



¿FIN A LA BATALLA JUDICIAL SOBRE LA CLÁUSULA IRPH EN EUROPA?*

Sheila Martínez Gómez
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 02 de diciembre de 2021

Después de que las SSTS (Pleno) núm. 595¹, 596², 597³ y 598/2020⁴ de 12 de noviembre acogieran la doctrina sentada en la STJUE (Gran Sala) de 3 de marzo de 2020 (asunto C-125/18, *Gómez del Moral Guasch*)⁵ y declarasen que, si bien la comercialización de las hipotecas referenciadas al IRPH pecaba de falta de transparencia, la cláusula que determinaba el IRPH (Cajas o Bancos) como índice de referencia del interés remuneratorio del préstamo no era abusiva, el Titular del Juzgado de Primera Instancia nº38 de Barcelona -el mismo que elevó el caso de las IPRH al TJUE en 2018 y dio lugar a la mencionada sentencia europea- planteó una segunda cuestión prejudicial, mediante Auto de 2 diciembre de 2020⁶, en la que solicitó al Tribunal de Luxemburgo una aclaración de los términos de la STJUE de 3.03.2020 debido a las diferentes interpretaciones que jueces y tribunales nacionales estaban dando a la doctrina europea.

* Trabajo realizado en el marco del Contrato con referencia 2021-COB-10466-003 con cargo a la Ayuda para la financiación de actividades de investigación dirigidas a grupos de la UCLM Ref.: 2021-GRIN-31309, denominado "Grupo de Investigación del Profesor Ángel Carrasco" (GIPAC); 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" dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato; y en el marco de la Ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha" (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana.

¹ ECLI:ES:TS:2020:3613.

² ECLI:ES:TS:2020:3629.

³ ECLI:ES:TS:2020:3756.

⁴ ECLI:ES:TS:2020:3628.

⁵ ECLI:EU:C:2020:138.

⁶ ECLI:ES:JPI:2020:34A.



Ahora, la Sala Novena del Tribunal de Justicia de la UE resuelve esta nueva cuestión mediante Auto motivado de fecha 17 de noviembre de 2021 (asunto C-655/20, *Gómez del Moral Guasch II*)⁷ por considerar que la respuesta a lo planteado puede deducirse claramente de la jurisprudencia existente, limitándose a aclarar y precisar aquellas cuestiones sobre las que ya se pronunció en la mencionada STJUE de 03.03.2020.

ATJUE de 17 de noviembre de 2021

1.ª y 2.ª cuestión prejudicial: la publicación del IRPH (Cajas o Bancos) en el BOE, ¿salva para todos los casos las exigencias de transparencia en cuanto a la composición y cálculo del IRPH, incluida la obligación del profesional de incorporar al contrato la definición completa del índice o de entregar, previo a la suscripción del contrato, un folleto informativo que recoja su anterior evolución?

El Tribunal de Justicia, tras recordar que para evaluar la transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un préstamo hipotecario ha de tenerse en cuenta los elementos interpretativos ofrecidos por los apdos. 53 y 54 de la sentencia *Gómez del Moral Guasch*⁸, entiende que «[e]l art. 5 de la Directiva 93/13 y la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales (...) deben interpretarse en el sentido de que *permiten al profesional no incluir en tal contrato la definición completa del índice de referencia que sirve para calcular un tipo de interés variable o no entregar al consumidor, antes de la celebración de ese contrato, un folleto informativo que recoja la evolución anterior de ese índice, por la razón de que la información relativa al mencionado índice es objeto de publicación oficial*, siempre que, habida cuenta de los datos públicamente disponibles y accesibles y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estuviera en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras» (apdo. 33).

3.ª cuestión prejudicial: ¿es posible asimilar la falta de transparencia de la cláusula de interés variable de un préstamo hipotecario a la abusividad?

⁷ ECLI:EU:C:2021:943.

⁸ Es decir, (i) la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés en la Circular 8/1990; y (ii) el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés, cuando así lo exigiera la normativa nacional (Anexo I, apartado 3, de la Orden de 5 de mayo de 1994 y art. 26.2 -redacción original y actual, según el caso- de la Orden EHA/2899/2011 de 28 de octubre).



El TJUE recuerda, tal y como puso de manifiesto en el asunto *Banco Primus*⁹, que la mera circunstancia de que una cláusula contractual no esté redactada de manera clara y comprensible, en el sentido del art. 4.2 de la Directiva 93/13, no le confiere, por sí sola, carácter abusivo (apdo. 37), sino que el juez nacional deberá determinar, con arreglo al art. 3.1 de dicha Directiva y en relación a las circunstancias propias del caso (apdo. 39) y al momento de celebración del contrato (apdo. 40), «[s]i se trata de una cláusula que, en contra de las exigencias de la *buena fe*, causa en perjuicio del consumidor un *desequilibrio importante* de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato» (apdo. 38).

4.ª cuestión prejudicial: ¿el juez nacional tiene la obligación de ofrecer al consumidor la posibilidad de optar entre la nulidad del contrato o la integración del mismo?

El Tribunal europeo parte de los apdos. 53 a 55 de la STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-260/18, *Dziubak*)¹⁰, en los cuales se establece que el juez nacional no está obligado a excluir la aplicación de la cláusula abusiva en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula, otorgando así un consentimiento libre e informado a esa cláusula.

Analógicamente, y en la medida en que dicho sistema de protección contra las cláusulas abusivas no es aplicable si el consumidor se opone a ello, el consumidor deberá tener *a fortiori* el derecho a oponerse a ser protegido, en aplicación de ese mismo sistema, de las consecuencias perjudiciales provocadas por la anulación del contrato en su totalidad cuando desee invocar tal protección (apdo. 51), por lo que «el art. 6.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que *obliga* al juez nacional a ofrecer al consumidor la posibilidad de optar entre, por un lado, la revisión de un contrato mediante la sustitución de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable declarada abusiva por una cláusula que se remite a un índice previsto por la ley con carácter supletorio y, por otro lado, la anulación del contrato de préstamo hipotecario en su conjunto, cuando este no pueda subsistir sin esa cláusula» (apdo. 52).

5.ª cuestión prejudicial: ¿es contrario a los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, dada la alteración insignificante que se daría en el resultado económico, sustituir la cláusula (nula y abusiva) que incorpora el índice IRPH Cajas o Bancos por otra que incorpore el IRPH Entidades al contrato?

⁹ STJUE (Sala Primera) de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, *Banco Primus* (ECLI:EU:C:2017:60).

¹⁰ EU:C:2019:819.



El Tribunal de Luxemburgo recuerda que la Directiva 93/13/CEE excluye de su ámbito de aplicación aquellas cláusulas contractuales que reflejen «disposiciones legales o reglamentarias imperativas», expresión que comprende «no solo las disposiciones de Derecho nacional que se aplican a las partes contratantes con independencia de su elección, sino también las que tienen carácter supletorio, esto es, las que se aplican por defecto cuando las partes no hayan pactado otra cosa» (apdo. 55).

De ello se deduce que aquella cláusula contractual que incorpore un índice en base a una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio (IRPH Entidades), estará comprendida en la exclusión prevista en el art. 1.2 de la Directiva 93/13 y, por tanto, quedará fuera del ámbito de aplicación de esta, no pudiendo ser objeto de control de abusividad por reflejar un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes (apdo. 57). En efecto, el TJUE concluye que «los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13, a la luz del art. 1.2 de esta Directiva, deben interpretarse en el sentido de que *no se oponen a que*, en caso de nulidad de una cláusula abusiva que fije un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, *el juez nacional sustituya*, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 67 de la sentencia Gómez del Moral Guasch, *dicho índice por un índice legal*, aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, *cuando ambos índices se determinan por un método de cálculo de un nivel de complejidad equivalente* y el Derecho nacional contempla esta sustitución en los supuestos pacíficos en los que se pretende el mantenimiento del equilibrio de las prestaciones entre las partes, *a condición de que el índice sustitutivo refleje efectivamente una disposición supletoria de Derecho nacional*» (apdo. 58).

6.ª cuestión prejudicial: ¿el juez nacional debe aplicar el tipo resultante del índice sustitutivo en la fecha de esa sustitución o, por el contrario, en la de celebración del contrato?

El Tribunal de Justicia se remite, en primer lugar, a los apdos. 58 a 64 de la sentencia *Gómez del Moral Guasch* y recuerda que, si bien el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE y el efecto disuasorio se oponen a una normativa nacional que permite al juez integrar un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor modificando el contenido de una cláusula abusiva y nula, en aquellos casos en los que (i) el contrato de préstamo hipotecario no pueda subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva que fija el tipo de interés variable y determina la remuneración del préstamo y (ii) la nulidad de la totalidad del contrato deje al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, el juez podrá, en aplicación de los principios del Derecho de contratos, sustituir esa cláusula abusiva por una disposición nacional supletoria.



En este sentido, y dado que «[s]ería contradictorio (...) considerar que el contrato pudo producir sus efectos durante todo el período anterior a la adopción del índice sustitutivo (...) sin que fuera remunerado mediante intereses», entiende que [l]a cláusula abusiva inaplicada quedará sustituida por la disposición nacional supletoria en la fecha de celebración del contrato» (apdo. 67), es decir, la aplicación del tipo resultante del índice sustitutivo debe producirse desde la fecha de celebración del contrato, quedando la entidad bancaria obligada a reintegrar al consumidor la diferencia entre lo detráído en aplicación de la cláusula abusiva y lo que habría percibido en caso de haber aplicado el índice sustitutivo.

Conclusiones

El Tribunal de Justicia de la UE zanja la polémica en torno al control de transparencia y determina que la cláusula IRPH debe someterse a un triple control de legalidad (incorporación, transparencia y abusividad), de tal manera que la falta de transparencia de la cláusula no determinaría *per se* su nulidad, sino que sería condición necesaria para someterla al control de abusividad como paso previo a la declaración de su nulidad. En efecto, *no toda cláusula intransparente es necesariamente abusiva*.

Asimismo, de la respuesta dada a la 5.^a cuestión prejudicial (*vid supra*), puede deducirse que el TJUE sostiene que, en caso de nulidad de la cláusula IRPH y a falta de pacto válido entre las partes, el juez deberá sustituir el IRPH (Cajas o Bancos) -los cuales desaparecieron en 2013- por el índice contemplado en la Disposición Adicional 15.^a de la Ley 14/2013¹¹ (IRPH Entidades). Y ello porque aduce que el juez nacional deberá sustituir aquel por un índice legal que *refleje efectivamente una disposición supletoria de Derecho nacional, con independencia de que éste contemple la sustitución para mantener el equilibrio de prestaciones en caso de sustitución pacífica*, por lo que, una vez más, parece desterrar la opción de sustituir el IRPH por el Euribor, salvo que así se hubiera pactado en el contrato.

En definitiva, el Tribunal europeo confirma la doctrina de nuestro Alto Tribunal, sentada en las cuatro sentencias de 12 de noviembre de 2020 y, con este Auto, parece haber puesto fin a la batalla judicial del IRPH en Europa, si bien ha de tenerse en cuenta que todavía tiene que responder a las dieciséis cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Ibiza (Auto de 5 de enero de 2021¹²).

¹¹ Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización («BOE» núm. 233, de 28/09/2013).

¹² ECLI:ES:JPI:2021:2A.