



## CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SOBRE EL IRPH: ¿SUPONDRÁ UN CAMBIO DEL CRITERIO DEL TS?\*

*Pascual Martínez Espín\*\**  
*Catedrático de Derecho Civil*  
*Centro de Estudios de Consumo*  
*Universidad de Castilla-La Mancha*

*Fecha de publicación: 15 de septiembre de 2019*

### 1. Introducción

El Abogado General de la Unión Europea Sr. Maciej Szpunar ha presentado sus conclusiones el 10 de septiembre de 2019 (asunto C 125/18) en respuesta a la petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona.

La cuestión prejudicial versa sobre la interpretación de la Directiva 93/13/CEE, en particular de su artículo 1, apartado 2, su artículo 4, apartado 2, y sus artículos 5 y 8.

La petición de decisión prejudicial fue planteada en el marco de un litigio entre el Sr. Marc Gómez del Moral Guasch y Bankia, S.A., en relación con el carácter supuestamente abusivo de una cláusula contenida en un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre estas dos partes y que fija el tipo de interés variable del préstamo tomando como valor de referencia uno de los índices de referencia de préstamos hipotecarios (IRPH) oficiales, en particular, el IRPH Cajas (IRPH de las cajas de ahorro).

---

\* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PGC2018-098683-B-I00, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social" y dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2019-GRIN-27198, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Angel Carrasco" (GIPAC).

\*\* ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4466-7128>



## 2. Antecedentes

El 19 de julio de 2001, el Sr. Gómez del Moral Guasch suscribió con la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, actualmente Bankia, un contrato de préstamo hipotecario por importe de 132 222,66 euros, para financiar la adquisición de una vivienda.

La primera parte de la cláusula tercera bis de dicho contrato de préstamo, relativa a las modalidades de cálculo del tipo de interés variable aplicable a dicho préstamo (IRPH Cajas), está redactada en los siguientes términos:

*«Cláusula tercera bis.— Tipo de interés variable.*

*Primero.— El tipo de interés pactado se determinará por periodos semestrales, contados desde la fecha de firma del contrato, siendo durante el primer semestre el que figura en el apartado de la cláusula financiera tercera. Para semestres sucesivos, el tipo a aplicar será el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre, de Cajas de Ahorro, vigente en el momento de la revisión, que el Banco de España publica oficial y periódicamente en el B.O.E. para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda, rodeando por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en 0,25 puntos porcentuales [sic].»*

El tipo aplicado con carácter supletorio, según el mismo criterio que el tipo de referencia anterior, es el índice CECA.

El 18 de abril de 2017 el Sr. Gómez del Moral Guasch interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona solicitando que se declarara la nulidad de la cláusula controvertida por ser abusiva, alegando que la mayoría de los créditos hipotecarios se calculan habitualmente tomando como referencia el euríbor, que resulta más ventajoso por lo general.

El órgano jurisdiccional español precisa que el empleo del IRPH como índice en los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable y que representa aproximadamente el 10 % de los créditos concedidos en España, es en efecto menos favorable para el consumidor que el uso del euríbor como índice de referencia, utilizado en el 90 % de los préstamos hipotecarios. Este órgano jurisdiccional indica que el empleo del IRPH en lugar del euríbor representa para el consumidor un coste superior de entre 18 000 y 21 000 euros por préstamo hipotecario y expone sus dudas acerca del nivel de información del que dispuso el demandante en el litigio principal en el momento de celebrar el contrato en cuestión.



El órgano jurisdiccional remitente justifica la petición de decisión prejudicial por las dudas que alberga acerca de la cuestión de si la cláusula controvertida, que fija un tipo de interés tomando como valor de referencia un índice legal como el IRPH, está o no excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y de si esta Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el órgano jurisdiccional nacional controle el carácter abusivo de dicha cláusula.

Las dudas del órgano jurisdiccional remitente guardan relación, en particular, con la cuestión de si el hecho de que el IRPH esté regulado por una disposición administrativa recogida en el contrato de préstamo hipotecario como una cláusula contractual, de forma que esta disposición no es ni imperativa ni supletoria, tiene como consecuencia que la excepción prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 no pueda aplicarse a la cláusula controvertida. Dicho órgano jurisdiccional considera, a este respecto, basándose en particular en las sentencias *Andriciuc y otros* y *Kušionová* que tal disposición no es imperativa en la medida en que se trata de una disposición administrativa que regula un interés variable y remuneratorio incorporado opcionalmente en el contrato por el profesional. El juzgado remitente alega que, dado que la sujeción al IRPH únicamente se efectúa en virtud de la cláusula controvertida, el profesional podía aplicar otros índices a efectos de la indexación del préstamo hipotecario. Dicho órgano jurisdiccional precisa asimismo que, a falta de acuerdo entre las partes, tal disposición no tiene carácter supletorio.

El Tribunal Supremo español, en su sentencia n.º 669/2017, se había pronunciado en sentido contrario, al considerar que el IRPH Entidades propiamente dicho no estaba comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, dado que fue establecido por una disposición legal. Dicha sentencia, al dictarse en pleno, es doctrina jurisprudencial vinculante y directamente aplicable por todos los tribunales españoles.

### **3. La cuestión prejudicial**

En estas circunstancias, el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona, mediante auto de 16 de febrero de 2018, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) [El IRPH Cajas] ¿debe ser objeto de tutela por el juzgador, en el sentido de examinar que sea comprensible para el consumidor, sin que sea óbice el que esté regulado por disposiciones reglamentarias o administrativas, al no ser este un supuesto previsto en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva [93/13], ya que no se trata de una disposición



obligatoria sino que se incorpora tal interés variable y remuneratorio opcionalmente por el profesional del contrato?

2) a) Conforme al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, no transpuest[o] en nuestro ordenamiento, ¿resulta contrario a la Directiva 93/13 y a su artículo 8 que un órgano jurisdiccional español invoque y aplique el artículo 4, apartado 2, de la misma cuando tal disposición no ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento por voluntad del legislador, que pretendió un nivel de protección completo respecto de todas las cláusulas que el profesional pueda insertar en un contrato suscrito con consumidores, incluso las que afectan al objeto principal del contrato, incluso si estuvieran redactadas de manera clara y comprensible?

b) En todo caso, ¿es necesario transmitir información o publicidad sobre los siguientes hechos o datos, o alguno de ellos, para la comprensión de la cláusula esencial, en concreto del IRPH?

i) Explicar cómo se configuraba el tipo de referencia, es decir, informar que este índice incluye las comisiones y demás gastos sobre el interés nominal, que se trata de una media simple no ponderada, que el profesional debía conocer y transmitir que debía aplicar un diferencial negativo y que los datos proporcionados no son públicos, en comparación con el otro habitual, el euríbor.

ii) Explicar cómo evolucionó en el pasado y podría evolucionar en el futuro, informando y publicitando aquellas gráficas que expliquen de manera clara y comprensible al consumidor la evolución de este tipo específico en relación con el euríbor, tipo habitual de los préstamos con garantía hipotecaria.

c) Y de concluir el TJUE que incumbe al órgano judicial remitente que examine el carácter abusivo de las cláusulas contractuales y deducir todas las consecuencias conforme a su Derecho nacional, se pregunta al Tribunal si la falta de información de todos ellos, ¿no supondría la falta de comprensión de la cláusula al no ser clara para el consumidor medio, artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, o que su omisión conllevaría un trato desleal por parte del profesional y, que por lo tanto, el consumidor de ser informado conveniente no hubiera aceptado referenciar su préstamo al IRPH?

3) Si se declara la nulidad del IRPH Cajas, ¿cuál de las dos consecuencias siguientes, en defecto de pacto o si este resultase más perjudicial para el consumidor, sería conforme a los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13?



a) La integración del contrato, aplicando un índice sustitutorio habitual, el euríbor, al tratarse de un contrato esencialmente vinculado a un interés productivo a favor de la entidad [quien tiene la condición de] profesional.

b) Dejar de aplicar el interés, con la única obligación de devolver el capital prestado en los plazos estipulados por parte del prestatario o deudor.»

#### **4. Los argumentos del TS**

El Tribunal Supremo constató que el IRPH Entidades es un índice definido y regulado legalmente, que se incorpora a un contrato de préstamo hipotecario a interés variable por la entidad financiera prestamista de una condición general de la contratación. No obstante, «la parte predisponente no define contractualmente el índice de referencia, sino que se remite a uno de los índices oficiales regulados mediante disposiciones legales para este tipo de contratos. Por ello, es a la Administración Pública a quien corresponde controlar que esos índices se ajusten a la normativa, lo que hace que ese control quede fuera del ámbito de conocimiento de los tribunales del orden civil. [...] En consecuencia, el índice como tal no puede ser objeto del control de transparencia desde el punto de vista de la Directiva 93/13».

El Tribunal Supremo concluyó que esta superaba el control de transparencia, tanto desde un plano formal como material. Este órgano jurisdiccional alega, por una parte, que desde el plano formal, la cláusula superaba el «control de inclusión», puesto que era gramaticalmente clara, comprensible y permitía al prestatario comprender y aceptar que el interés variable de su préstamo hipotecario se calculaba con referencia a un tipo fijado y controlado por el Banco de España. Por otra parte, desde un plano material, la cláusula era, en su opinión, transparente y permitía conocer la carga económica del préstamo. Este órgano jurisdiccional consideró que el consumidor podía conocer que tendría que pagar la suma resultante de sumar el índice y el diferencial. A ese respecto, el Tribunal Supremo consideró que, al tratarse de un índice oficial, resultaba fácil para un consumidor medio, normalmente informado, conocer los diferentes sistemas de cálculo y comparar las opciones utilizadas, y que no se podía obligar a la entidad que ofreciese varios índices ni que explicase el modo en que se determinaba el índice.

A este respecto, el Tribunal Supremo no estimó que el hecho de que el euríbor hubiera tenido un comportamiento más favorable para el consumidor constituyera un elemento pertinente, puesto que un «sesgo retrospectivo» no puede servir de pauta para el control de transparencia. Además, consideró que este razonamiento no tenía en cuenta que el tipo



de interés no se formaba solo con el índice de referencia, sino también con el diferencial, y que no constaba que los diferenciales aplicados a préstamos referenciados al euríbor fueran más beneficiosos que los aplicados a préstamos referenciados al IRPH. Asimismo, afirmó que, estadísticamente, los diferenciales del IRPH eran incluso más bajos y que dicho razonamiento tampoco tenía en cuenta la circunstancia de que los diferenciales tenían una mayor o menor magnitud en función de otros datos contractuales (domiciliación de la nómina, vinculación, etc.). El Tribunal Supremo precisó que lo relevante no era la diferencia entre IRPH y euríbor, sino cuál iba a ser la evolución futura del IRPH, y que no podía exigirse al banco ni que conociera esta evolución ni que informara de la misma al prestatario. Además, el comportamiento anterior del valor del euríbor y del valor del IRPH había sido bastante similar.

Por último, el Tribunal Supremo concluyó señalando que resultaba cuando menos contradictorio afirmar que el banco sabía que el IRPH iba a ser más beneficioso que el euríbor y que, sin embargo, el primero de tales índices solo se utilizara en menos del 15 % de los préstamos. Por las mismas razones, la referencia al euríbor podría haber sido anulada si su evolución hubiera sido más desfavorable.

## **5. Los argumentos del AG**

Las cuestiones prejudiciales planteadas versan sobre tres temas, a saber,

- 1) El alcance de la excepción prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13;
- 2) El alcance y el contenido del control de transparencia de la cláusula controvertida, con arreglo al artículo 4, apartado 2, de esta Directiva, y, en último
- 3) Las consecuencias de la declaración del carácter abusivo de dicha cláusula.

### ***5.1. Sobre la primera cuestión prejudicial: alcance de la excepción prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13***

Se pretende que se dilucide, fundamentalmente, si el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se excluye del ámbito de aplicación de esta Directiva una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, como la controvertida en el litigio principal, que fija un tipo de interés tomando como valor de referencia uno de los seis índices de referencia oficiales legales que pueden ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable.



Según Bankia, el Gobierno español y la Comisión, al estar regulado por disposiciones reglamentarias, el IRPH Cajas no puede, como tal, ser objeto de un control de este tipo. En la medida en que el IRPH Cajas es un índice oficial y legal, regulado por disposiciones reglamentarias o administrativas que se publican mensualmente en el Boletín Oficial del Estado, la cuestión del control de transparencia de dicho índice no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, con arreglo a su artículo 1, apartado 2. Por lo tanto, dado que este índice no puede ser declarado abusivo, su inclusión en la cláusula controvertida carece de incidencia en esta interpretación.

Si una cláusula contractual refleja una disposición legal o reglamentaria imperativa o supletoria, la cuestión de si dicha cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 no se plantea. En efecto, esta cláusula sencillamente no está sujeta a las disposiciones de la citada Directiva.

En cambio, si el juez nacional considera que la disposición en cuestión no obliga a la entidad bancaria a elegir un índice de referencia oficial entre los previstos por esta disposición, sino que permite recurrir a otros índices de referencia, la cuestión de si la cláusula contractual que la recoge está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 es entonces sin duda alguna pertinente. En efecto, es evidente que una cláusula de este tipo estaría comprendida en el ámbito de aplicación de la citada Directiva. Lo mismo cabría decir, en opinión del AG, si esta normativa obligara a la entidad bancaria a elegir un índice de referencia oficial entre los previstos en la misma.

La elección de las partes contratantes *no debía efectuarse de manera imperativa* entre los seis índices de referencia oficiales previstos por la Circular 8/1990. El banco podría haber elegido el euríbor como índice de referencia en el momento en que se celebró el contrato.

El propio Tribunal Supremo, en la medida en que examinó la transparencia de la cláusula controvertida sin cuestionar la aplicabilidad de la Directiva 93/13, reconoció implícitamente en su sentencia de 14 de diciembre de 2017 que la excepción prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 no se aplicaba a la cláusula contractual que preveía la aplicación del IRPH Cajas.

En suma, la cláusula controvertida está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. En efecto, el mero hecho de que una disposición nacional permita a una entidad bancaria incluir opcionalmente en las condiciones generales de un contrato de préstamo hipotecario un índice tras haberlo elegido entre los distintos índices de referencias oficiales previstos en esta disposición es suficiente, desde mi punto de vista, para considerar que dicha disposición *no es imperativa* en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 y, por lo tanto, que esta Directiva resulta aplicable. la



excepción prevista en esta disposición no puede aplicarse a una cláusula contractual que refleja una disposición legal o reglamentaria que restringe o limita la autonomía de la voluntad de las partes sin por ello eliminarla.

Además, no puede afirmarse que una cláusula contractual no es abusiva en la medida en que esta cláusula refleja una disposición imperativa cuyo contenido es contrario al efecto útil de la Directiva 93/13.

En suma, una cláusula contractual pactada entre un consumidor y un profesional, como la controvertida en el litigio principal, que fija un tipo de interés tomando como valor de referencia uno de los seis índices de referencia oficiales legales que pueden ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios con tipo de interés variable, no está excluida de su ámbito de aplicación.

Como diría el Eclesiastés, nada nuevo bajo el sol.

## ***5.2. Sobre la segunda cuestión prejudicial: alcance y contenido del control de la transparencia de la cláusula controvertida, con arreglo al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13***

Se pregunta sobre el alcance y contenido del control de transparencia de una cláusula que, afectando al objeto del contrato (el precio), está redactada de manera clara, sencilla y entendible.

Esta cuestión la subdivide en dos apartados:

### ***a) Sobre la segunda cuestión prejudicial, letra a)***

La duda es si, tal y como establece la Directiva, no pueden ser objeto de control de abusividad (transparencia material o control de contenido) aquellas cláusulas insertas en contratos celebrados con consumidores, que se refieren al precio, y/o al precio y contraprestación, si dichas cláusulas han sido redactadas de manera clara y comprensible. Esto es, si la Directiva 93/13, y en particular su artículo 8, se opone a que un órgano jurisdiccional nacional pueda aplicar el artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva para no apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual, redactada de manera clara y comprensible, referida al objeto principal del contrato cuando esta última disposición no ha sido transpuesta en su ordenamiento jurídico por el legislador nacional.

Al respecto, sostiene el Abogado General que:



En primer lugar, el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 *no es una disposición imperativa y vinculante*, que los Estados miembros deben obligatoriamente incorporar como tal a sus ordenamientos.

En segundo lugar, esta excepción contemplada en la Directiva no ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español, precisamente para dar una mayor protección a los consumidores,

Por último, el control de transparencia de la cláusula forma parte de la apreciación del carácter abusivo. En consecuencia, los órganos jurisdiccionales españoles están obligados, en el marco de la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales, a examinar la transparencia de dichas cláusulas.

***b) Sobre la segunda cuestión prejudicial, letras b) y c)***

Se pregunta cuál es la información que el profesional debe facilitar para cumplir la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés tomando como valor de referencia un índice de referencia legal como el IRPH Cajas, cuya fórmula matemática de cálculo resulta compleja y poco transparente para un consumidor medio.

A la vista de todos los elementos de hecho pertinentes que rodearon la celebración del contrato, entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo, se pregunta si la información facilitada era suficiente para permitir a un consumidor medio comprender *el método de cálculo del tipo de interés variable* aplicable a dicho préstamo y, en consecuencia, evaluar el coste total de su préstamo o si, por el contrario, habida cuenta, en particular, del hecho de que se trataba de un préstamo hipotecario, deberían haberse comunicado otros elementos considerados esenciales.

El AG dispone que la cláusula controvertida es clara y comprensible desde el punto de vista gramatical, en el sentido de que permite al consumidor medio comprender y aceptar que el tipo de interés variable aplicable a su préstamo hipotecario se calcula con referencia a un índice de referencia oficial (el IRPH Cajas). Sin embargo, aún es preciso determinar si la cláusula controvertida cumplía la exigencia de transparencia material, según la cual el contrato debe exponer «de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate».

La expresión «*consecuencias económicas, potencialmente significativas*» constituye uno de los elementos clave para determinar la transparencia material. La exigencia de transparencia impuesta por la Directiva 93/13 no solo tiene por objeto evitar las



consecuencias económicas, potencialmente significativas, para el consumidor, sino también impedir que estas consecuencias sean aleatorias o imprevisibles. En efecto, el consumidor medio debe poder prever el coste de su préstamo sin exponerse a un riesgo imprevisible de variación de la carga económica que se deriva del mismo.

Las consecuencias económicas que se derivan del préstamo hipotecario controvertido en el litigio principal, cuyo tipo de interés variable se calcula con arreglo a un índice de referencia oficial, no pueden calificarse de «potencialmente significativas» en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En efecto, la carga económica que se derivaba del préstamo podía ser prevista y calculada por el consumidor, que estaba en condiciones de valorarla antes de la celebración del contrato. En consecuencia, dejando al margen el hecho de que su préstamo está sujeto a un tipo de interés variable, el demandante en el litigio principal no está expuesto a un riesgo imprevisible de variación de la carga económica que se deriva de su préstamo.

El consumidor estaba en condiciones de entender, sobre la base del contrato de préstamo, que, en cada cuota de devolución, debía pagar un precio determinado, más o menos estable, a saber, el resultado de la suma del IRPH Cajas más un diferencial. Para considerar que ha comprendido realmente el método de cálculo del tipo de interés variable aplicable a su préstamo al que se refiere la cláusula controvertida debe conocer que el IRPH Cajas es un *tipo anual equivalente* de los contratos celebrados por las cajas de ahorro para el mes de referencia. Pues bien, en el momento de la celebración del contrato, la fórmula matemática concreta de cálculo de dicho índice no figuraba en la cláusula controvertida. Sin embargo, no puede considerarse que el demandante en el litigio principal no estaba «en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se derivaban para él. Por tanto, **la entidad bancaria cumplió la exigencia de transparencia impuesta por la Directiva 93/13.**

A pesar de lo anterior, el AG señala que corresponde al órgano jurisdiccional remitente efectuar las comprobaciones que considere necesarias a este respecto, verificando en particular que Bankia haya comunicado al demandante en el litigio principal, antes de la celebración del contrato de préstamo, información suficiente para que este pudiera tomar una decisión prudente y con pleno conocimiento de causa. En consecuencia, corresponde a este órgano jurisdiccional, a la vista de todos los hechos pertinentes que rodearon la celebración del contrato, entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por Bankia en el marco de la negociación de dicho contrato de préstamo, comprobar si esta entidad bancaria cumplió con las obligaciones de información previstas en la Circular 8/1990.



La información que el profesional debe facilitar para cumplir la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés tomando como valor de referencia un índice de referencia legal como el IRPH Cajas, cuya fórmula matemática de cálculo resulta compleja y poco transparente para un consumidor medio, debe, por una parte, ser suficiente para que este pueda tomar una decisión prudente y con pleno conocimiento de causa en lo que se refiere al *método de cálculo del tipo de interés* aplicable al contrato de préstamo hipotecario y a los elementos que lo componen, especificando no solo *la definición completa del índice de referencia* empleado por este método de cálculo, sino también las disposiciones de la normativa nacional pertinentes que determinan dicho índice **y, por otra parte, referirse a la evolución en el pasado del índice de referencia escogido.**

Y, por último, en caso de que el órgano jurisdiccional remitente llegara a la conclusión de que la exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por lo tanto, de transparencia ha sido respetada ello no implicaría la exención del deber de someter, en cualquier caso, la cláusula controvertida a un examen referido a su eventual carácter abusivo en cuanto al fondo, habida cuenta de la posible existencia de un desequilibrio importante causado, en detrimento del consumidor, entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. En ese contexto incumbe al juez nacional determinar si una cláusula como la controvertida en el litigio principal cumple asimismo las exigencias de buena fe y equilibrio impuestas por esta Directiva (control de abusividad). Pero sobre esto no se pronuncian las conclusiones del AG.

- c) Por último, se pregunta si la falta de información debe considerarse desleal.

Expuesto lo precedente, el AG no responde a esta cuestión ni a la tercera cuestión, relativa a las consecuencias que se derivan de la declaración del carácter abusivo de dicha cláusula.

## 6. Carácter no vinculante

El dictamen del abogado general **no tiene carácter vinculante, pero los jueces del TJUE siguen sus recomendaciones en un alto porcentaje de los casos.** Ahora bien, en el presente caso, y aun en el supuesto de que siguieran dichas conclusiones, y a la vista de las consideraciones expuestas ¿cuál será el sentido de la sentencia?

La sentencia definitiva estaba prevista que se conociera en otoño, pero posiblemente también se retrase.



## 7. Conclusiones

**Primera.** La cláusula contractual que fija un tipo de interés tomando como valor de referencia uno de los seis índices de referencia oficiales legales que pueden ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios con tipo de interés variable no está excluida del ámbito de aplicación de esta Directiva.

**Segunda.** Los jueces españoles deben aplicar el control de transparencia a pesar de la no transposición del art. 4.2 Directiva, en virtud de lo dispuesto en el art. 8 de la misma.

**Tercera.** La información que el profesional debe facilitar al consumidor para cumplir con la exigencia de transparencia cuya fórmula matemática de cálculo resulta compleja y poco transparente para un consumidor medio debe:

- a) ser suficiente para que el consumidor pueda tomar una decisión prudente y con pleno conocimiento de causa en lo que se refiere al método de cálculo del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo hipotecario y a los elementos que lo componen, especificando no solo la definición completa del índice de referencia empleado por este método de cálculo, sino también las disposiciones de la normativa nacional pertinentes que determinan dicho índice, y,
- b) referirse a la evolución en el pasado del índice de referencia escogido.

**Cuarta.** Corresponde al juez nacional, al efectuar el control de la transparencia de la cláusula controvertida verificar, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, por una parte, si el contrato expone de manera transparente el método de cálculo del tipo de interés, de manera que el consumidor estuviera en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que del mismo se derivaban para él y, por otra parte, si este contrato cumple con todas las obligaciones de información previstas en la normativa nacional.

## 8. Valoración

1. La lectura de las Conclusiones del AG no son reveladoras de un criterio claro para juzgar la legalidad o falta de transparencia de la cláusula IRPH, que hacen difícil aventurar cuál será la decisión de nuestros tribunales (y, en particular del TS).



2. Lo único claro es que la cláusula de IRPH no queda cubierta por la excepción del art. 1.2 de la Directiva. Pero esta aclaración es irrelevante, porque, si bien resta un apoyo a la STS 14.12.2017, sin embargo, no afecta al fondo de la argumentación del TS, que conducía a la confirmación de la transparencia de la cláusula afectada.

3. El AG repite que es preciso realizar sobre la cláusula un juicio de transparencia, pero un juicio de transparencia es lo que ya venía realizándose en España, y el AB repite varias veces que es el juez nacional el que debe realizarlo.

4. Podría entenderse, sin embargo, que el AG instaura un estándar de transparencia más exigente que el del TS. Pero realmente no es así, como puede comprobarse en las argumentaciones circulares que se contienen en los apartados 110, 113, 114, 119, 120, 122, 123, 124 y 126 de las conclusiones, y del reconocimiento expreso de que, a su juicio, la entidad bancaria en cuestión cumplió las exigencias del juicio de transparencia. En efecto, el párrafo 124 dice textualmente: *“El conjunto de consideraciones anteriores me lleva a concluir que la entidad bancaria cumplió la exigencia de transparencia impuesta por la Directiva 93/13. No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente efectuar las comprobaciones que considere necesarias a este respecto, verificando en particular que Bankia haya comunicado al demandante en el litigio principal, antes de la celebración del contrato de préstamo, información suficiente para que este pudiera tomar una decisión prudente y con pleno conocimiento de causa”*.

Así:

- De un lado, señala que no cabe exigir al banco que ofrezca diferentes índices de referencia a los consumidores. La obligación de información no es una obligación de asesoramiento y, por lo tanto, no implica en absoluto que la entidad bancaria deba emplear u ofrecer al consumidor diferentes índices oficiales. Por tanto, prescinde de este requisito que exigió el TS, por lo que suaviza el nivel de exigencia.

- De otro lado, el mayor grado de exigencia sería que la información debe, además, “referirse a la evolución en el pasado del índice de referencia escogido”.

Es posible que los contratos no cumplan esta exigencia, pero tampoco el contrato controvertido por lo que, ¿entonces, como puede afirmar el AG que la cláusula discutida por el juez a quo superaba el test de transparencia?

Si el AG dice que la cláusula es transparente es porque entiende que se ha facilitado información precontractual suficiente y completa. ¿Y esto no pasará en el resto de casos?



Esto es, tras decir que, en el presente caso, la entidad bancaria ha cumplido con el test de transparencia, señala que, para el resto, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacional comprobar si esta entidad bancaria cumplió con las obligaciones de información previstas en la Circular 8/1990. Y a tal fin, ofrece dos criterios, de los cuales sólo el segundo puede resultar novedoso (el primero es menos exigente que el del TS).

Pues, sinceramente, para este viaje no necesitábamos tales alforjas.

En suma, creo que las citadas conclusiones han sido sobrevaloradas y tendremos que esperar a la sentencia del TJUE para afirmar que se abre un nuevo frente judicial. A la vista de lo precedente, es improbable que el TS se sienta obligado a cambiar su discurso sobre la transparencia de la cláusula IRPH.