRPH». En: CASTILLO MARTINEZ, C. C. *Jurisprudencia sobre hipotecas y contratos bancarios y financieros*. Valencia: Tirant to Blanch, 2019.
- ATAZ LÓPEZ, J. «La buena fe en el TRLGDCU», pp. 198 y 199. En: MORALEJO IMBERNÓN, N. y QUICIOS MOLINA, S. (coords.). *Tratado de Contratos*. Valencia: Tirant to Blanch, 2020.
- BALLUGERA GÓMEZ, C. «Nulidad parcial por falta de transparencia de la hipoteca multidivisa. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 (608/2017)», 195-210. En: Yzquierdo, M. (coord.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*. Vol. 9 (2017).
- BARRAL-VIÑALS, I. «La protección del consumidor como adquirente de vivienda y como deudor hipotecario: el control de las cláusulas abusivas». En FUENTES-LOJO RIUS, A. y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (dirs.). *La compraventa inmobiliaria. Aspectos contractuales, registrales, urbanísticos, fiscales y especialidades territoriales*. 1^a edición. Madrid: Editorial Bosch, 2019.
- CÁMARA LAPUENTE, S. «La transparencia en la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. Primeros apuntes». *Actualidad Civil*. 2019, marzo. La Ley 4525/2019.
- CÁMARA LAPUENTE, S. «IRPH y STS 14.12.2017: dos colosos con pies de barro. El art. 1.2 de la Directiva 93/13 no blinda en realidad cualquier cláusula que reproduzca “normas”. Transparencia lejos del suelo. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 (669/2017)», 195-210. En: Yzquierdo, M. (coord.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*. Vol. 9 (2017).
- CÁMARA LAPUENTE, S. «Doce tesis sobre la STJUE de 21 de diciembre 2016: su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no sólo sobre la retroactividad de la cláusula suelo». *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*. 2017. Disponible en: <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1287.pdf>

CÁMARA LAPUENTE, S. «Un examen crítico de la STJUE de 21 de diciembre de 2016: nulidad retroactiva sí, falta de transparencia “abusiva” de las cláusulas abusivas no». *Cuadernos de Derecho Transnacional*. 2017, vol. 9, pp. 383-395. ISSN 1989-4570. Disponible en: <file:///D:/Downloads/3628-4190-1-PB.pdf>

CASADO NAVARRO, A. «Mecanismos de protección del cliente de servicio bancarios en la fase precontractual». *Diario La Ley. Sección Doctrina*. 2015, núm. 8531. La Ley 3083/2015.

DE JUBERA HIGUERO, B. S. *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*. Valencia: Tirant to Blanch, 2019.

DE PABLO CONTERAS, P. (coord.). *Curso de Derecho Civil (II). Derecho Privado. Derecho de Obligaciones*. 5ª edición. Ed. Colex. Madrid, 2015.

FENOY PICÓN, N. «El control de transparencia (material) en la cláusula suelo: un análisis a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, de la doctrina científica española y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo». *Anuarios de Derecho del Boletín Oficial del Estado*. 2018, Tomo LXXI, fasc. III, pp. 866-1044. Disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-2018-30085501049

JUAN GÓMEZ, M. «Desgranando la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: veinte aspectos a considerar». *Actualidad Civil*. 2019, núm. 4. La Ley 5771/2019.

GARCÍA HERNANDO, J.A. «La asimetría en los acuerdos novación de cláusulas suelo». *Diario La Ley. Sección Doctrina*. 2020, núm. 9731. La Ley 12542/2020.

GONZALEZ GARCÍA, S. «Hipotecas multidivisa: una análisis material y procesal bajo el prisma de la nulidad por falta de transparencia tras la STS de 15 de noviembre de 2017». *Actualidad Civil*. 2018, núm. 1. La Ley 266/2018.

MATO PACÍN, M.N. «Deber de transparencia material en la contratación de préstamos hipotecarios con los consumidores en el ordenamiento jurídico español». *Rev. Boliv. De Derecho*. 2019, núm. 27, pp. 188-219.

MARÍN SANCHEZ, J.A. «El derecho de opción de compra. Naturaleza, duración y transmisibilidad. Ejercicio e inscripción en el registro de la propiedad». En FUENTES-LOJO RIUS, A. y FUENTES-LOJO LASTRES, A. (dirs.). *La compraventa inmobiliaria. Aspectos*

contractuales, registrales, urbanísticos, fiscales y especialidades territoriales. 1^a edición.
Madrid: Editorial Bosch, 2019.

MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. «Control de transparencia, cláusulas abusivas y consentimiento contractual. Reflexiones a partir de la última jurisprudencia del TS sobre novación y transacción de cláusula suelo». *Revista de Derecho Civil*. 2019, vol. VI, núm. 1, pp. 361-397.

ISSN 2341-2216. Disponible en: [file:///D:/Downloads/383-2081-1-PB%20\(1\).pdf](file:///D:/Downloads/383-2081-1-PB%20(1).pdf)

MARTÍNEZ ESPÍN, P. «Nuevo índice hipotecario para sustituir el IRPH de las Cajas». *Centro de Estudios de Consumo*. Universidad de Castilla-La Mancha, 2013.

MORENO GARCÍA, L. *Las cláusulas abusivas. Tratamiento sustantivo y procesal*. Valencia: Tirant to Blanch, 2018.

ORTÍZ PÉREZ, M. y ERAUSKIN VÁZQUEZ, J.M. «IRPH Cajas, ¿una simple media de los tipos de interés medios ponderados?». *Revista Aranzadi Doctrinal*. 2017, núm. 7.

PAREDES PÉREZ, J.I. «El carácter abusivo por falta de transparencia de las cláusulas que establecen el reembolso de un préstamo vinculado a moneda extranjera». *La Ley Digital*. 2017, núm. 53. La Ley Unión Europea 16995/2017.

PAZOS CASTRO, R. «Un nuevo ejemplo de la tortuosa relación del Derecho español con la Directiva de cláusulas abusivas. Comentario a la STJUE de 26 de enero de 2017 (Banco Primus)». *Revista de Derecho Civil*. 2017, vol. IV, núm. 1, pp. 163-181. ISSN 2341-2216. Disponible en: <file:///D:/Downloads/245-1152-1-PB.pdf>

PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F. *La nulidad contractual en la jurisprudencia. Especial referencia a los contratos de préstamo e inversión*. Valencia: Tirant to Blanch, 2019.

PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F. «La información precontractual en la Directiva 17/2014 sobre los contratos de crédito celebrados por consumidores para bienes inmuebles de uso residencial». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. 2015, núm. 2.

PERTIÑEZ VÍLCHEZ, F. «Falta de transparencia y carácter abusivo de la cláusula suelo en los contratos de préstamo hipotecario». *InDret: revista para el análisis del Derecho*. Barcelona, julio 2013.

RODRÍGUEZ-CANO, R. B. *Tratado de contratos*. 3^a edición. Valencia: Tirant to Blanch, 2020.

SALMERÓN MANZANO, E. Mº. «La validez del IRPH dentro del contrato de préstamo». *Actualidad Civil*. 2019, núm. 3.

SEGURA MOREIRAS, A. y SUÁREZ PUGA, E. «Una defensa de la mayor transparencia de las cláusulas de referenciación IRPH en contratos de financiación bancaria». *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*. 2020. Disponible en: https://indret.com/wp-content/uploads/2020/07/1565_Segura_Su%C3%A1rez.pdf

SUÁREZ PUGA, E. «Un breve apunte crítico a la sentencia del Tribunal de Justicia UE relativa a las cláusulas predispuestas IRPH». *Almacén de Derecho*. 2020. Disponible en: <https://almacendedederecho.org/un-breve-apunte-critico-a-la-sentencia-del-tribunal-de-justicia-ue-relativa-a-las-clausulas-predispuestas-irph>

SUÁREZ PUGA, E. «Problemática contractual actual relativa a determinados índices financieros en contratos de financiación: el caso del IRPH». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*. 2017, núm. 5.

VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A. «Consumidores: Condiciones Generales Abusivas. Cláusula Suelo en los Préstamos Hipotecarios. Efectos de su nulidad. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (1916/2013)». 153-184. En: Yzquierdo, M. (coord.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*. Vol. 8 (2016).

VALLEZ PERELLÓ, A. «Apuntes sobre la integridad y fiabilidad del Euribor: propuestas de mejora antes sus vulnerabilidades». *Diario La Ley*. 2019, núm. 9386.

VÁZQUEZ MUIÑA, T. «El IRPH y el deber de información en la contratación bancaria». *Actualidad Civil*. 2018, núm. 1.

Bibliografía complementaria

RIBELLES ARELLANO, J. M.ª. «Vademécum sobre Condiciones Generales de la Contratación». *Cuadernos Digitales de Formación del Consejo General del Poder Judicial*. 2018, núm. 4.

«Préstamos a tipo de interés variable». *Guías Jurídicas. Wolters Kluwer*. 14 de octubre, 18.30 horas. Disponible en: https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEA_CWNsQ7CMBBD_yZz1YqBIVPSgYEFRajr0bhVRLhDuYCUv4e23uxn2dpYuL1sKB-YFKMdp25Tf-

[rPg_miaBK297SCKwypJnXctUi- LsPkWfw7shDe8NeUemwN-IVtts20tK8zDtfKCvMnEHFU4WjDI5U9v8fkm8I5owAAAA=WKE](#)

«Condiciones generales de la contratación en Derecho Civil». *Guías Jurídicas. Wolters Kluwer.*
16 de octubre, 18.30 horas. Disponible en:

https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/DocumentoRelacionado.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAACWNsQ7CMBBD_yZzO1SCIVPSgYEFRajr0bhVRLhDuYCUv4e23uxn2dpYuL1sKB-YFKMdp25T359Pg_miaBK297SCKwypJnXctUi- LsPkWfw7shDe8NeUemwN-IVtts20tK8zDtfKCvMnEHFU4WjDI5U9v8fGiQ25YwAAAA=WKE

TRINCADO, B y MATOS ELICES, M. «Cómo reclamar por el IRPH tras la sentencia de Europa». *CincoDías, El País Economía.* 8 de marzo 2020. Disponible en:
https://cincodias.elpais.com/cincodias/2020/03/06/economia/1583522423_846974.html

«Tabla de los tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario». *Portal Cliente Bancario. Banco de España* [revisado el 4 de noviembre de 2020, a las 17.30 horas]. Disponible en:
https://cliente.bancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productoservici/relacionados/tiposinteres/guia-textual/tiposinteresrefe/tabla_tipos_referencia_oficiales_mercado_hipotecario.html

Webinar de ASUFIN sobre las HIPOTECAS IRPH con Patricia Suárez: respondemos tus dudas.
Canal ASUFIN, 22 de junio de 2020. Disponible en:
<https://www.youtube.com/watch?v=TjC58ltgyjk&list=PLuYtcDpxGqjrdAk75GhS7PEMcKlnPjiRy&index=6>

Legislación citada

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 13 de diciembre de 2007. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 30 de marzo de 2010, núm. 83, pp. 1-388. Disponible en:
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2010-70002>

Directiva 2014/65/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE. *Diario Oficial de la Unión Europea*, de 12 de junio de 2014, L173/349. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2014/173/L00349-00496.pdf>

Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre los contratos de crédito celebrados por consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) nº 1093/2010. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 28 de febrero de 2014, L60/34. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2014/060/L00034-00085.pdf>

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 21 de abril de 1993, núm. 95, pp. 29 a 34. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1993-80526>

Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. *Boletín Oficial del Estado*, 16 de marzo de 2019, núm. 65, pp. 26.329- 26.399. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-3814>

Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internalización. *Boletín Oficial del Estado*, 28 de septiembre de 2013, núm. 233, pp. 78.787- 78.882. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-10074

Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social. *Boletín Oficial del Estado*, 15 de mayo de 2013, núm. 116. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-5073>

Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. *Boletín Oficial del Estado*, 1 de abril de 2009, núm. 79. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2009-5391>

Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación. *Boletín Oficial del Estado*, 14 de abril de 1998, núm. 89. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-8789>

Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. *Boletín Oficial del Estado*, 4 de abril de 1994, núm. 80, pp. 10.364- 10.366. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1994-7556>

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. *Boletín Oficial del Estado*, de 11 de enero de 1991, núm. 10. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1991-628>

Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad. *Boletín Oficial del Estado*, 15 de noviembre de 1988, núm. 274. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1988-26156>

Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. *Boletín Oficial del Estado*, 30 de julio de 1988, núm. 182, pp. 23.524-23.534. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1988-18845>

Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de julio de 1984, núm. 176, pp. 21.686-21.691. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-16737>

Ley de 23 de julio de 1908, sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de julio de 1908, núm. 206. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1908-5579>

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. *Boletín Oficial del Estado*, 30 de noviembre de 2007, núm. 287. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>

Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito. *Boletín Oficial del Estado*, 24 de mayo de 1996, núm. 126, pp. 17.629-17.636. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1996-11609>

Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil. *Gaceta de Madrid*, 25 de julio de 1889, núm. 206. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio. *Boletín Oficial del Estado*, 16 de octubre de 1885, núm. 289. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1885-6627>

Orden/EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. *Boletín Oficial del Estado*, de 29 de octubre de 2011, núm. 261. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-17015>

Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. *Boletín Oficial del Estado*, 11 de mayo de 1994, núm. 112, pp. 14.444-14.449. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1994-10577>

Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos. *Boletín Oficial del Estado*, de 6 de julio de 2012, pp. 48.855-48.906. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-9058

Circular 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. *Boletín Oficial del Estado*, de 3 de agosto de 1994, núm. 184, pp. 25.106-25.111. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1994-18121>

Jurisprudencia referenciada

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 25 de noviembre de 2020, Banca B contra A.A.A., C-269/19, ECLI:EU:C:2020:954.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de julio de 2020, XZ contra Ibercaja Banco, S.A., C-452/18, ECLI:EU:C:2020:530.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 3 de marzo de 2020, Marc Gómez de Moral Guasch contra Bankia, S.A., C-125/18, ECLI:EU:C:2020:138.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de junio de 2019, GT contra HS, C-38/17, ECLI:EU:C:2019:461

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de septiembre de 2017, Ruxandra Paula Andriciuc y otros contra Banco Românească S.A., C-186/16, ECLI:EU:C:2017:703

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de diciembre de 2016, Asuntos acumulados Francisco Gutiérrez Naranjo contra Cajasur Banco, S.A.U. (asunto C-154/15); Ana María Palacios Martínez contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (BBVA) (asunto

C-307/15); y Banco Popular Español, S.A., contra Emilio Irles López y Teresa Torres Andreu (asunto C-308/15), ECLI:EU:C:2016:980.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 10 de septiembre de 2014, Monika Kušionová contra SMART Capital, a.s., C-34/13, ECLI:EU:C:2014:2189

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de abril de 2014, Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai contra OTP Jelzálogbank Zrt, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de mayo de 2013, Erika Jőrös contra Aegon Magyarország Hitel Zrt., C-397/11, ECLI:EU:C:2013:340.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG contra Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de marzo de 2013, Mohamed Aziz contra Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (CatalunyaCaixa), C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, S.A contra Joaquín Calderón Camino, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 27/1981, de 20 de julio de 1981, ECLI:ES:TC:1981:27.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 596/2020, de 12 de noviembre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:3629.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 597/2020, de 12 de noviembre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:3756.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 598/2020, de 12 de noviembre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:3628.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 595/2020, de 12 de noviembre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:3613.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 98/2020, de 12 de febrero de 2020, ECLI:ES:TS:2020:394.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 54/2020, de 23 de enero de 2020, ECLI:ES:TS:2020:106.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 57/2019, de 25 de enero de 2019, ECLI:ES:TS:2019:136.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 314/2018, de 28 de mayo de 2018,
ECLI:ES:TS:2018:1901.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 669/2017, de 14 de diciembre de 2017,
ECLI:ES:TS:2017:4308.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 608/2017, de 15 de noviembre de 2017,
ECLI:ES:TS:2017:3893.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 171/2017, de 9 de marzo de 2017, ECLI:ES:TS:2017:788.

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 705/2015, de 23 de diciembre de 2015,
ECLI:ES:TS:2015:5618.

Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 241/2013, de 9 de mayo de 2013,
ECLI:ES:TS:2013:1916.

Auto Aclaratorio del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2013, ECLI:ES:TS:2013:5162AA

Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, núm. 410/2020, de 22 de octubre de 2020,
ECLI:APZA:2020:514

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 2323/2020, de 29 de octubre de 2020,
ECLI:APB:2020:9982

Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, núm. 348/2020, de 8 de junio de 2020,
ECLI:APS:2020:181.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, núm. 143/2020, de 22 de mayo de 2020,
ECLI:APM:2020:2762.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, núm. 225/2020, de 11 de marzo de 2020,
ECLI:ES:APT:2020:261.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 627/2018, de 27 de septiembre de 2018, ECLI:ES:APB:2018:9062

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 583/2018, de 19 de septiembre de 2018, ECLI:ES:APB:2018:7870

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 533/2018, de 23 de julio de 2018,
ECLI:ES:APB:2018:7576

Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, núm. 254/2016, de 19 de mayo de 2016,
ECLI:ES:APSG:2016:232.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, núm. 67/2018, de 12 de febrero de 2018,
ECLI:ES:APVA:2018:54

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, núm. 299/2017, de 6 de julio de 2017,
ECLI:ES:APBI:2017:1445

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, núm. 218/2016, de 4 de octubre de 2016,
ECLI:ES:APB:2016:9206

Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, núm. 230/2016, de 28 de julio de 2016,
ECLI:ES:APIB:2016:1459

Sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria, núm. 85/2016, de 10 de marzo de 2016,
ECLI:ES:APVI:2016:12

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, núm. 192/2015, de 3 de junio de 2015,
ECLI:ES:APPO:2015:1138

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Chiclana de la Frontera, de 30 de marzo de 2017, núm. 56/2017, ECLI:JPI:2017:120

Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Mataró, de 10 de febrero de 2017, núm. 36/2017, ECLI:ES:JPI:2017:26

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Tarragona, núm. 261/2016, de 3 de noviembre de 2016, ECLI:JMZ:2016:4299.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao, núm. 13/2016, de 15 de enero de 2016, ECLI:JMBI:2016:109

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Valencia, núm. rec. 1128/2014, de 18 de noviembre de 2015, ECLI:ES:JMV:2015:4011

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, núm. 66/2015, de 16 de marzo de 2015, ECLI:ES:JMB:2015:3828.

Listado de abreviaturas

Art. : Artículo.

Arts.: Artículos.

ATS: Auto del Tribunal Supremo.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

Cc: Código Civil.

Ccom: Código del Comercio.

CECA: Tipo activo de Referencia de las Cajas de Ahorro.

Directiva 93/13: Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.

IPC: Índice de Precios al Consumo.

IRPH: índice de referencia de los préstamos hipotecarios.

LCCI: Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

LCD: Ley 3/1991, de Competencia Desleal.

LCGC: Ley 7/1998, de Condiciones Generales de la Contratación.

LGP: Ley 34/1988, General de Publicidad.

MIFID: Directiva 2014/65/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los mercados de instrumentos financieros.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

Sentencias 12 de noviembre de 2020: Sentencias del Tribunal Supremo número 595, 596, 597 y 598/2020.

SJPI: Sentencia de Juzgado de Primera Instancia.

SJM: Sentencia del Juzgado Mercantil.

Ss: Sentencias.

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

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TAE: Tasa Anual Equivalente.

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TIN: Tipo de Interés Neto.

TRLGDCU: Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Anexo A. Índices oficiales.

INDICES OFICIALES CIRCULAR 5/1994		
A	Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por los bancos	IRPH- Bancos
B	Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorros	IRPH-Cajas
C	Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de entidades de crédito	IRPH-Entidades
D	Tipo activo de referencia de las cajas de ahorro	CECA
E	Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre dos y seis años	
F	Tipo interbancario a 1 año	MIBOR

Fuente: Elaboración propia a partir de la Circular 5/1994.

INDICES OFICIALES CIRCULAR 5/2012		
A	Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito	IRPH-Entidades
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 del euro	IRPH- Entidades UE
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 o Euribor (<i>Euro InterBank Offered Rate</i>)	EURIBOR
E	Permuta de intereses al plazo de cinco años (<i>Interest Rate Swap</i>)	IRS
F	Tipo de interés bancario a un año o MIBOR (solo para los préstamos hipotecarios anteriores al 1 de enero de 2000).	MIBOR

Fuente: Elaboración propia a partir de la Circular 5/2012.

Anexo B. Ejemplo 1 de cláusula IRPH

Extraída de STS 598/2020, de 12 de noviembre.

La cláusula tercera bis, bajo la rúbrica «Tipo de interés variable», decía lo siguiente:

"El tipo de interés nominal anual a aplicar variará anualmente y será el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre del conjunto de entidades de crédito, que publica mensualmente el Banco de España en el Boletín Oficial del Estado. Este tipo se aplicará como tipo de interés nominal anual, tomándose el correspondiente al segundo mes anterior al de la variación, más 0,00 puntos.

"En el supuesto de que por cualquier causa dejara de publicarse el índice de referencia anterior, se establece como sustitutivo el "Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre de Cajas de Ahorros, tomándose el correspondiente al mismo mes, en la misma forma, y diferencial indicados para el **IRPH** del Conjunto de Entidades.

"En el caso de que dejara de publicarse este índice sustitutivo (**IRPH**-Cajas de Ahorros), se establece como segundo sustitutivo el tipo de interés CECA o Tipo Activo de Referencia de las Cajas de Ahorro, tomándose el correspondiente al mismo mes, y en la misma forma indicada para el anterior.

"Todos los tipos de referencia mencionados son considerados "tipos de referencia oficiales" que publica mensualmente el Banco de España en el Boletín Oficial del Estado, además de publicarse en las páginas financieras de algunos periódicos de amplia difusión y en el propio Boletín Estadístico del Banco de España.

"En las revisiones periódicas la parte prestataria podrá conocer el tipo de referencia consultando cualquiera de los medios indicados y se entenderá que acepta el nuevo tipo aplicable, si no comunica expresamente a BBK su negativa en un plazo de diez días contados desde la fecha de iniciación del periodo de intereses cuya modificación rechaza.

"En el supuesto de que la parte prestataria no acepte el nuevo tipo, dispondrá del plazo de un mes a contar desde la fecha de iniciación del periodo de intereses cuya modificación rechaza para reembolsar el capital dispuesto, que se le liquidará al último tipo aplicado, pudiendo resolver BILBAO BIZKAIA KUTXA en dicho caso este contrato al término de este plazo de reembolso y estando facultada para reclamar el capital e intereses y las demás responsabilidades accesorias que acredeite.

"Las partes contratantes convienen expresamente que recaerá sobre la parte prestataria la carga de la prueba de haber efectuado en las fechas convenidas cualquier comunicación a BILBAO BIZKAIA KUTXA, a cuyo fin solicitarán cuando lo estimen oportuno, el pertinente acuse de recibo.

"En cualquier caso, cada vez que se produzca una modificación del tipo de interés aplicable del préstamo, BILBAO BIZKAIA KUTXA comunicará a la parte prestataria el nuevo tipo de interés y el importe de las cuotas resultantes para el siguiente periodo, antes de la fecha en que deba realizarse el pago de la primera cuota con el interés modificado".

Anexo C. Ejemplo 2 de cláusula IRPH

Extraída de STS 597/2020, de 12 de noviembre.

Para la determinación de los tipos de interés aplicables se dividió el plazo total del préstamo en dos fases. Una primera, con interés fijo del 4,75% durante los tres trimestres naturales siguientes a la suscripción del contrato; y, a partir de tal data, un interés variable definido en la condición tercera bis del siguiente tenor literal:

A) Tipo de Interés Nominal.

El tipo de interés nominal aplicable en cada uno de los períodos de revisión de esta fase será igual a la suma del índice de Referencia y del Diferencial, redondeada, si es necesario, en la cifra más próxima múltiplo superior de 0,25.

B) Índice de Referencia Adoptado.

Es el "Tipo medio de los Préstamos Hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorros" que se publica por el Banco de España con periodicidad mensual, en el Boletín Oficial del Estado.

Este índice se define por el Anexo VIII, apartado 2 de la circular 8/90 del Banco de España, como la media simple de los tipos de interés medios ponderados de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria, a 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, declarados al Banco de España de acuerdo con la norma segunda de la expresada circular. El referido índice se tomará directamente, es decir, como si estuviera expresado en términos de interés nominal anual.

El índice de Referencia que se tendrá en cuenta, será el último publicado en el Boletín Oficial del Estado, al último día del tercer mes anterior al del inicio de cada período de revisión de la segunda fase, aunque en su publicación no se haya respetado la periodicidad prevista en la Resolución que lo define.

C) Índice de Referencia Sustitutivo.

No obstante, en el supuesto de que en la fecha establecida para el cálculo del tipo de interés nominal anual correspondiente a cada período de interés de la segunda fase, hubiese transcurrido más de dos meses sin que el índice de referencia Adoptado se hubiese publicado en el BO, se adoptará como índice de Referencia el "Tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorro" que se define en el Anexo VIII, apartado 4 de la Circular 8/90 del Banco de España, índice que se publica por el dicho Banco con periodicidad mensual en el Boletín Oficial del Estado.

El referido índice se tomará directamente, es decir, como si estuviera expresado en términos de interés nominal anual.

La interrupción a su vez, durante un lapso de tiempo superior a dos meses de la publicación del índice de Referencia Sustitutivo, implicará la perduración de la aplicabilidad al préstamo del último tipo de interés nominal anual que haya sido posible calcular.

Si se reemprendiese la publicación en el BOE del índice de Referencia Adoptado o del Sustitutivo, volverán a utilizarse, con preferencia del primero sobre el segundo, para el cálculo del tipo de interés nominal anual correspondiente al siguiente período de revisión, determinado con arreglo al epígrafe B) del pacto anterior.

D) Diferencial.

Es una magnitud porcentual invariable durante toda la vigencia del préstamo. El Diferencial es de CERO COMA VEINTICINCO puntos, para el índice de Referencia Adoptado y de CERO COMA VEINTICINCO puntos, para el sustitutivo.

E) Comunicaciones.

La comunicación a los interesados del índice de Referencia se efectuará mediante anuncio a publicar en el Boletín Oficial del Estado y en el diario "LA VANGUARDIA" dentro de la primera quincena del mes natural siguiente al de la fecha establecida en el epígrafe B) anterior de este pacto, lo que podrá acreditarse por cualquier medio admitido en Derecho.

Los índices de referencia quedarán acreditados por su publicación en el Boletín Oficial del Estado o bien por su justificación mediante certificación de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera o del Banco de España, así como también por cualquier otro medio admitido en Derecho.

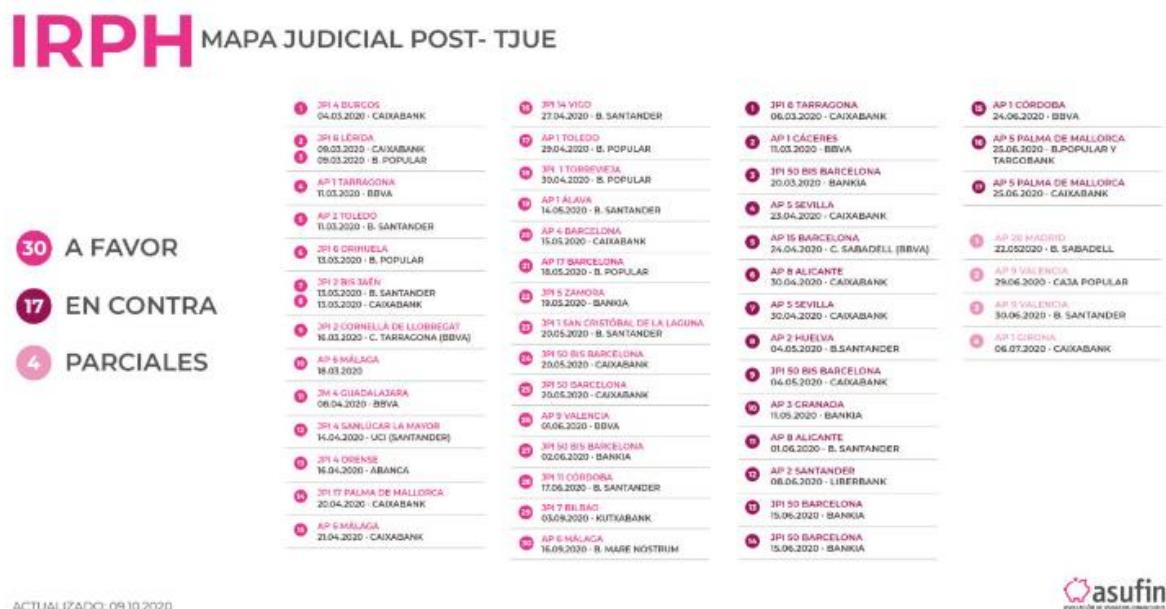
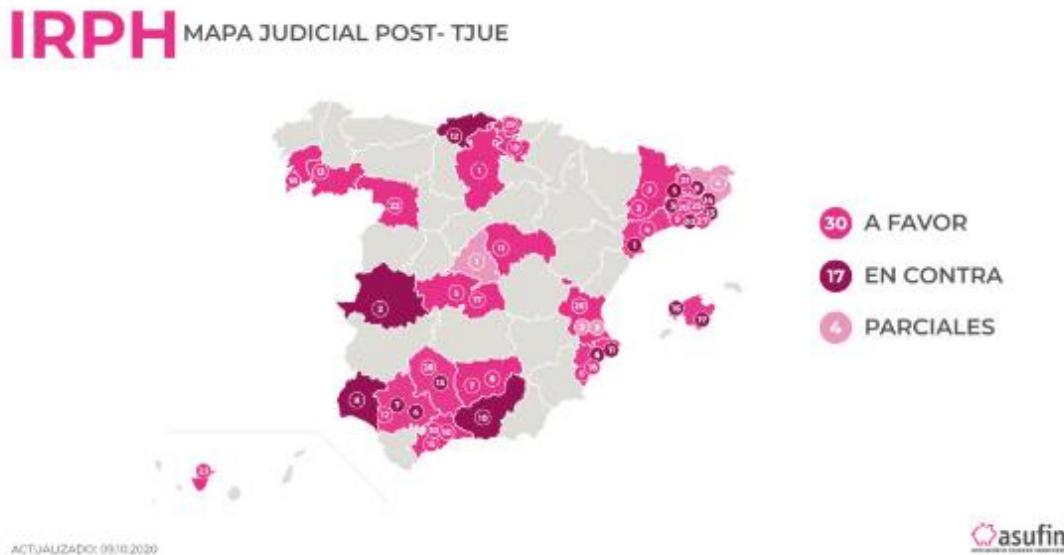
De no convenirle el nuevo tipo de interés aplicable en el siguiente período de revisión, la PARTE DEUDORA deberá comunicarlo a "La Caixa" con, por lo menos, quince días naturales de anticipación sobre el del inicio del siguiente período de revisión, quedando obligada, en tal caso, a cancelar anticipadamente el préstamo en el plazo de seis meses, contados partir de la fecha de entrada en vigor del nuevo tipo, durante cuyo plazo los intereses se satisfarán al tipo nominal anual anterior. Transcurrido dicho plazo sin haberse cancelado el préstamo "La Caixa" podrá darlo por vencido y reclamar judicialmente tanto el préstamo como las demás responsabilidades accesorias a él inherentes.

F) Límite a la variación del tipo de interés aplicable.

A efectos hipotecarios, tanto respecto de la parte deudora como de terceros, el tipo máximo que puede alcanzar el interés nominal anual aplicable al préstamo, durante la fase sujeta a intereses variables, será del NUEVE COMO SETENTA Y CINCO por ciento.

A efectos obligacionales tal limitación del tipo de interés no existirá respecto de la PARTE DEUDORA, cuya responsabilidad, conforme a la Ley, será por tanto ilimitada".

Anexo D. Pronunciamientos judiciales de las Audiencias Provinciales.



Extraído de: <https://www.asufin.com/reclama/irph/>