

ANÁLISIS DEL IRPH: LODAZAL DE LA BANCA

No llueve sobre mojado en materia de cláusulas abusivas en el ámbito de la contratación bancaria. Simple y llanamente, las últimas conclusiones del Abogado General Sr. Maciej Szpunar sobre el IRPH han supuesto la última gota que ha desbordado ya un torrente incontrolable. La presa construida, al alimón, entre el regulador y el mismísimo Tribunal Supremo, no ha bastado para frenar el lodazal provocado por el continuo abuso de la banca.

En España, se calcula que existen aproximadamente un millón de préstamos hipotecarios referenciados al IRPH, que supondrían entre un 10% y un 20% de las operaciones de financiación hipotecaria. Durante años se comercializaron estas hipotecas bajo el argumento de ofrecer un indicador más estable, menos volátil y por tanto más seguro que el EURIBOR. Sin embargo, ausente en el proceso de información, reinó nuevamente la opacidad y ello se tradujo en que las familias hipotecadas bajo el índice de IRPH soportaran una media de 20.000 euros más que lo que hubieran abonado bajo el EURIBOR para un préstamo medio de 180.000 euros a 20 años.

El IRPH, en sus tres variedades históricas (IRPH-Cajas; IRPH-Bancos; IRPH-Entidades), es un índice oficial introducido en la Norma Sexta Bis de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, modificada por la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España. El Anexo VIII de la Circular 8/1990 define el IRPH como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para la adquisición de vivienda libre que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorro y las sociedades de crédito hipotecario. La norma segunda de la misma circular determina la información que ha de ser remitida al Banco de España para que este confeccione y publique los índices o tipos de referencia del Mercado Hipotecario. No obstante ser el Banco de España quien confeccione el índice, resulta obvio, como aprecia la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Moguer de 28 de mayo de 2018, que si es determinado a partir de los datos que mensualmente entregan las entidades financieras a partir de su propio comportamiento en el otorgamiento de financiación, en su mano está variar, atendiendo a su conveniencia, los intereses que aplican, influyendo con ello en la determinación del IRPH que se aplicará al mes siguiente a los préstamos que tomen este propio índice como referencia.

Ya en el año 2011, la UE recomendó al Estado español que los tipos de IRPH Cajas, IRPH Bancos y CECA dejaran de ser publicados en el BOE debido a su poca transparencia, lo cual ya de por sí, resulta extraordinariamente significativo.

Tanto el IRPH-Cajas como el IRPH-Bancos son dos índices en desuso actualmente, siendo el único subsistente el denominado IRPH-Entidades que sustituyó a los dos precitados tras la aprobación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores, en virtud de cuya Disposición Adicional 15ª, dejaron de aplicarse con efectos de 1 de noviembre de 2013. Igualmente, por imposición de la citada DA 15ª de la Ley 14/2013, se establece

–no sin indignación para los consumidores- que las partes carecerán de acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo o crédito como contrapartida de la aplicación de lo dispuesto en la misma.

De este modo, las referencias a los tipos previstos de IRPH-Cajas e IRPH-Bancos deben haber sido mudadas por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato. Y, de no existir la previsión de aplicación de un índice sustitutivo, la sustitución se realizará por imperativo legal por el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo. Desde luego resulta cuanto menos difícil justificar que se mantenga a ultranza la operatividad de unos índices que han dejado de publicarse oficialmente, en los contratos suscritos en la época en que la autoridad financiera los determinaba e iba actualizando periódicamente. Especialmente, tras haberse revelado que otros índices como el EURIBOR han resultado ser más ventajosos para el consumidor.

El problema esencial de los préstamos vinculados al índice IRPH, radica tanto en los recelos que ha suscitado su posible manipulación por las entidades, como sobre todo en la falta de transparencia en su comercialización, habiendo quedado

El tipo de ITRPH no era un tipo medio de intereses, sino un indicador de costes medios, pues en realidad comprendía la media los costes totales de las operaciones que habían suscrito los prestatarios, lo que no solo comprendía los intereses como pudiera pensarse inicialmente, sino también las comisiones y gastos, esto es, eran tipos anuales equivalentes. Y efectivamente, la cuestión no es baladí, pues en absoluto es lo mismo referir un préstamo a un índice simple, como acontece con el EURIBOR, al que se adiciona un diferencial para conformar el tipo de interés de la operación, que referir el préstamo a un indicador de costes medios totales. Por esta razón, necesariamente, el Tipo IRPH siempre operó irremediablemente por encima del Euribor, ya que el este constituía un simple índice de referencia y al computar los demás costes añadidos al préstamo ineludiblemente el resultado final sería superior. Y, a mayor desgracia para los prestatarios de este tipo, al haberse tomado en consideración para la conformación del IRPH la totalidad de los costes (comisiones y gastos incluidos), ello supondría una nueva duplicidad de aquellos cuando nuevamente se le vuelvan a aplicar estas comisiones y gastos, como si fuera algo consustancial y no tenido en cuenta a la hora de ofrecerle el interés al prestatario bajo la fórmula de IRPH.

Las Audiencias Provinciales han venido desestimando de modo mayoritario el carácter manipulable del IRPH como evidencian la SAP de Guipúzcoa, Sección 2ª, de 29 de octubre de 2015; SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 22 de enero de 2016; SAP de Zaragoza, Sección 5ª, de 10 de febrero de 2016; SAP de Segovia, Sección 1ª, de 19 de mayo de 2016; SAP de Oviedo, Sección 1ª, de 11 de julio de 2016; SAP de Baleares, Sección 5ª, de 28 de julio de 2016; SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 4 de octubre de 2016.

Todas estas resoluciones se han basado tradicionalmente en el carácter oficial del índice IRPH y su supervisión por el Banco de España. Siendo estas dos premisas ciertas, tras los escándalos padecidos en Reino Unido con el LIBOR, que llevaron a constatar por la mismísima Autoridad de Servicios Financieros Británica (FSA) sus manipulaciones a favor de los intereses de las entidades o la inanidad del Banco de España en la comercialización de productos complejos en España, sobreendeudamiento del consumidor, salidas irregulares a Bolsa de entidades financieras como Bankia o ampliaciones de capital de otras que han acabado en la venta del Banco Popular por un euro, no es extraño que subsistan las razones para poner en tela de juicio estos argumentos. Y es que a ningún jurista o ciudadano se le escapa hoy en día, que aquellos dogmas de fe inefables por los que pensábamos que una entidad financiera no podía haber elevado un contrato a público con millones de consumidores plagado de cláusulas abusivas o que la salida a bolsa de una entidad financiera o su ampliación de capital contaba con una férrea supervisión de la autoridad bancaria o bursátil, son ya papel mojado. Aquellos tiempos en los que invocar judicialmente que un contrato otorgado ante notario por un usuario con una entidad financiera de renombre se pensaba casi imposible, son ya un recuerdo de una época pasada. Ahora, más que nunca, sabemos, que cuando una entidad financiera o aseguradora, una fabricante internacional de vehículos o una aerolínea ofrece un producto, es perfectamente posible –y contrastado por la experiencia con el aval judicial de nuestros tribunales- que la información ofrecida al usuario sea premeditadamente falaz. En el caso del IRPH son las propias entidades las que facilitan los datos para su elaboración. Y visto lo vivido en el ámbito financiero, admitir como verdad indubitada la realidad de estos datos, es de una inocencia pueril manifiesta. Ello no quiere decir tampoco que el IRPH ha sido sin lugar a duda objeto de continua manipulación, pero desde luego no puede aceptarse el argumento de que por su carácter oficial y sometimiento a la disciplina supervisora del Banco de España es inmune.

La línea de defensa sin embargo que ha tenido mejor acogida en nuestros tribunales ha sido la falta de transparencia en el proceso de contratación. Las Sentencias del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao, de 17 de marzo de 2015 o 15 de enero de 2016, concluyen su imposición unilateral por la entidad, sin haber explicado previamente al prestatario sus consecuencias económicas. La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia, de 18 de noviembre de 2015, apunta también a su falta de transparencia. Y a nivel de Audiencias Provinciales, ha acogido esta senda con firmeza para decretar la nulidad por falta de transparencia las SSAP de Álava, Sección 1ª, de 10 de marzo, 31 de mayo, 20 de octubre, o 2 y 17 de noviembre de 2016.

Ciertamente, como reflexiona la Magistrada del Juzgado de 1ª instancia nº 6 de Reus, la propia normativa bancaria y la Directiva 2014/17, ponen de relieve, que aun tratándose de índices oficiales, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable, y que en el caso del IRPH, este se componía de tal índice, más un diferencial, no bastaba para que el consumidor pudiera adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin tener que realizar un análisis minucioso y pormenorizado del mismo y de las

propias disposiciones reglamentarias que definían los índices, pues en tal caso, -además de que estaríamos mudando la noción de un consumidor medio y normalmente informado, por la de un consumidor formado en conocimientos bancarios, cuando el contenido de las Ordenes y Circulares que disciplinan la materia, resulta complejo para profanos e normativa bancaria-, las previsiones normativas que imponen al profesional la obligación de informar sobre la evolución de los índices, e incluso su concreta repercusión cuantitativa en cada cuota, resultarían superfluas e innecesarias.

Con tal déficit informativo por parte del prestamista en el contexto de la negociación del contrato, un consumidor medio, no podía conocer por la mera lectura de la cláusula y la sola publicación del índice de referencia elegido por el prestamista, al que se adicionaba un margen positivo, las consecuencias económicas potencialmente importantes para él de la aplicación de la cláusula controvertida para el cálculo de las cuotas de devolución a cuyo pago estaría obligado en definitiva, y por tanto el coste total de su préstamo, ni estaba tampoco en condiciones de comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar; pues como advierte la sentencia del TS de 7 de noviembre de 2017, *“No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás, y las repercusiones que tal cláusula puede conllevar en el desarrollo del contrato”*.

El Tribunal Supremo, en su conocida Sentencia de 14 de diciembre de 2017, concluye la validez de la aplicación de un índice IRPH Entidades más un diferencial del 0,5% predispuesto por KUTXABANK, al entender que es el resultado de un índice legal y ser transparente. En síntesis, el Tribunal Supremo entiende en esta resolución que, aún reconociendo el carácter de condición general de la condición y por ende su predisposición por la entidad, la cláusula es válida por tratarse de un índice legal en virtud de la habilitación al Banco de España para definir un conjunto de índices o tipos de referencia oficiales y susceptibles de aplicación a los préstamos hipotecarios a más de 3 años destinados a la adquisición de vivienda libre, conforme a la Orden de 5 de mayo de 1994 -hoy derogada-. Por ello, excluye esta condición del control de transparencia en aplicación del artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE, concordante con el art. 4.2 LCGC. Y a ello añade, que la cláusula está redactada de forma gramaticalmente clara y es comprensible.

Siendo estos argumentos sujetos a un intenso debate doctrinal como evidencian la abundancia de resoluciones proclives a su nulidad y las posteriores cuestiones prejudiciales planteadas, lo que resulta difícil de admitir es el segundo de sus razonamientos cuando sostiene que el índice IRPH es claro y comprensible, distanciando nuevamente al Alto Tribunal del común de los consumidores y en otra realidad paralela. Sostener que el usuario conocía las consecuencias jurídicas y económicas de este índice y que por ello supera también el principio de transparencia, resulta extraordinariamente desafortunado, pues a la luz de la propia desaparición posterior de los índices

es poco sostenible defender que se podía tener un conocimiento jurídico de sus implicaciones y desde luego por el modo de conformar el propio IRPH, resulta inverosímil que el usuario conociera sus consecuencias económicas

En este contexto, y tras haberse planteado el Tribunal Supremo dudas en cuanto a la aplicación del Derecho de la Unión Europea, como evidencia la existencia de dos votos particulares – ORDUÑA MORENO y ARROYO FIESTAS-, el Tribunal Supremo tenía la obligación de haber planteado cuestión prejudicial al TJUE. Esta omisión implica una infracción del art. 24 CE. Y en este sentido, recuerda como la STC 232/2015, de 5 de noviembre apuntó que es contrario al derecho a un proceso con todas las garantías *“dejar de aplicar una ley interna, sin plantear cuestión de inconstitucionalidad, por entender un órgano jurisdiccional que esa ley ces contraria al Derecho de la Unión Europea, sin plantear tampoco cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es contrario al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) si existe una duda objetiva, clara y terminante, sobre esta supuesta contradicción (STC 58/2004)”*.

Tras esta Sentencia de 14 de diciembre de 2017, disconformes con el razonamiento del Alto Tribunal se han elevado distintas cuestiones prejudiciales al TJUE, como las planteadas por el Juzgado de 1ª Instancia nº 38 de Barcelona por Auto de 16 de febrero de 2018, el Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Reus por Auto de 15 de mayo de 2018 o la AP de Almería, Sección 1ª, por Auto de 20 de marzo de 2018. El TJUE aunque ha acordado la tramitación de las cuestiones prejudiciales planteadas (Asuntos C-125/18 en el caso de la de Barcelona al que se acumularán las sucesivas), lamentablemente no aplicará en este caso el procedimiento acelerado para su resolución. Ante las cuestiones prejudiciales planteadas y la respuesta del TJUE, la tesis más razonable para los asuntos en curso es acordar la suspensión de su tramitación.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en virtud de Auto de 10 de abril de 2018, denegaba la solicitud de tramitación de la cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 38 de Barcelona por los cauces del procedimiento acelerado. A diferencia de lo acontecido en otros precedentes (ATJUE de 5 de junio de 2014, Sánchez Morcillo y Abril García, C-169/14, EU:C:2014:1388, apartados 11 y 12), el Tribunal de la Unión rechazaba la especial celeridad impetrada valorando que en esta ocasión no nos hallábamos ante un procedimiento de ejecución en el que el usuario corriera el riesgo de perder su vivienda. La incertidumbre, se prolongaba.

La Comisión Europea, en fecha de 31 de mayo de 2019, ha emitido sus conclusiones en el Asunto C-125/18 con relación a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de 1ª Instancia 38 de Barcelona, abriendo la vía a una posible declaración de abusividad, con las siguientes indicaciones:

A la primera cuestión:

El artículo 1, apartado 2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que esta Directiva se aplica a una cláusula como la controvertida en el asunto principal, que establece un tipo de interés variable basado en un índice que está regulado por disposiciones

reglamentarias o administrativas, dado que dichas disposiciones no son imperativas sino que el tipo de interés variable y remuneratorio se incorpora al contrato de forma opcional por el profesional.

A la segunda cuestión:

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

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

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

A la tercera cuestión:

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

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

A falta de acuerdo en el plazo concedido, el juez podrá proceder a integrar el contrato con un índice de su elección, entre los usuales en el mercado".

Y en la misma línea, el Abogado General Sr. Maciej Szpunar, hacía lo propio el 10 de septiembre de 2019, manifestándose en contra del criterio del TS tanto en lo atinente al sometimiento a la Directiva 93/13 de la cuestión litigiosa como en lo referido a la falta de transparencia, considerando que la fórmula matemática de cálculo resulta compleja y poco transparente para el consumidor medio. Las conclusiones del Abogado General sonrojaban nuevamente a nuestro Tribunal Supremo, y lo que es peor, al propio Gobierno español que una vez más, al igual que en los precedentes de la cláusula suelo, la hipoteca multidivisa, el vencimiento anticipado y tantas otras, se posicionaba junto a la banca. En las conclusiones del Abogado General, con un admirable análisis del contexto jurídico nacional y comunitario, se da respuesta a las tres cuestiones nucleares formuladas.

En primer término se concluye que efectivamente, la cláusula de IRPH está sometida a la Directiva 93/13 y no cabe alegar la excepción prevista en el artículo 1.2 de la misma. En las conclusiones, se desliza un inusitado reproche al Gobierno español, recordándole el principio superior que representa el efecto útil de la Directiva 93/13 respecto de cualquier eventual disposición imperativa. Así se responde por el Abogado General:

82. Habida cuenta de que la excepción prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe ser interpretada estrictamente y sin perjuicio de las ulteriores comprobaciones que pueda efectuar el órgano jurisdiccional remitente, de las anteriores consideraciones se desprende que la cláusula controvertida está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y que el carácter potencialmente abusivo de esta cláusula contractual puede ser objeto de un control jurisdiccional.

83. En cualquier caso, como ya he señalado en el punto 72 de las presentes conclusiones, aun cuando el órgano jurisdiccional remitente considerara que las disposiciones aplicables en el litigio principal eran obligatorias para las entidades bancarias, soy de la opinión de que la cláusula controvertida está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. En efecto, el mero hecho de que una disposición nacional permita a una entidad bancaria incluir opcionalmente en las condiciones

generales de un contrato de préstamo hipotecario un índice tras haberlo elegido entre los distintos índices de referencias oficiales previstos en esta disposición es suficiente, desde mi punto de vista, para considerar que dicha disposición no es imperativa en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 y, por lo tanto, que esta Directiva resulta aplicable. En efecto, queda fuera de toda duda, a mi parecer, que la excepción prevista en esta disposición no puede aplicarse a una cláusula contractual que refleja una disposición legal o reglamentaria que restringe o limita la autonomía de la voluntad de las partes sin por ello eliminarla.

84. *Además, no veo cómo un Estado miembro podría afirmar que una cláusula contractual no es abusiva en la medida en que esta cláusula refleja una disposición imperativa cuyo contenido es contrario al efecto útil de la Directiva 93/13.*

85. *Por lo tanto, habida cuenta de cuanto expuesto, considero que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual pactada entre un consumidor y un profesional, como la controvertida en el litigio principal, que fija un tipo de interés tomando como valor de referencia uno de los seis índices de referencia oficiales legales que pueden ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios con tipo de interés variable, no está excluida de su ámbito de aplicación.*

La segunda cuestión prejudicial es una carga de profundidad contra todo el sistema español de control de cláusulas abusivas. En ella se atesoran cuestiones trascendales para la protección del consumidor aún no resueltas con la suficiente claridad como son la debatida falta de transposición del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 a nuestro ordenamiento, la información que el profesional ha de facilitar para considerar la cláusula transparente y si la ausencia de información puede considerarse desleal.

El Abogado General, con expreso tono reiterativo, vuelve a insistir en que ya el TJUE advirtió en la STJUE de 3 de junio de 2010 de la imposibilidad de abstenerse de apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual, redactada de manera clara y comprensible, referida al objeto principal del contrato, cuando esta disposición no ha sido transpuesta en el ordenamiento jurídico por el legislador nacional, explicitando que *“tal como se desprende de los autos remitidos al Tribunal de Justicia, la Ley 7/1998, no ha incorporado el artículo 4, apartado 2, al ordenamiento interno”*. En el epígrafe 91 de las referidas Conclusiones del Abogado General Maciej Szpunar de 10 de septiembre de 2019 da respuesta también a la consideración expuesta por el TS en su Sentencia de 18 de junio de 2012 y el Gobierno español en las que se trataba de defender la voluntad del legislador español había sido la de trasponer el artículo 4.2 de la Directiva. Maciej Szpunar advierte que dichos razonamientos son contrarios a la jurisprudencia de del TJUE relativa a la transposición de las Directivas, y en particular, a los principios de seguridad jurídica, de transparencia y de cooperación leal. En consecuencia, el órgano judicial nacional, no puede invocar el art. 4.2 de la Directiva para abstenerse de apreciar el carácter eventualmente abusivo de una cláusula redactda de clara y

comprensible y referida al objeto principal del contrato. Esto reabre nuevamente este espinoso debate, y como al día de hoy a quien favorece es a los consumidores, no es de extrañar que el Gobierno de turno insuflado por los lobbies de costumbre, se apresure a una rápida reforma para parchear la Ley en ese sentido.

La cuestión más compleja a dilucidar pivotará sobre la valoración de la transparencia ligada a la cláusula IRPH. El Abogado General ha determinado que no cabe exigir al banco que ofrezca diferentes índices de referencia a los consumidores, entendiendo que 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. En las conclusiones presentadas se determina que la entidad bancaria cumplió la exigencia de transparencia impuesta por la Directiva 93/13. Ahora bien, habrá de descenderse al análisis de información y negociación presentada al usuario para valorar si la entidad financiera cumplió las obligaciones de información previstas en la normativa entonces vigente 8/1990. Sobre este particular añade el Abogado General:

“125. En estas circunstancias, con objeto de orientar al órgano jurisdiccional remitente en estas comprobaciones, es preciso considerar que la información que el profesional debe facilitar para cumplir, con arreglo al artículo 4, apartado 2, y al artículo 5 de la Directiva 93/13, la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés tomando como valor de referencia un índice de referencia legal como el IRPH Cajas, cuya fórmula matemática de cálculo resulta compleja y poco transparente para un consumidor medio, debe, por una parte, ser suficiente para que este pueda tomar una decisión prudente y con pleno conocimiento de causa en lo que se refiere al método de cálculo del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo hipotecario y a los elementos que lo componen, especificando no solo la definición completa del índice de referencia empleado por este método de cálculo, sino también las disposiciones de la normativa nacional pertinentes que determinan dicho índice y, por otra parte, referirse a la evolución en el pasado del índice de referencia escogido”.

A tenor de estas precisiones, habrá de descenderse al análisis del concreto clausulado contractual para valorar su trascendencia, prestando especial atención a la inclusión de las disposiciones normativas aplicables y la evolución en el pasado del índice, lo que nos vuleve a aproximar, aunque sea en otro contexto, a la idea de los “escenarios”. No es que se pueda predecir lógicamente la evolución futura, pero si desde luego ofrecer al menos unas pautas de lo que hasta el momento ha acontecido.

Mantiene el Abogado General la incógnita sobre su parecer en lo concerniente a otras dos cuestiones extraordinariamente interesantes: los efectos de la eventual nulidad a efectos de remuneración del préstamo en caso de apreciarse el carácter abusivo, ya sea por la aplicación del índice sustitutorio habitual o por dejar de aplicar el interés con la única obligación de devolver el capital prestado en los plazos estipulados por parte del prestatario y si la

ausencia de información puede considerarse desleal. Esta duda referida a la consecuencia de la eventual nulidad del IRPH ya permiten acercar la articulación de peticiones subsidiarias en las demandas, señalando como es lógico la ausencia de devengo interés como petición principal y la aplicación del índice sustitutivo con carácter subsidiario. Y tras estas cuestiones, se vislumbran también nuevas posibles cuestiones prejudiciales sobre aquellas consecuencias.

Y en síntesis de las consideraciones precedentes, el Abogado General Szpunar, traslada finalmente al TJUE las siguientes conclusiones:

- «1) La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual pactada entre un consumidor y un profesional, como la controvertida en el litigio principal, que fija un tipo de interés tomando como valor de referencia uno de los seis índices de referencia oficiales legales que pueden ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios con tipo de interés variable, no está excluida del ámbito de aplicación de esta Directiva.
- 2) El artículo 8 de la Directiva 93/13 se opone a que un órgano jurisdiccional nacional pueda aplicar el artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva para abstenerse de apreciar el carácter eventualmente abusivo de una cláusula, como la controvertida en el litigio principal, redactada de manera clara y comprensible y referida al objeto principal del contrato, cuando esta última disposición no ha sido transpuesta en su ordenamiento jurídico por el legislador nacional.

La información que el profesional debe facilitar al consumidor para cumplir, con arreglo al artículo 4, apartado 2, y al artículo 5 de la Directiva 93/13, la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés tomando como valor de referencia un índice de referencia legal como el índice de referencia de préstamos hipotecarios de las cajas de ahorro (IRPH Cajas), cuya fórmula matemática de cálculo resulta compleja y poco transparente para un consumidor medio debe:

- por una parte, ser suficiente para que el consumidor pueda tomar una decisión prudente y con pleno conocimiento de causa en lo que se refiere al método de cálculo del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo hipotecario y a los elementos que lo componen, especificando no solo la definición completa del índice de referencia empleado por este método de cálculo, sino también las disposiciones de la normativa nacional pertinentes que determinan dicho índice, y,
- por otra parte, referirse a la evolución en el pasado del índice de referencia escogido.

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

De cara a los préstamos suscritos tras la LCCI, su artículo 14.5, dedicado curiosamente a la discutida transparencia, está claramente orientado a la pervivencia de este tipo de índice, al establecer:

“Sin perjuicio de la libertad contractual, podrán ser aplicados por los prestamistas los índices o tipos de interés de referencia que publique el Ministerio de Economía y Empresa por sí o a través del Banco de España, conforme a lo establecido en el artículo 5 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito.