

## LA FUTURA DECISIÓN DEL TJUE SOBRE IRPH\*

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

*Fecha de publicación: 30 de octubre de 2018*

### 1. Los antecedentes

La STS (Sala de lo Civil, Sección Pleno), núm. 669/2017 de 14 diciembre (RJ 2017\5167) resuelve un recurso de casación que tenía por objeto la abusividad de una cláusula que referenciaba el tipo de interés remuneratorio al IRPH Entidades<sup>1</sup>. El TS estima y revoca en parte la sentencia de apelación recurrida declarando válido el interés remuneratorio pactado referenciado al IRPH Entidades y al índice sustitutivo IRPH Cajas. Sin embargo, el pronunciamiento no es unánime ya que hay un voto particular suscrito por dos de los diez Magistrados del Pleno del Tribunal Supremo que dicta la sentencia.

La sentencia de 10 de marzo de 2016 (RJ 2016\59148) de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava confirma la sentencia dictada por el Juzgado de lo

---

\* Trabajo realizado en el marco del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia (Subprograma Estatal de Generación de Conocimiento) otorgado al Grupo de investigación y centro de investigación CESCO, «Mantenimiento y consolidación de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo», dirigido por el Prof. Ángel Carrasco Perera de la UCLM, Ref.: DER2014-5606-P.

<sup>1</sup> Se ejercita una acción declarativa de nulidad por abusiva de la cláusula de cálculo del interés variable conforme al índice IRPH ENTIDADES (y la de los intereses moratorios). Declarado nulo el citado tipo de interés IRPH, se solicita la aplicación de los artículos 1.753 y 1.755 CC, en relación con el artículo 83 TRLGDCU. En cuanto al índice sustitutivo establecido en las escrituras del préstamo, es decir, el IRPH Cajas, todos los argumentos que se plasman con el objeto de probar la abusividad del IRPH Entidades se trasladan en su integridad para probar la abusividad del IRPH Cajas, al limitarse éste índice exclusivamente para el cálculo a las operaciones de las Cajas de Ahorro, ámbito más constreñido que las del conjunto de entidades. Por tanto, entendiendo que es de interés la subsistencia del contrato de préstamo suscrito, se solicita que se declare la no existencia de intereses retributivos, procediendo a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas (que en ejecución de sentencia serán determinadas) por razón de intereses ordinarios, en aplicación de una cláusula que se declare nula, declarando abusivo, por lo tanto, nulo, y sin que haya podido desplegar eficacia jurídica alguna en el contrato de préstamo.



Mercantil número 1 de Vitoria<sup>2</sup>. En ambas se declaraba la nulidad de la cláusula tercera bis, que referenciaba el préstamo al IRPH entidades y al índice sustitutivo IRPH Cajas.

Los motivos esgrimidos por ambas sentencias para la estimación de la demanda son los siguientes:

(i) La cláusula IRPH es una condición general de la contratación, ya que, aunque consta la existencia de información precontractual, no se acreditó que hubiera negociación individual. Se trata de una cláusula que forma parte del objeto principal del contrato, ya que se refiere a la remuneración que debe satisfacer el cliente a la entidad bancaria por el préstamo. En consecuencia, el control de abusividad no puede extenderse al equilibrio de las contraprestaciones, pues no cabe el control del precio, sino que ha de limitarse al control de transparencia, que comprende el control de inclusión y el control de comprensibilidad. El IRPH es un índice oficial y no consta la manipulación de este índice por parte de las entidades bancarias.

(ii) No obstante, se trata de una cláusula abusiva, porque no se ha proporcionado suficiente información al cliente sobre el cálculo del IRPH, ni sobre su comportamiento en los años anteriores, la diferencia con otros índices oficiales, gráficos, ni se le ofrecieron otros índices, como el Euribor, para que pudiera optar entre ellos.

(iii) Esta falta de transparencia es suficiente para declarar la nulidad de la cláusula de interés remuneratorio.

La entidad financiera recurre en casación ante el Tribunal Supremo. Sustancialmente, se aduce en casación que la comprensibilidad de la cláusula tercera sobre el índice IRPH por el cliente, como elemento que define la transparencia, no tiene que ver con la ausencia de alternativas más favorables para la parte prestataria; tampoco con la falta de explicaciones al prestatario sobre el funcionamiento del IRPH, o su comportamiento en los años anteriores a la fecha del contrato. El TS declara al respecto que estos reproches suponen un elemento nuevo introducido por las sentencias recurridas, que no guarda relación alguna con el control de transparencia.

Los argumentos del TS son los siguientes:

---

<sup>2</sup> La magistrada-jueza del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vitoria dictó sentencia núm. 158/2015, de 15 de junio, por la que estimó íntegramente la demanda interpuesta y declaró la nulidad de la cláusula Tercera Bis del contrato de préstamo hipotecario que referencia el préstamo al IRPH Entidades y como índice sustitutivo al IRPH Cajas, para toda la vida del préstamo una vez superado el primer periodo de un año de vigencia del préstamo, manteniendo la vigencia del contrato con el resto de sus cláusulas.



- La cláusula de intereses variables es una condición general de la contratación
- Imposibilidad de control de transparencia sobre disposición legal.
- La cláusula examinada supera el llamado control de inclusión, por estar redactada de forma gramaticalmente clara y comprensible, y permite entender que el interés del préstamo suscrito por el prestatario se calcula por referencia a un índice que ha sido oficialmente establecido por el Banco de España y se encuentra sujeto a su control.
- En cuanto al control de transparencia, se dice que el mismo obligaba a la prestamista a: (i) explicar cómo se configuraba el tipo de referencia, cómo había evolucionado y cómo podría evolucionar en el futuro; (ii) poner en relación el tipo de referencia elegido con otros tipos legalmente previstos; y (iii) ofrecer al prestatario la posibilidad de elección entre los diversos tipos existentes en el mercado.
- Para determinar la transparencia de la cláusula que incorpora el índice de referencia (IRPH-Entidades) habrá que ver si el consumidor era consciente, porque había sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial, así como la manera en que se calculaba el interés variable.

El TS sostiene que la validez de las cláusulas referenciadas a un tipo oficial conforme estableció la Disp. Ad. Primera, I-2.ª LGDCU 1984 (actual art. 85.3 de su TR de 2007), se centró en exigir dos condiciones que se cumplen en el presente caso: que se trate de un índice legal; y que en el contrato se describa el modo de variación del tipo.

- ¿Basta con esto? ¿o se requiere alguna información adicional? ¿Se debe informar de la fórmula de cálculo?
- El IRPH de cajas se calculaba a partir de los datos facilitados por las mismas cajas cada mes, como media simple, con el mismo peso de todas las Cajas (IRPH sectorial), con independencia del volumen de préstamos concedidos. Por ello, si una caja, por haber incrementado un mes los tipos de interés o comisiones, perdía cuota de mercado, no variaba su representatividad en el IRPH. Por lo tanto, a menos Cajas, más influencia en el IRPH de las que quedan y, por consiguiente, cualquier caja podía influir en el resultado del IRPH incrementado los intereses o las comisiones que aplicaba en el mes en cuestión.
- Teniendo en cuenta que las comisiones suponen un porcentaje sobre el interés nominal y que se incluyen las cláusulas suelo o el redondeo al alza ¿se debe informar al consumidor que el dato que proporciona la entidad bancaria o caja de ahorros para obtener la media aritmética del IRPH lo es con el TAE con comisiones y gastos? ¿se debe advertir que, conforme a normativa, se eliminan los tipos que hayan sido rebajados en virtud de subvenciones o acuerdos para empleados, lo que evidentemente, harían bajar el resultado? Tanto es así, que esas comisiones que se incluyen para configurar el tipo medio de IRPH, deberían influir para aplicar un



diferencial negativo (en tal sentido se pronuncia el Banco de España). Es decir, habida cuenta de que los tipos medios ponderados son tipos TAE, para que el IRPH resulte un reflejo de los intereses medios del mercado resultaba necesario, y así se indicaba por el Banco de España desde el 3 de agosto de 1994, que se aplique un diferencial negativo que compense el efecto inflacionista de las comisiones, un diferencial cuyo valor dependerá de las comisiones que se hayan aplicado<sup>3</sup>.

- En las oficinas de la entidad bancaria se publicitaba el IRPH al cliente como un índice menos volátil, más seguro y más estable que el euríbor, por lo que también se plantea si deben exhibirse las diferentes gráficas, extraídas con datos del Banco de España y conocidas entonces por la entidad profesional, a los efectos de dar a conocer la evolución de uno (IRPH) y otro tipo (EURÍBOR) al consumidor, o por el contrario no es trascendente transmitir las en el momento de la celebración del contrato.
- Todos estos datos, además de su fórmula de cálculo matemático, que también es parte de su comprensibilidad, (§ 45 STJUE de 20 de septiembre de 2017, C-186/16) y está plasmada en la Circular 5/1994, de 22 de julio del Banco de España, anexo VIII.1, abocan a que pudiera tratarse de un índice complejo en su conjunto, lo que pudiera incrementar un plus de información y publicidad, justamente por afectar a un elemento esencial.
- Pues bien, el TS no solo no responde a estas cuestiones, sino que descarta algunos criterios esgrimidos por la AP para fundamentar la transparencia:
- Conocimiento del consumidor. Dado el carácter esencial de la propia cláusula, no cabe considerar que el consumidor no se apercibiera de su importancia económica y jurídica y que pudiera conocer que el interés resultante en dicho periodo se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial consistente en una media de los índices hipotecarios de todas las entidades que actuaban en España al que se sumaba un margen o diferencial.
- Al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan

---

<sup>3</sup> Circular 5/94 del Banco de España, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Preámbulo párrafo cuarto. "Los tipos de referencia escogidos son, en último análisis, tasas anuales equivalentes. Los tipos medios de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda libre lo son de forma rigurosa, pues incorporan además el efecto de las comisiones. Por tanto, su simple utilización directa como tipos contractuales implicaría situar la tasa anual equivalente de la operación hipotecaria por encima del tipo practicado por el mercado. Para igualar la TAE de esta última con la del mercado sería necesario aplicar un diferencial negativo, cuyo valor variaría según las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas".



diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial como el propio precio del préstamo.

- No obligatoriedad de ofrecer varios índices oficiales. Tampoco cabe exigir a la banca, a efectos del control de transparencia, que ofreciera al prestatario la opción de contratar bajo otros índices de referencia como el Euribor, ni que en su evolución posterior este otro fuera más conveniente para el prestatario. A este respecto, señala la sentencia, al final de su apartado décimo, que resulta cuando menos arriesgado afirmar que el IRPH resulta más caro que el Euribor en un momento en que faltan todavía 24 años para la finalización de su vigencia; y, por otra parte, se afirma en ella que, en realidad, cuando la Audiencia declara la nulidad en atención a que el «precio» del contrato resulte más o menos elevado, está realizando un verdadero control de precios, lo que según el TS es inadmisibles.
- Por otra parte, la diferencia sustancial que presenta el índice IRPH respecto a la cláusula suelo, consiste en que en el índice IRPH el consumidor puede conocer de manera sencilla que tendrá que pagar el resultado de sumar el índice y el diferencial; mientras que en la cláusula suelo, el coste del préstamo quedaba oscurecido, al establecerse un tope mínimo por debajo del cual el diferencial no fluctuaba.
- No se puede obligar a una entidad financiera a utilizar u ofrecer varios de los índices oficiales, por la misma razón que no se le puede exigir que únicamente ofrezca tipos fijos o solo tipos variables.
- Innecesariedad de explicación pormenorizada. Ni es exigible a la entidad prestamista una explicación pormenorizada del modo en que se determina el índice de referencia, porque su elaboración estaba bajo la supervisión del Banco de España. Además, en este caso, la mención del índice no se hacía siquiera mediante una denominación que pudiera resultar desconocida para el consumidor, sino mediante su definición básica, que resultaba ilustrativa: «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito».
- No es necesario el ofrecimiento de otros índices de referencia. Tampoco es exigible, a efectos del control de transparencia, que se ofreciera al prestatario la opción de contratar con otros índices de referencia, como el Euribor que, ex post facto, en los años posteriores a la celebración del contrato, se ha observado que ha tenido un comportamiento más económico para el consumidor. Los índices de referencia aplicables a los préstamos hipotecarios se supervisan por el Banco de España y se publican mensualmente en el Boletín Oficial del Estado, por lo que se trata de una información pública y accesible para cualquiera. Además, se publican de forma agrupada, por lo que es posible confrontarlos entre sí.



- La transparencia en la contratación mediante condiciones generales no exige que el predisponente tenga una oferta más o menos amplia. Basta con que el adherente pueda conocer sin especiales esfuerzos cuál era el índice de referencia, de entre los varios admitidos legalmente, que se utilizaba por el predisponente en el contrato en cuestión, y el diferencial a aplicar sobre tal índice que utilizaba el predisponente para el cálculo del interés remuneratorio del préstamo ofertado.
- El coste se mide en función de distintas variables. Los diferenciales tienen una mayor o menor magnitud en función de otros datos contractuales, como la vinculación del cliente con la entidad, la domiciliación de la nómina, de otros recibos, la contratación de otros productos, etc. Por lo que resulta imposible anudar la transparencia del tipo de interés al mero hecho de su referenciación a uno u otro índice oficial.
- Comportamiento del Euribor más favorable para el consumidor. También resulta arriesgado afirmar que el IRPH resulta en todo caso más caro cuando el préstamo todavía no ha llegado ni a la tercera parte de su plazo de vigencia, puesto que se pactó en 2006 por un periodo de 35 años, por lo que se desconoce qué sucederá en los 24 años que todavía quedan para su extinción. En la práctica, la Audiencia acaba haciendo un control de precios, al declarar la nulidad de una condición general de la contratación porque el precio resultante sea más o menos elevado, lo que no es admisible.
- Comprensibilidad. Es fácilmente comprensible el precio del préstamo, puesto que el consumidor puede conocer de manera sencilla que tendrá que pagar el resultado de sumar el índice y el diferencial. Y aquí radica fundamentalmente la diferencia con los préstamos con cláusula suelo, en que dicha comprensibilidad quedaba oscurecida por el hecho de que el coste del préstamo no funcionaba siempre con esos dos elementos, al establecerse un tope mínimo por debajo del cual el diferencial no fluctuaba.
- Ausencia de manipulación. No debe confundirse el hecho de que los datos facilitados por las entidades conformantes del índice afecten a su valor resultante, algo consustancial al procedimiento de su cálculo, con la posibilidad de su manipulación.
- El control de transparencia no predice comportamientos futuros. Tampoco cabe presumir que se ofreció el IRPH porque se sabía que iba a tener un comportamiento más favorable para los prestamistas que el Euribor. Los valores del IRPH resultaban de la media de los tipos de interés medios aplicables para la adquisición de vivienda de precio libre en España, lo cual, por definición, incorporaba en dicha media todas operaciones de financiación hipotecaria tanto a interés fijo como variable, entre las que también se encontraban las operaciones referenciadas al Euribor. Ello es relevante porque, dado que hasta ahora el Euribor ha tenido un valor inferior al IRPH, el Euribor también influyó en la conformación a la baja de los valores del IRPH, puesto que las operaciones referenciadas a dicho índice se incluían en el cálculo de este último. Lo que pone más que en entredicho la conclusión, también de sesgo retrospectivo, según



la cual la prueba de que el IRPH convenía más a priori a las entidades financieras es que el Euribor bajó más.

- En tales condiciones, lo único de lo que podría haberse informado, además de lo que se informó (que el índice era el IRPH, que ese índice se publicaba en el BOE y en qué consistía), era que, si el IRPH evolucionaba más desfavorablemente que el Euribor, podría ser peor para el demandante, si pese a los distintos márgenes, el resultado era superior. Pero eso era una obviedad, porque resulta evidente que siempre que existen varios índices oficiales, los prestatarios cuyos préstamos estén referenciados al índice que en el futuro se comporte mejor (en el sentido de que baje más o suba menos) saldrán ganando, y los que lo estén al índice que evolucione peor, saldrán perdiendo. Como ocurre con los préstamos fijos: si el índice al que está referenciado el préstamo a interés variable más el diferencial baja por debajo del tipo fijo, los prestatarios que hayan optado por éste saldrán perdiendo; si ocurre lo contrario, saldrán ganando.
- Para que en el mercado del crédito fueran competitivos los préstamos referenciados al IRPH y poder ofertar un TAE similar a los préstamos referenciados al Euribor, es claro que en aquéllos el diferencial tenía que ser menor. Lo relevante no era, pues, la diferencia en ese momento entre IRPH y Euribor, sino cuál iba a ser la evolución futura. Y eso no puede exigirse al banco que lo conociera, ni que, por tanto, lo informara; sobre todo en un préstamo con un plazo de duración de 35 años.
- Por último, resulta cuando menos contradictorio afirmar que el banco sabía que el IRPH le iba a ser más beneficioso que el Euribor y que, sin embargo, el primero de tales índices solo se haya utilizado en un número de préstamos en nuestro país que no llega al 15%. Salvo que se presuma que en la inmensa mayoría de préstamos referenciados al Euribor las entidades estaban dispuestas a perder cuota de beneficios.
- No compartimos el argumento expuesto por el TS. El desequilibrio radica en que el IRPH siempre cotiza un punto o punto y medio por encima del Euribor, y ese es el problema de la falta de transparencia. El control de transparencia, tal y como lo ha entendido el TJUE, exige que la entidad bancaria informe al prestatario consumidor, no solo de que su índice, el IRPH, no es el habitual, que es distinto del EURIBOR, dándole una mínima explicación de cómo funciona, de lo verdaderamente relevante o importante para el consumidor, que es saber y conocer que el IRPH Entidades, por sus características, ha cotizado, cotiza y cotizará habitualmente por encima del EURIBOR; y ello con la finalidad de que el consumidor así informado tenga la capacidad de decidir si quiere o no un préstamo referenciado a IRPH con un índice fijo o variable inferior, pero por el que habitualmente va a pagar más que con cualquier préstamo referenciado a EURIBOR.
- El control de transparencia no se realiza con carácter retrospectivo. Hasta noviembre de 2008, el valor del IRPH y del Euribor había sido bastante similar (menos de un punto de diferencia), aparte de que no cabe olvidar que los diferenciales aplicados



eran distintos y condicionaban el resultado final; y que esos diferenciales eran menores en los préstamos referenciados al IRPH que en los referenciados al Euribor, pues de otro modo los primeros no habrían resultado competitivos. En tales condiciones, lo único de lo que podría haberse informado, además de lo que se informó (que el índice era el IRPH, que ese índice se publicaba en el BOE y en qué consistía), era que, si el IRPH evolucionaba más desfavorablemente que el Euribor, podría ser peor para el demandante, si pese a los distintos márgenes, el resultado era superior. Pero eso era una obviedad, porque resulta evidente que siempre que existen varios índices oficiales, los prestatarios cuyos préstamos estén referenciados al índice que en el futuro se comporte mejor (en el sentido de que baje más o suba menos) saldrán ganando, y los que lo estén al índice que evolucione peor, saldrán perdiendo. Como ocurre con los préstamos fijos: si el índice al que está referenciado el préstamo a interés variable más el diferencial baja por debajo del tipo fijo, los prestatarios que hayan optado por éste saldrán perdiendo; si ocurre lo contrario, saldrán ganando.

- Imposibilidad de control de precios. La Audiencia acaba haciendo un control de precios, al declarar la nulidad de una condición general de la contratación porque el precio resultante sea más o menos elevado, lo que no es admisible a juicio del TS. Con este argumento también habría que declarar nulas las referencias al Euribor en otros préstamos si en cualquier etapa de su vigencia la evolución del Euribor hubiera sido menos favorable para el consumidor.
- Como consecuencia de todo lo expuesto, el TS concluye que la cláusula contractual por la que se establece el interés remuneratorio con un tipo de referencia IRPH-Entidades más un margen del 0,50% no puede considerarse nula por falta de transparencia. El argumento principal de la sentencia es, pues, que la «mera referencia a un tipo o índice oficial no supone falta de transparencia», esto es, que la aplicación del control de transparencia en el presente caso comporta que la utilización de este índice de referencia oficial sea suficiente, por sí solo, para superar dicho control, sin que resulte exigible al profesional predisponente ninguna otra información al respecto. La mera referencia a un índice oficial no supone falta de transparencia, pues el adherente puede conocer, sin especiales esfuerzos, cuál es el índice de referencia que resultará aplicado, entre los autorizados legalmente, y el precio del préstamo de manera sencilla, al sumar el índice y el diferencial.

## **2. La rebelión de los tribunales**

Algunos tribunales han seguido la tesis manifestada por el TS, y han entendido que la cláusula de IRPH supera el control de transparencia, por entender que el prestatario era consciente de que firmaba un préstamo a interés variable y que el interés variable se calculaba o definía a partir de un tipo de referencia legalmente establecido.



Sin embargo, al igual que sucedió con la cláusula suelo, algunos juzgados han comenzado a rebelarse contra la Sentencia del Supremo al considerar que las hipotecas referenciadas a este índice no son ni opacas ni abusivas, y han declarado abusivo dicho índice. En todos los casos se trata de sentencias posteriores a la sentencia de 14 de diciembre de 2017, y dan la razón a los consumidores, aunque con planteamientos y fallos desiguales.

El JPI Lleida, núm.2, en sentencia núm. 50/2018 de 21 febrero (JUR 2018\55241) entiende que correspondía a la entidad bancaria la carga de acreditar que el consumidor era conocedor del contenido y consecuencias de esta cláusula que podía variar el crédito a tipo fijo, no existiendo constancia fehaciente de ello, lo que produce la frustración de las expectativas de bajada de los tipos por parte del consumidor.

El JPI Granollers (Barcelona), núm.3, en sentencia núm. 24/2018 de 29 enero (JUR 2018\55250), indica que la cláusula que establece como índice de referencia el IRPH Bancos y como sustitutivo un tipo fijo y cláusula que establece como índice de referencia el IRPH Entidades no es transparente ya que falta información suficientemente clara de que se trataba de un elemento que define el objeto principal del contrato y no existen simulaciones de escenarios diferentes relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar. La aplicación de la cláusula impugnada provoca un desequilibrio entre las prestaciones de las partes, en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio del consumidor: el hecho de que se incluyera esta cláusula en el contrato supone condiciones más favorables para la entidad prestamista ya que consigue imponer a los prestatarios un tipo de interés variable vinculado a un índice de referencia lento y limitado que en la práctica, en épocas de bajadas de tipo de interés no sume las fluctuaciones reales del mercado.

El JPI Alicante, núm.3, en sentencia núm. 24/2018 de 19 enero. JUR 2018\41258 entiende que la referencia al IRPH Entidades y supletoriamente al IRPH de Banco, sin explicitar la influencia que la prestamista tiene en su conformación y cuantificación supone la vulneración de normas de naturaleza imperativa. Y añade que no consta facilitada al prestatario la información precisa para conocer la influencia de la entidad prestamista sobre la conformación del índice de referencia del interés variable, por lo que dichas cláusulas no superan el filtro de transparencia.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Gavá (Provincia de Barcelona), en sentencia de 20 febrero (JUR 2018\55248) falla que la cláusula no supera el control de transparencia exigido por falta de acreditación de que el actor fuera debidamente informado de la cláusula que fijaba el índice de referencia a aplicar al préstamo. La entidad financiera que es quien creó el contrato de préstamo hipotecario que suscribieron



las partes, tenía la obligación de informar a los actores de las condiciones financieras en el que se iban a suscribir.

### **3. La cuestión prejudicial**

Ante esta nueva rebelión se ha producido lo inevitable. El TJUE ha sido interpelado para que aclare si la sentencia de Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017, en la que eximía la cláusula IRPH de todo control de transparencia, es ajustada al derecho comunitario. Cabe recordar que la propia sentencia del Supremo incluía dos votos particulares que afirmaban que el fallo era contrario a derecho. Lo que debe resolver dicha cuestión prejudicial tiene que ver con si la incorporación de un índice oficial como el IRPH al contrato está exenta de cualquier control de transparencia, o si por el contrario la cláusula del IRPH debe ser incorporada al contrato de manera transparente. En efecto, el JPI nº 38 de Barcelona emitió el 16 febrero 2018 (rec. 325/2017) Auto en el que plantea cuestión prejudicial al TJUE. Las cuestiones planteadas son tres:

1. Si el índice 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 administrativas, al no ser este un supuesto previsto en el art. 1.2 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 al contrato?

2.1 Conforme al art. 4.2 de la Directiva 93/13, no transpuesta en nuestro ordenamiento, ¿resulta contrario a la Directiva, y a su artículo 8, que un órgano jurisdiccional español invoque y aplique el artículo 4.2 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?

2.2 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.

2.3 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, art. 4.2 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 arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13?

3.1 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, profesional.

3.2 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. El informe de la Comisión Europea**

La Comisión Europea, en sus observaciones escritas al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), se ha posicionado a favor de las personas afectadas por el índice hipotecario IRPH, oponiéndose frontalmente a la sentencia del Tribunal Supremo sobre dicho índice IRPH en las hipotecas en España.

El informe de la Comisión Europea propone al Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarar la aplicación del IRPH como abusiva en caso de que no haya habido transparencia. Si finalmente el tribunal europeo falla en este sentido, es probable que se viva una nueva oleada de demandas como ya pasó con las cláusulas suelo, ya que este índice afectó a 1,3 millones de hipotecas. Sin embargo, la sentencia aún no se ha producido, debemos esperar unas semanas.

La Comisión propone al Tribunal de Justicia responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente del siguiente modo:



A la primera cuestión:

El artículo 1, apartado 2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que esta Directiva se aplica a una cláusula como la controvertida en el asunto principal, que establece un tipo de interés variable basado en un índice que está regulado por disposiciones reglamentarias o administrativas, dado que dichas disposiciones no son imperativas sino que el tipo de interés variable y remuneratorio se incorpora al contrato de forma opcional por el profesional.

A la segunda cuestión:

El artículo 4, apartado 2, en concordancia con el artículo 5 de la Directiva 93/13, no se oponen a que un órgano jurisdiccional nacional examine si las cláusulas incorporadas por un profesional en un contrato con consumidores, incluidas las que afectan al objeto principal del contrato, están redactadas de manera clara y comprensible, aunque el legislador no haya incorporado dicho precepto a su ordenamiento jurídico nacional, siempre y cuando, en este último caso, dicho examen abarque también la abusividad de dichas cláusulas, de conformidad con el artículo 3, apartado 1, de la Directiva.

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

Una práctica comercial consistente en omitir información sobre cómo se configura el tipo de referencia, cuál ha sido la evolución de dicho tipo en el pasado así como su posible evolución futura, comparado con otros tipos empleados en el mercado, debe calificarse de engañosa en el sentido del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2005/29/CE, siempre que haga o pueda hacer tomar al consumidor una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado. Corresponde al juez nacional comprobar si tal es el caso en el asunto principal. La comprobación del carácter desleal de una práctica comercial constituye un elemento entre otros en los que el juez nacional puede basar, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13, su apreciación del carácter abusivo de las cláusulas del contrato relativas al coste del crédito concedido al consumidor. Ahora bien, dicha comprobación no incide directamente en la apreciación, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, de la validez del contrato de crédito celebrado.



A la tercera cuestión:

El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación una cláusula contractual como la controvertida, caso de estimarla abusiva, manteniendo el resto del contrato si el mismo puede subsistir sin dicha cláusula. Corresponde en todo caso a dicho juez nacional valorar de forma objetiva y a la luz del Derecho nacional si el contrato en cuestión puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva.

En el caso de que el contrato no pueda subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva, si la nulidad del contrato en su conjunto es perjudicial para los intereses del consumidor, y si en el Derecho nacional aplicable no existe una disposición supletoria aplicable que pudiera permitir la subsistencia del contrato, el juez competente debe dar al consumidor la posibilidad de declarar su intención de que el contrato se mantenga. En ese caso, dicho juez dará un plazo razonable al profesional y al consumidor para que se pongan de acuerdo de buena fe sobre un índice sustitutivo, respetando el principio de transparencia, y con la plena restitución, en su caso de las cantidades indebidamente pagadas.

##### **5. ¿Y hasta que resuelva el TJUE?**

Los consumidores pueden seguir acudiendo a los tribunales de justicia en busca de una solución a su problema. Sin embargo, en este caso, y dado que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea está a punto de salir, se recomienda esperar. Y es que cabe recordar que muchos jueces han suspendido varios casos de IRPH a la espera del fallo del alto tribunal europeo, por lo que es probable que no consigamos una sentencia antes y, de conseguirla, que sea en un sentido diferente al que marque Europa y no podamos reclamar después al considerarse cosa juzgada.