

TRABAJO FIN DE GRADO

**PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA MATERIAL.
TRANSCENDENCIA EN EL CASO DEL IRPH Y
NUEVA REGULACIÓN DE LA LEY 5/2019**



FACULTAD DE DERECHO

GRADO EN DERECHO Y ADE

Autor: Pablo Jiménez Ros

Realizado bajo la tutela del profesor:

M^a Belén Andreu Martínez

Junio de 2020

RESUMEN

En el presente trabajo se aborda la construcción del principio de transparencia material a través de su incidencia en las cláusulas que anudan el tipo de interés remuneratorio del contrato de préstamo hipotecario al índice IRPH. Analizaremos el índice IRPH en base a los controles aplicables a las condiciones generales de la contratación y a las cláusulas no negociadas individualmente que forman parte del objeto principal del contrato en la contratación con consumidores, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre este asunto. También se pretende estudiar de forma crítica las reformas introducidas por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y, en especial, la configuración normativa que se ha dado al principio de transparencia material, apuntando las deficiencias que se presentarán en el futuro como consecuencia de esta nueva regulación.

PALABRAS CLAVE: principio de transparencia material, índice IRPH, condiciones generales de la contratación, préstamos hipotecarios, contratos con consumidores, Ley 5/2019, función notarial, comprensibilidad real.

ABSTRACT

This paper deals with the construction of the principle of material transparency through its impact on clauses that tie the remunerative interest rate of the mortgage loan contract to the IRPH index. We will analyze the IRPH index taking into account the controls applicable to the general contracting conditions and the individually non-negotiated clauses that are part of the main subject of contract in consumer contracting, as well as the jurisprudence of the Spanish Supreme Court and the Court of Justice of the European Union on this matter. It is also intended to study, in a critical way, the reforms introduced by the Spanish Law 5/2019, of March 15th, regulating real estate credit contracts and, especially, the regulatory configuration that has been given to the principle of transparency, pointing out the deficiencies that will arise in the future as a consequence of this new regulation.

KEYWORDS: principle of material transparency, IRPH index, general contracting conditions, mortgage loans, consumer contracts, Spanish Law 5/2019, notarial function, control of legality.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN.....	4
II. DEFINICIÓN, ORIGEN Y DISCUSIÓN EN LA CONFIGURACIÓN DEL IRPH	5
III. TRATAMIENTO DE LA CLÁUSULA IRPH EN LA JURISPRUDENCIA	8
1. EL TS ANTE EL ÍNDICE IRPH: LA SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 2017.....	8
1.1 CASO LITIGIOSO	8
1.2 ¿ES LA CLÁUSULA IRPH UNA CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN?.....	9
1.3 CONTROLES APLICABLES A LA CLÁUSULA IRPH	10
1.3.1 CONTROL DE INCORPORACIÓN.....	11
1.3.2 CONTROL MATERIAL O DE ABUSIVIDAD.....	11
1.3.3 CONTROL DE TRANSPARENCIA	13
1.4 ¿CUMPLE LA CLÁUSULA IRPH LOS CONTROLES DE INCLUSIÓN Y TRANSPARENCIA?	14
2. CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TJUE	18
2.1 CASO LITIGIOSO Y CUESTIONES PREJUDICIALES	18
2.2 SENTENCIA DEL TJUE DE 3 DE MARZO DE 2020	19
IV. LA INSEGURIDAD JURÍDICA DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA TRAS LA DOCTRINA DEL TS.....	23
V. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA LEY 5/2019. CARACTERIZACIÓN BÁSICA.....	26
1. ARTICULACIÓN DE LA TRANSPARENCIA FORMAL Y MATERIAL EN LA LEY 5/2019	27
2. CONSIDERACIONES CRÍTICAS: ¿UNA AUTÉNTICA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR?	31
VI. CONCLUSIONES.....	34
VII. BIBLIOGRAFÍA	36
VIII. JURISPRUDENCIA Y NORMATIVA CITADA.....	39
IX. ANEXOS.....	42

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, la justicia española y, en especial, nuestros tribunales civiles han tenido que hacer frente a una ingente cantidad de demandas y reclamaciones sin precedentes que han paralizado y colapsado nuestro sistema jurisdiccional civil. La mayor parte de estos litigios tienen su origen en la discusión acerca de la presunta validez de cláusulas insertas en los contratos de crédito hipotecario. Es por ello que, con el fin de hacer frente a esta situación, en 2017 se atribuyó a 54 Juzgados el conocimiento de esta materia¹. Esta medida, sin embargo, ha resultado totalmente insuficiente.

En este sentido, dentro de los contratos de préstamo hipotecario han sido cinco los elementos que mayores discusiones han planteado: el vencimiento anticipado, la distribución de los gastos hipotecarios, las denominadas cláusulas suelo, los préstamos asociados en moneda extranjera y el índice IRPH.

La discusión sobre la validez de estas cláusulas deviene a propósito del principio de transparencia material formulado por nuestro Tribunal Supremo (TS) en su sentencia 241/2013, de 9 de mayo². En esta sentencia, el TS instauró un nuevo control para las cláusulas no negociadas que definen el objeto principal del contrato: el control de transparencia material.

Este control tiene como objetivo que el adherente consumidor conozca tanto la carga económica como jurídica del contrato, es decir, que tenga una comprensión real de a lo que se está obligando. Su base proviene de la posición de inferioridad de los consumidores frente a los predisponentes, que conlleva que estos últimos tengan unos especiales deberes de información hacia aquéllos. La importancia de este control radica en que si el consumidor no tiene información suficiente para adquirir una comprensión real de a lo que se obliga mediante una cláusula que conforma un elemento esencial del contrato, tal cláusula puede reputarse nula por no cumplir con el control de transparencia material, aun cuando su redacción sea gramaticalmente clara y comprensible. La discusión fundamental de este control se deriva de que ha sido una creación jurisprudencial sin apoyo normativo, lo que ha provocado una gran inseguridad jurídica en la contratación hipotecaria.

El presente trabajo tiene como fin analizar este principio de transparencia material, desde su creación jurisprudencial, mediante el examen de una de las cláusulas que mayor discusión está sufriendo en la actualidad: el índice IRPH³, hasta su reciente incorporación a nuestra legislación nacional, estudiando el alcance y dimensión

¹ Acuerdo de 25 de mayo de 2017, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuye a determinados juzgados, con competencia territorial indicada para cada uno de los casos, para que de manera exclusiva y no excluyente conozcan de la materia relativa a las condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física.

Desde su puesta en funcionamiento, estos organismos han recibido más de cuatrocientas mil demandas, habiendo sido resueltas en la actualidad menos de la mitad (datos del Consejo General del Poder Judicial a cierre del año 2019, disponibles en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/>).

² STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088).

³ En la actualidad, nuestro sistema bancario cuenta con un total de 16.220 millones de euros en hipotecas referenciadas al índice IRPH. Vid. Anexos, Gráfico 1.

normativa que ha proporcionado a dicho control la reciente Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI).

Para ello, primeramente expondremos la especial configuración del índice IRPH y los motivos de su discusión. Posteriormente, debatiremos la incidencia del control de transparencia en el índice IRPH y la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) al respecto, así como las consecuencias que se han derivado de que este control haya sido introducido por vía jurisprudencial. Por último, procederemos a exponer las principales características de la Ley 5/2019 y la configuración normativa que se da a este control, señalando las consecuencias del modelo diseñado y valorando si verdaderamente supondrá una protección real para el consumidor.

II. DEFINICIÓN, ORIGEN Y DISCUSIÓN EN LA CONFIGURACIÓN DEL IRPH

La Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, en su disposición adicional segunda⁴, habilitó al Banco de España para definir un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable. De este modo, en cumplimiento de tal habilitación, la Circular 5/1994 del Banco de España, de 22 de julio, consideró oficiales los siguientes índices⁵:

- 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 ahorro (IRPH-Cajas).
- c) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito (IRPH-Entidades).
- d) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorro.
- e) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años.
- f) Tipo interbancario a 1 año (Míbor).

Los tres primeros índices son los denominados Índices de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH). De este modo la propia Circular 5/1994 definía estos índices como *"la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos (IRPH-Bancos), las cajas de ahorros*

⁴ "El Banco de España, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, definirá mediante Circular un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable, y hará públicos sus valores regularmente."

⁵ Apartado tercero de la Norma Sexta Bis que se añadía a la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

(IRPH-Cajas), o el conjunto de bancos, cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario (IRPH-Entidades)”⁶.

Posteriormente, la situación de crisis económica comportó lo que algunos autores llaman la bancarización del sistema financiero español⁷, lo que provocó una mayor concentración del sistema financiero y la desaparición de la gran mayoría de cajas de ahorros. Por ello, ante la posible falta de representatividad de los mencionados índices y el riesgo de prácticas colusorias, la Orden de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y la Circular 5/2012 del Banco de España, de 27 de junio, ordenaron la desaparición de los dos primeros índices, persistiendo únicamente como índice oficial el denominado IRPH-Entidades⁸.

Como podemos comprobar, el tipo de referencia IRPH es un índice oficial publicado mensualmente en el Boletín Oficial del Estado. Es por ello que este índice ha sido utilizado como referencia en la determinación del tipo de interés remuneratorio⁹ en numerosos préstamos hipotecarios a interés variable en nuestro país, donde el tipo de interés del préstamo provenía de adicionar a dicho índice un margen.

A pesar de ser un índice oficial, han sido numerosas las demandas de los prestatarios que han solicitado la declaración de nulidad por abusivas de las cláusulas de cálculo de interés variable conformado por el índice IRPH, ya que su comportamiento ha sido notablemente más perjudicial para los prestatarios que aquellos otros préstamos referenciados a otros índices oficiales como el Euríbor.

Para entender el porqué de la litigiosidad del índice IRPH es preciso hacer una breve mención de varios aspectos que lo diferencian en su configuración con otros índices oficiales.

En primer lugar, debemos destacar la naturaleza del índice IRPH. Se trata de un índice complejo pues, en su cálculo, no toma en cuenta el tipo de interés medio que han suscrito los nuevos contratantes, sino la media de los costes totales de las operaciones, puesto que representa la media de los tipos de interés TAE suscritos en el mes de referencia, siendo un indicador de costes medios totales. Subsiguientemente, el índice agrupa la media de los valores de los índices oficiales,

⁶ Anexo VIII de la Circular 5/1994.

⁷ Sobre este fenómeno vid. SUÁREZ PUGA, E., “Problemática contractual actual relativa a determinados índices financieros en contratos de financiación: el caso del IRPH”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 5/2017 parte Doctrina, pp. 34 y ss.

⁸ Vid. disposición transitoria única de la Orden de 28 de octubre de 2011. A este respecto, algunos autores sostienen que es difícil mantener la operatividad de unos índices que han dejado de publicarse oficialmente, vid. SABATER BAYLE, E., “Cláusulas IRPH y transparencia (STS núm. 669/2017, de 14 de diciembre)”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2/2018 parte Jurisprudencia, p. 96.

⁹ El interés remuneratorio es el precio o coste del dinero, la contraprestación por la entrega del capital prestado, por la disponibilidad del capital concedida al deudor. Vid. ORDÁS ALONSO, M., *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos*, Bosch, Barcelona, 2014, p. 287.

más la media de los márgenes o diferenciales agregados a dichos índices, más la media de las comisiones y gastos inherentes a dichas operaciones¹⁰.

De esta forma, lo normal en los préstamos que asocian el tipo de interés remuneratorio a este tipo oficial es que adicione al índice un nuevo diferencial y unas nuevas comisiones y gastos, por lo que, presumiblemente, los préstamos concertados a este índice presentarían un coste mayor que los asociados a un índice simple, como podría ser el Euríbor. Esto ocurriría aunque los diferenciales asociados a estos índices fueran menores que los asociados al Euríbor u otro tipo simple, pues para poder compensar realmente su especial configuración, debería de adicionarse un margen negativo¹¹.

Asimismo, es argumentado por muchos de los prestatarios litigantes que el índice IRPH es influenciado y manipulable por las entidades bancarias, debido a que si las entidades aumentaban sus diferenciales, gastos y comisiones, el índice influiría al alza, incluso cuando el resto de tipos que sirven de referencia en los préstamos variables operen a la baja. Este hecho se constata si observamos la diferencia cada vez más creciente que se produjo entre este índice y el Euríbor¹², sobre todo, a partir de 2011, pues mientras que el Euríbor bajaba hasta mínimos históricos, el IRPH se ha mantenido mucho más estable¹³, lo que ha provocado que los préstamos suscritos con referencia a este índice resultaran más perjudiciales para los consumidores. No obstante, este hecho no nos puede servir para concluir que el índice haya sido objeto de manipulación indebida por las entidades bancarias¹⁴.

¹⁰ Para un análisis más exhaustivo sobre la complejidad en la configuración del índice IRPH, vid. ORTIZ PÉREZ, M. y ERAUSKIN VÁZQUEZ, J. M., "IRPH Cajas, ¿una simple media de los tipos de interés medios ponderados?", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7/2017 parte jurisprudencia, pp. 135 y ss.

¹¹ La propia Circular 5/1994 exponía la necesidad de aplicar un diferencial negativo a los préstamos suscritos al índice IRPH pues, de otro modo, la TAE de la operación hipotecaria se situaría por encima del tipo practicado por el mercado. Diferenciales negativos que, por supuesto, no fueron aplicados por las entidades bancarias, como en los casos que expondremos a continuación, donde los diferenciales eran positivos.

¹² Vid. Anexos, Tabla 1 y Gráfico 2.

¹³ La estabilidad fue utilizada como elemento publicitario del índice, pues al ser valores medios de tres años, los efectos de una subida o bajada brusca de los tipos de interés no le afectarían del mismo modo que a otros índices como el Euríbor. Sin embargo, no se hacía referencia alguna a que esta estabilidad también podía deberse a la incidencia de los gastos y demás elementos que configuraban el índice. Además, la estabilidad ni es, ni puede ser el elemento configurador de un préstamo a interés variable. Vid. MATO PACÍN, N., "Deber de transparencia material en la contratación de préstamos hipotecarios con consumidores en el ordenamiento jurídico español", *Revista Boliviana de Derecho* nº 27, 2019, p. 202.

¹⁴ Sin ánimo de ser exhaustivo, algunos autores señalan que para que hubiera existido tal manipulación sería necesario acreditar prácticas conscientemente paralelas o la existencia de un cártel más o menos complejo entre la mayoría de las entidades financieras que sirven de base a la conformación del índice, cosa que no ha sido demostrada. Vid. SUÁREZ PUGA, E., "Problemática contractual", cit., pp. 39 y ss. Otros autores consideran que no era necesaria una actuación concertada, pudiendo actuar de manera individual movidas todas las entidades por el idéntico interés de mantener sus beneficios altos. Vid. ORTIZ PÉREZ, M. y ERAUSKIN VÁZQUEZ, J. M., "IRPH Cajas", cit., pp. 138 y ss.

Este índice oficial y su especial configuración han sido objeto de una intensa discusión en los tribunales civiles, por lo que a continuación vamos a analizar cuál ha sido el tratamiento que tanto la jurisprudencia del TS como la del TJUE han dado a dicho índice y cómo se ha aplicado el control de transparencia material sobre él.

III. TRATAMIENTO DE LA CLÁUSULA IRPH EN LA JURISPRUDENCIA

Tras numerosos pronunciamientos contradictorios en la jurisprudencia menor sobre la validez de la cláusula que asociaba el tipo de interés remuneratorio de un préstamo hipotecario a este índice, el TS se pronunció sobre el asunto en su Sentencia 669/2017, de 14 de diciembre¹⁵, declarando la validez de la cláusula IRPH. No obstante, esta sentencia no clausuró el debate en torno la validez del IRPH y el Juzgado Número 38 de Barcelona elevó con fecha 16 de febrero de 2018 una cuestión prejudicial al TJUE¹⁶. Dicha cuestión prejudicial fue resuelta en la STJUE de 3 de marzo de 2020¹⁷, resolviendo el Tribunal que la validez de la cláusula debía evaluarse caso por caso. Así, la cláusula en cuestión sigue siendo objeto de un intenso debate en la actualidad, por lo que procedemos a analizar la validez del índice IRPH, desde la STS 669/2017 hasta la reciente sentencia del TJUE.

1. EL TS ANTE EL ÍNDICE IRPH: LA SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 2017

Esta sentencia es de suma importancia porque en ella nuestro Alto Tribunal no sólo se pronuncia por primera y única vez sobre la validez del IRPH, sino que parece desvincularse, en cierta manera, del riguroso control de transparencia que había instaurado a raíz de su sentencia 241/2013, de 9 de mayo¹⁸, entendiéndose que la cláusula IRPH es válida y supera el control de transparencia material. Sin embargo, dicha conclusión no es unánime y la sentencia presenta un voto particular. En los siguientes apartados nos disponemos a examinar la cláusula IRPH y los controles que le son aplicables mediante el análisis y la discusión de esta sentencia.

1.1 CASO LITIGIOSO

El caso objeto de la *litis* fue un préstamo hipotecario suscrito en 2007 a tipo de interés variable. Así, a partir del primer año, el tipo de interés remuneratorio sería el resultado de adicionar un margen de 0,50 puntos al ya analizado IRPH-Entidades, estableciéndose como tipo de interés sustituto el IRPH-Cajas con el mismo diferencial de 0,50 puntos.

De este modo, se planteó demanda en la que se solicitaba la declaración de nulidad por abusivas de las cláusulas de cálculo de interés variable conformado por el índice IRPH y de los intereses de demora. Tanto el Juzgado de Primera Instancia¹⁹ como la Audiencia Provincial²⁰ estimaron íntegramente la demanda, declarando dichas cláusulas nulas por abusivas. Sin embargo, el Tribunal Supremo, sin entrar a valorar la abusividad de los intereses de demora al no ser impugnados en casación, se

¹⁵ STS 14 diciembre 2017 (RJ 2017, 4308).

¹⁶ AJPI 16 febrero 2018 (RJ 2018, 3)

¹⁷ STJUE 3 marzo 2020, caso *Gómez del Moral Guasch*, C-125/18.

¹⁸ STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088)

¹⁹ SJPI 15 junio 2015 (RJ 2015, 433)

²⁰ SAP 10 marzo 2016 (RJ 2016, 12)

muestra contrario a los pronunciamientos relativos a la nulidad por abusivas de las cláusulas que conformaban el tipo de interés remuneratorio de acuerdo con el mencionado índice, suscribiendo dos de los Magistrados un voto particular en apoyo a la nulidad de la cláusula.

Por ello, y a la vista de esta Sentencia, vamos a tratar de analizar si la cláusula que anuda el tipo de interés remuneratorio del contrato de préstamo hipotecario al índice IRPH es o no válida.

1.2 ¿ES LA CLÁUSULA IRPH UNA CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN?

Primeramente, debemos comprobar si la cláusula que establece el interés remuneratorio del préstamo es o no una condición general de la contratación.

El artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC) establece que *"Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos."*

A su vez, el propio Tribunal Supremo con el objeto de interpretar dicho precepto, esgrimió en su sentencia 241/2013, de 9 de mayo²¹, que los requisitos necesarios para que una cláusula sea condición general de la contratación son: contractualidad; predisposición; imposición; y generalidad²².

En el presente caso concurren todos los requisitos señalados, puesto que la cláusula que hace referencia al índice IRPH es una estipulación contractual cuya inclusión en el contrato no es consecuencia de la exigencia de ninguna norma imperativa, sino que proviene de la propia voluntad del prestamista que la ha predispuesto e impuesto al consumidor. Este hecho se acentúa debido al carácter complejo que presenta el índice, que provoca que un consumidor medio desconozca su funcionamiento²³, cuestión que será analizada más tarde.

Por su parte, el requisito más trascendente es el de la generalidad, debiendo estar incorporada las cláusulas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin.

En un primer momento, observando la elevada litigiosidad de la cláusula, podría parecer sencillo señalar que ésta se encuentra inserta en una pluralidad de contratos. No obstante, la cláusula debatida regula el interés remuneratorio del contrato, es decir, el precio de la operación y, por ende, forma parte del objeto principal del

²¹ STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088).

²² Características configuradoras que son compartidas de forma unánime por la doctrina. Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 105-116.

²³ En este sentido, vid. PAZOS CASTRO, R., *El Control de las Cláusulas Abusivas en los Contratos con Consumidores*, Aranzadi, Navarra, 2017, edición electrónica (disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/>).

contrato. Así, podría deducirse de forma lógica que ésta debiera ser una condición particular.

Sin embargo, el propio Alto Tribunal en su sentencia 222/2015, de 29 de abril²⁴, aclaró esta cuestión argumentando *"que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello"*. En la misma línea se ha pronunciado el TJUE en diversas sentencias en relación a los intereses remuneratorios de préstamos a consumidores en materia de cláusula suelo o de hipoteca multivisa²⁵. En similares términos se pronuncia la doctrina, pues que la cláusula sea calificada como condición general de la contratación se deriva del proceso mediante el cual ésta se incluye en el contrato, siendo irrelevante que regule un elemento esencial del mismo.²⁶

En vista de lo anterior, es claro concluir, y así lo hace el TS en su sentencia, que la presente cláusula es una condición general de la contratación, aun formando parte del objeto principal del contrato.

1.3 CONTROLES APLICABLES A LA CLÁUSULA IRPH

Por otra parte, la cláusula IRPH no sólo es una condición general de la contratación sino que también viene impuesta en contratos celebrados con consumidores, por lo que igualmente debe ser objeto de análisis desde la perspectiva de la normativa protectora de los consumidores y usuarios.

De este modo, cuando el contratante es consumidor, el artículo 80 del TRLGCU²⁷ utiliza la expresión *"cláusula no negociadas individualmente"* para referirse a aquellas cláusulas impuestas por el empresario y en las que los consumidores no tienen poder de negociación. En concreto, la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, entiende en su artículo 3.2 que una cláusula no ha sido negociada individualmente cuando ésta *"haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión."*

En este contexto, el TJUE ha señalado reiteradamente que la normativa europea reguladora y protectora de los consumidores y usuarios tiene como fin la protección de la igualdad de los contratantes, ya que *"el consumidor se halla en situación de inferioridad²⁸ respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las*

²⁴ STS 29 abril 2015 (RJ 2015, 2207).

²⁵ STJUE 21 diciembre 2016, caso *Gutiérrez Naranjo*, C-154/15, y STJUE 20 septiembre 2017, caso *Andriciu*, C-186/16.

²⁶ Vid., por todos, MARTÍNEZ ESPÍN, P., "El control de las condiciones generales de la contratación: su aplicación al contrato de alquiler de vehículos", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6/2013, p. 80.

²⁷ 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.

²⁸ Esta posición de inferioridad o debilidad se pone de manifiesto en dos elementos concretos: el nivel de información y el poder de configuración del contrato. Vid. PAZOS CASTRO, R., *El control*, cit.

condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas"²⁹.

Por lo expuesto, debemos indicar que la cláusula IRPH debe ser objeto de diversos controles impuestos tanto por la LCGC, como por el TRLGCU al tratarse los prestatarios de consumidores.

1.3.1 CONTROL DE INCORPORACIÓN

El primer control que establece la normativa española es el denominado control de incorporación o control de inclusión, que se encuentra delimitado por la LCGC que, en su artículo 5.5, señala que *"la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez. Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho."* Asimismo, el artículo 7 del mismo cuerpo legal indica que no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que *"sean ilegibles, oscuras e incomprensibles"*.

Por su parte, también el TRLGCU hace referencia a este control de incorporación en los contratos con consumidores, indicando en su artículo 80 que *"las cláusulas no negociadas individualmente deben de cumplir ciertos requisitos"* como son la *"concreción, claridad y sencillez en la redacción [...], su accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido"*.

Por tanto, este primer control es meramente formal y exige que las cláusulas generales deban ser redactadas de forma transparente, clara, comprensible y legible, pero no requiere de un mayor grado de información sobre el contenido de tales cláusulas³⁰.

1.3.2 CONTROL MATERIAL O DE ABUSIVIDAD

El denominado control de abusividad aparece en el ámbito de las cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores. Este control tiene su base en los artículos 82 y siguientes del TRLGCU y es el control que verdaderamente supone una mayor protección para los consumidores, pues exige que las cláusulas no causen un desequilibrio³¹ importante en los derechos y obligaciones de las partes contrario a las exigencias de la buena fe, no centrándose ya en la expresión escrita de la cláusula sino en su propio contenido. De esta forma, el TRLGCU en su artículo 82 establece que *"se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio*

²⁹ STJUE 21 febrero 2013, caso *Banif Plus Bank Zrt*, C-472/11, apartado 19.

³⁰ Vid. MATO PACÍN, N., "Deber de transparencia material", cit., pp. 193 y ss.

³¹ Muy crítico con la noción de desequilibrio se muestra PAZOS CASTRO, R., *El control*, cit. En este sentido apunta el autor que la noción de "equilibrio" depende de una estimación eminentemente subjetiva de los elementos objeto de comparación. Por ello, cuando la normativa señala qué es justo u objetivamente equilibrado, en realidad, se trata de una decisión legislativa arbitraria basada en la opinión personal del regulador de cada momento. Así, una cláusula contractual puede ser percibida por un contratante como gravemente lesiva, y no serlo para otro que se encuentre en una situación análoga.

del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

Este control de abusividad tiene su base en el “especial” procedimiento de creación del contrato con consumidores, donde las disposiciones contractuales vienen impuestas por una de las partes. Así, esta medida implica que, aun cuando la cláusula pueda ser comprensible y comprendida por el consumidor, ésta podría considerarse nula por abusiva si crea un desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes, pues su vicio no se encuentra en una falta de comprensibilidad.

Sin embargo, este control de contenido, únicamente es válido para aquellas condiciones de naturaleza accesorias o contingentes, pero no para las cláusulas que regulan un elemento esencial del contrato, como es el caso que nos ocupa, donde a través de la referencia al índice IRPH se regula el precio del contrato. En este sentido, si se hiciera un control de contenido sobre esta cláusula lo que realmente se estaría realizando es un control judicial de precios, ámbito que no debe ocupar a la jurisdicción sino al mercado y la competencia³².

Por ello, en las cláusulas que regulan elementos esenciales del contrato, lo que debe perseguirse es que el consumidor tenga un conocimiento y comprensión real de lo que está contratando, para así, poder comparar las distintas ofertas existentes en el mercado³³. A este respecto, el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE establece que *“La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”*. Este precepto no ha sido transpuesto a la normativa nacional española, pero el Tribunal Supremo lo ha venido apreciando de *facto* en sus resoluciones y así lo ha entendido la doctrina mayoritaria³⁴.

De este modo y, haciendo una interpretación a *sensu contrario* del precepto, llegamos a la conclusión de que las cláusulas que regulan un elemento esencial del contrato no pueden ser susceptibles de control de abusividad si son “transparentes”. Pero ello no quiere decir que las cláusulas no negociadas definitivas del objeto principal del contrato no sean objeto de ningún control, pues la jurisprudencia ha desarrollado, a partir de la STS 241/2013, de 9 de mayo³⁵, el denominado control de transparencia material. Si bien, es reiterada la doctrina que piensa que en esta sentencia el TS creó *ex novo* un nuevo control, debido a que ni a nivel europeo ni interno se había

³² Vid. MATO PACÍN, N., “Deber de transparencia material”, cit., p. 192.

³³ En este sentido vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato”, *Blog Almacén de Derecho*, 21 de marzo de 2017. El autor entiende que el control de las cláusulas predispuestas referidas al objeto principal del contrato es un control de consentimiento y, lo que debemos preguntarnos, es si el consumidor dio su consentimiento y no simplemente si se “adhirió” a dicha cláusula, es decir, que estas cláusulas deben ser sometidas a un control de coherencia o consistencia con el objeto del contrato que el consumidor creía razonablemente estar celebrando.

³⁴ Vid., por todos, CÁMARA LAPUENTE, S., “No puede calificarse como cláusula abusiva la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia”, *Centro de Estudios de Consumo*, 2013, pp. 5 y ss.

³⁵ STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088).

proclamado un control de transparencia con unas exigencias tan altas como las aplicadas en dicha resolución³⁶. A continuación, vamos a analizar este control.

1.3.3 CONTROL DE TRANSPARENCIA

El denominado control de transparencia ya no es un control de contenido³⁷, sino que según reiterada jurisprudencia del TS es "*un parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.*" (STS 241/2013, de 9 de Mayo)³⁸.

Este control de transparencia implica que la cláusula no sólo debe ser redactada de forma comprensible³⁹ sino que un "*consumidor medio*⁴⁰, *normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*" debe de poder conocer su alcance y las consecuencias económicas y jurídicas que le supone dicha cláusula⁴¹. Y, para ello, lo

³⁶ En este sentido vid. CARRASCO PERERA, A., "CESCO opina sobre la posición del Abogado General del TJUE sobre la retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo", *Centro de Estudios de Consumo*, 2016, pp. 10 y ss.; SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., "Cláusulas suelo en préstamos con no consumidores: control de transparencia vs. Buena fe" *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 4, 2016, pp. 80 y ss.

³⁷ Vid., entre otros, SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., "Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario", *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 2, 2019, pp. 235 y ss.

³⁸ STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088).

³⁹ En este sentido indica la STS de 8 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 3903) que "*el control de transparencia, como parte integrante del control general de abusividad, no puede quedar reconducido o asimilado a un mero criterio o contraste interpretativo acerca de la claridad o inteligencia gramatical de la formulación empleada*", Fundamento de Derecho Segundo, apartado octavo.

Igualmente el TJUE señala que "*la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical*" (STJUE 30 abril 2014, caso *Árpád Kásler*, C-26/13, apartado 71).

⁴⁰ Lo relevante es el consumidor medio y no el perfil del consumidor concreto, que sí sería determinante si lo alegado no fuera un problema de transparencia, sino de error vicio del consentimiento, donde se debería valorar las cualidades de cada consumidor, su comportamiento y la excusabilidad del error. Además, estos requisitos, más difíciles de cumplir, harían que fuera más difícil que los tribunales resolvieran a favor de las reclamaciones, sumado a que las consecuencias de una posible estimación serían más perjudiciales por esta vía para los consumidores, pues conllevarían, presumiblemente, la nulidad de todo el contrato. Acerca de la distinción entre error-vicio y transparencia vid., entre otros, MATO PACÍN, N., "Deber de transparencia material", cit., pp. 204 y ss.; MIRANDA SERRANO, L., "El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria", *Revista para el Análisis del Derecho InDret*, 2/2018, pp. 33-42.

⁴¹ STJUE 20 septiembre 2017, caso *Andriuc*, C-186/16, apartado 51.

relevante es valorar si la información que el profesional ha proporcionado al consumidor ha sido suficiente para que éste pudiera conocer y comprender los efectos del contrato.⁴²

De este modo, argumenta el TS, *“a las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato”* (STS 367/2017, de 8 de junio)⁴³.

1.4 ¿CUMPLE LA CLÁUSULA IRPH LOS CONTROLES DE INCLUSIÓN Y TRANSPARENCIA?

La primera cuestión que se plantea es si puede ser objeto de control la configuración del propio índice IRPH.

Como mencionamos anteriormente⁴⁴, el índice IRPH-Entidades es un índice oficial publicado por el Banco de España, remitiéndose la entidad prestamista a su definición legal, sin modificarla y sin alterar su configuración. Por esta razón, los tribunales civiles no pueden entrar a valorar si la configuración del índice es más o menos compleja o si éste puede ser manipulable por las entidades, pues, al ser un índice oficial, la encargada de su fiscalización es la propia Administración Pública⁴⁵.

Pese a que el índice no pueda ser objeto de control en sí mismo, debemos preguntarnos si puede ser controlado su empleo en el contrato y los deberes de información que corresponden al prestamista, aunque con anterioridad a ello, es necesario analizar si la cláusula litigiosa se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la LCGC y de la Directiva 93/13/CEE.

En este sentido, el artículo 4 de la LCGC y el artículo 1.2 de la Directiva excluyen de sus respectivos ámbitos de aplicación las cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias “imperativas”, por lo que habría que examinar si la cláusula que anuda el tipo de interés del préstamo al índice IRPH remitiéndose a su definición legal está comprendida en la excepción señalada. Respecto al artículo 1.2 de la Directiva 93/13, es reiterada la doctrina del TJUE que señala que este precepto debe ser interpretado de forma restrictiva⁴⁶. Idéntica interpretación debe de hacerse respecto de la exclusión de la LCGC.

Así, no sólo es necesario que la cláusula refleje directamente una disposición legal o reglamentaria, sino que ésta debe ser de aplicación imperativa. A la vista de esta interpretación, podemos afirmar que este segundo requisito no se cumple ya que los contratantes podían haber optado por referenciar el préstamo a otro índice y, por

⁴² Vid. MARTÍNEZ ESPÍN, P., “El control de las condiciones generales”, cit., pp. 86 y ss. En este sentido se pronuncia también la STS de 25 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1280)

⁴³ STS 8 junio 2017 (RJ 2017, 2244)

⁴⁴ Vid. Capítulo II.

⁴⁵ Vid. MARTÍNEZ ESPÍN, P., “Las cláusulas IRPH son transparentes ¿o no?” *Centros de Estudios de Consumo*, 2018, pp. 5 y ss. En el mismo sentido se pronuncia el TS en su Sentencia de 14 de diciembre de 2017 (RJ 2017, 4308), Fundamento de Derecho Sexto.

⁴⁶ STJUE 20 septiembre 2017, caso *Andriuc*, C-186/16, apartado 27.

ello, la cláusula sí se encuentra dentro de los ámbitos de aplicación de las normas señaladas.

Por consiguiente, la cláusula debe ser objeto del control de inclusión y transparencia material arriba mencionados, debiendo verificarse si ésta ha sido redactada de una forma clara y comprensible y si el consumidor era consciente de sus implicaciones económicas. No cabe, en cambio, un control de abusividad pues, como ya ha sido expuesto, la determinación del tipo de interés remuneratorio conforma el objeto principal del contrato, siendo un elemento esencial del mismo.

En cuanto al primer control, el de inclusión, todas las instancias coinciden en que éste ha sido superado ya que la cláusula es gramaticalmente clara y comprensible, permitiendo al prestatario conocer que el interés variable del préstamo fluctuaría con referencia a un índice oficial controlado por el Banco de España.

En lo referente al control de transparencia es donde encontramos discrepancias entre lo concluido por las instancias inferiores, apoyado por el voto particular de la sentencia del TS y la decisión mayoritaria de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

La Audiencia Provincial, confirmando lo resuelto en Primera Instancia, considera que la cláusula IRPH es nula por falta de transparencia y, en particular, debido a los siguientes motivos:

- La entidad prestamista falta a su deber específico de información, pues no explica el comportamiento del índice IRPH en los años anteriores.
- No da información acerca de la forma de determinar el índice por el Banco de España, sino que simplemente se remite a su definición legal.
- Tampoco ofrece al cliente otros índices como el Euribor entre los cuales poder comparar, ni las diferencias entre el IRPH y el resto de índices, y de hecho, señala la sentencia, que se produce esta omisión debido a que el Euribor hubiera sido más ventajoso para el cliente.

Por su parte, en la sentencia del TS se formula un voto particular por parte de los Magistrados Francisco Javier Orduña Moreno y Francisco Javier Arroyo Fiestas, quienes consideran, en términos similares a las instancias inferiores, que la cláusula IRPH no pasa el filtro de transparencia y que, por ello, la cláusula debió haber sido declarada abusiva y, por tanto, ineficaz.

En concreto, los magistrados discrepantes con la decisión mayoritaria de la Sala señalan que la entidad prestamista no proporcionó al consumidor información específica o adicional para que tuviera una comprensión real del alcance y funcionamiento concreto del índice, ni en la fase precontractual, ni en la de perfección ni en la de ejecución del contrato.

Además, indican que debido a la complejidad que presenta el índice IRPH, el profesional debía haber empleado los medios necesarios para que el consumidor comprendiera los mecanismos aritméticos de la determinación del tipo de interés y las consecuencias económicas que le supondría, siendo precisamente esa configuración compleja la que convierte al índice IRPH en ser susceptible del control de transparencia.

Asimismo, insisten en que esa ausencia de información específica sobre el alcance y funcionamiento del índice no podía suplirse con la mera referencia a su definición

legal, sino que requería de explicaciones pormenorizadas acerca de su especial constitución en comparación con otros índices⁴⁷.

Igualmente, se apunta en el voto particular que el profesional tenía el deber de proporcionar los posibles escenarios en relación a la variación en el tipo de interés como consecuencia de la volatilidad del índice, de modo que el consumidor tuviera una comprensión real de las consecuencias económicas de su variación, tal y como exige la jurisprudencia del TJUE⁴⁸.

Por último, señalan los magistrados discrepantes que el carácter residual⁴⁹ de su utilización en comparación con otros índices (menos del 15% de los préstamos hipotecarios se referenciaban al índice IRPH)⁵⁰, requería de una mayor exigencia de transparencia, máxime cuando el consumidor medio está más familiarizado con las variaciones de otros índices como el Euríbor, que son objeto de difusión periódica por los medios de comunicación desde el año 2000.

En contra de lo expuesto en referencia a las instancias inferiores y al voto particular, el Tribunal Supremo concluye que la cláusula sí supera el control de transparencia.

En particular, el TS considera que no era exigible al prestamista ofrecer varios índices, al igual que tampoco se le puede exigir que únicamente ofrezca tipos fijos o tipos variables, afirmación con la que estamos de acuerdo, ya que el consumidor tenía la plena libertad de escoger entre las distintas ofertas existentes en el mercado. En este sentido, continúa argumentando el TS que, al ser un índice oficial, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz puede conocer que existen diferentes índices oficiales para referenciar el tipo de interés variable de un préstamo y compararlos entre sí, ya que éstos se publican de forma agrupada y mensualmente en el Boletín Oficial del Estado.

Asimismo, nuestro Alto Tribunal considera que no era exigible al prestamista una explicación pormenorizada del modo en que opera el índice, ya que su elaboración y supervisión corresponde al Banco de España y es un índice oficial.

En cuanto al momento al que debe referirse el control de transparencia, éste debe ser el momento de la celebración del contrato. Por este motivo, señala el TS que no puede considerarse que el índice IRPH es más perjudicial para el consumidor que el

⁴⁷ Vid., en sentido contrario, MATO PACÍN, N., "Deber de transparencia material", cit., p. 202. La autora apunta a que lo relevante para observar si se cumplían los requisitos de transparencia no era si el consumidor conocía la concreta fórmula del índice, sino si esa especial configuración podía afectar a su variación futura y hacía que el índice fuera presumiblemente más perjudicial para el consumidor, es decir, si iba a situarse previsiblemente siempre por encima de los valores del Euríbor, sin haber sido resaltado esta circunstancia por parte del predisponente que sí puso de manifiesto su mayor estabilidad al ser la media de tres años.

⁴⁸ Refiriéndose a la STJUE 20 septiembre 2017, caso *Andriciuc*, C-186/16, apartado 50.

⁴⁹ Este carácter residual es el utilizado por algunos autores para argumentar que no han existido prácticas ilícitas ni paralelas para su manipulación pues, de haber concurrido, su implantación hubiera sido muy superior. SUÁREZ PUGA, E., "Problemática contractual", cit., p. 40.

⁵⁰ Vid. ADICAE, "Informe sobre la cláusula que incluye el índice IRPH en los contratos de préstamo hipotecario celebrados con consumidores." ADICAE, 2016, pp. 3 y ss.

Euríbor, pues esto es una valoración ex post facto, con un sesgo retrospectivo, una vez que han transcurrido varios años desde la celebración del contrato. Por el contrario, señala que en los años anteriores al momento de la firma del contrato ambos índices habían operado de forma similar, por lo que en el momento de la celebración del contrato no podía conocerse que ambos índices fueran a divergir de la forma en la que lo hicieron. Además, a juicio del Supremo, había de tenerse en cuenta que el diferencial aplicable al IRPH es menor al que se aplica al Euríbor, lo que hacía que la oferta resultara competitiva⁵¹. Y, a diferencia de los préstamos con cláusulas suelo, en el presente caso el consumidor podía comprender fácilmente que el precio del préstamo es el resultado de sumar al índice el diferencial, sin que apareciera ningún otro elemento oscureciendo tal comprensibilidad.

Del mismo modo, al no haber transcurrido ni una tercera parte del plazo de vigencia del préstamo, no es posible afirmar, según la decisión del TS, que la vinculación al índice IRPH resulta, en todo caso, más perjudicial para el consumidor que la vinculación a otro índice como el Euríbor⁵² y, lo que hace la Audiencia Provincial al declarar nula dicha cláusula por resultar el precio del préstamo más elevado con la vinculación al índice IRPH es realmente un control de precios, lo que es del todo inadmisibles. Y si, en efecto, el banco hubiera sabido que el comportamiento del IRPH iba a ser más perjudicial para el consumidor, el número de préstamos referenciados a este índice hubiera sido mucho mayor.

Por todo ello, concluye el TS que la mera referencia a un tipo oficial no supone falta de transparencia, ya que resulta sencillo para un consumidor medio conocer el precio del préstamo sin el uso de un especial esfuerzo de indagación.

A pesar de lo resuelto por el Alto Tribunal, no son pocas las opiniones doctrinales críticas al respecto, que consideran que esta sentencia es un paso atrás en la doctrina del control de transparencia de los elementos esenciales de un contrato con condiciones generales de la contratación y en la protección del consumidor en la contratación hipotecaria⁵³.

Desde nuestro punto de vista, el TS ha tratado con esta sentencia de recuperar la sensatez y cordura jurídica que perdió, en cierto modo, a partir de su STS 241/2013,

⁵¹ Esta afirmación es bastante discutible, debido a la especial configuración del índice y a la necesidad de establecer un margen negativo para que resultara realmente competitivo, ideas ya apuntadas anteriormente en el Capítulo II.

⁵² Algunos autores, sin embargo, entienden que al representar el IRPH un coste total de las operaciones siempre operará por encima del Euríbor y, por tanto, esta circunstancia no ha sido coyuntural. Vid. ORTIZ PÉREZ, M. y ERAUSKIN VÁZQUEZ, J.M., "IRPH Cajas", cit., pp. 135 y ss.

⁵³ Vid. MARTÍNEZ ESPÍN, P., "Las cláusulas IRPH", cit., p. 19. En particular, señala el autor que esta resolución contradice la doctrina del TJUE en materia de transparencia y que, desde el punto de vista de los deberes de información y transparencia al consumidor, hay que explicarle las principales consecuencias económicas y jurídicas del préstamo, no bastando con la mera referencia al índice al que está sometido el préstamo. En particular, el cliente debía haber conocido que se trataba de un índice complejo y que su TAE estaría por encima del tipo medio practicado por el mercado si no se le adicionaba un margen negativo, tal y cómo apuntábamos.

de 9 de mayo⁵⁴, que supuso la instauración de un férreo control de transparencia sin sustento normativo y que originó una gran inseguridad en el tráfico jurídico en general y, en la contratación hipotecaria, en particular.

Bajo nuestra opinión, esta Sentencia fue acertada, pues la cláusula IRPH se encuentra muy alejada de las tan discutidas cláusulas suelo o hipotecas multidivisa. En el presente caso, el consumidor podía comprender, sin ningún atisbo de duda, que estaba contratando un préstamo a interés variable que fluctuaría con un índice oficial. Si nuestro Alto Tribunal hubiera argumentado que este índice no cumple las exigencias de transparencia, en el mismo sentido podría indicarse que tampoco lo cumplen las hipotecas suscritas a otros índices como el Euríbor, o ¿es que realmente un consumidor conoce el exacto método de cálculo de este índice? Sin duda, la respuesta a esta pregunta debe ser negativa pues para su correcta comprensión se requieren conocimientos técnicos y económicos específicos, pero claro, no ha sido el Euríbor el que ha supuesto un mayor coste para el consumidor, sino el IRPH.

Asimismo, creemos que un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, tenía a su alcance los medios necesarios para comparar la evolución del índice IRPH con el resto de índices oficiales, pues éstos eran públicamente accesibles. Así parece haberlo entendido también el TJUE, como analizaremos más adelante. Cosa muy distinta es que la cláusula se hubiera comercializado con manifiesta opacidad e incumpliendo los deberes de información que recaían sobre el prestamista, impidiendo a un consumidor medio conocer que se le estaba aplicando este índice, pero este extremo no ha resultado probado en el caso de autos.

Sin embargo, si el TS pretendía cerrar la discusión en torno a este tipo de cláusulas, no lo ha conseguido. Ante la falta de precisión y exactitud en cuanto a los elementos que harían falta para considerar el uso del índice IRPH como no transparente, numerosos juzgados de primera instancia han considerado, con posterioridad a la sentencia analizada, que tales cláusulas son nulas por no superar el control de transparencia⁵⁵.

De este modo, el Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona elevó con fecha 16 de febrero de 2018 una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación a la validez de éstas cláusulas, asunto que pasamos a analizar a continuación.

2. CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TJUE

2.1 CASO LITIGIOSO Y CUESTIONES PREJUDICIALES

El caso litigioso es muy similar al comentado en la STS 669/2017. Se trata de un contrato de préstamo concertado en el año 2001 a interés variable para cuya determinación se aplicaría el índice IRPH-Cajas más un margen del 0,25%. Igualmente, se discute si la cláusula que asocia el interés variable del préstamo al índice IRPH es válida y si cumple con los controles ya analizados de inclusión y transparencia.

⁵⁴ STS 9 mayo 2013 (RJ 2013, 3088)

⁵⁵ Vid., entre otras, SJPI Sagunto (Valencia) de 15 de enero de 2018, SJPI Alicante de 19 de enero de 2018 o SJPI Gavá (Barcelona) de 20 de febrero de 2018.

Para poder resolver el caso, el Juzgado plantea una serie de cuestiones prejudiciales relativas al alcance de la excepción establecida en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE y al contenido y efectos del control de transparencia aplicable a la cláusula controvertida.

De forma resumida, las cuestiones planteadas por el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona, fueron las siguientes:

- 1) ¿Puede el IRPH Cajas ser sometido al control de inclusión y transparencia exigido por la normativa protectora de los consumidores y usuarios o está excluido del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE por estar subsumido en el supuesto previsto en su artículo 1.2?
- 2) a) Dado que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE no ha sido transpuesto al ordenamiento jurídico español, ¿resulta contrario a la Directiva y a su artículo 8 que un órgano jurisdiccional español lo invoque y aplique para no apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual redactada de manera clara y comprensible, referida al objeto principal del contrato?
 - b) Para la comprensión de la cláusula controvertida, ¿es necesario que el prestamista informe sobre los siguientes datos?
 - i. La configuración del tipo de referencia y su cálculo.
 - ii. La evolución pasada y la previsión futura del índice en relación al Euríbor, tipo habitual de los préstamos con garantía hipotecaria.
 - c) En el caso de que el órgano judicial pueda examinar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales, ¿podría la falta de información suponer falta de comprensión de la cláusula y, por consiguiente, un trato desleal por parte del profesional?
- 3) Si se declara la nulidad del IRPH Cajas, ¿cuál sería la consecuencia en defecto de pacto?:
 - a) La integración del contrato aplicando como índice sustitutorio el Euríbor.
 - 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

Una vez señaladas las cuestiones, pasamos a analizar lo resuelto por el TJUE.

2.2 SENTENCIA DEL TJUE DE 3 DE MARZO DE 2020

Tras pronunciarse el Abogado General Sr. Maciej Szpunar a favor de la validez de la cláusula litigiosa en sus conclusiones con fecha 10 de septiembre de 2019, el TJUE resolvió las cuestiones prejudiciales expuestas en su Sentencia de 3 de marzo de 2020.

La primera cuestión planteada por el Juzgado nº 38 de Barcelona hace referencia al alcance de la excepción prevista en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE. Esta disposición establece que *“Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas [...] no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva.”*

A este respecto, y respondiendo así a la primera de las cuestiones, el TJUE subraya la interpretación estricta que debe hacerse de este precepto, y a la que ya hicimos

referencia anteriormente⁵⁶. De este modo, comparte el razonamiento del Abogado General en sus conclusiones, argumentando que, a la vista de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, la referencia al índice IRPH no es el resultado de una disposición legal o reglamentaria imperativa, pudiendo los contratantes elegir entre dicho índice u otro de los índices oficiales. Por tanto, sí es posible controlar el carácter eventualmente abusivo de la cláusula litigiosa que fija el tipo de interés del préstamo usando como valor de referencia el índice IRPH, no estando dicha cláusula excluida del ámbito de aplicación de la Directiva. Es de mención que el TS en su Sentencia de 14 de diciembre de 2017, al no discutir la interpretación de esta exclusión y al valorar la transparencia de la cláusula controvertida, implícitamente estaba indicando que tal excepción no era de aplicación al caso. Igualmente, ningún otro tribunal inferior español ha considerado que la cláusula controvertida no estuviera incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva.

En cuanto al primer apartado de la segunda cuestión prejudicial, el TJUE reconduce, en cierta forma, la pregunta. Así, considera que lo que el Juzgado se cuestiona es si pueden los órganos judiciales nacionales examinar una cláusula que no ha sido negociada individualmente y que forma parte del objeto principal del contrato, para comprobar si cumple con las exigencias de transparencia de la Directiva, aun cuando no se haya transpuesto el artículo 4.2 de la Directiva 93/13.

En este sentido, el Tribunal no considera necesario pronunciarse sobre la transposición de dicho precepto, pues la exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas también aparece en el artículo 5 de la Directiva⁵⁷. Por ello, argumenta el TJUE que los tribunales de un Estado miembro deben examinar, obligatoriamente, el carácter claro y comprensible de las cláusulas contractuales que forman parte del objeto principal del contrato, con independencia de la transposición del artículo 4.2. Además, reitera su jurisprudencia en cuanto a que la exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva, no refiriéndose únicamente al plano formal y gramatical, sino que tal exigencia también conlleva "*que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo*"⁵⁸, resaltando así el control de transparencia material ya analizado.

Igualmente, indicábamos anteriormente⁵⁹ que nuestro TS venía apreciando el artículo 4.2 de la Directiva *de facto* y que, por ello, a las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato no se les aplicaba el control de abusividad o de contenido, sino que el consumidor quedaba protegido mediante el control de transparencia material. Es por ello, que el TJUE no entra a valorar si el artículo 4.2 de la Directiva ha sido transpuesto o no, pues la finalidad de la Directiva es que el consumidor se vea protegido, siendo este objetivo alcanzado.

En lo referido a la información que debe prestar el profesional al consumidor, el Tribunal razona que el consumidor, al hallarse en una situación de inferioridad respecto al prestamista, debe de poseer información suficiente para conocer las consecuencias del contrato con anterioridad a la celebración de éste. Además, la

⁵⁶ Vid. Capítulo III, apartado 1.4.

⁵⁷ Las "*cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible*".

⁵⁸ STJUE 30 abril 2014, caso *Árpád Kásler*, C-26/13, apartado 71.

⁵⁹ Vid. Capítulo III, apartados 1.3.2. y 1.3.3.

información proporcionada no debe ser únicamente clara y comprensible gramaticalmente, sino que debe posibilitar que *“el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras.”*

Dicho esto, el TJUE entiende que es el juez nacional el que, en cada caso, debe verificar si se han cumplido con las obligaciones de información exigidas por la normativa nacional, observando la publicidad e información proporcionada por el prestamista y si, tal información, permitía al prestatario evaluar el coste del préstamo.

No obstante, el Tribunal también indica que deben valorarse especialmente dos factores: que los elementos principales relativos al cálculo del IRPH eran *“fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario”*, al estar publicado su método de cálculo en el Boletín Oficial del Estado, cabiendo entender de esta afirmación que el prestamista no debía proporcionar más información acerca de la conformación del índice, ya que ésta era públicamente accesible; y que la normativa nacional vigente en el momento de la celebración del préstamo exigía que las entidades informaran de la evolución del índice durante, al menos, los dos últimos años naturales, así como el último valor disponible. El Tribunal se refiere aquí al apartado 3 del Anexo I, de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Sin embargo, es necesario destacar que esta información no debía facilitarse en el concreto préstamo hipotecario ni a cada concreto prestatario en el momento de celebración del contrato, sino que era información que debía aparecer en el folleto informativo⁶⁰.

Es de destacar que el Abogado General, en sus conclusiones, afirma que, en el presente caso, el consumidor no estaba expuesto a un *“riesgo imprevisible de variación de la carga económica que se deriva del contrato”* y que podía valorar y comprender las consecuencias económicas del mismo, sosteniendo que la información proporcionada, a su juicio, fue suficiente.

Por tanto, el TJUE, sin perjuicio de lo que los órganos nacionales puedan verificar, evidencia dos factores clave para conocer si el consumidor fue suficientemente informado. Así, confirma, en parte, la doctrina sentada por nuestro Alto Tribunal en su STS 669/2017, ya que no entiende exigible que fuera necesario poner en relación la evolución del índice IRPH con otros índices oficiales, ni que el prestamista debiera dar la posibilidad de elección de varios índices, ni que debiera explicar de forma pormenorizada su configuración, pues era fácilmente accesible para un consumidor medio.

En cuanto a la tercera cuestión prejudicial, ésta se refiere a las consecuencias que tendría la posible declaración de nulidad del índice IRPH-Cajas.

⁶⁰ Vid., en este sentido, PANTALEÓN PRIETO, F., *“La sentencia del Tribunal de Justicia sobre la cláusula IRPH: 12 comentarios a vuelapluma”*, *Blog Almacen de Derecho*, 4 de marzo de 2020, que apunta que sería del todo absurdo exigir requisitos de transparencia material que la propia cláusula Euríbor no cumplía.

A este respecto señala el TJUE que, en el caso de que el juzgado remitente constatará que la cláusula controvertida debiera ser anulada y que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera sobrevivir sin ella, el artículo 6.1 de la Directiva⁶¹ no se opone a que, a falta de acuerdo entre las partes, el juez nacional, con el fin de evitar la nulidad del contrato y que el consumidor se exponga a consecuencias especialmente perjudiciales (ya que dicha nulidad supondría para el consumidor el pago del importe del préstamo pendiente de devolución), sustituyera tal cláusula por un índice legal que el Derecho nacional hubiera establecido como supletorio.

Asimismo, el Tribunal destaca que la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, previó que el índice IRPH-Cajas fuera reemplazado por un índice sustitutivo, el índice IRPH-Entidades, pero deja a juicio del juzgador nacional decidir si éste índice declarado como sustitutivo tiene o no el carácter de supletorio.

Sobre este aspecto, la doctrina se divide entre quienes entienden que esta afirmación se debe interpretar en el sentido de que, de sustituirse el índice IRPH-Cajas, sería el IRPH-Entidades el índice aplicable (no suponiendo apenas cambio económico para el prestatario), y quienes argumentan que el índice aplicable sustitutivo debería ser el Euríbor, al ser el índice más utilizado en la práctica bancaria española, solución apuntada por el voto particular de la STS 669/2017 y que sí supondría un gran beneficio para los consumidores. Sin ánimo de ser exhaustivos en este punto, sí cabe indicar que la utilización del Euríbor como índice sustitutivo es, cuanto menos, dudosa, pues no existe normativa alguna que indique que este índice, por más que sea el más utilizado en la práctica bancaria española, resulte supletorio, salvo en aquellos casos que se haya pactado dicho índice como supletorio en el propio articulado del contrato⁶².

Ante lo decidido por el TJUE en la presente Sentencia el panorama que se deviene es, de nuevo, desolador para nuestros tribunales pues, con toda seguridad, serán muchas las demandas presentadas y, por consiguiente, mayores los colapsos de nuestro sistema judicial, pues se considera que en torno a un millón de personas tienen su préstamo referenciado al índice IRPH⁶³. Además, al no resolver el TJUE la duda principal y dejarlo a la valoración de los tribunales nacionales, se pronunciarán,

⁶¹ *"Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas."*

⁶² Sin entrar en un mayor ahondamiento sobre la integración del contrato, sí es necesario reseñar cuáles han sido las consecuencias de la nulidad por falta de transparencia de otras cláusulas controvertidas. En el caso de la cláusula suelo, ésta se tuvo por no puesta (STS de 9 de mayo de 2013, RJ 2013, 3088), siendo muy discutidos los efectos temporales de dicha nulidad. En el supuesto de la hipoteca multidivisa, se eliminaron las referencias a la denominación en divisa extranjera, quedando el préstamo concedido y amortizado en euros (STS de 15 de noviembre de 2017, RJ 2017, 4730). Para un mayor análisis, vid. MATO PACÍN, N., "Deber de transparencia material", cit., pp. 209 y ss.

⁶³ Datos estimados por ASUFIN (Asociación de Usuarios Financieros), disponible en <https://www.asufin.com/productos-asufin/hipoteca/irph/>.

con certeza, sentencias contradictorias en los tribunales inferiores que no harán sino agravar aún más la situación.

En cuanto a la opinión pública, la Sentencia ha sido recibida y valorada de forma muy dispar. Por un lado, las plataformas de consumidores consideran la Sentencia favorable a los consumidores, al poder valorar los órganos jurisdiccionales en cada caso concreto si la cláusula IRPH fue comercializada de forma transparente. Por otro, las entidades bancarias entienden que tras la doctrina del Supremo y la opinión explícita del Abogado General, serán pocos las sentencias que les sean desfavorables y, en caso de existir, supondrían la sustitución del índice IRPH-Cajas por el IRPH-Entidades, sin producirse, consecuentemente, apenas variaciones en sus cuentas de resultados, al haber fluctuado ambos índices de forma muy similar.

En cualquier caso, lo que es evidente es que el futuro judicial de nuestro país seguirá siendo muy convulso y que, ante la disparidad de sentencias que se dictarán, el TS se deberá volver a pronunciar en términos claros y contundentes.

Como venimos haciendo referencia, el principio de transparencia material ha tenido una articulación jurisprudencial y no normativa, lo que ha provocado una elevada litigiosidad, habiendo sido discutidas numerosas cláusulas con motivo de este principio (cláusulas suelo, préstamos en divisa extranjera o el analizado índice IRPH, entre otras). Además, se ha creado un profundo marco de inseguridad jurídica que es necesario analizar en este momento.

IV. LA INSEGURIDAD JURÍDICA DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA TRAS LA DOCTRINA DEL TS

La doctrina jurisprudencial del principio de transparencia material se formuló con el fin de proteger al consumidor como parte más débil en la contratación hipotecaria. Sin embargo, no encuentra apoyo normativo alguno en nuestra legislación interna⁶⁴, por lo que la inseguridad jurídica derivada del mismo es latente⁶⁵.

La creación jurisprudencial de este control ha supuesto que no exista forma de anticipar cuándo una cláusula contractual superará o no el examen de transparencia pues, a pesar de cumplirse con los estándares de transparencia de la normativa bancaria y de protección de los clientes y los deberes de información de la normativa

⁶⁴ Encuentra su principal sustento normativo en la interpretación, a contrario, del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/UE. Vid. ASUA GONZÁLEZ, C. I., "La falta de transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente en la contratación con consumidores en el Derecho español", *Anuario de derecho privado*, nº 1, 2019, pp. 63 y ss. Sobre el peligro de las interpretaciones *a sensu contrario*, vid. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., "La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en material de cláusulas contractuales abusivas", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2014 parte Estudios, pp. 36 y ss.

⁶⁵ En este sentido, son muchas las opiniones doctrinales que entienden que este control fue una creación *ex professo*. Vid. DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M. I., "La aparente corrección parcial del control de transparencia a propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, nº 1, 2017, pp. 406 y ss.

sectorial, puede dictaminarse, a juicio del órgano juzgador, que la cláusula no cumple con el principio de transparencia material⁶⁶.

No obstante, esta situación resulta, cuanto menos, paradójica. Si atendemos al Preámbulo de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, normativa básica en el momento de la celebración de los contratos discutidos en el presente texto, observamos que su finalidad primordial es "*garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios*", así como facilitar al prestatario "*la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar*". A la vista de ello, cabría deducir, plausiblemente, que las exigencias en ella contenidas se dirigen a cumplir con el principio de transparencia material y a la comprensión real del consumidor de lo contratado. Por ende, si se cumplen las exigencias de información impuestas por nuestro legislador ¿cómo pueden aducir los órganos jurisdiccionales, con posterioridad, que las exigencias de comprensión no han sido satisfechas⁶⁷?

Sin duda, los requisitos de comprensibilidad se han visto reforzados con el devenir del tiempo y las nuevas regulaciones, pero aplicar estas nuevas exigencias a contratos surgidos con anterioridad estaría conculcando el principio de irretroactividad de las normas establecido por el artículo 2.3 CC. Por ello, el TS invoca el principio de buena fe contractual⁶⁸ para derivar de éste las nuevas obligaciones de información por él impuestas, siendo, por tanto, sumamente difícil para las entidades prestamistas cumplir con unas exigencias de información que no se encontraban positivizadas en el momento de la celebración del contrato⁶⁹.

Por otro lado, nos encontramos con la dificultad, de verificar cuál es el exacto grado de comprensibilidad del consumidor, al ser éste un proceso psicológico interno⁷⁰. Para solventar este inconveniente y no llevar el control a terrenos subjetivos, más propios

⁶⁶ Lo que determina un estándar de cumplimiento imposible de satisfacer según CARRASCO PERERA, A. y GÓNZALEZ CARRASCO, M.C., "La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7/2013, p. 147.

⁶⁷ Que se cumplan los estándares normativos no quiere decir que el contrato pueda ser válido en cualquier circunstancia, pues podría contener cláusulas abusivas o ser anulado por la vía del error-vicio, pero eso no comporta la creación arbitraria de este nuevo control. Vid. en este sentido CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E., "El espurio control", cit., pp. 181 y ss.

⁶⁸ ORDUÑA MORENO, F. J., *La transparencia como valor del cambio social: su alcance constitucional y normativo*, Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 166 y ss., argumenta que el fundamento de esta doctrina es la relevancia del principio de buena fe como fuente de especiales deberes de conducta, teniendo por objeto el establecimiento de una caracterización general del control de transparencia y no la libre decisión de lo justo en un caso concreto.

⁶⁹ Vid. BALLUGERA GÓMEZ, C., "Crítica de la doctrina del control de transparencia del Tribunal Supremo. De la STS 9 de mayo 2013 a la de 14 diciembre 2017", *Revista de Derecho vLex*, nº 165, 2018, pp. 8 y ss.

⁷⁰ Esta dificultad se acrecienta en un ámbito como la contratación hipotecaria donde siempre puede existir un pequeño grado de incomprensibilidad en el prestatario, ya que resulta casi imposible la omisión de un lenguaje técnico. Vid. DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M. I., "La aparente corrección", cit., pp. 409 y ss.

del error, se propugna que el control de transparencia material es un control abstracto, de acuerdo con un consumidor medio y teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso. Pero entonces, ¿por qué no se establecen los concretos requisitos para considerar una cláusula transparente o no transparente⁷¹? Esto no hace sino avivar la inseguridad jurídica, haciendo que casos, fundamentalmente idénticos, puedan ser resueltos por los tribunales de forma muy dispar, siendo esto lo que sucederá, previsiblemente, con el índice IRPH tras la sentencia del TJUE.

Con todo, lo que es claro es que mediante la formulación del principio de transparencia material sin apoyo normativo, lo que se ha creado es un marco de inseguridad jurídica que nunca debió existir, sacrificándose uno de los principios básicos del Derecho de Contratos como es el principio *pacta sunt servanda*⁷².

Sin embargo, la creación de este principio por vía jurisprudencial no ha sido el único motivo que ha inmerso a nuestros tribunales civiles en un profundo caos, pues la discusión acerca de la distribución de los gastos en los contratos de crédito inmobiliario y la gran cantidad de procedimientos de ejecución derivados del impago de préstamos hipotecarios también han comprometido profundamente las bases de nuestro sistema financiero⁷³.

Esta grave situación ha sido provocada, en parte, por la pasividad de nuestro legislador que no ha reaccionado, durante mucho tiempo, a las múltiples deficiencias de nuestra contratación hipotecaria. Igualmente, resultaba ineludible que el principio de transparencia material adquiriera un aspecto normativo que insertara seguridad jurídica al mercado. De este modo y con el fin de mitigar, aunque tardíamente, las deficiencias de nuestro sistema hipotecario, se ha promulgado la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

En las siguientes líneas vamos a analizar cómo se ha configurado y positivizado el principio de transparencia en la LCCI, observando en qué medida responde al diseño jurisprudencial establecido por el TS y señalando si verdaderamente supondrá una verdadera protección para el consumidor.

⁷¹ Sobre el problema de la falta de requisitos concretos vid. CÁMARA LAPUENTE, S., "Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 55, 2015, pp. 562 y ss.

⁷² Los férreos defensores de este nuevo principio argumentan que el principio *pacta sunt servanda* parte del inmovilismo del derecho y de una posición meramente formalista que niega el cambio social. Así, defienden que el derecho debe evolucionar y ello significa la aparición de nuevos valores como la transparencia material. Vid., por todos, ORDUÑA MORENO, F. J., *La transparencia*, cit., p. 58.

⁷³ La Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, en su Considerando Tercero, indica que la crisis financiera ha demostrado que los consumidores han perdido la confianza en el sector financiero debido al comportamiento irresponsable de los participantes en el mercado, lo que ha conllevado el debilitamiento de los cimientos del sistema financiero en su conjunto.

V. EL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LA LEY 5/2019. **CARACTERIZACIÓN BÁSICA**

La LCCI tiene como objeto la trasposición de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014⁷⁴. Asimismo, pretende fomentar la seguridad jurídica, la transparencia y la comprensión de los contratos, así como el justo equilibrio entre las partes, reforzando las garantías para los prestatarios en el proceso de contratación y evitando la ejecución judicial de este tipo de préstamos y la pérdida de la vivienda, protegiendo de un modo más adecuado a los consumidores. Con este fin, se introducen numerosas normas de carácter imperativo, dejando un ámbito mucho más constreñido para la autonomía de la libertad en la contratación de este tipo de contratos.

Así, para alcanzar estos objetivos, la LCCI ha ido más allá de la estricta transposición de la Directiva 2014/17/UE, prestando especial atención a la fase precontractual con el fin de que el prestatario posea una comprensión real de la carga económica y jurídica del préstamo hipotecario, para así cumplir con el principio de transparencia material. De este modo, este principio adquiere un carácter normativo y deja de ser un control meramente jurisprudencial⁷⁵.

En las siguientes líneas vamos a tratar de analizar la configuración del principio de transparencia material en esta Ley, pues es uno de los ejes vertebradores de esta regulación normativa⁷⁶.

En la configuración legal de este principio, la LCCI confiere un papel esencial al notario, quien deberá asesorar al prestatario de forma imparcial, aclarando sus dudas y comprobando si el contrato cumple los requisitos necesarios para entender cumplido el principio de transparencia material, anticipando su intervención a la fase precontractual.

La intervención del notario ya ha sido analizada por la jurisprudencia del TS en diversas sentencias. En lo que ahora respecta, cabe señalar que la necesidad de anticipar la intervención del notario ya fue planteada por nuestro Alto Tribunal en su

⁷⁴ De acuerdo con el Preámbulo de la Ley 5/2019, esta Directiva establece un régimen específico de protección de las personas consumidoras que tengan la condición de prestatarios, garantes o titulares de garantías en préstamos o créditos garantizados mediante hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial, o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles de uso residencial.

⁷⁵ Que este control de transparencia haya tenido, hasta ahora, una configuración jurisprudencial ha sido criticado por muchos autores, dada la inseguridad jurídica que supone y, en especial, en un sector tan necesitado de esta seguridad como es la contratación hipotecaria. Vid., entre otros, PERTÍÑEZ 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*, núm. 2/2015 parte Doctrina, pp. 47 y ss.; CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E., "El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7/2013, pp. 174 y ss.

⁷⁶ Destacar que, pese a que la LCCI no define qué entiende por transparencia material, la doctrina la asemeja a la noción jurisprudencial ya examinada en el Capítulo III, apartado 1.3.3.; Vid. por todos, SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., "Control de transparencia material", cit., pp. 237 y ss.

STS 138/2015, de 24 de marzo de 2015⁷⁷, donde entendía que la intervención del fedatario público en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario era tardía, pues el prestatario ya tenía la decisión de firmar el préstamo y es difícil que en este momento el consumidor pudiera revocar una decisión ya adoptada con base en una información inadecuada. Igualmente, es doctrina reiterada del TS que, aun cuando la intervención del notario es un elemento a valorar en el cumplimiento del deber de transparencia y puede servir para complementar la información recibida por el consumidor, esta intervención no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente por parte del prestamista⁷⁸.

Así, expone la Ley "se constituirá prueba en beneficio de ambas partes –prestamista y prestatario- de que el primero ha cumplido con su obligación de entregar en los plazos previstos la documentación exigida y de que el segundo conoce las consecuencias de aquello a lo que se obliga"⁷⁹. Sobre este punto volveremos más adelante.

1. ARTICULACIÓN DE LA TRANSPARENCIA FORMAL Y MATERIAL EN LA LEY 5/2019

La Ley trata el principio de transparencia en su Capítulo II "Normas de protección del prestatario". De este modo, se ocupa en primer lugar de la llamada transparencia formal y, en segundo término, de la transparencia material y su control.

En cuanto a la transparencia formal, sin entrar en detalle, sí es necesario mencionar muy brevemente lo más significativo dispuesto, en este sentido, por la Ley:

- En su artículo 5 establece los principios de actuación en la actividad de concesión de préstamos inmobiliarios, entre los que destacamos que los prestamistas, intermediarios de crédito inmobiliario y representantes designados deben actuar de forma honesta, imparcial, transparente y profesional, respetando los derechos y los intereses de los prestatarios. Mediante el establecimiento de estos principios se pretende que los consumidores recobren esa confianza perdida en el sector a la que aludíamos anteriormente. Sin embargo, bajo nuestro punto de vista, no dejan de ser principios articulados sin una mayor trascendencia, ya que la Ley, ni impone sanciones ante un posible incumplimiento de estos principios, ni determina exactamente qué significa cada uno de ellos.
- Por su parte, también se preocupa la LCCI por la información que debe dar el prestamista al consumidor, tanto la que debe figurar en la publicidad (artículo 6)⁸⁰, como la información precontractual (artículo 10), que le debe permitir al prestatario comparar los préstamos disponibles en el mercado y evaluar sus implicaciones, para así poder tomar una decisión fundada sobre la conveniencia o no de celebrar el contrato de préstamo. Esta información

⁷⁷ STS 24 marzo 2015 (RJ 2015, 1279).

⁷⁸ Vid. entre otras, STS 367/2017, de 8 de junio (RJ 2017, 2244) y STS 593/2017, de 7 de noviembre (RJ 2017, 3919).

⁷⁹ Apartado IV del Preámbulo de la Ley 5/2019.

⁸⁰ Para un interesante análisis sobre esta cuestión vid. ORDÁS ALONSO, M., "La publicidad del crédito inmobiliario en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, y sus normas de desarrollo", *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 6, 2019, pp. 26 y ss.

precontractual se facilitará por medio de la Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN).

- En el artículo 7 se establece la obligación de los prestamistas de inscribir en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación las cláusulas contractuales que tengan éste carácter, señalando a su vez la disposición final cuarta que las condiciones incorporadas de modo no transparente serán nulas de pleno derecho.
- Lo último a destacar en este sentido, es la obligación de evaluar la solvencia del potencial prestatario contenida en el artículo 11. La Directiva 2014/17/UE presta una atención especial a esta evaluación de la solvencia, señalando que deben tomarse en consideración la totalidad de los factores que pudieran influir en la capacidad del consumidor para reembolsar el crédito durante el período de vigencia de éste. Esta obligación, sin duda, viene impuesta por la mala praxis de los últimos años, pues la facilidad de acceso al crédito, junto con la falta de una evaluación correcta de la solvencia, degeneraron en una gran cantidad de impagos y, por consiguiente, en una ingente multitud de procedimientos de ejecución hipotecaria. Sin embargo, respecto a las posibles consecuencias de la incorrecta evaluación de la solvencia del prestatario, la Ley únicamente indica que el prestamista no tendrá la facultad de resolver, rescindir ni modificar ulteriormente el contrato de préstamo, salvo en el caso de que se demostrase que el prestatario hubiera ocultado o falsificado conscientemente la información relativa a su solvencia, sin preverse ninguna consecuencia contractual específica para la incorrecta evaluación de la solvencia imputable al prestamista⁸¹.

En cuanto a la transparencia material, su régimen se establece en los artículos 14 y 15.

Primeramente, el artículo 14 ("Normas de transparencia en la comercialización de préstamos hipotecarios"), establece la obligación del prestamista de entregar al prestatario, con una antelación mínima de diez días naturales respecto al momento de la firma del contrato, los siguientes documentos:

- a) La Ficha Europea de Información Normalizada (FEIN), que tendrá la consideración de oferta vinculante para la entidad.
- b) La Ficha de Advertencias Estandarizadas (FIAE), a través de la cual se informará al prestatario o potencial prestatario de la existencia de cláusulas o elementos relevantes.
- c) Diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés, si se tratara de un préstamo a interés variable⁸².

⁸¹ Sobre la necesidad de haber introducido mayores reformas en este punto, vid. CUENA CASAS, M., "La ineficiente regulación de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del potencial prestatario" *El Notario del Siglo XXI*, núm. 84, 2019, pp. 50 y ss.

⁸² En este sentido, la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, por la que se modifican la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, establece que se presentarán, al menos, tres cuotas de amortización, calculadas mediante el empleo de los niveles máximos, medios y mínimos que el índice de referencia utilizado en la FEIN haya presentado durante los últimos veinte años o el plazo máximo disponible si es menor.

- d) Una copia del proyecto de contrato.
- e) La distribución de los gastos, implantándose un régimen imperativo:
 - i. Corresponderán al prestatario únicamente los gastos de tasación del inmueble y las copias de la escritura de préstamo hipotecario.
 - ii. Corresponderán al prestamista el resto de gastos, es decir, los gastos de gestoría, el coste de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario, los gastos de inscripción en el Registro de la Propiedad y el pago del impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable.

Se regula así un régimen de distribución de gastos distinto al establecido por la jurisprudencia que, tras muchos bandazos, dictó el 23 de enero de 2019 cinco sentencias fijando doctrina al respecto⁸³. De este modo, se adopta un criterio de distribución de gastos mucho más favorable para el prestatario, imponiendo el grueso de éstos al prestamista.

- f) Las condiciones que exige el prestamista en relación al seguro de garantía del cumplimiento de las obligaciones del contrato de préstamo.
- g) La advertencia al prestatario de la obligación de recibir asesoramiento personalizado y gratuito del notario que elija.

Asimismo, toda esta documentación a la que acabamos de hacer referencia, deberá remitirla el prestamista, por medios telemáticos seguros, al notario elegido por el prestatario, junto con la manifestación firmada de este último en la que declare haber recibido dicha documentación y la explicación de su contenido. Algunos autores apuntan que tal cantidad de información y documentación puede producir el efecto contrario al pretendido, dificultando el entendimiento de la información por el prestatario, cobrando así mayor importancia aún el asesoramiento notarial⁸⁴.

Por su parte, el artículo 15 ("Comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material"), hace recaer en la figura del notario la labor de controlar que se ha cumplido con las obligaciones de información impuestas por la Ley. En este sentido, entre otros extremos, establece que:

1. El prestatario deberá comparecer presencialmente ante el notario para obtener el asesoramiento anteriormente descrito pues, de lo contrario, no podrá autorizarse la posterior escritura pública de préstamo, no pudiéndose admitir la presencia del prestamista en este momento.

Destacar que, en el caso analizado del índice IRPH, no se hacían necesarios escenarios de evolución futuros debido a que la normativa en aquél momento no los preveía. Por tanto, ahora también se da una mayor protección a los consumidores en este punto.

⁸³ SSTS 23 enero 2019 (RJ 2019, 101-105). Vid. en este sentido MATE SATUÉ, L.C., "La solución propuesta por la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario a las cláusulas conflictivas insertas en contratos de préstamo hipotecario", *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 6, 2019, pp. 9 y ss.

⁸⁴ Vid. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., "Control de transparencia material", cit., p. 251.

2. El notario⁸⁵ verificará la documentación que le ha sido remitida y hará constar en un acta notarial previa, y de carácter gratuito, a la formalización del préstamo hipotecario lo siguiente:
 - a) El cumplimiento de que se ha puesto a disposición del prestatario los documentos descritos previamente, en el plazo señalado de diez días.
 - b) Las cuestiones planteadas por el prestatario y el asesoramiento prestado por el notario.
 - c) Que se ha informado de forma individual y expresa de las cláusulas específicas contenidas en la FEIN y en la FiAE, así como el resultado de un test de comprensibilidad⁸⁶ practicado al prestatario, que tiene como objeto concretar la documentación entregada y la información suministrada.

Según establece la Circular de obligado cumplimiento 1/2019, de 24 de mayo, relativa a la Ley 5/2019, del Consejo General del Notariado, este acta tiene como finalidad comprobar que concurren los requisitos necesarios para establecer que el prestatario ha tenido la posibilidad de comprender la carga jurídica y económica de la operación. De este modo, se consigue que la comprobación de la transparencia material a través del acta notarial se convierta en una función pública. Asimismo, señala que el acta notarial tiene una doble función: de verificación (que se ha entregado en plazo la documentación exigida, que es la documentación apropiada y que no contiene defectos) y de asesoramiento (que se ha dado una explicación individualizada de las cláusulas y se ha contestado a las preguntas o dudas del prestatario).

3. El prestatario, o quien le represente a estos efectos, deberá comparecer para extender el acta, como tarde el día anterior al de la autorización de la escritura pública del contrato de préstamo.

Así, de acuerdo con el apartado sexto de este artículo 15, *"el contenido del acta se presumirá veraz e íntegro, y hará prueba del asesoramiento prestado por el notario y de la manifestación de que el prestatario comprende y acepta el contenido de los documentos descritos⁸⁷, a efectos de cumplir con el principio de transparencia en su vertiente material⁸⁸.*

⁸⁵ De acuerdo con el artículo 11 del Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y se adoptan otras medidas en materia financiera, el notario que proceda a autorizar el acta previa será el mismo que, en su caso, proceda a autorizar la escritura del préstamo.

⁸⁶ Test que será standard y fijo, y que se encuentra previsto en el Anexo I de la Circular 1/2019 del CGN.

⁸⁷ La Circular 1/2019 del CGN expresa que se trata de un acta mixta, pues aglutina la constatación de hechos (comprendiendo esto: la verificación de los documentos y su fecha, las explicaciones del Notario, las preguntas del prestatario y respuestas del Notario y el test), la emisión de un juicio de legalidad (entrega de la documentación exigida por la ley) y las manifestaciones del interesado.

⁸⁸ En este sentido el Consejo de Estado en su Dictamen 709/2017, de 14 de diciembre, señala, en relación al anteproyecto de la Ley analizada, que la intervención notarial es la solución más acertada para asegurar, de un modo objetivo y suficiente, que el prestatario ha tenido un

Por último, destacar que en la escritura pública del préstamo el notario autorizante deberá insertar una reseña identificativa de dicha acta previa.

2. CONSIDERACIONES CRÍTICAS: ¿UNA AUTÉNTICA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR?

A la vista de esta regulación y, en especial, del artículo 15, comprobamos cómo el notario cobra un papel trascendental en el cumplimiento del principio de transparencia⁸⁹.

No obstante, cabría preguntarse a quién le beneficia este nuevo procedimiento y la intervención del notario. Como ya dijimos, la LCCI señala expresamente que éste se establece en beneficio de ambas partes. En cuanto al prestatario, se le ofrece una explicación detallada y gratuita de lo que va a firmar pero, al mismo tiempo, si con posterioridad sostiene que realmente no tuvo un conocimiento veraz de lo que firmó, encontrará muy difícil obtener una resolución a su favor, pues con este procedimiento se canaliza su deber de conocer las consecuencias de aquello a lo que se obliga, no siendo su protección la que esencialmente busca la Ley, sino la del negocio ya celebrado y, por ende, del profesional. Por tanto, la verdadera finalidad del acta no es la de la protección del consumidor, sino la de insertar seguridad jurídica al mercado⁹⁰.

De igual modo, la cuestión, quizás, más controvertida en relación con el acta notarial es el alcance de su valor probatorio pues, como hemos mencionado, puede suponer que no se puedan promover demandas fundadas en la falta de transparencia en su

adecuado conocimiento y comprensión de las obligaciones que asume en el contrato de préstamo hipotecario.

Igualmente, la Nota Informativa del CGN de 17 de junio de 2019, sobre determinados aspectos prácticos de la aplicación de la Ley 5/2019, también señala que con el acta previa se consigue anticipar el control de abusividad a un momento anterior al de la perfección del contrato, haciendo este control más efectivo.

⁸⁹ Muy crítico con el papel que se le otorga al notario se muestra CARRASCO PERERA, A., "El Notario y la transparencia material en el Proyecto de Ley de Crédito Inmobiliario" *Centro de Estudios de Consumo*, 2017, pp. 1-2, entendiendo el autor que hemos transformado a los notarios en asesores independientes que lo hacen de forma gratuita, dando así una solución que no tiene nada que ver con la Directiva comunitaria ni con la respuesta dada por otros Estados Miembros en su transposición.

⁹⁰ Vid., en este sentido, CABANAS TREJO, R., "Transparencia material y control notarial (entre la neurosis y la esquizofrenia del legislador)", *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 6, 2019, p. 70. Más críticos aún con la idea de que el acta protege al prestatario se muestran otros autores, como GUILARTE GUTIÉRREZ, V., "El proyecto de ley de crédito inmobiliario: ¿Acaso nos hemos vuelto locos?" *Blog Almacén de Derecho*, 19 de diciembre de 2018, llegando a expresar este autor que el acta sólo servirá para blanquear el préstamo, en perjuicio real del usuario, privándole de sus eventuales armas de defensa aún sin haber entendido nada.

A pesar de esto, no se imposibilita que un tribunal declare incumplido el principio de transparencia material si, en vista a las pruebas practicadas, se considera que el consumidor no habría llegado a obtener una comprensión real, vid. CÁMARA LAPUENTE, S., "Transparencia "material" y función notarial en la Ley 5/2019. ¿Control, carga o trampa?" *El Notario del Siglo XXI*, núm. 84, 2019, pp. 21 y ss.

vertiente material. Para conocer dicho valor probatorio, se hace preciso interpretar el artículo 15.6 de la Ley 5/2019 arriba enunciado.

Por un lado, podría interpretarse en el sentido de que, efectivamente, el acta constituye prueba de comprensión por el prestatario del contenido íntegro de las cláusulas del contrato, verificándose así el principio de transparencia material como una presunción *iuris et de iure*, contra la que no se admite prueba en contrario, no pudiendo esgrimir el prestatario, de ningún modo, la falta de cognoscibilidad de la cláusula y, por tanto, no pudiendo presentar demanda con base a la falta de cumplimiento de dicho principio de transparencia⁹¹.

Sin embargo, esto no debe ser entendido así. El propio Consejo General del Notariado, en su Circular 1/2019 expresa que el acta notarial de información precontractual no es un acta de notoriedad por la que el notario incorpore un juicio sobre la comprensión del interesado, sino que simplemente acredita que ha dispuesto de los medios precisos para comprender la carga jurídica y económica del préstamo, es decir, que el notario únicamente da fe de las declaraciones efectuadas por el prestatario y no de su veracidad intrínseca o de su concordancia con la voluntad interna de los intervinientes. Y, de hecho, esta interpretación debe ser la correcta ya que, de ninguna forma, puede acreditarse una comprensión real y efectiva de lo firmado por el prestatario, pues la comprensión, por su carácter *intuitu personae*, es un proceso psicológico intrínseco de imposible verificación empírica⁹².

No obstante, a pesar de lo dicho, el acta puede servir, en la práctica, para traspasar al notario el grueso material del control de transparencia que corresponde al prestamista en el trámite de información precontractual, limitándose éste a entregar la documentación sin una transmisión adecuada de su contenido y sin dar explicaciones pormenorizadas, ya que esta información individualizada será completada por el notario. Esta práctica no puede ser tolerada de ningún modo. Los deberes de transparencia recaen sobre el prestamista y la actuación del notario no excluye el deber de cumplir con las obligaciones legales de información precontractual que recaen en aquél. No puede llegarse al extremo de que la entidad financiera incumpla sus deberes de información y se entienda cumplido el principio de transparencia por la información y asesoramiento prestado por el notario, pues esto truncaría la posibilidad del consumidor de esgrimir en un proceso jurisdiccional futuro que recibió información inadecuada, y el notario estaría actuando como instrumento probatorio para una sola parte: el predisponente⁹³.

Por último, en lo relativo al acta notarial previa, es dudoso que ésta pueda llegar a cumplir la función que pretende pues, si bien es cierto que la intervención del notario

⁹¹ Vid. PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., "El deber de transparencia en la Ley 5/2019 de Crédito Inmobiliario: información documental, explicaciones adecuadas y valor probatorio del acta notarial", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 154/2019 parte Artículos, pp. 141; CARRASCO PERERA, A. "El Notario", cit., pp. 1-2.

⁹² Vid. SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., "Control de transparencia material", cit., pp. 260 y ss.

⁹³ Vid., en este sentido, AGÜERO ORTIZ, A., "Comentario sobre el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: la "nueva" obligación de los notarios de controlar la abusividad de las cláusulas", *Centro de Estudios de Consumo*, 2018, pp. 2 y ss. y MATO PACÍN, N., "Deber de transparencia material", cit., pp. 207 y ss.

se adelanta a un momento anterior a la firma del préstamo hipotecario, el acta puede redactarse hasta el día anterior a dicha firma. Además, al estar estos préstamos coaligados con una compraventa, este asesoramiento se produce en un momento en el que la voluntad de contratación del consumidor ya se encuentra definida, lo que significa que el rechazo del préstamo conllevaría la imposibilidad de efectuar la compraventa con el riesgo, inclusive, de perder las arras⁹⁴.

Por todo ello, cabe concluir que, aunque el acta pueda servir para que el consumidor tenga una mayor comprensión de aquello a lo que se obliga, realmente se sigue produciendo la intervención notarial en un momento en el que el prestatario ya tiene su decisión tomada. Además, quizás, no es tanto el beneficio que obtiene el prestatario con el acta si tenemos en cuenta que también se le está privando, en gran medida, de cualquier acción impugnatoria contra la falta de información precontractual del prestamista, pues pese a que el acta no constituya una prueba de la comprensión real del prestatario, será muy difícil probar su falta de cognoscibilidad. Se pretende con ella crear seguridad jurídica y, en efecto, se alcanza. Pero se adquiere, fundamentalmente, para el mercado y para el prestamista.

A nuestro juicio, se abusa de la figura del notario para resguardar bajo el paraguas de la fe pública un problema de seguridad jurídica en la contratación que nunca debió haber existido y que nació de la noción extremadamente abierta que el Tribunal Supremo instauró del principio de transparencia material en su Sentencia de 9 de mayo de 2013. Problema que, por otro lado, no debió haberse dejado a los vaivenes del Tribunal Supremo pues, pese a su insistencia, no tiene como función legislar. Al contrario, lo que debió haber hecho hace bastante tiempo nuestro legislador era establecer una normativa clara y garantista que cubriera los posibles percances de la aplicación de este principio.

Por otro lado, hay que destacar que la LCCI, aunque en un momento tardío, también busca solventar otros problemas encontrados en los tribunales de nuestro país en los últimos años y, tratando de construir la seguridad jurídica que ha faltado todo este tiempo, restringe en gran medida la autonomía de la voluntad en pos de una normativa más imperativa. En concreto, algunos de los cambios más importantes introducidos por esta Ley son los siguientes:

- Se prohíbe la práctica de venta vinculada de préstamos, salvo excepciones previstas en la propia Ley (artículo 17).
- Se establece un régimen imperativo de préstamos en moneda extranjera (artículo 20).
- Se ponen límites a las variaciones en los tipos de interés, entre la que destacamos la prohibición de límites a la baja del tipo de interés o la denominada cláusula suelo (artículo 21).
- Se establece un régimen imperativo para el derecho al reembolso anticipado y las comisiones que se pueden cobrar en ese caso (artículo 23).
- Se insertan normas de carácter imperativo para el vencimiento anticipado por impago.

⁹⁴ Vid. SERRANO DE NICOLÁS, A. "Control notarial de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios", en ARROYO AMAYUELAS, E. y SERRANO DE NICOLÁS, A. (dirs.), *La europeización del derecho privado: cuestiones actuales*, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 98 y ss.

- Y, por último, también se impone un régimen imperativo en lo referente a los intereses de demora.

Mediante todas estas reformas, podemos comprobar que, efectivamente, la LCCI no tiene como único objetivo la transposición de la Directiva 2014/17/UE, sino que lo que busca es lidiar, aunque de forma tardía, con cada una de las cláusulas contractuales problemáticas que han provocado el colapso de nuestros tribunales, dándoles una solución normativa y enmarcando un ámbito mucho más seguro y estable en la contratación hipotecaria, por lo que podemos prever un escenario jurídico futuro mucho menos convulso al acaecido en los últimos años⁹⁵.

VI. CONCLUSIONES

En vista de lo expuesto en el presente trabajo, podemos concluir lo siguiente:

PRIMERA.- El índice IRPH es un índice complejo que posee una configuración especial, pues es un indicador de costes medios totales. Los consumidores que tenían asociado el tipo de interés remuneratorio de su contrato de préstamo a este índice han visto como su crédito se encarecía más que aquéllos contratos asociados al índice Euríbor, cuyo comportamiento ha resultado más beneficioso para los prestatarios. Por ello, el índice IRPH ha sido intensamente debatido en nuestros tribunales civiles, discutiéndose si su empleo en el contrato cumplía o no con el control de transparencia material.

SEGUNDA.- En este sentido, el Tribunal Supremo dictaminó en su sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, que la referencia por el contrato de préstamo a la definición legal de este índice oficial era suficiente para entender cumplido con el principio de transparencia material, ya que permite a un consumidor medio conocer el precio del préstamo sin especiales esfuerzos. Así, nuestro Alto Tribunal puso un poco de cordura en la rígida doctrina del control de transparencia que venía aplicando desde su sentencia 241/2013 y que tanta inseguridad jurídica ha traído al ámbito de la contratación hipotecaria. Sin embargo, no especificó con precisión los criterios necesarios para entender cumplido este deber de transparencia.

TERCERA.- Recientemente el TJUE también se ha pronunciado sobre la validez del índice IRPH en su sentencia de 3 de marzo de 2020, en la que ha especificado que los órganos nacionales deben verificar, en cada caso concreto, si el índice se comercializó de forma transparente o no. De este modo, la falta, nuevamente, de unos criterios claros para entender superado el control de transparencia provocará, a todas luces, divergencias en las resoluciones jurisdiccionales acerca de un índice que se comercializó de forma muy similar en todos los préstamos hipotecarios. Consecuentemente, es muy probable que el TS deba volver a pronunciarse sobre la validez de este índice, debiendo sentar, de una vez por todas, las bases para dictaminar cuándo se debe entender cumplido este principio pues, de lo contrario, la contratación hipotecaria seguirá incardinada en la más profunda inseguridad jurídica.

CUARTA.- Con el fin de acabar con la inseguridad jurídica y dotar de carácter normativo al principio de transparencia material, se ha promulgado recientemente la

⁹⁵ Sin embargo, esto se producirá en lo referente a los contratos de crédito inmobiliario celebrados tras la entrada en vigor de la Ley pues, de acuerdo con su disposición transitoria primera, ésta no será de aplicación a los préstamos suscritos con anterioridad.

Ley 5/2019. Esta Ley trata de solventar todos los problemas derivados de la aplicación de dicho principio y dotar de seguridad jurídica al mercado aunque, francamente, viene demasiado tarde. Los colapsos de nuestros tribunales provienen, fundamentalmente, de la pasividad de nuestro legislador que dejó en manos del poder judicial la configuración de este principio. Así, esta Ley, sin saber tampoco muy bien cómo abordar el problema de la transparencia material y la comprensión real del consumidor, impone grandes exigencias documentales y formalismos, entre los que destaca la introducción, perversa, de la figura del notario como garante supremo de la comprensibilidad del prestatario.

QUINTA.- Si el objetivo de esta nueva normativa es la comprensibilidad real del prestatario, resulta dudoso que se vaya a conseguir. En cambio, si el fin último es dotar de seguridad al mercado y proteger al prestamista, sin duda, se alcanzará, privando al prestatario de cualquier acción derivada del principio de transparencia material.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ADICAE, "Informe sobre la cláusula que incluye el índice IRPH en los contratos de préstamo hipotecario celebrados con consumidores." *ADICAE*, 2016, pp. 1-57.

AGÜERO ORTIZ, A., "Comentario sobre el Proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario: la "nueva" obligación de los notarios de controlar la abusividad de las cláusulas", *Centro de Estudios de Consumo*, 2018, pp. 1-4.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Cláusulas predispuestas que describen el objeto principal del contrato", *Blog Almacén de Derecho*, 21 de marzo de 2017 (disponible en <https://almacenederecho.org/>), [última consulta: marzo de 2019].

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002.

ASUA GONZÁLEZ, C. I., "La falta de transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente en la contratación con consumidores en el Derecho español", *Anuario de derecho privado*, nº 1, 2019, pp. 33-72.

BALLUGERA GÓMEZ, C., "Crítica de la doctrina del control de transparencia del Tribunal Supremo. De la STS 9 de mayo 2013 a la de 14 diciembre 2017", *Revista de Derecho vLex*, nº 165, 2018, pp. 1-20.

CABANAS TREJO, R., "Transparencia material y control notarial (entre la neurosis y la esquizofrenia del legislador)", *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 6, 2019, pp. 66-90.

CÁMARA LAPUENTE, S., "No puede calificarse como cláusula abusiva a la que define el objeto principal del contrato (precio incluido), salvo por falta de transparencia", *Centro de Estudios de Consumo*, 2013, pp. 1-16.

CÁMARA LAPUENTE, S., "Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 55, 2015, pp. 549-644.

CÁMARA LAPUENTE, S., "Transparencia "material" y función notarial en la Ley 5/2019. ¿Control, carga o trampa? *El Notario del Siglo XXI*, núm. 84, 2019, pp. 18-25.

CARRASCO PERERA, A., "CESCO opina sobre la posición del Abogado General del TJUE sobre la retroactividad de la nulidad de la cláusula suelo", *Centro de Estudios de Consumo*, 2016, pp. 1-19.

CARRASCO PERERA, A. y CORDERO LOBATO, E., "El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7/2013, pp. 164-183.

CARRASCO PERERA, A. y GÓNZALEZ CARRASCO, M.C., "La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 7/2013, pp. 126-163.

CARRASCO PERERA, A., "El Notario y la transparencia material en el Proyecto de Ley de Crédito Inmobiliario" *Centro de Estudios de Consumo*, 2017, pp. 1-2.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., "La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en material de cláusulas contractuales abusivas", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2014 parte Estudios, pp. 29-42.

CUENA CASAS, M., "La ineficiente regulación de la obligación del prestamista de evaluar la solvencia del potencial prestatario" *El Notario del Siglo XXI*, núm. 84, 2019, pp. 50-55.

DOMÍNGUEZ YAMASAKI, M. I., "La aparente corrección parcial del control de transparencia a propósito de la STJUE de 21 de diciembre de 2016", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, nº 1, 2017, pp. 406-429.

GUILARTE GUTIÉRREZ, V., "El proyecto de ley de crédito inmobiliario: ¿Acaso nos hemos vuelto locos?" *Blog Almacén de Derecho*, 19 de diciembre de 2018 (disponible en: <https://almacenederecho.org/>), [última consulta: marzo de 2019].

MARTÍNEZ ESPÍN, P., "El control de las condiciones generales de la contratación: su aplicación al contrato de alquiler de vehículos", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 6/2013, pp. 79-97.

MARTÍNEZ ESPÍN, P., "Las cláusulas IRPH son transparentes ¿o no?" *Centros de Estudios de Consumo*, 2018, pp. 1-19.

MATE SATUÉ, L.C., "La solución propuesta por la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario a las cláusulas conflictivas insertas en contratos de préstamo hipotecario", *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 6, 2019, pp. 1-21.

MATO PACÍN, N., "Deber de transparencia material en la contratación de préstamos hipotecarios con consumidores en el ordenamiento jurídico español", *Revista Boliviana de Derecho*, nº 27, 2019, pp. 188-219.

MIRANDA SERRANO, L., "El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria", *Revista para el Análisis del Derecho InDret*, 2/2018, pp. 1-80.

NASARRE AZNAR, S., SIMÓN MORENO, H., MARTÍNEZ ESPÍN, P., CASTRO LOSADA, A.J., MÚRTULA LAFUENTE, V. y AGÜERO ORTIZ, A. *Compilación de artículos jurídicos sobre las principales cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios*, ADICAE, Asociación de Usuarios de Bancos, Cajas y Seguros, Zaragoza, 2016.

ORDÁS ALONSO, M., *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos*, Bosch, Barcelona, 2014.

ORDÁS ALONSO, M., "La publicidad del crédito inmobiliario en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, y sus normas de desarrollo", *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios*, núm. 6, 2019, pp. 22-43.

ORDUÑA MORENO, F. J., *La transparencia como valor del cambio social: su alcance constitucional y normativo*, Aranzadi, Navarra, 2018.

ORTIZ PÉREZ, M. y ERAUSKIN VÁZQUEZ, J. M., "IRPH Cajas, ¿una simple media de los tipos de interés medios ponderados?", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7/2017 parte jurisprudencia, pp. 133-142.

PANTALEÓN PRIETO, F., "La sentencia del Tribunal de Justicia sobre la cláusula IRPH: 12 comentarios a vuelapluma", *Blog Almacén de Derecho*, 4 de marzo de 2020 (disponible en <https://almacenederecho.org/>), [última consulta: marzo de 2019].

PAZOS CASTRO, R., *El Control de las Cláusulas Abusivas en los Contratos con Consumidores*, Aranzadi, Navarra, 2017, edición electrónica (disponible en: <https://proview.thomsonreuters.com/>), [última consulta: marzo de 2019].

PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., "El deber de transparencia en la Ley 5/2019 de Crédito Inmobiliario: información documental, explicaciones adecuadas y valor probatorio del acta notarial" *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 154/2019 parte Artículos, pp. 119-154.

PERTÍÑEZ 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*, núm. 2/2015 parte Doctrina, pp. 45-61.

SABATER BAYLE, E., "Cláusulas IRPH y transparencia (STS núm. 669/2017, de 14 de diciembre)", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2/2018 parte Jurisprudencia, pp. 89-98.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., "Cláusulas suelo en préstamos con no consumidores: control de transparencia vs. Buena fe" *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 4, 2016, pp. 69-102.

SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., "Control de transparencia material y actuación notarial conforme a la jurisprudencia y la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario", *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 2, 2019, pp. 235-265.

SERRANO DE NICOLÁS, A., "Control notarial de las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios", en ARROYO AMAYUELAS, E. y SERRANO DE NICOLÁS, A. (dirs.), *La europeización del derecho privado: cuestiones actuales*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

SUÁREZ PUGA, E., "Problemática contractual actual relativa a determinados índices financieros en contratos de financiación: el caso del IRPH", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5/2017 parte Doctrina, pp. 29-43.

VIII. JURISPRUDENCIA Y NORMATIVA CITADA

Jurisprudencia:

❖ Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- STJUE de 21 de febrero de 2013, caso *Banif Plus Bank Zrt*, Asunto C-472/11.
- STJUE de 30 de abril de 2014, caso *Árpád Kásler*, Asunto C-26/13.
- STJUE de 21 de diciembre de 2016, caso *Gutiérrez Naranjo*, Asunto C-154/15.
- STJUE de 20 de septiembre de 2017, caso *Andriciuc*, Asunto C-186/16.
- STJUE de 3 de marzo de 2020, caso *Gómez del Moral Guasch*, Asunto C-125/18.

❖ Jurisprudencia del ordenamiento jurídico interno

• **Tribunal Supremo**

- STS de 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088).
- STS de 8 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 3903).
- STS de 24 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1279).
- STS de 25 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1280).
- STS de 29 de abril de 2015 (RJ 2015, 2207).
- STS de 8 de junio de 2017 (RJ 2017, 2244).
- STS de 7 de noviembre de 2017 (RJ 2017, 3919).
- STS de 14 de diciembre de 2017 (RJ 2017, 3088).
- STS de 23 de enero de 2019 (RJ 2019, 101).
- STS de 23 de enero de 2019 (RJ 2019, 102).
- STS de 23 de enero de 2019 (RJ 2019, 103).
- STS de 23 de enero de 2019 (RJ 2019, 104).
- STS de 23 de enero de 2019 (RJ 2019, 105).

• **Audiencia Provincial**

- SAP de 10 de marzo de 2016 (RJ 2016, 12).

• **Juzgados de Primera Instancia**

- SJPI de 15 de junio de 2015 (RJ 2015,433).
- SJPI de 15 de enero de 2018 de Sagunto, Valencia, nº 5/2018.
- SJPI de 19 de enero de 2018 de Alicante, nº 24/2018.
- AJPI de 16 de febrero de 2018 (RJ 2018, 3).

- SJPI de 20 de febrero de 2018 de Gavá, Barcelona, nº 30/2018.

Normativa y otros documentos:

❖ Ordenamiento jurídico comunitario:

- Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.
- Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

❖ Ordenamiento jurídico interno:

- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Constitución Española (BOE de 29/12/1978).
- Circular número 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.
- Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.
- Circular 5/1994 del Banco de España, 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.
- Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación.
- 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.
- Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.
- 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.
- Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.
- Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.
- Real Decreto 309/2019, de 26 de abril, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario y se adoptan otras medidas en materia financiera
- Orden ECE/482/2019, de 26 de abril, por la que se modifican la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la

publicidad de los servicios y productos bancarios, y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios.

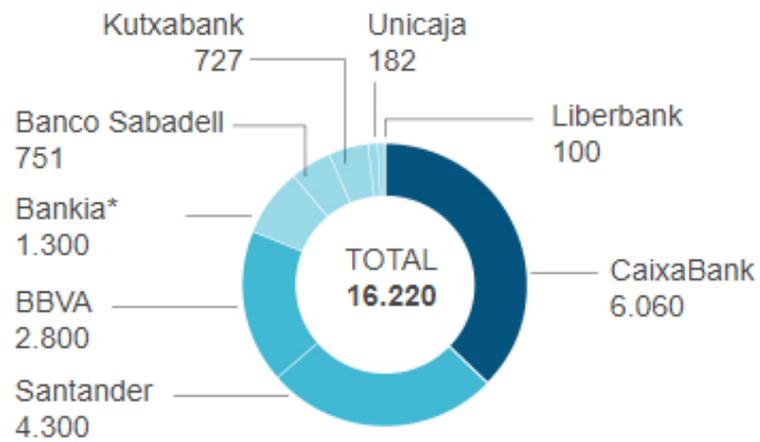
- Circular de obligado cumplimiento 1/2019, de 24 de mayo, relativa a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario del Consejo General del Notariado.

❖ **Otros documentos:**

- Dictamen 709/2017, de 14 de diciembre, del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.
- Nota Informativa del CGN de 17 de junio de 2019, sobre determinados aspectos prácticos de la aplicación de la Ley 5/2019.

IX. ANEXOS

Gráfico 1. Importe de los créditos referenciados al IRPH

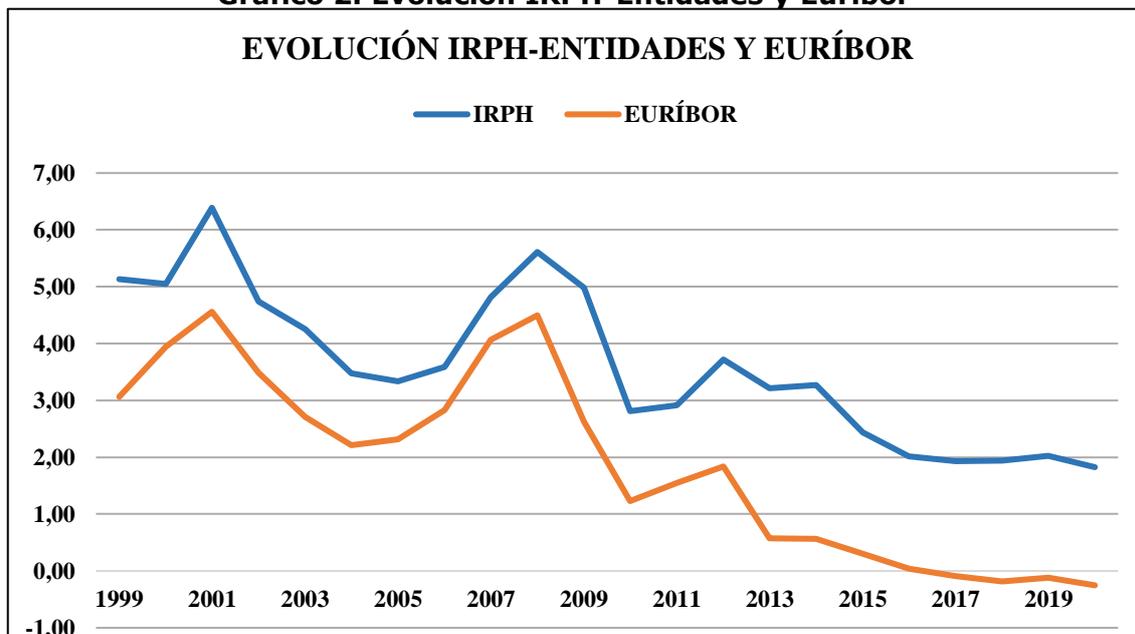


Fuente: EL PAÍS (disponible en: <https://elpais.com/economia/2020-03-01/la-banca-se-juega-abaratar-las-hipotecas-del-irph-que-suman-16220-millones.html>)

Tabla 1. Evolución anual IRPH-Entidades y Euríbor.

EVOLUCIÓN IRPH-ENTIDADES Y EURÍBOR VALORES TOMADOS A ENERO DE CADA AÑO			
	IRPH	EURÍBOR	DIFERENCIA
1999	5,13	3,06	2,07
2000	5,05	3,95	1,10
2001	6,39	4,56	1,83
2002	4,74	3,48	1,25
2003	4,25	2,71	1,55
2004	3,48	2,22	1,26
2005	3,33	2,31	1,02
2006	3,59	2,83	0,76
2007	4,81	4,06	0,75
2008	5,61	4,50	1,11
2009	4,98	2,62	2,36
2010	2,81	1,23	1,58
2011	2,92	1,55	1,37
2012	3,72	1,84	1,88
2013	3,22	0,58	2,64
2014	3,27	0,56	2,71
2015	2,44	0,30	2,14
2016	2,01	0,04	1,97
2017	1,93	-0,10	2,02
2018	1,94	-0,19	2,13
2019	2,02	-0,12	2,14
2020	1,83	-0,25	2,08

Gráfico 2. Evolución IRPH-Entidades y Euríbor



Fuente: Banco de España