

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ064819

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sentencia 143/2020, de 22 de mayo de 2020

Sección 28.^a

Rec. n.º 476/2018

SUMARIO:

Préstamo hipotecario. Cláusula IRPH. Acción de nulidad. Falta de transparencia. No existe desequilibrio. Diferencias con la cláusula suelo. En el caso presente, los demandantes-apelantes solicitan la declaración de nulidad de la cláusula IRPH del préstamo hipotecario que suscribieron en el año 2005 por el que se pactó un interés variable y se estableció como tipo de referencia para su cálculo el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de las cajas de ahorro y subsidiariamente el tipo medio a más de tres años del conjunto de entidades, todo ello con un diferencial de 0,1 puntos. Lo verdaderamente relevante para la resolución del litigio, es examinar de qué manera puede funcionar la virtual opacidad de la cláusula. En el caso de la cláusula suelo, la falta de transparencia material se identifica, sin más, con el desequilibrio entre precio y prestación sin necesidad de una constatación adicional de ese desequilibrio. El déficit de información hace que el usuario, persuadido de que concertó un préstamo a interés variable, vea defraudada su expectativa al respecto al comprobar que, en función del comportamiento de una variable que se encuentra plenamente imbricada en el contrato, el interés va a comportarse como interés fijo. En definitiva, el usuario no capta adecuadamente la carga económica de la cláusula al no percatarse de que el régimen de interés variable bajo el que concertó el préstamo puede dejar de operar. Por el contrario, en el caso de la cláusula IRPH no sólo no existe identidad entre la falta de transparencia y el desequilibrio precio/prestación, sino que ni siquiera concurre vínculo causal entre aquella y éste. En estos casos la frustración de expectativas que se denuncia por el prestatario no se genera por un comportamiento indeseable y no previsto del índice elegido (IRPH) sino por la correlación apreciable entre el comportamiento de dicho índice y el de otro índice que es por completo ajeno al contrato (el Euribor). En definitiva, en el caso de la cláusula IRPH ni el exquisito cumplimiento del deber de información evitaría la clase de desequilibrio que se denuncia ni su total incumplimiento sería capaz de provocarlo, por lo que, opacidad y desequilibrio no solo no se identifican sino que se nos presentan como cualidades causalmente desvinculadas. En cuanto al control de contenido, los apelantes no han conseguido justificar que la cláusula de referenciación al IRPH del interés variable de su préstamo hipotecario genere para ellos, en contra de las exigencias de la buena fe, algún tipo de desequilibrio entre precio y prestación. Voto particular. [Véase: Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 (NCJ062858) y Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2020 (NCJ064612).]

PRECEPTOS:

Código Civil, art. 1.256.

Ley 7/1998 (Condiciones generales de contratación), arts. 4 y 8.1.

Directiva 93/13/CEE (Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), art. 4.2.

Ley 14/2013 (apoyo a los emprendedores y su internacionalización), disp. adic. decimoquinta.

PONENTE:*Don Pedro María Gómez Sánchez.***AUDIENCIA PROVINCIAL SECCION 28**

MADRID

C/Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno : 914931988/9 Fax : 914931996

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0179664

Rollo : RECURSO DE APELACION 476/2018

Proc. Origen : 589/2015

Organo Procedencia : Juzgado de lo Mercantil 11 de Madrid

Recurrente : Don Cristobal y Doña Modesta

Procurador : Doña Miriam Rodríguez Crespo

Abogado : Don Aritz Ruiz Bengoa

Recurrida: BANCO DE SABADELL S.A.

Procurador : Doña Blanca Grande Pesquero

Abogado : Don Lino Alvarez Echeverría

SENTENCIA

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

En Madrid, a 22 de mayo de 2020

D. ÁNGEL GALGO PECO
D. GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ
D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA
D. ALBERTO ARRIBAS HERNÁNDEZ
D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ (ponente)
D. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA
D. FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTÉS

El Pleno de la Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don Ángel Galgo Peco, Don Gregorio Plaza González, Don Enrique García García, Don Alberto Arribas Hernández, Don Pedro María Gómez Sánchez, Don José Manuel de Vicente Bobadilla y Don Francisco de Borja Villena Cortés, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 476/2018 interpuesto contra la Sentencia de fecha 19 de mayo de 2017 dictado en el proceso número 589/2015 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid.

Han sido partes en el recurso, como apelante, los demandantes Don Cristobal y Doña Modesta, siendo apelada la parte demandada BANCO DE SABADELL S.A., ambas representadas y defendidas por los profesionales más arriba especificados.

Es magistrado ponente Don Pedro María Gómez Sánchez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 24 de julio de 2015 por la representación de Don Cristobal y Doña Modesta contra BANCCO DE SABADELL S.A., en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba el dictado de sentencia acordando declarar:

" 1.- La nulidad absoluta de la estipulación TERCERA BIS, del contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 27 de mayo de 2.005, que establece como índice de referencia el tipo IRPH; manteniéndose la vigencia del contrato y se condena a la entidad demandada a restituir al actor las cantidades que se hubieran podido cobrar en exceso, desde que la cláusula impugnada entró en vigor y durante la tramitación del procedimiento. La cuantía de lo solicitado se determinará en ejecución de sentencia, sobre las bases, de las sumas reales que se abonen durante dicho periodo conforme a la cláusula cuya vigencia se mantiene hasta una eventual sentencia estimatoria, y su diferencia con lo que se hubiera debido cobrar sin la aplicación del IRPH, conforme a la fórmula de tipo variable de Euribor más 0,1 puntos al no poderse sustituir por el índice sustitutivo pactado en la hipoteca por considerarse también nulo por su carácter abusivo.

Todo ello, con imposición, en caso de oposición, de las costas generadas a la parte demandada.

2.- Subsidiariamente, y para el caso que la petición anterior no sea estimada, se declare la nulidad absoluta de la cláusula impugnada desde el día 29 de Octubre de 2011, fecha en la que publicó la Orden Ministerial 2899/2011

3.- Se declare la nulidad absoluta de la cláusula aquí impugnada desde el día 29 de abril de 2012, fecha en la que entró en vigor la citada Orden Ministerial 2899/2011

4.- Se declare la nulidad absoluta de la cláusula impugnada desde el 28 de Octubre de 2013, fecha en la que finaliza el periodo de transición establecido en la Orden Ministerial 2899/2011."

Segundo.

Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid dictó sentencia con fecha 19 de mayo de 2017 cuyo fallo es del siguiente tenor:

"Se desestima íntegramente la demanda interpuesta por D. Cristobal y Dña. Modesta contra la mercantil BANCO SABADELL SA.

Sin expresa condena en costas".

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandante se interpuso recurso de apelación que, admitido por el Juzgado y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase. Señalándose para deliberación, votación y fallo el día 21 de mayo de 2020

Tercero.

En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO**Primero.**

Don Cristobal y Doña Modesta interpusieron demanda contra BANCO SABADELL S.A. solicitando la declaración de nulidad de la Cláusula Tercera bis de la escritura de préstamo hipotecario que suscribieron con dicha entidad el 27 de mayo de 2005 por la que se pactó un interés variable y se estableció como tipo de referencia para su cálculo el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de las cajas de ahorro (más conocido como IRPH-Cajas) y subsidiariamente el tipo medio a más de tres años del conjunto de entidades (IRPH-Conjunto de entidades), todo ello con un diferencial de 0,1 puntos.

Interesaron al propio tiempo la condena a la demandada a la devolución de lo percibido en exceso desde el inicio de la relación contractual tomando como referencia lo que habría debido percibir si se hubiera utilizado el Euribor incrementado con el referido diferencial.

A dicha pretensión principal le siguieron diversas pretensiones escalonadas mediante las cuales los actores admitían, con carácter subsidiario, que tanto la nulidad como sus efectos restitutorios se computasen desde diferentes fechas de antigüedad decreciente representativas de los momentos de publicación, entrada en vigor y finalización del periodo transitorio de la Orden Ministerial 2899/2011.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, si bien no efectuó especial pronunciamiento sobre las costas causadas en atención al carácter jurídicamente dudoso de la controversia suscitada.

Disconformes con dicho pronunciamiento desestimatorio, contra el mismo se alzan Don Cristobal y Doña Modesta a través del presente recurso de apelación.

Segundo. *Nulidad por infracción de normas.* -

Reiteran los apelantes en su recurso, al amparo del Art. 8-1 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, que desde su punto de vista el índice de referencia IRPH infringe la normativa bancaria de carácter imperativo y el Art. 1256 del Código Civil al tratarse de un índice susceptible de ser manipulado por decisión de la propia entidad de crédito prestamista.

Pues bien, dicha objeción fue abordada por la sentencia del Pleno de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 en la que se razonó que, si bien es posible someter a control de transparencia aquella condición general de la contratación mediante la cual se estipula que el interés del préstamo fluctuará con arreglo al IRPH, lo que en cambio no es susceptible de control es el propio índice como tal, esto es, el IRPH, y ello porque "...la parte predisponente no define contractualmente el índice de referencia, sino que se remite a uno de los índices oficiales regulados mediante disposiciones legales para este tipo de contratos. Por ello, es a la Administración Pública a quien corresponde controlar que esos índices se ajusten a la normativa, lo que hace que ese control quede fuera del ámbito de conocimiento de los tribunales del orden civil...".

En su reciente sentencia de 3 de marzo de 2020 (asunto GÓMEZ DEL MORAL) el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ve obligado a replantear la primera de las cuestiones prejudiciales que le elevó el juzgado español (éste le había preguntado si era posible someter a control de transparencia el IRPH en cuanto tal) y responde afirmativamente a la cuestión -fruto de ese replanteamiento- relativa a si la cláusula que elige el IRPH como índice para el cálculo del interés variable es o no susceptible de control por estar sometida a la Directiva 93/13. Teniendo en cuenta que la reformulación de la pregunta que lleva a cabo el TJUE obedece, como indica la propia sentencia, al propósito de proporcionar al juez español una respuesta útil, es obvio que no se facilita en dicha resolución respuesta alguna a la pregunta originariamente formulada por el juez remitente, a saber, la relativa a si era o no susceptible de control el propio IRPH (téngase en cuenta que el IRPH es un índice oficial y no una cláusula contractual).

De todo ello se sigue:

1.- Que en lo referente a la susceptibilidad de control de transparencia de la cláusula que referencia el interés variable al IRPH, no hay diferencia sustancial entre el punto de vista que expresó la S.T.S. de Pleno de 14 de diciembre de 2017 y el que ofrece la STJUE de 3 de marzo de 2020: ambas resoluciones señalan que, efectivamente, es posible dicho control en relación con una cláusula contractual de tales características.

2.- Que en lo referente a la imposibilidad de ejercer control sobre el IRPH en cuanto tal (no sobre la cláusula que a él se remite), nada hay en la STJUE de 3 de marzo de 2020 que desautorice el criterio ya sentado jurisprudencialmente por la S.T.S. de Pleno de 14 de diciembre de 2017, toda vez que lo que razona el TJUE constituye respuesta a la pregunta reformulada por él mismo pero no a la pregunta originaria, pregunta esta que, en cuanto tal, quedó sin respuesta explícita en la resolución.

Todo ello no significa que la STJUE mencionada no haya alterado en nada, en lo referente a esta concreta problemática, la doctrina contenida en la S.T.S. de 14 de diciembre de 2017. En nuestra opinión lo ha hecho pero solamente en aspectos que no alteran en lo fundamental dicha doctrina.

En efecto, para que tenga sentido debatir sobre si concurren o no los requisitos legalmente exigibles a toda condición general de la contratación (prerredacción, imposición, etc...) es necesario que nos encontremos en presencia de algo a lo que quepa catalogar como cláusula contractual. El argumento fundamental de la S.T.S. de 14 de diciembre de 2017 reside en destacar que el IRPH en cuanto tal no es una cláusula contractual sino un

índice oficial elaborado y controlado por la autoridad administrativa, con lo que carece de sentido controvertir sobre si reviste el carácter de condición general de la contratación (ni, obviamente, sobre si es o no posible someterle al control característico de las condiciones generales). Lo que sucede es que más adelante utiliza como argumento de refuerzo la consideración de que el IRPH en cuanto tal no es susceptible de control porque el Art. 4 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación excluye de su ámbito a las cláusulas que reflejen disposiciones legales o administrativas, con lo que a simple vista parece reasumir un tipo de debate (si el IRPH es o no, en cuanto tal, un condición general) que solamente se podría mantener bajo el presupuesto -que ya se había negado- de que el propio IRPH (no la cláusula que a él se remite) es una cláusula contractual.

Pues bien, lo que a este respecto indica la STJUE comentada es que la cláusula que se remite al IRPH para el cálculo del interés no incorpora norma imperativa ni dispositiva alguna porque ni es obligado referenciar los préstamos a interés variable a dicho índice ni este opera supletoriamente en defecto de pacto. Ahora bien, la resultante de dicha reflexión, una vez que el TJUE reformula la cuestión que le somete el juez español con el fin de proporcionar a este una "respuesta útil", es la de que la cláusula que referencia el interés al IRPH (no el IRPH en cuanto tal) está comprendida dentro del ámbito del Directiva 93/13 y es, por ello, susceptible de control. Es decir, la misma respuesta que ya ofrecía la S.T.S. de Pleno de 14 de diciembre de 2017 en lo relativo a la "cláusula IRPH" (no al IRH en cuanto tal). Tan es así que el Tribunal Supremo procede, a continuación, a ejercer el control de transparencia sobre la cláusula objeto de litigio para concluir que sí se encontraba revestida de tal cualidad. E incluso incluye dentro de dicho análisis numerosas reflexiones propias de un auténtico control de contenido (buena fe y equilibrio prestacional), reflexiones a las que aludiremos al final de la presente resolución.

Así pues, lo que efectúa el TJUE a este respecto es un tipo de matización que carece de trascendencia práctica a la hora de examinar el presente motivo de apelación; motivo que, por ello mismo, ha de ser desestimado.

Tercero. Incorporación y transparencia material.-

La cláusula litigiosa, en cuanto remite para la determinación de las variaciones del interés a un índice oficial que es objeto de publicación en el B.O.E al que se adiciona un diferencial del 0,1 %, es gramaticalmente diáfana y no plantea por ello problemas de incorporación.

Los demandantes ni siquiera cuestionaron seriamente esa comprensibilidad, limitándose a indicar que no se les facilitó la oferta vinculante de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los créditos hipotecarios. Ahora bien, con independencia de que, como señala la sentencia apelada, fueron ellos mismos quienes reconocieron ante notario haber recibido dicho documento y haber tenido a su disposición el proyecto de escritura durante el tiempo reglamentario, lo cierto, en todo caso, es que cualquier déficit eventualmente observable en relación con dicha cuestión no impediría considerar la cláusula adecuadamente incorporada si, conociéndose su existencia, resulta gramaticalmente comprensible, y ello sin perjuicio de la incidencia que la virtual ausencia de oferta vinculante pueda tener en el examen de la transparencia material. En tal sentido, señala la reciente S.T.S. de 20 de enero de 2020 que "...la naturaleza jurídica de dicha Orden y las consecuencias de su incumplimiento vienen fijados en su artículo 2 que, sin perjuicio de lo establecido en la legislación general de defensa de los consumidores y usuarios - en los casos en que resulte aplicable -, reconduce los efectos de dicho incumplimiento al régimen sancionador previsto en la Ley 26/1988, de 29 de julio , sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, que prevé tan sólo sanciones administrativas que no alcanzan a afectar, por sí solas, la validez y eficacia de los contratos. Todo ello sin perjuicio de las consecuencias que sobre la validez del contrato pueden derivarse del incumplimiento de las previsiones de la citada Orden ministerial en el marco del descrito control de transparencia material respecto de los contratos con condiciones generales de la contratación en que el adherente tenga la condición de consumidor, en los términos antes analizados".

En lo referente a la transparencia material de la cláusula, lo que los apelantes nos indican es que "Debido a que el IRPH es mucho más gravoso que el Euribor, es trascendental que se acredite su información" (pag. 11 del recurso), añadiendo que esa información hubiera sido suficiente para que ellos "...pudiesen hacerse una representación mental de las verdaderas cargas económicas y sus diferencias, en lo relativo, a elegir un posible índice u otro" (pag.12), todo ello habiendo echado en falta en la demanda la realización de "...una simulación entre los distintos tipos de índices que se podrían aplicar..." (página 2). Pues bien, a este respecto hemos de señalar lo siguiente:

1.- La ya mencionada S.T.S. de Pleno de 14 de diciembre de 2017 señala en relación con dicha cuestión cuanto sigue:

"Igualmente, no se puede obligar a una entidad financiera a utilizar u ofrecer varios de los índices oficiales, por la misma razón que no se le puede exigir que únicamente ofrezca tipos fijos o solo tipos variables (...)

Tampoco era exigible, a efectos del control de transparencia, que se ofreciera al prestatario la opción de contratar con otros índices de referencia, como el Euribor que, ex post facto, en los años posteriores a la celebración del contrato, se ha observado que ha tenido un comportamiento más económico para el consumidor (...)

En tales condiciones, lo único de lo que podría haberse informado, además de lo que se informó (que el índice era el IRPH, que ese índice se publicaba en el BOE y en qué consistía), era que si el IRPH evolucionaba más desfavorablemente que el Euribor, podría ser peor para el demandante, si pese a los distintos márgenes, el resultado era superior. Pero eso era una obviedad, porque resulta evidente que siempre que existen varios índices oficiales, los prestatarios cuyos préstamos estén referenciados al índice que en el futuro se comporte mejor (en el sentido de que baje más o suba menos) saldrán ganando, y los que lo estén al índice que evolucione peor, saldrán perdiendo".

2.- Por lo que se refiere a la STJUE de 3 de marzo de 2020, a través de uno de los apartados de la segunda cuestión prejudicial lo que el juzgado español preguntaba al tribunal era si la transparencia material exigía o no en estos casos que se explicase al adherente cómo evolucionó (el IRPH) en el pasado y como podría evolucionar en el futuro, proporcionándole "...las gráficas que expliquen de manera clara y comprensible al consumidor la evolución de este tipo específico en relación con el euríbor, tipo habitual de los préstamos con garantía hipotecaria". Y lo que a este respecto señaló el TJUE fueron básicamente dos cosas (apartados 53 y 54 de la sentencia):

-Por una parte, que "Por lo que respecta a una cláusula como la mencionada en el apartado 51 de la presente sentencia, 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, procede hacer constar, como observó el Abogado General en los puntos 122 y 123 de sus conclusiones, que es pertinente a efectos de tal análisis la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el Boletín Oficial del Estado. Esta circunstancia permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido 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..." (énfasis añadido) .

-Y, por otra parte, que "También resulta pertinente para evaluar la transparencia de la cláusula controvertida la circunstancia de que, según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal, las entidades de crédito estuvieran 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. Tal información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés" (énfasis añadido) .

En definitiva, en modo alguno se responde al juzgado español consultante que, tal y como este preguntaba, sea necesario informar al consumidor sobre la evolución del Euribor ni de ningún otro índice distinto del IRPH al que se referenció el interés variable del contrato (incluso respecto del Euribor, no se considera exigible el estudio prospectivo que sugería el juzgado consultante). Lo que significa, en definitiva, que la referida sentencia del TJUE no altera un ápice el criterio jurisprudencial fijado en la S.T.S. de Pleno de 14 de diciembre de 2017, criterio con arreglo al cual -ya lo hemos dicho- el deber de información propio del control de transparencia material no incluye la necesidad de informar sobre otros índices oficiales distintos del índice contractual.

3.- A mayor abundamiento, es de destacar que en sus CONCLUSIONES sobre el mismo caso, el ABOGADO GENERAL, cuyo criterio fue esencialmente seguido por la sentencia, ya señaló que "En efecto, es importante no confundir la exigencia de transparencia de cláusulas contractuales impuesta por dicha Directiva, cuya finalidad es permitir al consumidor medio evaluar las consecuencias económicas de su préstamo, con la obligación de asesoramiento, que no recoge la citada Directiva" , añadiendo más adelante que "En consecuencia, no cabe exigir al banco que ofrezca diferentes índices de referencia a los consumidores. En efecto, la obligación

de información a que se refiere la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no es una obligación de asesoramiento y, por lo tanto, no implica en absoluto que la entidad bancaria deba emplear u ofrecer al consumidor diferentes índices oficiales" (énfasis añadido).

Pues bien, por lo que se refiere a las dos exigencias que contiene la STJUE de 3 de marzo de 2020 y a las que acabamos de aludir, tenemos lo siguiente:

1.- El pleno cumplimiento de la primera de ellas (información sobre los elementos principales relativos al cálculo del IRPH) constituye en cierto modo una característica estructural que concurrirá en la totalidad de los supuestos que puedan plantearse, y ello como consecuencia de que se trata de un índice oficial cuyos elementos y fórmula de cálculo figuraban en el ANEXO VIII de la Circular 8/1990 oportunamente publicada en el Boletín Oficial del Estado.

2.- Por lo que se refiere a la segunda (información sobre la evolución del IRPH en los dos años anteriores al contrato y último valor disponible), lo cierto es que la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los créditos hipotecarios, vigente el 27 de mayo de 2005 en que se concertó el préstamo litigioso por importe de 143.000 €, obligaba a entregar al solicitante de un préstamo, además de la oferta vinculante regulada en su Art. 5, el folleto informativo que contemplaba el Art. 3 y cuyo contenido se encontraba en el Anexo I de la Orden. De la redacción del mencionado Art. 3 se infiere inequívocamente que la entrega del folleto debía de ser individual y que la exigencia no se satisfacía con un simple régimen de publicidad general acerca de los datos que dicho documento tendría que de contener. En el mencionado Anexo I se exigía, en lo que ahora interesa, que el folleto a entregar individualmente al solicitante contuviera, entre otros datos mínimos, información sobre el "Índice o tipo de referencia, en préstamos a interés variable (identificación del índice o tipo, indicándose su evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales, así como el último valor disponible" (énfasis añadido).

En el presente litigio no existe prueba de que dicho documento fuera efectivamente entregado a los demandantes. Lo que sucede es que no podemos saber si la demandada BANCO SABADELL S.A. no lo aportó por no haber cumplido en su día dicho requisito y no disponer en consecuencia del documento o si, sencillamente, no lo hizo porque los demandantes nunca adujeron en su demanda que no se les había entregado el folleto informativo del mencionado Art. 3 de la Orden, lo que hacía innecesaria, en vista de los términos en que quedó planteado el debate, la justificación del dato positivo correlativo -el cumplimiento del requisito- por parte de la entidad bancaria. Y es que, en efecto, fuera o al margen de denunciar la ausencia de oferta vinculante, no se introdujo en el escrito rector como objeto de posible debate la cuestión de la falta de entrega del folleto informativo.

Sea como fuere, consideramos que lo verdaderamente relevante para la resolución del litigio es examinar de qué manera puede funcionar la virtual opacidad de la cláusula, por lo que, a efectos puramente dialécticos, operaremos en los apartados que subsiguen bajo la suposición de que, por falta de cumplimiento del deber de entrega del folleto informativo, la cláusula litigiosa debe ser considerada, efectivamente, como no transparente.

Cuarto. Modo de operarde la falta de transparencia.-

El Art. 4-2 de la Directiva 93/13 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...". Solo el último inciso de esta norma ("...siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible") permite acceder al control de la abusividad de las cláusulas definitorias del objeto principal por la vía del control de transparencia material. Precepto el reseñado que nuestra jurisprudencia ha considerado efectivamente incorporado a nuestro derecho interno (SS.TS de 18 de junio de 2012 y 9 de mayo de 2013).

Acerca de la imbricación entre ambos tipos de control (control de transparencia y control de contenido), el punto de vista que ha venido manteniendo nuestro Tribunal Supremo en el caso de las denominadas cláusulas suelo es el de que la no superación del control de transparencia es razón suficiente, sin necesidad de entrar en el control del contenido, para apreciar el carácter abusivo y declarar la nulidad de la cláusula, señalando que "...estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación" (S.T.S. de 24 de marzo de 2015, entre otras muchas). Criterio reformulado más recientemente (SS.T.S. de 8 de enero de 2020 y 23 de enero de 2020) en el

sentido de que "...en el caso de las llamadas cláusulas suelo, su falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado (por todas, sentencia 367/2017, de 8 de junio, y las que en ella se citan)".

No obstante, en relación con otras cláusulas definitorias del objeto principal del contrato la doctrina jurisprudencial patrocina una solución diferente.

Así, en lo referente a la cláusula de fijación del interés retributivo (no cláusula suelo), la S.T.S. de 11 de octubre de 2019, recogiendo la doctrina emanada de la STJUE de 26 de enero de 2017 (Banco Primus), nos indica, "obiter dicta" y tras concluir que la cláusula examinada era materialmente transparente, que "...si se hubiera llegado a apreciar la falta de transparencia de alguna información contenida en la cláusula, para juzgar sobre su carácter abusivo debería constatarse en qué medida, conforme a la jurisprudencia expuesta, su inclusión contraría las exigencias de la buena fe y qué desequilibrio importante de derechos y obligaciones entre las partes habría producido, en perjuicio del consumidor. Lo que tampoco concurre en este caso".

Más recientemente, la S.T.S. de 24 de febrero de 2020, en un supuesto en que aprecia la falta de transparencia de la cláusula litigiosa reguladora del objeto principal del contrato (precio del servicio contratado por el adherente), nos indica que "...teniendo en cuenta que cuando se celebró el contrato no estaba en vigor la actual redacción del párrafo segundo del art. 83 TRLCU, que parece equiparar la falta de transparencia a la abusividad, resulta aplicable la jurisprudencia del TJUE que establece que, respecto de los elementos esenciales del contrato (precio y prestación) una vez apreciada la falta de transparencia es cuando debe hacerse el juicio de abusividad (por todas, SSTJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, Kásler; y de 26 febrero de 2015, C-143/13, Matei)" (énfasis añadido). En relación con la salvedad que dicha resolución efectúa, hay que tener en cuenta que la Ley 5/2019, de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que entró en vigor el 16 de junio de 2019, introdujo en el Art. 83 TRLGDCU un segundo párrafo con arreglo al cual "Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho" (idéntico texto incorporó al Art. 5-5 de la L.C.G.C.). Por lo que parece que, en relación con los contratos celebrados con posterioridad al 16 de junio de 2019 (y en relación con las novaciones o subrogaciones posteriores operadas respecto de contratos anteriores; D.T. 1ª), cabrá abrir debate sobre si la falta de transparencia determinará o no, en todo caso, un juicio positivo de abusividad y consiguiente nulidad sin necesidad de ulterior análisis relativo al contenido de la cláusula. No así en el caso de los contratos anteriores a la entrada en vigor de dicha ley.

En nuestra opinión se trata de la aplicación de dos tipos de solución diferentes (equivalencia "intransparencia-abusividad" o mera licencia para el examen de la "abusividad" justificada por la "intransparencia") para dos clases de supuestos que presentan características también distintas y aún divergentes. Así, en una comparativa entre la cláusula suelo y la cláusula IRPH advertimos las siguientes diferencias:

1.- En el caso de la cláusula suelo, la falta de transparencia material se identifica, sin más, con el desequilibrio entre precio y prestación sin necesidad de una constatación adicional de ese desequilibrio. El déficit de información hace que el usuario, persuadido de que concertó un préstamo a interés variable, vea defraudada su expectativa al respecto al comprobar que, en función del comportamiento de una variable que se encuentra plenamente imbricada en el contrato (descenso del índice contractual, usualmente el Euribor, por debajo de cierto umbral), el interés va a comportarse como interés fijo. En definitiva, el usuario no capta adecuadamente la carga económica de la cláusula al no percatarse de que el régimen de interés variable bajo el que concertó el préstamo puede dejar de operar. Pero, en definitiva, la desinformación se proyecta sobre un efecto (paso a un régimen de interés fijo) que se encuentra implícitamente contenido en la cláusula, y todo ello en función de las fluctuaciones que experimente un elemento (ordinariamente el Euribor) que está explícitamente contemplado en el contrato. Por lo tanto, en estos casos ni siquiera se puede afirmar que exista un vínculo causal entre intransparencia y desequilibrio: lo que hay más bien es identidad plena entre uno y otro fenómeno.

2.- Por el contrario, en el caso de la cláusula IRPH no solo no existe identidad entre la falta de transparencia y el desequilibrio precio/prestación sino que ni siquiera concurre vínculo causal entre aquella y este. En estos casos la frustración de expectativas que se denuncia por el prestatario no se genera por un comportamiento indeseable y no previsto del índice elegido (IRPH) sino por la correlación apreciable entre el comportamiento de dicho índice y el de otro índice que es por completo ajeno al contrato (el Euribor). Ya hemos razonado anteriormente que en estos casos la obligación de transparencia que incumbe a la entidad bancaria no consiste en un servicio de asesoramiento que informe al consumidor acerca de la evolución o comportamiento

pretérito de otros índices que no sean el propio índice contractual (IRPH). Y si ello es así, podemos contemplar dos tipos de supuestos:

a.-) En una hipótesis ideal en la que la entidad bancaria hubiera informado al cliente no ya de la evolución del IRPH en los dos años anteriores sino de su evolución durante un periodo incluso mucho más prologando, y en la que, además, se le hubiera facilitado un estudio probabilístico sobre el comportamiento futuro del índice a partir de los datos pretéritos disponibles, la frustración de las expectativas así creadas merced a un incremento no previsto de dicho indicador oficial no originaría el tipo de desequilibrio que se denuncia en el litigio si el comportamiento del Euribor hubiera sido parejo: solamente el hecho de que el Euribor haya experimentado una evolución más benigna hace, de acuerdo con los planteamientos contenidos en la demanda, que esa frustración de la expectativa generada en torno al IRPH se experimente como agravio.

b.-) Inversamente, si la entidad bancaria hubiera desatendido por completo la obligación de informar adecuadamente al usuario sobre la evolución pretérita del IRPH, la opacidad o falta de transparencia material así creada tampoco sería causalmente determinante del tipo de desequilibrio precio/prestación que se denuncia, porque la expectativa del prestatario acerca del comportamiento futuro del índice pactado, aunque acaso deficientemente elaborada a causa de la falta de información, no se frustra por un incremento inusual del mismo sino por la correlación existente entre su comportamiento y el comportamiento de otro índice (el Euribor) que -se insiste- constituye una variable completamente ajena al contrato y sobre la que no pesaba obligación de información alguna.

En definitiva, en el caso de la cláusula IRPH ni el exquisito cumplimiento del deber de información evitaría la clase de desequilibrio que se denuncia ni su total incumplimiento sería capaz de provocarlo, por lo que, como se ha señalado, opacidad y desequilibrio no solo no se identifican sino que se nos presentan como cualidades causalmente desvinculadas.

De ahí que parezca razonable exigir, una vez constatada la opacidad o falta de transparencia material, un ulterior examen de contenido que nos permita verificar la presencia o ausencia de desequilibrio propiamente dicho entre precio y prestación.

Quinto. El control de contenido.-

Despejados los problemas relativos a la legalidad (concretados en la susceptibilidad de manipulación del índice) y los concernientes a la transparencia (concretados por los apelantes en la falta de información sobre índices alternativos), la única queja que se vertió en la demanda en relación con el contenido de la cláusula litigiosa consistió en que el IRPH es superior al EURIBOR (Hecho 5º, pag. 3), alegato que en el recurso se hace realmente indistinguible del argumento relativo a la falta de transparencia por ausencia de información relativa a otros índices alternativos al contractual, singularmente a la evolución del Euribor. Sin embargo, ya hemos razonado en el precedente ordinal que la eventual falta de transparencia, tratándose de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, únicamente proporciona la posibilidad -en otro caso inexistente- de entrar en el examen del contenido (buena fe y desequilibrio precio/prestación), pero ello sin dispensar al órgano judicial de este segundo examen.

En todo caso, aun constatado que en el año 2005 en que se celebró el contrato existía una diferencia de casi un punto entre el Euribor y el IRPH en favor del primero (2,219 % y 3,197 %, respectivamente), parecen no haber reparado los demandantes en que el precio del préstamo, es decir, el interés, es la resultando de adicionar el índice pactado a un diferencial que en este caso se concretó en el 0,1 %, no habiendo realizado aquellos el menor esfuerzo por justificar los diferenciales que en esa época se estaban practicando en los préstamos referenciados a Euribor, circunstancia esta que nos impide valorar si, como se argumenta, el índice por el que optaron -el IRPH- fue o no desventajoso. Además, tratándose de un préstamo para el que se pactó un periodo de devolución de 35 años que expirará en el año 2040, difícilmente podría vaticinarse, en un momento en que solamente habían transcurrido 10 años (la demanda se presentó en 2015), si, a la postre, la diferente evolución de uno y otro indicador se saldará al concluir ese dilatado periodo con perjuicio o con provecho para los actores.

En tal sentido, consideramos oportuno reseñar varias de las reflexiones que la S.T.S. de Pleno de 14 de diciembre de 2017 efectúa en relación con esta problemática. Son, entre otras, las siguientes:

- "(...)La Audiencia tiene muy presente que el Euribor ha tenido un comportamiento más favorable para el consumidor que el IRPH, pero aparte de que dicha circunstancia se hace desde un sesgo retrospectivo que no

puede servir de pauta para el control de transparencia, no tiene en cuenta que el tipo de interés no se forma solo con el índice de referencia, sino también con el diferencial, y no consta que los diferenciales aplicados a préstamos con Euribor fueran también más beneficiosos para el prestatario que los aplicados a préstamos con IRPH. Al contrario, estadísticamente, en los préstamos con este último índice de referencia los diferenciales son más bajos. Lo que, lógicamente, sirve para hacer competitiva la oferta, puesto que a un índice de referencia que supone un tipo porcentual más alto que otros, como el Euribor, se le añade un diferencial menor.

El TJUE ha insistido en que el momento al que debe referirse el control es el de la celebración del contrato (...) (énfasis añadido).

- (...) Además, la Audiencia Provincial tampoco tiene en cuenta otra circunstancia, y es que los diferenciales tenían una mayor o menor magnitud en función de otros datos contractuales, como la vinculación del cliente con la entidad, la domiciliación de la nómina, de otros recibos, la contratación de otros productos, etc. Por lo que resulta imposible anudar la transparencia del tipo de interés al mero hecho de su referenciación a uno u otro índice oficial (...) (énfasis añadido).

- (...) También resulta arriesgado afirmar que el IRPH resulta en todo caso más caro cuando el préstamo todavía no ha llegado ni a la tercera parte de su plazo de vigencia, puesto que se pactó en 2006 por un periodo de 35 años, por lo que se desconoce qué sucederá en los 24 años que todavía quedan para su extinción. En la práctica, la Audiencia acaba haciendo un control de precios, al declarar la nulidad de una condición general de la contratación porque el precio resultante sea más o menos elevado, lo que no es admisible (...) (énfasis añadido).

- (...) Tampoco cabe presumir que se ofreció el IRPH porque se sabía que iba a tener un comportamiento más favorable para los prestamistas que el Euribor. Los valores del IRPH resultaban de la media de los tipos de interés medios aplicables para la adquisición de vivienda de precio libre en España, lo cual, por definición, incorporaba en dicha media todas operaciones de financiación hipotecaria tanto a interés fijo como variable, entre las que también se encontraban las operaciones referenciadas al Euribor. Ello es relevante porque, dado que hasta ahora el Euribor ha tenido un valor inferior al IRPH, el Euribor también influyó en la conformación a la baja de los valores del IRPH, puesto que las operaciones referenciadas a dicho índice se incluían en el cálculo de este último. Lo que pone más que en entredicho la conclusión, también de sesgo retrospectivo, según la cual la prueba de que el IRPH convenía más a priori a las entidades financieras es que el Euribor bajó más (...) (énfasis añadido).

- (...) Y en cuanto al comportamiento anterior, hasta noviembre de 2008, el valor del IRPH y del Euribor había sido bastante similar (menos de un punto de diferencia), aparte de que no cabe olvidar que los diferenciales aplicados eran distintos y condicionaban el resultado final; y que esos diferenciales eran menores en los préstamos referenciados al IRPH que en los referenciados al Euribor, pues de otro modo los primeros no habrían resultado competitivos.

En tales condiciones, lo único de lo que podría haberse informado, además de lo que se informó (que el índice era el IRPH, que ese índice se publicaba en el BOE y en qué consistía), era que si el IRPH evolucionaba más desfavorablemente que el Euribor, podría ser peor para el demandante, si pese a los distintos márgenes, el resultado era superior. Pero eso era una obviedad, porque resulta evidente que siempre que existen varios índices oficiales, los prestatarios cuyos préstamos estén referenciados al índice que en el futuro se comporte mejor (en el sentido de que baje más o suba menos) saldrán ganando, y los que lo estén al índice que evolucione peor, saldrán perdiendo. Como ocurre con los préstamos fijos: si el índice al que está referenciado el préstamo a interés variable más el diferencial baja por debajo del tipo fijo, los prestatarios que hayan optado por éste saldrán perdiendo; si ocurre lo contrario, saldrán ganando (...) (énfasis añadido).

- (...) Para que en el mercado del crédito fueran competitivos los préstamos referenciados al IRPH y poder ofertar un TAE similar a los préstamos referenciados al Euribor, es claro que en aquéllos el diferencial tenía que ser menor. Lo relevante no era, pues, la diferencia en ese momento entre IRPH y Euribor, sino cuál iba a ser la evolución futura. Y eso no puede exigirse al banco que lo conociera, ni que, por tanto, lo informara; sobre todo en un préstamo con un plazo de duración de 35 años (...) (énfasis añadido).

- (...) Por último, resulta cuando menos contradictorio afirmar que el banco sabía que el IRPH le iba a ser más beneficioso que el Euribor y que, sin embargo, el primero de tales índices solo se haya utilizado en un número de préstamos en nuestro país que no llega al 15%. Salvo que se presuma que en la inmensa mayoría de préstamos referenciados al Euribor las entidades estaban dispuestas a perder cuota de beneficios. De hecho, por las mismas razones por las que la Audiencia Provincial anula la referencia al IRPH podría haber anulado una referenciación al Euribor, si su evolución hubiera sido más desfavorable para el consumidor (...) (énfasis añadido).

Ninguno de los criterios que acabamos de transcribir ha sido alterado en lo más mínimo por la doctrina contenida en la STJUE de 3 de marzo de 2020, por lo que, atendiendo al valor jurisprudencial de aquellos (se

contienen en una sentencia de Pleno), su aplicación para la resolución del presente recurso resulta ineludible. Y de esa aplicación al caso que nos ocupa no puede derivar otra cosa que la conclusión de que los apelantes no han conseguido justificar que la cláusula de referenciación al IRPH del interés variable de su préstamo hipotecario genere para ellos, en contra de las exigencias de la buena fe, algún tipo de desequilibrio entre precio y prestación.

Sexto. El índice sustitutivo.-

Para finalizar, no podemos dejar de señalar, a mayor abundamiento, que una eventual apreciación de la acción de nulidad en razón al carácter abusivo de la cláusula nunca habría determinado, como los apelantes pretenden, la sustitución de los índices, principal y subsidiario, pactados en el contrato por el Euríbor. En efecto, la Disposición Adicional 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, dispone que las referencias a los tipos previstos en el apartado 1 de dicha disposición y que desaparecen (entre ellos se encuentra el IRPH-Cajas pactado de modo principal en préstamo que nos ocupa) serán sustituidas por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato o, en su defecto, por el denominado IRPH-Conjunto de Entidades.

Pues bien, en nuestro caso este último índice, sin perjuicio de ser el pactado en el contrato como sustitutivo del IRPH-Cajas para el caso de que este desapareciese, es en todo caso el llamado a sustituir legalmente al desaparecido. Y, siendo ello así, debemos tener presente que, en respuesta a la tercera cuestión prejudicial planteada (se preguntaba si, en el caso de que la cláusula controvertida no sea conforme con el Derecho de la Unión, la sustitución del IRPH de las cajas de ahorros por el euríbor o la devolución del capital prestado sin el abono de intereses serían conformes con la Directiva 93/13), lo que nos dice la tan citada STJUE de 3 de marzo de 2020 es que "Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen 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" (énfasis añadido).

Lo que significa, en definitiva, que en nuestro caso la virtual declaración de nulidad de la cláusula litigiosa únicamente implicaría la necesidad de sustituir el IRPH-Cajas por el IRPH-Conjunto de Entidades, índice este que, al igual que el sustituido, no es susceptible de fiscalización en cuanto tal por el tribunal del orden civil de acuerdo con lo ya razonado en el primer ordinal de la presente resolución.

Planteamientos los precedentes que, en su conjunto, determinan inexorablemente el fracaso del recurso interpuesto.

Séptimo. Costas.-

Considerando que al tiempo de interposición del recurso de apelación (16 de junio de 2017) aún no se había dictado la S.T.S. de Pleno de 14 de diciembre de 2017 ni tampoco, obviamente, la STJUE de 3 de marzo de 2020, entendemos, al igual que no hizo la juzgadora de la anterior instancia, que en dicha época la controversia presentaba perfiles jurídicamente dudosos que justifican la no realización de pronunciamiento condenatorio alguno en materia de costas, todo ello de conformidad con el temperamento que contempla el Art. 394-1, último inciso, de la L.E.C.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de Don Cristobal y Doña Modesta contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 11 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.

2.- Confirmar íntegramente la resolución recurrida.

3.- No efectuar especial pronunciamiento sobre las costas del presente recurso.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido por la parte apelante de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados integrantes de este Tribunal.

VOTO PARTICULAR CONCURRENTES que formula el ILMO. SR. MAGISTRADO DON JOSE MÁNUEL DE VICENTE BOBADILLA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Preliminar:

1.- La presente sentencia es la primera que dicta este tribunal sobre transparencia y abusividad de la cláusula denominada IRPH-Cajas tras la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de 3 de marzo de 2020.

2.- Dado que en esta resolución la Sala ha tomado criterio sobre aspectos importantes en la materia, entiendo que éste es el momento oportuno para mostrar mi discrepancia. Una vez manifestada mi opinión, no reiteraré el mismo voto particular cada vez que se suscite la misma cuestión. Si la Sala ha adoptado un determinado criterio, lo coherente y más razonable desde el punto de vista de los principios constitucionales de igualdad y seguridad jurídica, es aplicarlo de manera uniforme en lo sucesivo, a salvo circunstancias específicas que lo impidan.

3.- La sentencia de la mayoría, tras declarar que en este caso no está justificada la pretensión de falta de transparencia de la cláusula IRPH-Cajas, señala en el último párrafo del Fundamento tercero que "lo verdaderamente relevante para la resolución del litigio es examinar de qué manera puede funcionar la virtual opacidad de la cláusula, por lo que, a efectos puramente dialécticos, operaremos en los apartados que subsiguen bajo la suposición de que, por falta de cumplimiento del deber de entrega del folleto informativo, la cláusula litigiosa debiera ser considerada como no transparente"

4.- Los Fundamentos Cuarto y Quinto de la sentencia, con los que muestro mi discrepancia, analizan a continuación el juicio de abusividad, pero lo hacen a efectos puramente dialécticos. En consecuencia, tales fundamentos no inciden en el Fallo de la sentencia. Sin embargo, dada la relevancia del tema, considero justificado el voto particular, aunque tenga carácter concurrente.

Segundo Control de abusividad.-

5.- La mayoría de este Tribunal entiende que no es aplicable la doctrina jurisprudencial según la cual, la abusividad, entendida como desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, es inherente a la falta de transparencia, en la medida en que esa falta de transparencia le impide comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado. Esta Sala no ha considerado aplicable al caso esa doctrina porque se considera de un criterio hermenéutico referente únicamente a las "cláusulas suelo".

6.- En apoyo de la tesis mayoritaria, se invocan sentencias del Tribunal Supremo que se refieren al interés retributivo (STS de 11 de octubre de 2019) o al precio de un determinado servicio (STS de 24 de febrero de 2020), siempre en contratos anteriores a la entrada en vigor de la Ley 5/2019 de 15 de marzo. El Alto Tribunal recuerda al respecto la doctrina emanada de la STJUE de 26 de enero de 2017 (Banco Primus), que establece con carácter general un análisis diferenciado dividido en dos partes. La primera se centraría en la transparencia y la segunda, si no se supera el anterior, analizaría la abusividad. Por consiguiente, la abusividad inherente a la falta de transparencia quedaría por tanto circunscrita a casos excepcionales como el de la cláusula suelo.

7.- Aunque efectivamente la doctrina del Tribunal Supremo sobre "desequilibrio sustancial" o "desequilibrio subjetivo" (según terminología usada con anterioridad) tiene un campo limitado de aplicación, hemos de apuntar que no sólo se ha circunscrito a las cláusulas suelo, sino también a las estipulaciones que establecen la opción multidivisa. La STS núm. 599/2018 de 31 de octubre es del siguiente tenor:

"29.- Como afirmamos en la anterior sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, la falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no pudo comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos(...)".

8.- El elemento decisivo establecido por la jurisprudencia para apreciar un desequilibrio sustancial contrario a la buena fe (abusividad), inherente a la falta de transparencia, consiste en que esa falta de transparencia haya impedido al consumidor comparar adecuadamente las distintas ofertas existentes. Ese elemento es el que se aprecia el Tribunal Supremo, tanto en la aplicación de esta doctrina respecto de la cláusula multidivisa como respecto a las cláusulas suelo. En relación a éstas últimas, la STS núm. 71/2020 de 4 de febrero, declara que:

"En cuando a las consecuencias de la falta de transparencia, hemos dicho en diversas resoluciones que es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas. Pero como también hemos afirmado, no es el caso de las llamadas cláusulas suelo, cuya falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado (por todas, sentencia 367/2017, de 8 de junio, y las que en ella se citan)"

9.- Ciertamente, no existe un pronunciamiento del Alto Tribunal respecto a la aplicación de esta doctrina del desequilibrio inherente a la falta de transparencia, referida a la cláusula IRPH-Cajas. Ello es así porque, cuando el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto, ha declarado que es transparente. Cabe precisar que todos los razonamientos efectuados por el Alto Tribunal sobre el IRPH-Cajas en su STS 669/2017 de 14 de diciembre, se efectúan con ocasión de un juicio de transparencia y no de abusividad.

10.- En los supuestos a que se refieren las SSTS de 11 de febrero de 2019 y 24 de febrero de 2020, citadas por la mayoría, realmente no se planteaba la hipótesis en que la falta de transparencia hubiera impedido al consumidor la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, que es lo que determina la abusividad inherente a la falta de transparencia.

11.- En el caso del IRPH-Cajas, si partimos de la hipótesis de falta de transparencia porque no se hubiera facilitado al consumidor información sobre la evolución del índice en los dos años anteriores a la operación, según mi criterio, sería procedente aplicar también la teoría sobre la abusividad inherente que hasta ahora se viene aplicando a las cláusulas suelo y multidivisa.

12.- Recordemos que el TJUE ha declarado que el conocimiento, al tiempo de contratar, de la evolución pasada del IRPH-Cajas, permite al consumidor efectuar de forma informada un juicio comparativo con otras ofertas. No se trata de exigir al banco que haga esa comparativa, ni menos que haga futuribles sobre la evolución de distintos índices, pues su obligación no es de asesoramiento general. Lo que se trata de exigir a la entidad que facilite la información necesaria para que sea el propio consumidor quien pueda hacer una comparación realista contando con los datos disponibles. Cabe mencionar el siguiente párrafo de la STJUE de 3 de marzo de 2020 (el subrayado es nuestro):

" Tal información (evolución pasada del IRPH-CAJAS) también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH-CAJAS de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés".

14.- No debemos buscar el desequilibrio en acontecimientos futuros que no podían conocerse en el momento de suscribir la operación, sino en informaciones que debieron facilitarse al consumidor al tiempo de contratar para que pudiera evaluar las ofertas, y en particular, la evolución pasada del IRPH-Cajas. Cabe recordar, tal y como indica la STS núm. 669/2017, que el TJUE ha insistido en que el momento al que debe referirse el control de abusividad es el de la celebración del contrato. Así, en la STJUE de 20 de septiembre de 2017, C-186/16 (caso Andriuc) dijo:

« 53 A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, para apreciar si una cláusula contractual debe considerarse abusiva, el juez nacional deberá tener en cuenta, como indica el artículo 4 de la Directiva 93/13 , la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, considerando «en el momento de la celebración del mismo» todas las circunstancias que concurran en su celebración (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de julio de 2015, Bucura, C-348/14 , no publicada, EU:C:2015:447 , apartado 48 y jurisprudencia citada).

15.- Por todo ello, considero que si hubiéramos declarado la falta de transparencia por un hipotético desconocimiento del consumidor sobre la evolución pasada del IRPH-Cajas, la conclusión necesaria sería que ello habría producido el desequilibrio sustancial a que se refiere la jurisprudencia, por haberse privado al consumidor de la posibilidad de valorar adecuadamente las ofertas existentes en el mercado. En consecuencia, hubiera procedido la declaración de abusividad de la cláusula IRPH-Cajas.

Por todo lo expuesto, entiendo que la postura adoptada por la Sala sobre la falta de transparencia de la cláusula IRPH-CAJAS, hubiera conducido a declarar su abusividad.

Fdo/

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.