



Análisis del impacto del índice de referencia de préstamos hipotecarios (IRPH) en la economía y en la sociedad española

Pedro-Bautista Martín Molina

*Abogado, economista, auditor, doctor y profesor titular de Sistema Fiscal
Socio fundador de la firma [Martín Molina](#)*

1. Introducción

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2020 sobre el polémico índice hipotecario IRPH permite que los consumidores puedan reclamar frente a las entidades bancarias ante los tribunales españoles. Serán nuestros tribunales los que anulen la cláusula del préstamo hipotecario relativa al índice IRPH, lo sustituyan por otro índice legal, como pudiera ser el euríbor, y faciliten la devolución de las cantidades abonadas de más por la aplicación de aquel, en el caso de considerar que la comercialización del IRPH no hubiese sido lo suficientemente clara, comprensible y transparente para el consumidor.

El TJUE exige que la cláusula de tipo de interés variable sea comprensible para un consumidor medio, de modo que es la banca la que tiene la obligación de informar al consumidor del funcionamiento del método de cálculo, de las consecuencias económicas, de la evolución histórica del IRPH en que se basa el cálculo del tipo de interés y de todos aquellos elementos necesarios para que el consumidor conozca la carga financiera a la que se somete.

Toda esta información debe ser facilitada al consumidor con anterioridad a la celebración del contrato de préstamo hipotecario, tanto de la información contractual como de las consecuencias económicas de dicho contrato.

Como expondremos en este trabajo, durante algunos años, el IRPH fue muy utilizado por algunas entidades bancarias como índice de cálculo del interés variable aplicable a las hipotecas que comercializaban, caracterizándose por su fórmula compleja y poco transparente para el consumidor, al mismo tiempo que era presentado por aquellas entidades a los consumidores como el índice que más les favorecía por tratarse de un valor «estable».

2. Concepto, cálculo y tipos de IRPH

2.1. Concepto de IRPH

Las siglas IRPH hacen alusión al índice de referencia de préstamos hipotecarios en España. También ha recibido la denominación de «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre». Este índice se ha tratado como una variable que se incluye en los préstamos hipotecarios para calcular los intereses y que funciona de un modo similar al euríbor.

Es un índice de referencia oficial, distinto del euríbor, cuya fórmula matemática de cálculo es compleja. Se elaboró por el Banco de España, implantándose en nuestro país desde el año 1994. En esta línea, el Banco de España lo define como:

Tipo de los préstamos hipotecarios a más de tres años, concedido por el conjunto de las entidades de crédito; es un índice frecuente para la revisión de tipos en los préstamos hipotecarios a interés variable. Es la media simple de los tipos de interés medios ponderados de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para la adquisición de vivienda libre iniciadas o renovadas por los bancos y cajas de ahorro en el mes a que se refiere el índice. En el cálculo de la media se utilizan tipos anuales equivalentes.

Este índice ha sido utilizado frecuentemente por las entidades bancarias durante la denominada «burbuja inmobiliaria», que comprendió aproximadamente los años 1997 a 2008. A diferencia de lo que era habitual hasta ese momento, la mayoría de las hipotecas formalizadas durante este periodo de tiempo, en lugar de utilizar el Euríbor como referencia para el cálculo de las cuotas, tomaban como referente el IRPH.

Se trata, al igual que el euríbor, de una variable que se añade a los préstamos hipotecarios, pero cuya realidad es la de encarecer el precio de la hipoteca, ya que se trata de un índice bastante más alto que el euríbor (normalmente entre un 1,5 % y un 3 % superior). Las hipotecas referenciadas a este índice poseen un tipo de interés muy elevado que se extrae haciendo una media de los intereses aplicados por cajas y bancos. Se añade, además, que la variación del IRPH, principalmente en las bajadas, es más paulatina que la del euríbor.

En este sentido, los productos que incluían cláusulas con IRPH como referencia se comercializaron haciendo énfasis en la estabilidad de este y el mantenimiento de las cuotas de la hipoteca, por lo que el consumidor confiaba en que se trataba de un índice de referencia sin riesgos, adecuado para unas clases sociales media-bajas. Ahora bien, se ha comprobado que las propias entidades bancarias y financieras tenían la capacidad de manipular este índice. En consecuencia, sobre este índice planea la sospecha de la falta de transparencia en su comercialización por parte de los bancos.

Sin embargo, tras el estallido de la burbuja inmobiliaria, el euríbor mostró mínimos históricos, y *a sensu contrario*, el IRPH comenzó a aumentar, de forma que muchos deudores no pudieron hacer frente al pago de las cuotas de su hipoteca.

2.2. Cálculo del IRPH

En teoría, su finalidad es la de calcular el tipo medio de los precios ponderados por el saldo de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria a plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre. Para su cálculo, de este modo, debería hacerse la media aritmética de estos precios.

No se trata, por tanto, de un tipo de interés en sí mismo, sino de una tasa anual equivalente (TAE) a la que se añaden los costes por servicios de la operación. Está compuesto por el tipo de interés oficial más el diferencial o margen de beneficio directo del banco sobre el precio oficial.

En consecuencia, a mayor número de préstamos por un banco con un índice más alto, mayor será el índice IRPH. Es decir, si los bancos conceden préstamos con intereses mayores, el IRPH crecerá. Si son inferiores, el IRPH disminuirá.

Para su formulación y actualización, las entidades bancarias deben enviar datos económicos al Banco de España, sin necesidad de auditoría externa ni medidas específicas en materia de transparencia.

2.3. Tipos de IRPH

Consecuencia de estar compuesto por diferentes conceptos –principalmente, el diferencial o margen de beneficio del banco sobre el precio oficial–, aunque se trate de un mismo índice, este puede presentar tres clases distintas:

- IRPH aplicado por los bancos: se trata de la media de los precios en las operaciones de hipoteca a tres años concedidas por los bancos (este índice desapareció en el año 2013 por mandato de la Unión Europea).

- IRPH aplicado por las cajas de ahorros: es la media de los precios en las operaciones de hipoteca a tres años concedidas por las cajas de ahorros (este índice desapareció en el año 2013 por mandato de la Unión Europea).
- IRPH aplicado por el conjunto de entidades: es la media de todas las entidades.

3. Análisis jurisprudencial de la posible abusividad de la cláusula IRPH

3.1. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993

La utilización de técnicas como el IRPH está explícitamente prohibida a las entidades bancarias por el propio Banco de España desde el año 1994, tras la entrada en vigor de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993. Por tanto, todas las cláusulas incluidas en los préstamos con garantía hipotecaria que indican el IRPH como índice de referencia para el cálculo de la hipoteca son nulas *ope legis*.

No obstante lo anterior, los bancos y cajas de ahorros decidieron incluir esta cláusula durante su firma en más de un millón de hipotecas, por lo que los tribunales españoles y europeos se vieron obligados a pronunciarse sobre la abusividad de las mismas.

La polémica en torno a las cláusulas IRPH se suscitó debido a la manipulabilidad del índice. En su fórmula se añaden datos proporcionados por las propias entidades bancarias. Por este motivo, los deudores afectados por el incremento de las cuotas de sus hipotecas alegaban que las entidades manipulaban los datos. Por otro lado, la mayor parte de las hipotecas no habían incluido una explicación clara y sencilla –algunas incluso no hacían referencia al método para su formulación– sobre cómo se calculaba el IRPH.

Por todo lo anterior, los afectados por la cláusula IRPH acudieron masivamente a los tribunales, reclamando la sustitución de dicho índice por el euríbor, con efectos retroactivos y devolución de las cantidades indebidamente pagadas.

3.2. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 14 de diciembre de 2017

Así, se inició un período de confusión en los juzgados, que determinaban la nulidad o no de las cláusulas IRPH sin seguir un patrón común, y esta controversia que crecía en los juzgados y audiencias provinciales dispuso al Tribunal Supremo, en su Sala Primera, a pronunciarse al respecto sobre el recurso interpuesto por Kutxabank contra una resolución anterior de la Audiencia Provincial de Álava que declaraba la nulidad de la cláusula

IRPH. Esta sala, en su Sentencia de 14 de diciembre de 2017, señaló, esencialmente, que la incorporación del IRPH como índice en los préstamos con garantía hipotecaria no determinaba por sí misma la abusividad de la cláusula en tanto no se demostrase la falta de transparencia en la contratación.

En un análisis más pormenorizado de la sentencia, el Alto Tribunal considera que una cláusula en la que se establece el interés remuneratorio de un contrato de préstamo puede ser una condición general de la contratación, y el caso que se ocupa tiene tal cualidad de condición general, en tanto que reúne todos y cada uno de los requisitos necesarios para su calificación como tal.

La sala explica que, frente a los préstamos en los que se pacta un interés fijo, existen también los préstamos con un interés variable, referenciados a un determinado índice, en relación con el precio del dinero (míbor, euríbor, IRPH) más un margen o diferencial, establecido en términos porcentuales, que se suma o resta al índice de referencia, y examina las diferentes normas que han regulado la utilización del IRPH hasta su desaparición.

En el caso que nos ocupa, el préstamo fue referenciado al índice IRPH-Entidades, definido legalmente, por lo que no corresponde al control de la jurisdicción civil conocer si dichos índices aplican o no la normativa reguladora, sino a la Administración. Por tanto, el IRPH, como tal, no puede ser objeto de control de transparencia, puesto que tanto la Ley de Condiciones Generales de Contratación como la Directiva 93/13/CEE, de protección de los consumidores, excluyen de su ámbito de aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas.

Para determinar la transparencia de la cláusula que incorpora el índice de referencia (IRPH-Entidades), habrá que comprobar si el consumidor era consciente y había sido debidamente informado de que esa cláusula configuraba un elemento esencial del préstamo, así como la manera en que se calculaba el interés variable.

Dado el carácter esencial de la propia cláusula, no cabe considerar que el consumidor no advirtiera su importancia económica y jurídica, o no pudiera conocer que el interés resultante en dicho periodo se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial, consistente en una media de los índices hipotecarios de todas las entidades que actuaban en España, al que se sumaba un margen o diferencial.

Al tratarse de índices oficiales y públicos utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial como el propio precio del préstamo.

Por tanto, el motivo, explica la sentencia, es que se trata de un índice –o un TAE– oficial y público, lo cual lo hace susceptible únicamente de anulabilidad en el caso en que el

banco o la caja en cuestión no hubiese explicado al cliente en qué consistía el IRPH y hubiera ofrecido la opción de elegir entre éste o el euríbor. Y así lo expone la propia sentencia afirmando que «la mera referenciación a un tipo oficial como es el IRPH no implica falta de transparencia ni abusividad».

Pero el fallo no fue unánime, pues tal sentencia contó con el voto particular de dos magistrados que consideraban que la cláusula que incorporaba el IRPH no superaba el control de transparencia.

Esta falta de unanimidad se iba reflejando en las sentencias de juzgados españoles acerca de la abusividad del IRPH. Se reproducen a continuación algunas de las mismas.

Sentencia Civil núm. 227/2015, Juzgados de lo Mercantil - Donostia-San Sebastián, Sección 1.ª, rec. núm. 461/2014 de 29 de junio de 2015. Ponente: Edmundo Rodríguez Achutegui.

Se establece que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. No basta, por tanto, con que las condiciones generales puedan considerarse incorporadas al contrato por cumplir los requisitos previstos en el artículo 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es preciso que, además, sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá.

La utilización del índice de referencia IRPH en lugar del euríbor, que se dispuso como supletorio para el caso de desaparición del primero, implica una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación que pasa inadvertida para el adherente medio. El cliente de Kutxa no pudo conocer, porque no fue informado por la entidad, que el comportamiento de uno y otro era muy diferente, que casi siempre estuvo el IRPH por encima del euríbor, y que en consecuencia el importe del préstamo que había suscrito iba a ser superior porque el índice escogido suponía un mayor coste.

Sentencia Civil núm. 306/2019, Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.ª, rec. núm. 914/2018 de 16 de julio de 2019. Ponente: Manuel Horacio García Rodríguez.

La sala estima que su inclusión en la escritura de préstamo no cumple con las exigencias de transparencia que son propias cuando el prestatario es un consumidor, y ello por las siguientes razones: (i) No se aporta la oferta vinculante –sí en las escrituras de préstamo– en que se haga referencia alguna a ese índice que reemplazaría al principal, caso de que dejara de publicarse, y aunque puede afirmarse que el principal estaba al alcance de un consumidor medio, no así el segundo que

requeriría conocer factores que solo se pudieron fijar con la norma de supresión de los índices principal y primer sustitutivo, cuando el control de transparencia debe realizarse en el momento de contratar (art. 4.1 de la Directiva 13/93/CEE, TJUE 20 septiembre 2017, C-186-16, (caso Andriciuc) y STS 10 enero 2018, que cita las de 8 junio, 7 y 23 noviembre 2017); (ii) Ciertamente que el Anexo II, 2.º, letra c) de la Orden 5 mayo 1994, relativo a las cláusulas financieras del préstamo hipotecario, contiene una disposición que obliga a incluir en las escrituras [...]. El índice o tipo de interés de referencia sustitutivo que deba utilizarse excepcionalmente cuando resulte imposible, por razones ajenas a las partes, la determinación del índice o tipo de interés de referencia designado en primer término.

Pero ello no significa que la entidad financiera quede autorizada para convertir un tipo variable en uno fijo, sino que en consonancia con el contrato debió fijar uno de los variables existentes en el mercado, lo que no hizo.

(iii) La formación del precio de ese tercer índice exige que el consumidor relacione diferentes cláusulas y tenga en cuenta varios factores, alguno de ellos solo cognoscible con posterioridad a la formalización de la hipoteca, dificultad interpretativa que ha sido reconocida por el propio Banco de España en la Memoria de 2015, con la consecuencia, según propia valoración del supervisor, de que no debería ser aplicada en perjuicio del deudor por la entidad de crédito, considerando acorde con criterios de buenas prácticas que la entidad trate de llegar a un acuerdo con su cliente, dada la trascendencia del cambio que supone convertir una operación a tipo variable en una financiación a tipo fijo, y las eventuales consecuencias que ello podría tener, por ejemplo, ante una potencial cancelación anticipada.

FALLO: a) La nulidad parcial de la Condición Tercera Bis c) en las escrituras de préstamo/crédito abierto de 16 febrero 2001 formalizadas por los actores con CAIXABANK S.A., en lo relativo al Índice sustitutivo (Tipo fijo) del principal (IRPH-Cajas), aplicándose en su lugar el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», con un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo. b) Se condena a la entidad financiera demandada a la devolución del exceso de lo pagado por los prestatarios desde la fecha en que se comenzó a aplicar el índice sustitutivo que se declara nulo, con intereses legales, lo que se determinara en ejecución de sentencia.

Sentencia Civil núm. 152/2018, Juzgado de Primera Instancia e Instrucción - Mollet del Vallès, Sección 4.ª, rec. núm. 97/2017 de 16 de noviembre de 2018. Ponente: Manuel José Delgado Seoane.

La NULIDAD de la cláusula del tipo de interés variable (IRPH Cajas y CECA) reflejada al inicio de la estipulación Tercera bis de la escritura de compraventa y prés-

tamo hipotecario de 20 de diciembre de 2007, ante notario de Barcelona, en cuyo texto se incluye la siguiente cláusula: interés de referencia adoptado e interés de referencia sustitutivo. Y, en consecuencia, CONDENO a la entidad demandada a ESTAR y PASAR por la referida declaración, y a RESTITUIR a la actora las cantidades que se hayan podido cobrar en exceso en aplicación de dicha cláusula, con el interés legal del dinero de dichas cantidades desde las respectivas fechas de su cobro hasta el pago íntegro al demandante, conforme se ha expuesto en sentencia.

3.3. Cuestión de prejudicialidad

En el ámbito europeo, se había presentado ante el TJUE una cuestión de prejudicialidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona en el marco de un litigio de nulidad por abusividad de la cláusula IRPH, entre consumidores, por medio de auto en febrero de 2018.

Se presentó una demanda ante ese órgano en relación con el carácter presuntamente abusivo de una cláusula referida al tipo de interés remuneratorio variable que figuraba en el contrato de préstamo hipotecario que había celebrado con la entidad bancaria Bankia, SA. En virtud de esa cláusula, el tipo de interés que pagará el consumidor varía en función del índice de referencia. Dicho índice venía establecido por la normativa nacional y podía ser aplicado por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios.

No obstante, el juzgado señala que, como referencia para la revisión de los intereses variables, ese índice era menos ventajoso que el tipo medio del mercado interbancario europeo (euríbor), que, según indica, se utiliza en el 90 % de los préstamos hipotecarios suscritos en España, situación que representaría un coste adicional de entre 18.000 y 21.000 euros por préstamo.

3.4. Informe de la Comisión Europea

La Comisión Europea en 2019 hizo público un contundente informe, no vinculante, elaborado por sus servicios jurídicos, en el que consideraba abusivo este índice.

El objetivo de ese informe consistía en que el TJUE lo tomara en consideración a la hora de resolver la cuestión prejudicial relativa sobre el alcance del control de transparencia que pueden hacer los tribunales españoles en relación con la comercialización de hipotecas referenciadas al índice IRPH.

En sus conclusiones, el informe recuerda que la normativa comunitaria obliga «a explicar al consumidor, antes de la firma del contrato, cómo se configura el tipo de referencia, cuál ha sido la evolución de este tipo en el pasado, así como su posible evolución futura, comparándolo con otros tipos utilizados en el mercado».

Y en este sentido, «corresponde al juez nacional dejar sin aplicación una cláusula contractual como la controvertida en caso de estimarse que es abusiva, y puede mantener el resto del contrato si el mismo puede subsistir sin esta cláusula».

Por tanto, el informe de la Comisión Europea desactiva la argumentación del Tribunal Supremo español, que consideraba que el carácter oficial del índice constituía en sí mismo garantía suficiente para los consumidores españoles.

En febrero de 2019, el TJUE celebró la vista sobre el IRPH, un año después del auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona por el que se presentaba una cuestión prejudicial. Esta cuestión prejudicial traía causa de la decisión del Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de diciembre de 2017, en la que señaló que la mera referencia a este índice no implicaba una abusividad ni una falta de transparencia, de la que muchos juzgados de instancia discrepaban.

Durante la instrucción, el TJUE tuvo conocimiento de la postura de la Comisión Europea que en informe advertía de su posible abusividad, al entender que, aun siendo su uso factible en el caso de que hubiera sido comercializado con transparencia, es decir, que al cliente el banco le hubiera explicado su configuración, esto en la práctica no ocurría de forma habitual.

3.5. Informe del Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Además del informe de la Comisión Europea, el Abogado General de la UE elaboró, igualmente, un informe acerca de su opinión sobre si existe o no abusividad en el uso del IRPH por los bancos españoles, sobre la petición de cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 38 de Barcelona sobre la posible abusividad del IRPH. A través de las conclusiones de este informe se dio respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas.

- A) Respecto a la **primera cuestión prejudicial** consistente en *determinar si la Directiva 93/13/CEE excluye el ámbito de aplicación de esta directiva a un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional.*

Este informe concluye que la cláusula controvertida está incluida en el ámbito de aplicación de la directiva, y que el carácter potencialmente abusivo de esta cláusula contractual puede ser objeto de control jurisdiccional, por lo que, en sintonía con lo expuesto por el Tribunal Europeo, entiende que procede la reclamación, instando la nulidad de la cláusula del IRPH y su devolución, siempre que, al amparo de la directiva europea, se demuestre que no cumple con las premisas de transparencia requeridas.

Además, sostiene que, aun cuando un órgano jurisdiccional remitente considerara que las disposiciones aplicables al litigio principal eran obligatorias para las

entidades bancarias, el mero hecho de que una disposición nacional permita a una entidad bancaria incluir opcionalmente en las condiciones generales de un contrato de préstamo hipotecario un índice tras haberlo elegido entre distintos índices de referencia oficiales previstos en esta disposición, es suficiente para considerar que dicha disposición no es imperativa y, por lo tanto, la directiva resulta aplicable.

En definitiva, según el letrado, para que no se pueda hacer un control de transparencia y, por ende, no sea de aplicación la directiva, tendría que tratarse de una disposición de imperativa inclusión y cumplimiento por las partes.

B) En cuanto al análisis de la segunda **cuestión prejudicial**, se precisa diferenciar tres aspectos:

1. *Si la Directiva 93/13/CEE permite la aplicación por un juez o tribunal español de un artículo de la misma, para no apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual, redactada de una manera clara y comprensible, referida al objeto principal del contrato, cuando tal disposición no ha sido transpuesta por su ordenamiento jurídico nacional.*

El informe da respuesta a este punto. Interpreta que una jurisprudencia nacional, aun cuando se la reputa consolidada, que interprete unas disposiciones de derecho interno en un sentido considerado conforme a las exigencias de una directiva, no puede tener la claridad y la precisión necesarias para cumplir la exigencia de seguridad jurídica, siendo este especialmente el caso en el ámbito de la protección de los consumidores.

En consecuencia, esta jurisprudencia nacional no puede tener la claridad y la precisión necesaria para poder constituir un fundamento jurídico apropiado para regular la protección de los consumidores o, como ocurre en el presente asunto, para transponer la excepción prevista en el artículo 4, apartado 2, de la directiva. Además, sostiene que la transposición de una directiva es labor del legislador, no correspondiéndole al Tribunal Supremo el acomodo de la disposición de una ley.

Por ello, como el legislador no ha transpuesto el artículo 4.2 de la directiva en el derecho interno, los órganos jurisdiccionales españoles tienen la obligación en el marco de la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, de examinar la transparencia de estas cláusulas, en virtud del artículo 5 de la directiva.

2. *Cuál es la información que el profesional debe facilitar con arreglo a la directiva para cumplir la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que establezca el IRPH, cuya fórmula matemática de cálculo resulta compleja y poco transparente para el consumidor medio.*

En cuanto a la información que el profesional debe facilitar con arreglo a la directiva para cumplir la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que establezca el IRPH, el informe lo deja claro. Por un lado, la información debe ser suficiente para que este pueda tomar una decisión prudente y con pleno dominio de conocimiento de causa en lo que se refiere al método de cálculo del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo hipotecario y a los elementos que lo componen, especificando no solo la definición completa del índice de referencia empleado por este método de cálculo, sino también las disposiciones de la normativa nacional pertinentes que determinan dicho índice, y, por otro lado, referirse a la evolución del índice de referencia escogido.

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

3. *Si la falta de información debe considerarse desleal.*

En este punto en el informe no procede a responder a la cuestión relativa a determinar si la falta de información debe considerarse desleal, algo que resulta obvio que sí.

3.6. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2020

El TJUE declara que la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional, en virtud de que el tipo de interés que pagará el consumidor varía en función del índice de referencia basado en los préstamos hipotecarios de las cajas de ahorros (en lo sucesivo, «índice de referencia»), está previsto por el derecho español y está comprendido en el ámbito de aplicación de la directiva sobre cláusulas abusivas. Ello explica por qué esa cláusula no refleja disposiciones legales o reglamentarias de carácter imperativo, a efectos del artículo 1, apartado 2, de la mencionada directiva.

Además, precisa que serán los tribunales españoles quienes deberán comprobar que las cláusulas de esas características sean de carácter claro y comprensible, con independencia de si el derecho español ha hecho uso de la facultad que se otorga a los Estados miembros en el artículo 4, apartado 2, de la directiva para establecer que la apreciación del

carácter abusivo de las cláusulas no se refiera, entre otros, a la definición del objeto principal del contrato.

De esta forma, el TJUE deja abierta la puerta a que los tribunales españoles puedan declarar la abusividad del IRPH si no se ha comercializado de forma clara y comprensible, cumpliendo con la estipulaciones de la directiva sobre cláusulas abusivas. En este supuesto, dichos tribunales podrán sustituirlas por un índice legal aplicable de manera supletoria, para proteger a los consumidores en cuestión de las consecuencias especialmente perjudiciales que podrían derivarse de la anulación del contrato de préstamo.

Ahora bien, si la misma fue ofrecida al cliente de una forma clara y comprensible, esta no tendría el carácter de abusivo, siendo válida y eficaz.

En el fondo, la decisión del TJUE no difiere mucho de las conclusiones del abogado general del TJUE en septiembre de 2019, en las que entendía que el IRPH no estaba excluido del ámbito de aplicación de la directiva europea sobre cláusulas abusivas y que, por lo tanto, podría ser controlado judicialmente; ni tampoco con la sentencia del Tribunal Supremo en diciembre de 2017, en la que señalaba que la mera referencia al IRPH no implicaba la falta de transparencia ni la abusividad de la cláusula.

El TJUE ha analizado la normativa nacional aplicable al asunto remitido por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 38 de Barcelona, y ha dispuesto que esta normativa no obligaba a utilizar en los préstamos con tipo de interés variable un índice de referencia oficial, sino que se limitaba a fijar los requisitos que debían cumplir los «índices o tipos de interés de referencia» para que las entidades de crédito pudieran utilizarlos.

La STJUE de 3 de marzo de 2020 (recurso C-125/2018) establece las siguientes conclusiones:

- a) *La cláusula IRPH está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.*

Se refiere, pues, a las cláusulas de los contratos de préstamo hipotecario que establecieran que el tipo de interés aplicable al préstamo se basara en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y que las entidades de crédito pudieran aplicarlo a los préstamos hipotecarios.

- b) *Los tribunales españoles están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiera al objeto principal del contrato, independientemente de la trasposición del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE al ordenamiento jurídico.*

El TJUE ha abordado la cuestión de las facultades de los jueces nacionales a la hora de comprobar la transparencia de una cláusula que se refiera al objeto principal del contrato.

Para el TJUE, los tribunales de los Estados miembros deben siempre asegurarse de que las cláusulas contractuales que se refieran al objeto principal de los contratos deben siempre cumplir el requisito de la redacción clara y comprensible. Según el Tribunal de Justicia, tal requisito se aplica incluso cuando las cláusulas están comprendidas en el ámbito de aplicación de la citada disposición y cuando el Estado miembro en cuestión (España en este caso) no haya adaptado su ordenamiento jurídico a la disposición.

El Alto Tribunal europeo se plantea la posibilidad de que el tribunal nacional se asegure de que cláusulas, como la controvertida, cumplen con el requisito de la transparencia que preceptúa la propia directiva.

Por consiguiente, el juzgado nacional deberá comprobar si en el contexto de la celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal la entidad financiera cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional.

Pero el hecho de que el TJUE considere poco transparente al IRPH no implica que los afectados vayan a ser indemnizados automáticamente, sino que la resolución de las reclamaciones que se insten dependerá de la actividad probatoria de las partes en los tribunales de justicia de España.

- c) *El TJUE declara que, para cumplir con el requisito de la transparencia que impone la directiva, las cláusulas que fijen en los contratos de préstamo hipotecario un tipo de interés variable no solo deberán ser comprensibles en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dichas cláusulas para sus obligaciones financieras.*

Constituyen elementos especialmente pertinentes a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés en el boletín oficial del Estado miembro de que se trate, y, por otro lado, el suministro de información por el profesional al consumidor sobre la evolución histórica del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés en los dos últimos años antes de la firma de la hipoteca.

El juez nacional considerará si los elementos principales para el cálculo del tipo de interés son fácilmente asequibles a cualquier persona, y, por otro lado, si se proporcionó información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.

- d) *Sobre las facultades de los jueces españoles de declarar la posible abusividad de esta cláusula, el TJUE recuerda que la Directiva 93/13/CEE no se opone a*

que los jueces nacionales supriman esas cláusulas abusivas y las sustituyan por una disposición supletoria de derecho nacional, en aquellos casos en que la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas obligase al juez a anular el contrato en su totalidad, siendo sumamente perjudicial sus consecuencias para los consumidores, ya que tal anulación del contrato supondría hacer exigible de forma inmediata el pago del importe del préstamo pendiente de devolución en una cuantía que llegue incluso a exceder de la capacidad económica del consumidor en cuestión, y, por esa razón, penalizaría a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca.

En el presente asunto, después de la celebración del contrato controvertido de préstamo, el legislador español ha introducido un «índice sustitutorio» que, sin perjuicio de las comprobaciones oportunas que realice el juez remitente, tiene carácter supletorio.

Este índice sustitutorio por el que se aboga es el euríbor, una opción mucho menos costosa para los consumidores pues, actualmente, el índice del IRPH casi triplica el índice establecido para el euríbor, por lo que el coste de las reclamaciones oscilaría entre los 20.000 y 30.000 euros, ya que el empleo del IRPH en lugar del euríbor para el consumidor supone un coste superior, que alcanza las cifras mencionadas.

Por ello, el TJUE avala que la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas no se opone a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales.

4. Tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ¿qué sucederá en España?

La sentencia del TJUE puede provocar un aumento exponencial de la litigiosidad, no tanto por establecer que la falta de transparencia ha de analizarse caso por caso, cuestión previsible dado que como el índice era oficial efectivamente no podía declararse abusivo en sí mismo, sino porque había que acudir a la forma en la que se comercializó.

Este incremento de la litigiosidad puede ser debido a que deja muy abiertos los parámetros por los cuales puede considerarse la existencia de transparencia o no, por lo que, de momento, la declaración de nulidad del índice en cada caso dependerá del nivel de in-

formación exigible según considere cada juzgado o tribunal partiendo de las líneas básicas, un tanto ambiguas, que da el TJUE; al menos, hasta que el Tribunal Supremo vuelva a pronunciarse sobre esta cuestión y fije unos parámetros más concretos.

Las entidades bancarias y financieras van a reaccionar al respecto. Debería evitarse que la solución beneficiara a los bancos, como sucedió con el real decreto sobre cláusulas suelo, pues se le debería facilitar a los consumidores la devolución de su dinero y no ofrecer como única alternativa la aplicación de esas cantidades pagadas de más a la amortización del préstamo pendiente.

La cláusula IRPH está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En España ha sido objeto de debate, ya que las entidades bancarias argumentaban que como el índice IRPH estaba previsto en una norma administrativa, se escapaba del control de abusividad. A este respecto, la sentencia aclara que la referencia al IRPH de las cajas de ahorros no es el resultado de una disposición legal o reglamentaria imperativa. Es decir, que los bancos no estaban obligados a incluirlo en sus préstamos hipotecarios. Por ello, sin perjuicio de que el juzgado remitente compruebe este extremo, la cláusula sí está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE.

La transparencia va unida a que los elementos sean fácilmente asequibles por un consumidor, tanto gramaticalmente como de comprensión real («razonablemente atento y perspicaz»), cuando tenga la intención de contratar un préstamo hipotecario. Con base en ello, el perfil del reclamante debe ser el de un consumidor, en donde el nivel de formación del reclamante será relevante a la hora de valorar si podía comprender por sí mismo el método de cálculo y su funcionamiento.

Además, habrá que valorar, en cada caso, la forma y el modo con que se produjo la comercialización y formalización del contrato; si en la misma se suministró la información necesaria y adaptada a su comprensión, teniendo en cuenta la complejidad, funcionamiento y consecuencias económicas del contrato. En esta línea, será la entidad bancaria la que tendrá que probar que cumplió con la debida diligencia de información previa a la celebración del contrato, aportando documentación suficientemente comprensible para un consumidor medio. Es el banco, como entidad profesional, el que tiene la obligación de explicar las condiciones financieras del contrato, la fórmula de cálculo de interés, la evolución del índice de referencia en el pasado y cómo podría evolucionar en un futuro.

La declaración de abusividad no solo deber ser clara y comprensible en un plano formal y gramatical, sino que dicha cláusula debe estar acompañada de la información anexa suficiente para entender el comportamiento e implicación de aplicar un índice de referencia u otro en el cálculo de intereses de un préstamo hipotecario. Si no se cumplen estos requisitos (recogidos en la Directiva 93/13/CEE en su interpretación extensiva de la transparencia), tal y como ha establecido la sentencia del TJUE, debería ser declarada abusiva.

Una de las principales claves que debe considerar cualquier afectado del IRPH se refiere a lo que ya se ha comentado acerca de «la información sobre la evolución del índice en los dos años anteriores a la firma del préstamo». Resulta difícil encontrar casos en los que el consumidor recibiera esta información, al menos documentalmente.

Según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato, las entidades de crédito estaban obligadas a informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible. Esta información hubiera proporcionado al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas de la aplicación del índice y hubiera sido un término útil de comparación entre el cálculo del IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés. Este aspecto ha sido negado por las entidades de crédito de forma reiterada, pues han manifestado que no estaban obligadas a proporcionar información sobre ello.

A partir de ahí, las posibilidades de éxito se incrementarán si en la cláusula donde se fija el IRPH dentro de la escritura hipotecaria no viene una referencia sobre la normativa que lo regula y su funcionamiento o si no consta entrega de oferta vinculante ni folleto informativo para acreditar que el consumidor pudo informarse con antelación suficiente. No obstante, en principio, según la doctrina fijada por el tribunal, con no acreditarse haber informado de la evolución del índice podría ser suficiente para declarar su inclusión como no transparente y, por tanto, abusiva.

Si la cláusula en la que se fija el IRPH como índice de referencia principal de un préstamo hipotecario se declara abusiva por parte de un juez español, entiendo que se sustituirá dicho índice por otro válido pactado o legalmente establecido, además de que se restituirá las cantidades pagadas de más por el prestatario por aplicación del IRPH desde la firma del contrato.

Sin embargo, el TJUE no ha resuelto todo lo bien que debería la cuestión prejudicial que se le planteaba por el juzgado de Barcelona sobre qué consecuencia sería más conforme a la normativa comunitaria, si sustituir el IRPH por el más habitual, el euríbor, o dejar el préstamo sin interés.

El TJUE no ha dado una respuesta clara y señala que en el caso de que el juez interprete que el préstamo no puede subsistir sin la cláusula que fija el índice de referencia, en lugar de obligar al consumidor a devolver la totalidad del capital pendiente, lo que arrojaría para este un resultado nefasto, permite que se aplique la Ley 14/2013 que derogó el IRPH de las cajas y de los bancos.

El TJUE ha declarado, en varias ocasiones, que la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria de derecho nacional está plenamente justificada a la luz de la finalidad de la Directiva 93/13/CEE, porque pretende reemplazar el equilibrio formal entre

los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas.

Si no se permitiera sustituir una cláusula abusiva y se obligara al juez a anular el contrato, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse. En el caso de préstamos, la anulación conllevaría hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y, por esa razón, penalizaría a este más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas de ese tipo en los contratos que ofrezca.

Ahora bien, nos podemos encontrar con varios escenarios: (a) es posible que el índice sustitutivo pactado sea el euríbor, en cuyo caso no habría duda alguna de su aplicación; (b) nuestro Código Civil refleja el carácter gratuito del préstamo salvo expreso pacto en contrario, por tanto, si se elimina el tipo de interés, según nuestra normativa nacional, el préstamo puede subsistir (nótese que la solución que aporta el TJUE siempre va precedida de «si el juez nacional considera que el préstamo no puede subsistir»); (c) en muchas ocasiones al IRPH se le añadía un diferencial, por lo que ni siquiera el préstamo sería gratuito, sino que pasaría a tener el tipo fijo pactado como diferencial; y (d) la normativa comunitaria no permite dar ningún tipo de aplicación a una cláusula declarada nula, pero si se aplicara lo dispuesto en esta Ley 14/2013, sí que se le estaría dando aplicación a la cláusula que fija el IRPH, porque es solución prevista para los préstamos referenciados válidamente al IRPH de cajas o de entidades.

En el caso de la cláusula IRPH que incluye una referencia a un tipo de interés variable cuyo valor exacto no puede determinarse en un contrato de préstamo para toda la vigencia del contrato, los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros deben ser fácilmente asequibles a cualquier persona, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el BOE. Esta circunstancia permitía al consumidor comprender que el índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, y que, en el contrato de préstamo hipotecario en cuestión, ese índice se redondeaba por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en el 0,25 %.

Siguiendo con este punto, ese índice IRPH, previsto por la Circular 8/1990, fue reemplazado, en virtud de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, por un índice sustitutivo que el Gobierno español calificó de «supletorio». Por ello, sin perjuicio de la comprobación que realice el juzgado remitente, la disposición establece que se aplicará dicho índice sustitutorio en defecto de otro acuerdo diferente entre las partes del contrato.

En estas circunstancias, en el supuesto de que el juzgado nacional constatará, en primer lugar, el carácter abusivo de la cláusula controvertida, en segundo lugar, que el con-

trato de préstamo hipotecario sobre el que versa el litigio principal no pudiera sobrevivir sin tal cláusula, y, en tercer lugar, que debido a la anulación del contrato el demandante en el litigio principal quedase expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, podría reemplazar la cláusula controvertida por el índice sustitutivo contemplado en la Ley 14/2013, siempre que pueda considerarse que con arreglo al derecho nacional el referido índice tiene carácter supletorio.

En fin, si el juez español llegara a la conclusión de que dichas cláusulas son abusivas, podrán sustituirlas por un índice legal aplicable de manera supletoria para proteger a los consumidores en cuestión de las consecuencias especialmente perjudiciales que podrían derivarse de la anulación del contrato de préstamo.

En conclusión, esta sentencia va a permitir un aluvión de demandas de nulidad por abusividad y sería aconsejable tomar medidas para evitar un nuevo colapso de los juzgados especializados en cláusulas abusivas.