



El TJUE y el IRPH

**¿REEQUILIBRANDO LA PROTECCIÓN AL
CONSUMIDOR EN *GÓMEZ DEL MORAL GUASCH*?**

MIRIAM ANDERSON

PROFESORA AGREGADA DE DERECHO CIVIL

UNIVERSIDAD DE BARCELONA

INVESTIGADORA DE LA CÁTEDRA JEAN MONNET DE DERECHO PRIVADO EUROPEO - UB.



WORKING PAPER 5/2020

Abstract: This paper analyses the background and expected impact of the decision of the European Court of Justice in *Gómez del Moral Guasch* (Case C-125/18), whereby it set the transparency requirements for a contract term linking the interest rate in a mortgage credit agreement to an official index. The Court also indicated what consequences would follow from considering such a term unfair.

Title: *The ECJ and the IRPH (Official mortgage interest rate). Rebalancing consumer protection in Gómez del Moral Guasch?*

Keywords: *mortgage credit, interest rate index, unfair term, transparency, supplementary provisions*

Resumen: Este trabajo analiza el contexto y el impacto previsible de la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en *Gómez del Moral Guasch* (C-125/18), en la que fijó los requisitos de transparencia de la cláusula contractual que referenciaba el interés en un crédito hipotecario a un índice oficial. El Tribunal también señaló cuáles serían las consecuencias derivadas de declarar abusiva dicha cláusula.

Título: El TJUE y el IRPH. ¿Reequilibrando la protección del consumidor en *Gómez del Moral Guasch*?

Palabras clave: crédito hipotecario, índice de tipo de interés, cláusula abusiva, transparencia, normas dispositivas

Este trabajo se enmarca en los proyectos de investigación DER2017-82129-P y 2017SGR151. Correo electrónico: miriam.anderson@ub.edu Este *working paper* es una versión inicial, en castellano, cerrada el 30 de mayo de 2020, del artículo sobre la misma cuestión que se publicó en el EuCML 4/2020, 161.

SUMARIO

1. ANTECEDENTES.....	4
2. SENTENCIA.....	8
3. COMENTARIO.....	11
4. <i>POST SCRIPTUM</i>	14

1. Antecedentes

El 3 de marzo de 2020, en *Gómez del Moral Guasch*¹, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) decidió sobre si la cláusula que incorporaba un determinado índice de referencia utilizado en una pluralidad de préstamos hipotecarios españoles a interés variable cumplía con la Directiva de cláusulas abusivas (D. 93/13)² y, en caso contrario, si el tribunal podía sustituirlo por un índice de referencia diferente o si el préstamo hipotecario debía seguir existiendo sin intereses.

Aunque el porcentaje de préstamos hipotecarios con un tipo de interés fijo ha aumentado en España tras la crisis financiera de 2008³, los tipos de interés variables han sido la norma durante décadas. El índice de referencia más utilizado fue (y sigue siendo) el Euro Interbank Offered Rate (Euribor), pero no es el único⁴.

En 1994 la legislación dispuso que el Banco de España publicara periódicamente índices de referencia que las entidades de crédito pudieran utilizar para la concesión de préstamos, especialmente los hipotecarios⁵. Dichos índices fueron designados como "oficiales". Se regulaban además mediante órdenes ministeriales de transparencia y circulares del Banco de España⁶.

Entre estos otros índices, tres se conocían como índices IRPH⁷ y se definían como "el tipo medio de los préstamos hipotecarios por un período superior a tres años, para

¹ Caso C-125/18 *Gómez del Moral Guasch* [2020] ECLI:UE:C:2020:138

² Directiva 93/13/CEE del Consejo sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores [1993] DO L95/29.

³ Los tipos de interés fijos representaron el 53,43% de los contratos hipotecarios celebrados durante el primer trimestre de 2020, mientras que durante el último trimestre de 2005 solo representaron el 1,78%. Véase Registradores de España, *Estadística registral inmobiliaria, Primer trimestre de 2020*, mayo de 2020, 4, 51-55, disponible en: https://www.registradores.org/documents/33383/148210/ERI_1T_2020.pdf/1459b0d5-1a91-7b41-f994-8fe7c2bf8293?t=1589268999501 (último acceso 30.5.2020).

⁴ Ibid. En 2005, el 82,45% de todos los préstamos hipotecarios a interés variable estaban vinculados al Euribor; en 2020, el 97,96%.

⁵ Ley 26/1998 de 29 de julio, modificada por la Ley 2/1994 de 30 de marzo, art. 48.2 (e). La Ley 26/1998 fue derogada por la Ley 10/2014, de 26 de junio, que incluye una disposición similar (art. 5.3).

⁶ La Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y la Circular del Banco de España 8/1990 de 7 de septiembre de 1990, modificada por la Notificación 5/1994 de 22 de julio de 1994, eran aplicables en el momento de la conclusión del préstamo hipotecario en litigio.

⁷ IRPH son las siglas de "Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios".

la adquisición de viviendas en el mercado privado⁸. El IRPH Bancos era el tipo medio de dichos préstamos concluidos por los bancos; el IRPH Cajas, de los concluidos por las cajas de ahorro, y el tipo medio de los préstamos concluidos por todas las entidades de crédito se denominaba IRPH (Conjunto de) Entidades. Solo este último sigue existiendo. La publicación del IRPH Cajas y del IRPH Bancos se interrumpió a partir del 1 de noviembre de 2013⁹, como consecuencia de la reestructuración del sector financiero que tuvo lugar en España tras la crisis de 2008, que obligó a todas las cajas de ahorros, salvo dos, a convertirse en bancos o dejar de existir¹⁰.

Sin embargo, la desaparición de dichos IRPH responde también a un cambio de política en cuanto a los índices de referencia de los tipos de interés. Los índices IRPH son una media de los tipos de interés aplicados por las entidades de crédito en un momento dado. Además, incluyen gastos y comisiones, de modo que se aproximan a lo que sería la media de las tasas anuales equivalentes (TAE)¹¹. En consecuencia, los IRPH siempre han sido más altos que los tipos de interés interbancarios (aunque el diferencial suele ser menor)¹². A partir de 2011, el objetivo era que los índices oficiales reflejaran el coste real de la obtención de recursos para las instituciones de crédito¹³.

En el contexto del masivo recurso a la ejecución hipotecaria resultante de la crisis y el correlativo aflorar de una pluralidad de cláusulas abusivas existentes en los contratos de crédito hipotecario en el mercado español, las cláusulas que incluyen los índices IRPH han sido impugnadas sobre la base de su potencial abusividad. El factor desencadenante fue que, si bien el Euribor cayó drásticamente, los IRPH permanecieron relativamente inalterados y los consumidores siguieron obligados a pagar cuotas mensuales comparativamente altas¹⁴.

⁸ Circular 5/1994 (n. 6) anexo VIII.

⁹ Ley 14/2013, de 27 de septiembre (Disposición Adicional 15ª) y Orden Ministerial EHA/2899/2011, de 28 de octubre (Disposición Transitoria).

¹⁰ Datos y legislación disponibles en el sitio web del Banco de España: <https://www.bde.es/bde/es/secciones/prensa/infointeres/reestructuracion/> (último acceso 30.5.2020).

¹¹ Circular del Banco de España 5/1994 (n. 6) preámbulo párr. 4.

¹² El margen añadido al IRPH fue, en promedio, 1,55 puntos porcentuales inferior al margen añadido al Euribor. Junto con los tipos de interés fijos del primer año, los reembolsos mensuales habrían sido similares en el momento de la conclusión del contrato (aunque el IRPH siempre fue superior al Euribor).

¹³ Orden EHA/2899/2011 (n. 9), preámbulo, penúltimo párrafo.

¹⁴ Todos los índices están disponibles por año en el sitio web del Banco de España: https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productoservici/relacionados/tiposinteres/guia-textual/tiposinteresefe/tabla_tipos_referencia_oficiales_mercado_hipotecario.html?anyo=e46c4920f75ef610VgnVCM1000064de14acRCRD#comboAnios (último acceso 30.5.2020).

Se han formulado alegaciones que cuestionan la equidad u objetividad del propio IRPH, y se esgrimen también argumentos relativos a la falta de transparencia de la cláusula contractual que vincula el tipo de interés a ese índice.

Por un lado, se ha puesto en duda el método utilizado para el cálculo del índice, ya que incluía cargos y comisiones (como una TAE)¹⁵, que, además, se basaba en comunicaciones mensuales de las entidades de crédito al Banco de España, que no estaban disponibles para el público. Se calculaba como una media simple, de modo que, especialmente en el caso del IRPH Cajas, destacaba que todas las cajas de ahorros tenían el mismo peso específico independientemente del volumen de los préstamos concedidos. Por lo tanto, el índice podía ser fácilmente "manipulado" por cualquier caja de ahorros aumentando las comisiones cobradas o el tipo de interés aplicado.

Por otro lado, se ha argumentado que las cláusulas que vinculan el tipo de interés a un IRPH contravienen los criterios de transparencia de la D. 93/13 y su legislación de transposición, porque la información proporcionada no permitía al prestatario comprender adecuadamente las consecuencias jurídicas y económicas de la aceptación de la referida cláusula. A menudo se sostiene que el consumidor debería haber recibido información sobre la forma en que se calculó el IRPH y cómo se había comportado en el pasado, así como una comparación con otros índices (señaladamente, el Euribor). Más raramente, se argumenta que al consumidor se le debería haber ofrecido el préstamo o crédito referenciado a otros índices y/o que se le debería haber dado una estimación de cómo se comportaría el IRPH en el futuro.

Dichas alegaciones se aplican -y se han utilizado contra- los tres índices IRPH. Esto es especialmente relevante ya que el IRPH Entidades, con la adición de un diferencial, fue el elegido por la ley para reemplazar los índices que desaparecieron en 2013. Se aplica en los casos en que el contrato de préstamo o crédito no preveía un índice sustitutorio, o cuando la publicación del índice sustitutivo especificado en el contrato también se vio interrumpida¹⁶.

Es preciso tener en cuenta, además, que los préstamos hipotecarios concedidos en el marco de varios planes de vivienda social estaban sujetos a disposiciones reglamentarias que vinculaban el tipo de interés al IRPH Entidades, aunque con un coeficiente reductor¹⁷.

En al menos uno de cada diez préstamos hipotecarios concertados entre 2003 y 2007, el tipo de interés variable estaba referenciado a un índice IRPH¹⁸.

¹⁵ El AG Szpunar sugirió que el IRPH no era, de hecho, un índice de referencia: Caso C-125/18 *Gómez del Moral Guasch*, Conclusiones del AG Szpunar, ECLI:EU:C:2019:695, n. 78.

¹⁶ Ley 14/2013 (n. 9), DA 15.

¹⁷ Real Decreto 801/2005, de 1 de julio (art. 9.3).

Los juzgados de primera instancia reaccionaron de diferentes maneras ante las alegaciones de abusividad de los IRPH. Para algunos, la cláusula contractual que vinculaba el tipo de interés a un IRPH era válida. En cambio, en otros casos la cláusula y/o el propio índice se consideraron abusivos por falta de transparencia, y se sostenía que el préstamo hipotecario debía continuar sin interés alguno o aplicando únicamente el diferencial, si lo había. Un enfoque menos favorable a los intereses económicos del consumidor llevó a algunos tribunales a aplicar el índice de sustitución previsto en el contrato de préstamo o crédito o, si no existía un índice de sustitución o si éste también se había interrumpido, el IRPH Entidades más un margen, según lo dispuesto por la ley. Lo cierto es que se podía llegar a esta conclusión tanto si se consideraba válida la cláusula que incluía el IRPH como si no. Otras sentencias simplemente dictaminaron que el IRPH (abusivo) debía ser sustituido por el Euribor (es decir, el índice más habitual)¹⁹.

El enfoque de las audiencias provinciales tampoco ha sido uniforme, oscilando entre las que consideraban que el IRPH era nulo y sin efecto debido a la falta de transparencia²⁰ hasta las que consideraban que cumplía los requisitos de la D. 93/13²¹.

Cuando el Tribunal Supremo español (TS) juzgó la cuestión, su decisión fue pronunciada por el pleno del tribunal, aunque dos jueces discreparon. La sentencia, de fecha 14 de diciembre de 2017²², concluyó que la cláusula contractual sobre el tipo de interés, aunque define un elemento esencial del contrato, puede considerarse una condición general que puede no haber sido negociada individualmente. Por lo tanto, es susceptible de fiscalización en el marco de la D. 93/13 y su legislación de transposición. Se había llegado a una conclusión similar en relación con las cláusulas suelo²³ y con las hipotecas multidivisa²⁴. Sin embargo, el Tribunal Supremo consideró que, como el IRPH

¹⁸ Registradores de España (n. 3) 53.

¹⁹ Una lista completa de las decisiones de los tribunales inferiores en esta materia está disponible en: AUSFIN, Asociación de Usuarios de Servicios Financieros, Buscador de sentencias, <https://www.asufin.com/sentencias-listados/buscador-de-sentencias/>. Véase también IRPH Stop Guipuzcoa: <http://www.irphstop.eus/es/epaiak/> (último acceso, en ambos casos, el 30.5.2020).

²⁰ La Audiencia Provincial de Álava (País Vasco) fue pionera en mantener este enfoque: sentencia 10 de marzo de 2016 (ECLI:ES:APVI:2016:12). En sentido parecido, puede verse la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 4 de mayo de 2017 (ECLI:ES:APM:2017:3818).

²¹ Véanse, por ejemplo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de abril de 2016 (ECLI:ES:APB:2016:3807), 15 de enero de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:12913), 11 de octubre de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:8880) y 14 de diciembre de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:12398).

²² ECLI:ES:TS:2017:4308.

²³ Véanse, por ejemplo, las sentencias del TS de 9 de mayo de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:1916) y de 7 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3919).

era un índice oficial, su supervisión correspondía al gobierno y no a los tribunales civiles. El índice, como tal, se consideraba un índice dispositivo, en el sentido de la interpretación del TJUE del artículo 1.2 de la UCTD en este punto²⁵. Por lo tanto, los tribunales civiles solo debían evaluar si la cláusula estaba redactada de manera clara y comprensible, y si era transparente.

Según el Tribunal Supremo, un consumidor medio habría sido consciente del hecho de que los tipos de interés variables se fijaban utilizando métodos diferentes y habría estado en condiciones de comparar las condiciones ofrecidas por diferentes prestamistas en relación con un aspecto tan importante del préstamo. Citando al TJUE en *Andriciuc*²⁶, la sentencia del TS afirmaba que la transparencia debía evaluarse en el momento de la celebración del contrato, y no en una fecha posterior. La decisión del tribunal inferior, que el TS revocó, fue acusada de controlar retrospectivamente el precio del préstamo -es decir, precisamente lo que excluye el artículo 4.2 de la UCTD- por considerar que la aplicación del Euribor habría sido más conveniente para los intereses económicos del consumidor²⁷.

El TS rechazó también el argumento de que las obligaciones de transparencia conllevan el deber de proporcionar una comparación con otros índices o incluso de ofrecer el préstamo vinculando el tipo de interés a otros índices más favorables, como se había sostenido en primera instancia²⁸. El voto particular llegó a la conclusión opuesta, argumentando que el término IRPH no era transparente (y por lo tanto, era abusivo), y que debía ser sustituido por el Euribor.

En este contexto, el 16 de febrero de 2018, un juzgado de primera instancia presentó una cuestión prejudicial del CJEU en el caso Gómez del Moral Guasch contra Bankia SA.

2. Sentencia

La primera duda planteada por el tribunal remitente y reformulada por el TJUE de acuerdo con la opinión del AG Szpunar era si la cláusula contractual que preveía que el

²⁴ Véanse, por ejemplo, las sentencias del TS de 30 de junio de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:3002) y de 14 de noviembre de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:3627).

²⁵ Caso C-92/11 *RWE Vertrieb* [2013] EU:C:2013:180, párr. 26; Caso C-34/13 *Kušionová* [2014] EU:C:2014:2189, párr. 79; Caso C-186/16 *Andriciuc y otros* [2017] EU:C:2017:703, párrs. 29-30.

²⁶ *Andriciuc* (n. 25), párrs. 53 y 54.

²⁷ Además, esto es difícil de evaluar cuando un acuerdo hipotecario apenas ha alcanzado un tercio de su duración.

²⁸ El TS rechazó otras alegaciones como el hecho de que las entidades de crédito ofrecieran de mala fe préstamos vinculados al IRPH (es decir, sabiendo que no bajaría mientras que el Euribor sí lo haría), o que el índice fuera manipulado. También afirmó que era imposible para el acreedor proporcionar estimaciones sobre cómo se comportaría el IRPH en el futuro.

tipo de interés aplicable al préstamo se basaría en uno de los índices de referencia oficiales regulados por la legislación nacional entraba en el ámbito de la exclusión establecida por el artículo 1.2 D. 93/13. Siguiendo la interpretación estricta del significado de "imperativo" en decisiones anteriores²⁹, que sin embargo se considera que abarca las normas que rigen en defecto de pacto³⁰, el TJUE entiende que la inclusión del IRPH como índice de referencia no fue impuesta por la legislación, ni se aplicó en ausencia de un acuerdo entre las partes. Por lo tanto, la cláusula queda comprendida en el ámbito de la D. 93/13³¹.

En segundo lugar, el juzgado remitente pidió que se aclarara si un tribunal nacional puede verificar o no que un término como el que se cuestiona cumple el requisito de transparencia establecido en la Directiva 93/13, incluso cuando el párrafo 2 de su artículo 4 no se ha incorporado al derecho interno. El TJUE considera que es irrelevante si el artículo 4.2 se ha incorporado o no al derecho interno³². A la luz de reiterada jurisprudencia³³, debe cumplirse siempre el requisito de una redacción clara e inteligible (artículo 5 D. 93/13), incluso cuando una cláusula define el objeto principal del contrato, es decir, incluso cuando entra en el ámbito de aplicación del párrafo 2 del artículo 4 D. 93/13³⁴.

En tercer lugar, el tribunal remitente pidió que se aclarara qué información debería haber facilitado la entidad financiera al consumidor para cumplir con el requisito de transparencia, teniendo en cuenta que el índice en cuestión se considera complejo. En particular, quería saber si la entidad de crédito debería haber informado al consumidor del método utilizado para calcular el índice y de su evolución pasada y futura en comparación con el Euribor. El CJEU aplica la prueba de *Kásler*³⁵ y concluye que, para cumplir con las exigencias de transparencia, la cláusula debe permitir que "el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus

²⁹ *Andriuc* (n. 25), párrs. 27 y 31.

³⁰ *RWE Vertrieb* (n. 25), párr. 26; *Kušionová* (n. 25), párr. 79; *Andriuc* (n. 25), párrs. 29 y 30.

³¹ Como ya hiciera, de hecho, el TS en la citada sentencia de 14 de diciembre de 2017. Véase *Gómez del Moral* (n. 1), párrs. 32-4. AG Szpunar parece extender el control de la abusividad a las disposiciones que son imperativas en sentido estricto si son contrarias a la eficacia de la D. 93/13 (Conclusiones del AG Szpunar (n. 15), párr. 84).

³² *Gómez del Moral* (n. 1), párrs. 42, 47. Véanse las Conclusiones del AG Szpunar (n. 15), párrs. 88 a 98.

³³ Caso C-26/13.

³⁴ *Gómez del Moral* (n. 1), párr. 46.

³⁵ *Kásler* (n. 32), párr. 71

obligaciones financieras"³⁶. Aunque la sentencia no reproduce su razonamiento, el AG Szpunar distinguió el caso actual de *Kásler y Andriciuc*, referidos ambos a préstamos en divisas extranjeras o denominados moneda extranjera, principalmente porque el riesgo derivado de un tipo de interés variable no sería "potencialmente significativo" ni "imprevisible"³⁷.

En *Gómez del Moral*, el TJUE fue inusualmente concreto al especificar qué información se requiere para cumplir con el requisito de la transparencia. Según el TJUE, dos factores son particularmente relevantes: a) "el hecho de que la información esencial relativa al cálculo de dicho tipo sea fácilmente accesible a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, debido a la publicación del método utilizado para el cálculo de dicho tipo", y b) "el suministro de datos relativos a las fluctuaciones pasadas del índice"³⁸. La sentencia indica que la legislación nacional en el momento de concertar el contrato establecía obligaciones que, de cumplirse, parecerían satisfacer los requisitos de transparencia³⁹. La sentencia no hace referencia alguna a la necesidad de información adicional, como podría ser una estimación de la evolución futura del índice o una comparación con otros índices, pese a haberse preguntado expresamente⁴⁰.

Por último, se solicitaba que el TJUE determinase si, en caso de que la cláusula contractual se considerara abusiva, sería coherente con los artículos 6.1 y 7.1 D. 93/13 sustituir el IRPH por el Euribor, o establecer que el préstamo hipotecario debe funcionar sin generar intereses⁴¹. Tras recordar su jurisprudencia sobre la regla general contra la integración de la cláusula para preservar el efecto disuasorio de la D. 93/13⁴²,

³⁶ Párrs. 51, 56; *Kásler* (n. 32), párr. 75; *Andriciuc* (n. 24), párr. 45.

³⁷ Conclusiones del AG Szpunar (n. 15), párrs. 115 a 124

³⁸ Párr. 56.

³⁹ Véanse párrs. 53 a 55. En la actualidad, véase el art 13 (1) Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, reformada en este punto por el art. 58.1 del Reglamento (UE) 2016/1011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros o para medir la rentabilidad de los fondos de inversión, y por el que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2014/17/UE y el Reglamento (UE) n. 596/2014

⁴⁰ El AG distinguió entre "información" y "asesoramiento", concluyendo que "no cabe exigir al banco que ofrezca diferentes índices de referencia a los consumidores" y que el deber de información "no implica en absoluto que la entidad bancaria deba emplear u ofrecer al consumidor diferentes índices oficiales"(Conclusiones del AG Szpunar (n. 13), párrs. 114 y 123.

⁴¹ El AG Szpunar no se enfrentó a esta cuestión, ya que concluyó que la cláusula era transparente (pese a que en teoría dejaba la decisión a los tribunales del Estado); véanse las conclusiones del AG Szpunar (n. 15), párrs. 124 y 128.

⁴² Párr. 60.

el TJUE también destaca que cuando un contrato no puede subsistir sin la cláusula abusiva y ello expondría al consumidor a consecuencias especialmente desfavorables⁴³, como, en un préstamo o crédito hipotecario, por el hecho de que saldo pendiente venza inmediatamente⁴⁴, el tribunal podría sustituir esa cláusula por el índice aplicable en defecto de acuerdo entre las partes. Esto podría ocurrir en la medida en que pueda considerarse como un índice dispositivo en virtud de la legislación nacional, lo que el TJUE entiende concurre en el IRPH Entidades previsto por la L. 14/2013. Habida cuenta de esta conclusión, se considera innecesaria la solicitud de una limitación temporal de los efectos de la sentencia⁴⁵.

3. Comentario

Tras una serie de sentencias del TJUE que corrigieron claramente la interpretación dada por el TS español sobre el alcance y los efectos de declarar abusivas cláusulas incluidas en contratos de crédito hipotecario, tal vez no sorprenda que la decisión en *Gómez del Moral* se haya interpretado en la misma línea. Sin embargo, en realidad, el texto de la sentencia está lejos de conceder a los consumidores la protección a la que están acostumbrados.

El 3 de marzo de 2020, la prensa española, de todas las tendencias políticas, anunció que el TJUE había acudido una vez más al rescate de los consumidores, permitiendo que la cláusula de intereses referenciados al IRPH se considerara nula y que se reclamaran las cantidades pagadas indebidamente en el pasado, lo que costaría a las instituciones bancarias grandes sumas de dinero.

Ese mismo día se registraron ganancias en los precios de las acciones de esos mismos bancos. La reacción del mercado bursátil se debe a que, en realidad, la sentencia del TJCE apenas modifica la interpretación del TS español.

En efecto, afirma expresamente que, con independencia de que el artículo 4.2 D. 93/13 se haya transpuesto o no en España, la cláusula que define el precio del producto puede considerarse abusiva si no cumple con sus exigencias de transparencia, pero también porque el artículo 5 D. 93/13 se aplica, según el Tribunal, a todas las cláusulas contractuales.

Sin embargo, como es habitual, el TJUE deja la decisión sobre si la concreta cláusula es abusiva o no al tribunal nacional. No obstante, en este caso las directrices que proporciona a tal efecto parecen estar destinadas a impulsar decisiones favorables

⁴³ Párrs. 61 y 62.

⁴⁴ Párr. 63; véanse *Kásler* (n. 32), párrs. 83 y 84; casos C-70/17 y C-179/17 *Abanca* [2019] ECLI:EU:C:2019:250, párr. 58.

⁴⁵ Párrs. 68 a 72.

a la validez de las cláusulas que vinculan el tipo de interés a un IRPH. La sentencia señala su accesibilidad, reconociendo que estaba disponible en el momento de la celebración del contrato para todos los consumidores. Asimismo, los tribunales nacionales deberían determinar si se proporcionó a los consumidores información sobre el comportamiento pasado del índice, que era lo que la legislación española exigía para determinados préstamos hipotecarios en el momento en que el Sr. Gómez del Moral concluyó el acuerdo. Dicha legislación no obligaba a facilitar estimaciones futuras o comparaciones con índices más habituales, lo que probablemente explica que el TJUE tampoco parezca exigirlo. El TJUE no hace referencia al método de cálculo del índice, ni a la desventaja económica que podía suponer –seguramente, con posterioridad a la contratación- para los consumidores.

Por otra parte, concluir, como hace la sentencia, que sería aceptable revisar el contrato aplicando lo previsto en la Ley 14/2013⁴⁶, siempre que pueda considerarse un índice dispositivo en el derecho español, tiene implicaciones relevantes. En primer lugar, el TJCE acepta, sin más, que un contrato de crédito hipotecario no puede subsistir sin un tipo de interés, lo cual es, como mínimo, discutible. En segundo lugar, la sentencia implica que la sustitución del IRPH por el Euribor no se ajustaría a la legislación europea. Tercero, el concepto de "disposiciones supletorias" del TJUE parece ampliarse⁴⁷.

El índice de sustitución previsto por la Ley 14/2013 es efectivamente supletorio, pero no en el sentido en que a este término había dado antes la jurisprudencia europea. Está concebido para funcionar cuando el contrato no prevé las consecuencias de la supresión de uno o varios índices oficiales, pero no se aplicaría por defecto si las partes no se hubieran puesto de acuerdo sobre un índice para calcular un tipo de interés variable. De hecho, se puede considerar que, por defecto, si las partes no han acordado expresamente el interés, no se debe ningún interés (artículo 1755 del Código Civil español). Por lo tanto, de acuerdo con las disposiciones generales de derecho privado, aunque la percepción de los intereses es la columna vertebral del sistema de préstamos bancarios, el contrato de préstamo garantizado con hipoteca es capaz de seguir existiendo sin la cláusula de intereses. Esto es lo que el Gobierno español supuso que sería el resultado de permitir que la cláusula que incorporaba el IRPH fuera declarada contraria a la D. 93/13 y explica por qué solicitó la limitación temporal de los efectos de la sentencia del TJUE. Naturalmente, dada la decisión finalmente alcanzada, esta petición fue rechazada, ya que las implicaciones financieras para el sector bancario serían insignificantes. Las conclusiones a las que finalmente se llegó no parecen ser el resultado de un incorrecto entendimiento del marco legal español por parte del TJUE.

⁴⁶ Esto es, el IRPH Entidades más un diferencial.

⁴⁷ Véase también *Abanca* (n. 43), párrs. 61 a 64.

A la luz de lo anterior, era razonable que los mercados y el sector bancario reaccionaran positivamente a la sentencia. Sin embargo, la realidad es tanto lo que sucede como lo que se dice que ha sucedido. Casi inmediatamente tras la publicación de la sentencia del TJUE, algunos juzgados de primera instancia españoles se aferraron a la descripción que hicieron los medios de comunicación de las repercusiones de la decisión, contribuyendo así a construir un ejemplo de manual de cómo los formantes meta-jurídicos pueden configurar el cuerpo de la ley. La justificación general de la integración del contrato y la aplicación del Euribor, como hicieron la mayoría de las decisiones recaídas en este período, no es otra que el objetivo de proteger a la parte más débil de la transacción. No se llegaría a tal resultado aplicando el índice de sustitución establecido por la Ley 14/2013 y aceptado como alternativa válida por el TJUE⁴⁸.

Por el contrario, dos sentencias de las Audiencias Provinciales de Sevilla⁴⁹ y de Barcelona⁵⁰ han considerado que la cláusula que incluye el índice IRPH cumplía con los requisitos de transparencia y equidad de la D. 93/13, aplicando las comprobaciones aportadas por el TJUE en *Gómez del Moral*. La opinión del Juzgado de Barcelona fue emitida por el juez remitente en los casos *Aziz*⁵¹ y *Uber*⁵².

Queda por ver lo que el TS decidirá en un futuro próximo. Por una vez, si juzgara a favor del sector bancario no estaría en desacuerdo con el TJUE, siempre que la opinión de éste no varíe al decidir sobre la petición de *Cardus Suárez* de una nueva decisión prejudicial sobre el mismo tema⁵³ o sobre las peticiones de aclaración sobre *Gómez del Moral* del juzgado remitente. Quizás tanto el TJUE como los tribunales superiores españoles se dan cuenta de que anular un índice oficial como el IRPH podría llevar al mismo resultado si, dado el correcto escenario financiero, se impugnara el Euribor por motivos similares. Y ello no parece impensable, habida cuenta de su historial de prácticas colusorias, su futuro incierto y cuestionado y su complejidad para el consumidor medio. Si esto ocurriera, las consecuencias serían devastadoras para el sector financiero.

⁴⁸ Véase n. 18.

⁴⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 23 de abril de 2020 (JUR 2020\140157).

⁵⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de abril de 2020 (JUR 2020\140158).

⁵¹ Caso C-415/11 *Mohamed Aziz* [2013] ECLI:EU:C:2013:164.

⁵² Caso C-434/15 *Asociación Profesional Élite Taxi v Uber Systems Spain SL* [2017] ECLI:EU:C:2017:981.

⁵³ Caso C-352/18 *Jaime Cardus Suárez* [2018] DO C 285/26. Por otro lado, el AG Szpunar dejó la puerta abierta a analizar la cláusula en términos de buena fe y desequilibrio en perjuicio del consumidor ex arts. 3(1) y 5 D. 93/13, incluso si se consideraba transparente; véanse las Conclusiones del AG Szpunar (n. 15), párr. 127.

4. *Post Scriptum*

Con posterioridad a la elaboración de este trabajo, se retiró la cuestión prejudicial *Cardus Suárez* (26 de octubre de 2020), el TS se pronunció sobre la cuestión en una sentencia de 6 de noviembre de 2020 (en relación con préstamos para financiar la adquisición de viviendas de protección oficial) y en cuatro sentencias de 12 de noviembre de 2020, además de haber recaído una pluralidad de resoluciones de tribunales inferiores y de circular la idea de que puede plantearse una nueva cuestión prejudicial para solicitar aclaraciones por parte del TJUE.

En la llamada jurisprudencia menor, destaca la SAP de Valencia (Sec. 9) de 1 de junio de 2020, que aplicó a rajatabla los parámetros fijados por el TJUE en *Gómez del Moral Guasch*: al faltar la información relativa a la evolución del IRPH en los dos años anteriores a la conclusión del préstamo, se considera que la cláusula que lo recoge no supera el control de transparencia. De ello se deduce, en la línea de la actual redacción del art. 83 del texto refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, la nulidad directa. Y ello conduce a la aplicación del IRPH Entidades, tal y como establece la Ley 14/2013 para el caso en que en el contrato de préstamo o crédito no se hubiese establecido ningún índice sustitutorio o que el establecido hubiese dejado de publicarse. Como queda dicho, el resultado para el consumidor es, en términos económicos, idéntico a si la cláusula no se hubiese considerado abusiva.

El TS, en cambio, pese a constatar que ese mismo requisito relativo a la información sobre la evolución del índice en los dos años anteriores al contrato pudo no haberse cumplido en los casos tratados y que, por consiguiente, no se superaba el control de transparencia, ha considerado que ello no conduce directamente a la nulidad de la cláusula (a diferencia de lo que concluyó en cuanto a las cláusulas suelo en 2013), sino que abre las puertas al análisis del desequilibrio en perjuicio del consumidor contra las exigencias de la buena fe; es decir, al análisis de la abusividad. Y decide, con base en una pluralidad de argumentos, que no se dan las condiciones necesarias para eliminar la cláusula por este motivo. Es el mismo criterio que mantuvieron algunas Audiencias Provinciales tras la sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020.

La doctrina del Tribunal europeo en este punto es resbaladiza. Quizá el exponente más claro favorable a la tesis que sigue el TS se encuentra en la sentencia de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*, párr. 64, pero en otros casos se deduce únicamente de una interpretación *a contrario* y no necesariamente querida, de lo que el TJUE explica. De hecho, en las conclusiones del AG que precedieron a la decisión en *Gómez del Moral Guasch*, se puede detectar una pauta de razonamiento que quizá tenga más sentido: si la cláusula relativa al precio del contrato es clara y transparente, ello no quita que pueda ser todavía declarada abusiva (párr. 127).

Y es que, en realidad, parece que no responde a la lógica que una cláusula relativa a un aspecto accesorio del negocio quede eliminada del mismo por el hecho de no

cumplir las exigencias que marca el principio de transparencia (quizá incluso la puramente formal) y, en cambio, la relativa a un elemento principal deba entenderse incorporada pese a no ser transparente, cuando el perjuicio para el consumidor puede ser mucho mayor.

Otra cosa es que el concreto aspecto en que se fijó el TJUE para valorar la transparencia pueda parecer hasta cierto punto secundario o quizá elegido pensando en que seguramente se habría cumplido de manera rutinaria al venir establecido por la legislación sobre transparencia. Y ello lleva a preguntarse si no se habría incumplido también al comercializar préstamos referenciados al Euribor, que, ciertamente, como indica el TS, no superaría ninguna prueba de comprensibilidad real en cuanto al método de cálculo y cuya manipulabilidad ha quedado acreditada (en concreto, fueron sancionadas en 2012 y 2013 cuatro entidades, tres de las cuales, por cierto, integran el panel de dieciocho bancos representativos cuyas comunicaciones contribuyen a fijar el índice, en su nuevo formato de transparencia robustecida). Como se apuntaba, un alud de impugnaciones relativas con este índice sí sería catastrófica para el sector y quizá ello explique las reticencias a sentar precedentes peligrosos en este sentido.

Por último, y en cuanto a las consecuencias de declarar nula la cláusula que refiere el tipo de interés al IRPH, a mi juicio no hay inconveniente en sancionar al predisponente con la pérdida de remuneración, tal y como sucede en otros sistemas si se concede el préstamo pese a un análisis negativo de la solvencia del prestatario. Aunque esto es discutible, lo que a mi modo de ver no tiene ningún fundamento legal es aplicar el Euribor en lugar del índice declarado no transparente y/o abusivo: no se trata de un índice aplicable en defecto de pacto y constituye, por tanto, un claro ejemplo de integración del contrato, contraria a la reiteradísima doctrina del TJUE, y cuya única explicación radica en el hecho de que, en estos momentos, resulta más económico para el consumidor. Pero ¿qué sucedería si en unos años el Euribor, establecido por el tribunal, se disparase al alza? Resulta sorprendente que el voto particular a las sentencias del TS de 12 de noviembre de 2020 insista en ello, incluso en un supuesto en que el préstamo databa de abril de 1999, es decir, era anterior a la primera publicación del Euribor en España y, por supuesto, a su uso generalizado, que acompañó al cambio de moneda. Al menos en este concreto caso, la condena en costas no parece fuera de lugar.

El TS hace referencia al hecho de que en los contratos de préstamo se preveía que el consumidor pudiese satisfacer anticipadamente lo debido caso de no estar conforme con la revisión periódica del tipo de interés que le comunicase la entidad. Claramente, para hacerlo, en la mayoría de los casos, habría sido preciso acudir a financiación por parte de una entidad distinta, cosa que, para muchos, durante la crisis, sencillamente no era una opción. Pero quizá lo fue con posterioridad y, en todo caso, para aquellos que no tuviesen dificultades para hacer frente a los pagos, la subrogación hubiera sido una vía mucho más rentable que el largo peregrinaje judicial para conseguir, en el mejor de los casos, una recompensa económica insignificante.



Este obra está bajo una
licencia de [Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-
SinObraDerivada 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).