

LA TORMENTA DEL IRPH Y EL NAUFRAGIO DE LOS CONSUMIDORES A LA ESPERA DE LA CALMA

The storm of the IRPH and the shipwreck of consumers waiting for calm

MARÍA JOSÉ ALAMAR CASARES

Abogada. ICAV 12738. Doctora en Derecho.
Colabora con la Cátedra d'Habitatge y la Cátedra Animales y
Sociedad de la Universidad Rey Juan Carlos. UV.
Facultad de Derecho. Socia de Aliter Abogados

Revista de Derecho del Sistema Financiero 4
Julio – Diciembre 2022
Págs. 365–390

RESUMEN: Este artículo ahonda en las idas y venidas de los distintos órganos jurídicos sobre el índice IRPH. En la actualidad existen más de un millón de hipotecas en España referenciadas a este índice, entre ellas Viviendas de Protección Oficial, que al no superar el control de transparencia y/o abusividad dado que la información ofrecida a los consumidores durante el proceso de contratación vulneraba el principio "pro consumatore". Tras el auto del TJUE, así como las recientes sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Sentencias 42, 43 y 44/2022 del 27 de enero de 2022) se reabre el debate y pone de manifiesto lo que muchos juristas veníamos observando desde hace tiempo: la falta de "buena fe" de las entidades bancarias a la hora de comercializar hipotecas sujetas a IRPH. Por otra parte, la inseguridad jurídica derivada de resoluciones antagónicas dictadas por la Audiencia Provincial de Valencia, y otras como Barcelona,

ABSTRACT: This article delves into the comings and goings of the different legal bodies on the IRPH index. At present there are more than one million mortgages in Spain referenced to this index, including Official Protection Housing, which did not exceed the control of transparency and / or abusiveness since the information offered to consumers during the contracting process violated the pro consumatore principle. After the order of the CJEU, as well as the recent judgments of the Supreme Court, Civil Chamber Judgments 42, 43 and 44/2022 of January 27, 2022) the debate is reopened and highlights what many jurists have been observing for a long time: the lack of good faith of banking entities when marketing mortgages subject to IRPH. On the other hand, the legal uncertainty derived from antagonistic resolutions issued by the Provincial Court of Valencia, and others such as Barcelona, highlights

pone de manifiesto la falta de unidad, que trae consigo una pérdida de oportunidades de los consumidores, así como una posible vulneración del Art. 6 y 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

PALABRAS CLAVE: Índice IRPH – Consumidor medio – Transparencia – Abusividad – Principio "pro consumatore" – Responsabilidad patrimonial – Viviendas de protección oficial – Tutela judicial efectiva.

the lack of unity, which brings with it a loss of opportunities for consumers, as well as a possible violation of Articles 6 and 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

KEYWORDS: IRPH Index – Average consumer – Transparency – Abusiveness – "Pro consumatore" principle – Patrimonial responsibility – Housing of official protection – Effective judicial protection.

Fecha de recepción: 7-2-2022

Fecha de aceptación: 2-6-2022

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EVOLUCIÓN DEL ESTUDIO DEL ÍNDICE IRPH CONFORME A LOS AUTOS DE TJUE DE NOVIEMBRE 2021. ASUNTOS C-655/20 Y C-79/21 EN RELACIÓN ÍNDICE IRPH FORMULADOS JPI N.º 38 DE BARCELONA Y JPI N.º 2 IBIZA RESPECTIVAMENTE. 1. *Análisis y confluencia*. 2. *La sentencia la sentencia de fecha 20 de enero de 2022 del Juzgado de Primera Instancia 38 de Barcelona en aplicación el Auto C-655/20 de 17 de noviembre de 2021*. III. EVOLUCIÓN DEL ESTUDIO DEL IRPH EN LA AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN SEXTA DE VALENCIA. 1. *Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Sexta, de 9 de abril de 2021*. 2. *Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Sexta, de 27 de diciembre de 2021*. 3. *Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Sexta, de 6 de octubre de 2020*. IV. EL ÍNDICE IRPH EN LAS VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL. LA SANCIÓN DE CONSUMO DE ILLES BALEARS A UNA ENTIDAD. POSIBLE CASO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN. V. EL POSICIONAMIENTO DEL TRIBUNAL SUPREMO FRENTE AL ÍNDICE IRPH. 1. *Análisis retrospectivo*. 2. *Las Sentencias del Tribunal Supremo 42, 43 y 44 /2022 de 27 de enero en relación con el control de transparencia y abusividad de la cláusula de los préstamos hipotecarios que incorpora el índice IRPH*. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El IRPH es un índice de referencia, el segundo más utilizado en sus diferentes variables, por detrás del Euribor para el cálculo, por las entidades de crédito, de los intereses en los préstamos hipotecarios otorgados a consumidores en la compra y financiación de viviendas en el ámbito de consumo. Se trata de un índice acertado en su formulación teórica, pero cuyo carácter abusivo puede constatarse por los diferentes motivos que se expondrán en el presente trabajo.

Se define como la media aritmética de los préstamos realmente concedidos o renovados. Así en palabras del Banco de España, el índice IRPH constituye "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 iniciadas o renovadas por los bancos y cajas de ahorro en el mes a

que se refiere el índice. En el cálculo de la media se utilizan tipos anuales equivalentes”¹.

Aquí surge el primer problema, es lo que se denomina: un número promedio; la media ponderada de los préstamos nuevos o renovados de dicho banco (contenida por el capital prestado en cada operación hipotecaria). Es importante recalcar que cada entidad tiene la misma aportación al cálculo que hace el Banco de España, ya que se trata de una media aritmética simple. Por tanto, si una entidad pequeña, con 2000 clientes –por poner un número– comete un error, la alteración del IRPH es la misma que si el error lo hubiera cometido una entidad con 2 millones de clientes; lo cual, a criterio de Tribunal Supremo en sus últimas sentencias, no demuestra que sea más fácilmente manipulable.

Es importante enfatizar en dos cuestiones:

1. El número promedio que cada entidad suministra al Banco de España no es el tipo de interés nominal, como leemos en la definición del Banco de España, es el tipo anual equivalente. Por tanto, estamos hablando de una ratio en cuyo cálculo se han incluido los diferenciales y las comisiones aplicadas a los préstamos renovados o nuevos.
2. Si una entidad o varias remiten al Banco de España su número promedio alterado, es decir, con un valor distinto al que debiera ser, entonces el IRPH resultante no es válido porque ha sido manipulado o influido por el prestamista².

La normativa europea es contundente a la hora de señalar los riesgos que trae consigo la manipulación de los índices de referencia. Así, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “*Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y los contratos financieros*”, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 11 de junio de 2014 recalca el daño que supone para la economía que los índices de referencia no sean fiables:

“Las diversas manipulaciones de los índices de referencia han generado dudas y preocupación respecto a la integridad de los parámetros de referencia en todo el mundo, minando la integridad del sistema y la seguridad en los intercambios. El Comité Económico y Social Europeo (CESE) está preocupado por la gravedad de las consecuencias de estos comportamientos. En efecto, la manipulación puede causar pérdidas

1. Extraído del *webzone* del Banco de España: <http://www.bde.es> (Fecha: 30 noviembre de 2021).
2. Recordemos que la normativa nacional impone el uso de tipos de referencia en cuya determinación no haya podido influir el prestamista [art. 26.1.a) OM de 28 de octubre de 2011] y cuyo cálculo obedezca a un procedimiento matemático objetivo [art. 26.1.b) OM de 28 de octubre de 2011].

importantes para los inversores, distorsiones en la economía real y, en términos más generales, minar en su conjunto la confianza en los mercados. Por ello, el CESE hace hincapié en la extrema urgencia de adoptar las nuevas medidas propuestas”.

Por otra parte, el documento indica de forma reiterada –hasta en tres ocasiones– que el índice de referencia debe reflejar la realidad del mercado:

“1.5 Por consiguiente, el CESE acoge favorablemente la propuesta de Reglamento de la Comisión y considera que con dicha propuesta se ha conseguido el objetivo de mejorar la legislación que asegura la necesaria integridad del mercado y de los valores expresados por los índices de referencia, garantizando que estos no se vean distorsionados por algún conflicto de intereses, que reflejen la realidad económica y que se utilicen de modo correcto. Es evidente el motivo de orden público económico” (página 43).

“2.2 El objetivo general de la propuesta es asegurar la integridad de los índices de referencia, garantizando que: a) no se vean afectados por conflictos de intereses; b) reflejen la realidad económica que están destinados a representar y valorar; c) se utilicen de forma adecuada” (página 43).

“La propuesta prevé que, a la hora de determinar los índices de referencia, se utilicen datos exactos y suficientes, de modo que reflejen el mercado real o la realidad económica que el índice de referencia está destinado a valorar. Los datos deben obtenerse de fuentes fiables y el índice de referencia debe determinarse de forma sólida y fiable” (página 44).

Y, en caso de que el índice pierda esta capacidad de reflejar el mercado, es obligación de la administración proceder a su corrección o a su abolición, como podemos leer en el Reglamento (UE) n.º 2016/1011, de 8 de junio de 2016, sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros³:

“Si el administrador considera que los datos de cálculo no son representativos del mercado o la realidad económica a cuya medición se destina el índice de referencia, deberá, en un plazo razonable, bien variar los datos de cálculo, los contribuidores o la metodología, a fin de garantizar que tales datos de cálculo sean representativos de dicho mercado o realidad económica, bien poner fin a la elaboración de ese índice de referencia” (página 23).

Existe sobrada literatura de análisis económico para explicar lo que se entiende por “reflejar la realidad del mercado”, que puede resumirse sintéticamente en estas ideas básicas: si el mercado permanece estable, el índice

3. Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo n.º 2016/1011, 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.º 596/2014.

debe permanecer estable; si el mercado sube (o baja) en una proporción, el índice debe subir (o bajar) en la misma proporción.

Pero la cuestión es: ¿por qué el índice IRPH no sube y baja en la misma proporción que el mercado? ¿Por qué no se equipará el Euribor? El motivo que hace que los IRPH en su conjunto sean superiores al Euribor estaba explicado por el Banco de España en la Circular 5/94 de 22 de julio, y se debe a que el cálculo de estos índices incluye los diferenciales y las comisiones de los préstamos que se conceden en el mercado, al calcularse sobre la Tasa Anual Equivalente (TAE): *“Los tipos de referencia escogidos, son, en el último análisis, tasas anuales equivalentes. Los tipos medios de préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda libre de los bancos y del conjunto de entidades, lo son de forma rigurosa, pues incorporan además el efecto de las comisiones. Por tanto, su simple utilización directa como tipos contractuales implicaría situar la tasa anual equivalente de la operación hipotecaria por encima del tipo practicado por el mercado. Para igualar la TAE, de esta última con la del mercado **sería necesario aplicar un diferencial negativo**, cuyo valor variaría según las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas. A título orientativo, la Circular adjunta (Anexo IX) una tabla de diferenciales para los tipos, comisiones y frecuencia de las cuotas, más usuales en la actualidad. En rigor, esta tabla no es útil para decodificar el tipo de activo de las cajas de ahorros, por las peculiaridades de su confección”.*

Sin embargo y lamentablemente, el uso de diferenciales negativos en este ámbito es absolutamente residual siendo poco habitual el de tipos referenciados directamente al IRPH, es decir, sin incremento adicional (IRPH+0) pues la mayoría de las operaciones incluyen un diferencial positivo. Esto supone que, en su mayor parte, los préstamos que utilizan este tipo de referencia acaban teniendo una carga financiera superior a los referenciados al Euribor (sobrecoste).

También señalaremos que en la mayoría de escrituras en las que constan estos índices no se transcribe la literalidad ni tan siquiera de la forma de cálculo, ni se incorpora la evolución histórica, ni una comparativa, aspectos estos que propiciarían una inclusión más transparente de la cláusula de modo que el prestatario tuviera la oportunidad de entender que la opción por este tipo de referencia puede suponer para él pagar una cuota más alta de hipoteca, entre otros efectos perjudiciales.

II. EVOLUCIÓN DEL ESTUDIO DEL ÍNDICE IRPH CONFORME A LOS AUTOS DE TJUE DE NOVIEMBRE 2021. ASUNTOS C-655/20 Y C-79/21 EN RELACIÓN ÍNDICE IRPH FORMULADOS JPI N.º 38 DE BARCELONA Y JPI N.º 2 IBIZA RESPECTIVAMENTE

1. ANÁLISIS Y CONFLUENCIA

Como precedente traemos a colación el Auto del TJUE de fecha 3 de marzo de 2020 asunto C-125/18 planteado precisamente por el Juzgado de

Primera Instancia 38 de Barcelona, cuyas repreguntas son objeto de este apartado y de auto de 17 de noviembre de 2021 asunto C-655/20, en el citado se declaraba básicamente que los consumidores podían acudir a los tribunales españoles a fin de solicitar la abusividad de la cláusula IRPH en las escrituras de constitución de los préstamos hipotecarios⁴.

Destacar, las conclusiones a cerca del tribunal de Luxemburgo sobre la aplicación de la directiva 93/13 a la regulación del índice IRPH, que la cláusula que lo contiene debe superar el control de transparencia para no ser declarada nula, y debe exigirse una redacción clara y comprensible, que faculte el que el consumidor pueda realizar el cálculo del índice, y que le compete al tribunal español examinar elementos como la información y la publicidad proporcionadas por la entidad bancaria al consumidor en el momento de la contratación. Pese a lo anterior y como se expone en el apartado correspondiente el Tribunal Supremo dicta las sentencias 585/2020 6 noviembre, la 595, 596,597 y 598/2020 de 12 de noviembre resolviendo que apreciaba la falta de transparencia por no haberse informado al consumidor de la evolución del IRPH en los dos años anteriores, pero que habiendo analizado la abusividad de la cláusula, había concluido que no concurriría la abusividad, lo que era igual a validar la utilización del índice. Estas sentencias ocasionaron de nuevo preguntas y repreguntas al TJUE.

El día 17 de noviembre de 2021 se dictaron dos autos relativos al índice IRPH el C-655/20 y C-79/21, resolviendo las cuestiones prejudiciales planteadas por el JPI 38 de Barcelona y el JPI 2 de Ibiza respectivamente.

En el **Auto 17 noviembre de 2021 TJUE asunto C-79/21 Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ibiza (Iles Balears)**, se plantea una petición de decisión prejudicial que tiene como objeto la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrado con consumidores, en su aplicación concreta a la cláusula por la que se establece el IRPH como tipo de referencia.

Del Auto resaltamos la utilización de algunos términos clave que pasaremos a analizar los señalados en el marco jurídico apartado 3: *la evaluación global de los intereses en juego, la exigencia de buena fe y la necesidad de prestar atención a las diferentes posiciones de negociación de las partes*. Si se cumple todo lo anterior, ha de establecerse *si se ha inducido al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula, y si ello ha conllevado el tratar de manera leal y equitativa con la otra parte cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta*.

4. Interesante aproximación a dicho Auto TJUE de fecha 3 de marzo de 2020 asunto C-125/18, realiza la magistrada -juez JPI n.º 4 de Castellón-, “Panorama general de la cláusula IRPH”; Rev. Actualidad civil n.º 9, septiembre 2020, Ed. Wolters Kluwer y “la transparencia como valor transversal. Una aplicación concreta al índice de referencia de los préstamos hipotecarios”; Rev. Actualidad civil n.º 5 mayo 2021 Ed. Wolters Kluwer.

Además, en el Apartado 5 recoge lo que señala el Art. 3 de la citada directiva donde se entiende que las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se consideraran abusivas cuando contrariamente a las exigencias de la buena fe causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Apunta la norma que “*el profesional que afirme que una cláusula de este tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba*”; principio que también había sido asumido por el Tribunal Supremo cuando señalaba la asimetría informativa y la facilidad de la carga de la prueba, en los procedimientos en los que se enfrentaban entidades bancarias y consumidores⁵.

Por otra parte, señala el Art. 4 de la Directiva 93/13 CE, que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios, en nuestro supuesto la adquisición de viviendas por los consumidores y su financiación, en el momento de celebración del contrato y en relación a todas las circunstancias que concurran en su celebración.

Teniendo en cuenta esta afirmación parece conveniente que en los procesos de impugnación de la cláusula el demandante establezca con claridad todos aquellos elementos fácticos que concurran “*en el momento de la celebración del contrato*” y que contribuyan a determinar el carácter poco transparente del proceso de inclusión de la cláusula o su naturaleza abusiva. Así, es relevante sin duda el momento exacto de la contratación, puesto que no va a tener la misma relevancia frente al procedimiento que la misma se ha ya realizado en 1999, que, en el año 2020, por cuanto no se daban las mismas condiciones de accesibilidad a esta información.

Es necesario probar también determinadas condiciones subjetivas del prestatario como su nivel de estudios, su vida laboral, los años que tenía cuando contrato, qué tipo de productos bancarios había contratado con anterioridad a la celebración del préstamo, si el inmueble adquirido con dicha operación constituía su vivienda habitual y un largo etcétera. Será necesario probar si era conocido o no de la entidad bancaria y cuántos años llevaba trabajando con ellos. Habrá que demostrar si el consumidor conocía o no a los empleados y resulta conveniente encontrar y traer a juicio a dichos empleados para aclarar qué tipo de formación tenían en la fecha de contrato sobre IRPH y todo ello en relación con la noción de “consumidor medio”, de necesario posicionamiento.

En relación con el contrato hay que diseccionar la escritura para determinar si se introdujo el IRPH en la primera compra, o como en muchos casos, cuando el consumidor acude a la entidad porque no puede pagar una cuota de la hipoteca referenciada a Euribor, frente a lo cual su entidad le

5. STS 3129/2020 proveniente SAP B 12495/2017. Conceptos asimetría informativa en contratación productos bancarios con consumidores.

ofrece una carencia de pago de principal y en la novación *le cambia el tipo de referencia a IRPH* al tiempo que le baja la tasación de la vivienda al 50%), con frecuencia sin ninguna explicación ulterior acerca de en qué medida le puede proteger o desproteger el importe de la tasación.

Habrà que pedir a la entidad bancaria que demuestre que hipotecas ha firmado con consumidores de características similares a la del demandante y a que índice se referenciaron las mentadas hipotecas. Se tendrá que establecer, mediante un informe pericial, la cuantía de la cuota referenciada a uno u a otro índice. Además, se tendrá que solicitar informes, quizás macroeconómicos de mercados, para poder evaluar los cambios de ciclo con referencia a las crisis inmobiliarias. En aquellos supuestos en que ello se produzca, habrá que hacer ver al juzgador que, a pesar de que la fórmula del IRPH se referencia a un diferencial negativo conforme el propio BOE, que se ha aplicado en positivo. Además, también habrá que solicitar al perito que indique si esa referencia al diferencial negativo hubiera disminuido a la cuota.

Y si esta disminución de la cuota repercutiría en que el índice IRPH refleje el mercado real de los préstamos hipotecarios, es decir: sea permeable a la bajadas y subidas de los tipos de interés.

Coinciden ambos Autos del TJUE dictados en noviembre de 2021⁶, en fijarse en el contenido del Art 5 de la Directiva 93/13 CE entendiendo que debe interpretarse, en el sentido de que para cumplir con la exigencia de la transparencia una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario dicha cláusula, no solamente debe ser comprensible en un plano formal y gramatical 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 del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas potencialmente significativas de dicha cláusula sobre las obligaciones financieras (esta es la diferencia entre el principio de transparencia formal y el principio de transparencia material).

En este sentido, de la doble transparencia formal y material, posibilidad de conocimiento y conocimiento efectivo, respetivamente⁷, por cuanto como afirma Miranda nos encontraríamos en un control de transparencia cualificado, como paraguas de protección a la aparición de “cláusulas sorprendentes” o “sorpresivas”, en la contratación con los consumidores en ámbito de los contratos de adhesión, como son los préstamos hipotecarios, que además recaen sobre bienes de primer necesidad como es la vivienda

6. Autos TJUE 17 de noviembre 2021 asuntos C-655/20 y C-79/21 en relación índice IRPH.

7. MIRANDA SERRA, Luis María. “El control de transparencia de condiciones generales y cláusula predisputa en la contratación bancaria”. Rev. Indret Barcelona abril 2018.

habitual. A nuestro entender estas cláusulas sorprendentes, no se refieren únicamente a la trascrición en si de la misma de la definición de IRPH (más o menos correcta o sesgada), sino más bien, a los efectos económicos que de la incorporación de la misma se derivan y que podrían influir en la decisión de contratar del consumidor, más bien puntualizaríamos en la decisión de hacerlo con esa u otra entidad bancaria, puesto que no existe para el consumidor ningún poder frente a la entidad de modificar el índice por el que se va a referenciar el préstamo hipotecario.

Basta con decir que no resultaba exigible al consumidor medio de 1999 que se encargase de buscar la información en el BOE, pese a que se trata de una información pública, ni tampoco que tenga los conocimientos y capacidad crítica necesarios para analizarla y entender la trascendencia económica que para él tenía la elección de dicho tipo, porque el consumidor medio no es el versado en derecho ni en economía.

Y esta es la razón y no otra: ya que los Jueces de Instancia, y algunas Audiencias Provinciales, a la vista del consumidor concreto que plantea la demanda por nulidad de la cláusula y de la información que se le ofreció para contratar, de la repercusión económica, de la problemática –posterior– que ha tenido su contrato de ese caso en concreto, dictaminan que es poco transparente, que es abusivo y lo eliminan. Y ello siguiendo la estela de los Autos del TJUE renombrados, que insisten en que corresponde al órgano remitente, en este caso los juzgados que elevaron las cuestiones prejudiciales *“proceder a la apreciación en conjunto de los elementos, para determinar si, habida cuenta de la información públicamente disponible y accesible y de la información facilitada, en su caso, por el profesional”* el consumidor podría tomar una decisión consciente.

Información que como apuntábamos debe entenderse proporcionada en la fecha de suscripción del contrato de préstamo *“proporcionar al consumidor en el momento de la celebración del contrato de préstamo hipotecario, la información relativa a la evolución en el pasado del índice de referencia, al menos durante los dos últimos años, en comparación con al menos otro índice distinto como el índice Euribor, siempre que esa normativa y esa jurisprudencia permitan al juez comprobar no obstante que, habida cuenta de los datos públicamente disponibles y accesibles y de la información facilitada en su caso”*, con el fin de que el consumidor haya tomado como indicábamos una decisión consciente.

Para poder afirmar que no es necesaria la entrega al consumidor de los folletos o graficas que muestren la evolución del índice, se obvia la condición que se advierte en el Auto de TJUE⁸: *“siempre que”*, como vertebra-

8. ¿Únicamente porque no se haya aportado la información “folletos y gráficas” de los últimos dos años a la firma del contrato de préstamo, solo por este motivo es ya abusiva la cláusula y para todos los supuestos? Evidentemente este es el sentido de la pregunta y la respuesta del TJUE es: NO.

dora de la obligación de la entidad bancaria prestamista. Es decir, no será necesaria la entrega de los folletos, “*siempre que*”, el consumidor por sus propios medios pueda obtener la información, y en relación con las posibilidades en la fecha de firma del contrato, de forma que tome una decisión consciente de la carga económica que conlleva la inclusión de dicho índice de referencia en su préstamo hipotecario, y tenga los conocimientos suficientes como para proyectar la misma durante los veinte o treinta años de media de vida de dicho préstamo.

Me parece que en el sentido contrario quizás la frase se hubiera entendido mejor: no es necesario aportar a la firma del contrato gráficos ni folletos, excepto que sea la única forma –la visual– que un consumidor normal y corriente que va a la entidad bancaria a pedir su primer préstamo hipotecario (que carece de los conocimientos matemáticos, jurídicos o económicos necesarios) pueda tomar su decisión de una forma consciente; ya que ello va a repercutir en su economía y en su vida familiar a largo plazo, dado que de la misma puede depender que en el futuro pueda o no pagar la hipoteca y pueda o no conservar su vivienda.

Evidentemente si es la entidad quien predispone el contenido del contrato (la minuta del préstamo hipotecario) será ella la que elija el índice de referencia que en ese momento le interese, deberá pechar con las consecuencias de no haber ofrecido más información visual ni folletos, ni haber impartido a sus empleados la formación suficiente macroeconómica para poder explicar las diferencias entre un tipo de referencia y otro.

Pero no cabe identificar al consumidor medio con el matemático financiero, ni tampoco contemplar todas las posibles situaciones desde la óptica de 2020. Por ello, la respuesta que ofrece, acertadamente, el TJUE, con respecto a la entrega de los folletos es: “*No, siempre que...*”.

Con toda la cautela que ha de tenerse al realizar análisis *ex post facto* para determinar las condiciones de transparencia que mediaron en el momento de la celebración del contrato, resulta muy ilustrativo en este contexto repasar la evolución que ha tenido el IRPH respecto al Euribor en los últimos años.

Como se aprecia en la siguiente tabla, la trayectoria entre ambos tipos ha sido divergente.

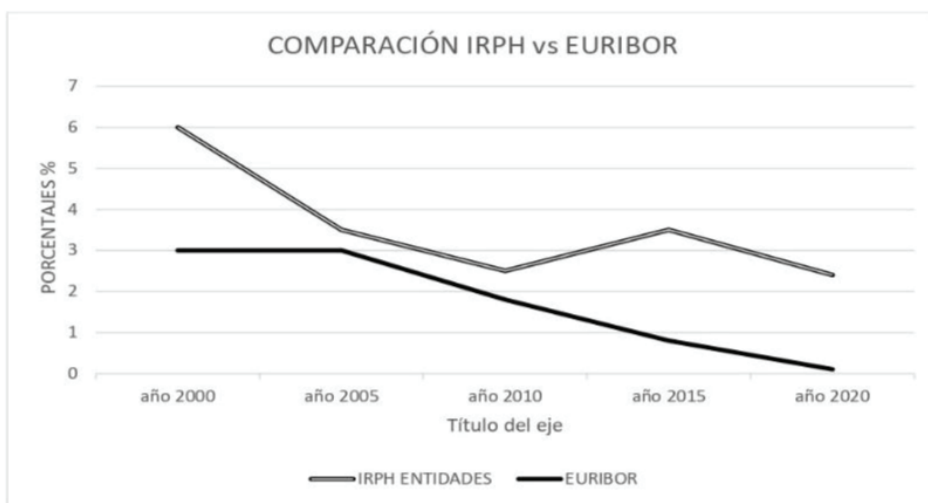


Imagen elaboración propia.

De ella se deduce que si cuando los prestatarios fueron citados en la entidad y se les indicaron los pormenores de sus préstamos se les hubiese puesto una sencilla grafica delante, como mínimo su curiosidad innata les hubiese hecho preguntar. A la vista está que el IRPH nunca históricamente ha situado por debajo el Euribor. Y viendo algo así, como mínimo hubieran preguntado si podían elegir. La realidad, es que la entidad financiera elegía por ellos lo que económicamente era más interesante para ella y que los elementos principales relativos al cálculo del IRPH no eran fácilmente asequibles para un consumidor medio que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario para la compra de su vivienda (aunque estuvieran publicados en el BOE). Y esta falta de información crea un desequilibrio importante y una asimetría de posiciones notable en la contratación que propicia entre otros parámetros la abusividad de la cláusula de IRPH y la nulidad de la misma.

Otro apunte trascendente en que confluyen los dos Autos de TJUE de noviembre de 2021 es en las consecuencias que conlleva la nulidad en su caso de la cláusula IRPH en el contrato de préstamo hipotecario firmado por el consumidor, se dice que es el cliente el que tiene la facultad de elección después de ser constatada la abusividad, y, por lo tanto, la nulidad de la cláusula. *“En este sentido, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuraran en tales contactos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el art 7 de la directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la*

nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales” (2) (sentencia 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 69).

A opción del consumidor, y en su beneficio, el Juez podrá sustituir –preguntando el mismo– cambiar la cláusula abusiva por una supletoria de Derecho Nacional y la misma será conforme al objetivo del Art. 6 Apartado 1 de la Directiva 93/13, ya que “esta disposición pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda reestablece el equilibrio ente estas”.

2. LA SENTENCIA LA SENTENCIA DE FECHA 20 DE ENERO DE 2022 DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA 38 DE BARCELONA EN APLICACIÓN EL AUTO C-655/20 DE 17 DE NOVIEMBRE DE 2021

Es excelente la matización de “la buena fe” que realiza su señoría D. Francisco González de Audicana, en la sentencia de 20 de enero de 2022 que aplica el auto del TJUE de fecha 17 de noviembre de 2021 asunto C-655/20 en favor del principio *pro consumatore*: “En cuanto a la buena fe: debo comprobar si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía esperar razonablemente que este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 50, y de 7 de noviembre de 2019, Profi Credit Polska, C-419/18 y C-483/18, EU:C:2019:930, apartado 55 y jurisprudencia citada)”. (Apartado 39, Auto TJUE 17/11/2021 asunto C-79/21).

La buena fe no tiene encaje con la falta de cumplimiento, no es una recomendación es una obligación tal y como fue redactada e impuesta por el Banco de España en relación con la apuntada necesidad de que se le aplicase un diferencial negativo para resultar competitiva, dado que, como se ha dicho, el IRPH no se calcula por referencia a la media de tipos nominales, sino por referencia a la Tasa Anual Equivalente (TAE) de los préstamos anteriores. En el caso de la Sentencia reseñada el tipo era positivo (+ 0,25) y, además, con redondeo al alza. En conclusión: “es imposible que haya buena fe en tanto en cuanto el consumidor de conocer todo aquello que estamos plasmando en esta resolución, a buen seguro, no hubiera firmado el préstamo de su vida”.

Analizando los dos hitos en los que se sustenta la legitimación o no de la utilización del índice: *el desequilibrio importante y la buena fe*.

En cuanto al primero señala que debe tratarse de: “un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato”, no limitándose a una apreciación simplemente económica, y que causa un desequilibrio radicado en: “la merma de información suministrada en el momento de la firma al consumidor, desconociendo

todas las particularidades antedichas, su propio concepto y la obligación de aplicar un diferencial negativo”.

En cuanto al segundo, indica el magistrado que debe comprobar: “*si el profesional tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podría esperar razonablemente que este aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual”, concluyendo que a la vista del contenido que recoge de hechos su propia sentencia “es imposible que haya buena fe”.*

III. EVOLUCIÓN DEL ESTUDIO DEL IRPH EN LA AUDIENCIA PROVINCIAL SECCIÓN SEXTA DE VALENCIA

1. AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA, SECCIÓN SEXTA, DE 9 DE ABRIL DE 2021⁹

Este recurso de apelación interpuesto por el consumidor frente al auto 16 de junio de 2020 JPI 2 de Quart Poblet contra Unión de Créditos Inmobiliarios SA. se estima la nulidad de la cláusula de interés de demora y se concede a la ejecutante el plazo de 10 días a fin de realizar el recalcuro, sin estimarse la nulidad de la cláusula IRPH. En ese momento nuestro equipo formuló un recurso de apelación por varios motivos, entre los que destaca el tema de estudio: la nulidad de la cláusula IRPH.

Desde mi punto de vista, la cláusula causa un desequilibrio importante y, por tanto, es contraria a *la buena fe*, y que si el consumidor, conociendo las consecuencias, aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual. La sentencia de autos considera que el ofrecimiento por la entidad prestamista de un índice oficial, aprobado por la autoridad bancaria, no puede vulnerar por sí mismo la buena fe. Además, el Gobierno y varias administraciones autonómicas han venido considerando, a través de normas reglamentarias, que el índice IRPH era el más adecuado para utilizarlo como índice de referencia en el ámbito de la financiación de Viviendas de Protección Oficial; por lo que resulta ilógico considerar como actuación contraria a *la buena fe* la incorporación de ese mismo índice a préstamos concertados fuera de ese ámbito de financiación oficial. Ello se ha convertido en el argumento estrella de las sentencias del Tribunal Supremo¹⁰ (que lleva a instancia el declarar válido el índice) pero que no comparten las Audiencias Provinciales como por ejemplo la Audiencia Provincial Sección Sexta de Valencia en su auto, respuesta a un recurso de apelación que realicé desde Aliter Abogados, en base a los siguientes argumentos:

“Desde el punto de vista del desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, que debe ser valorado en el momento de suscripción

9. Rollo apelación 2020-0694. Auto 108 de 9 de abril de 2021. Proceso de ejecución hipotecaria.

10. Sentencias 42/43/44 de enero de 2022 Tribunal Supremo Sala de lo Civil n.º 42/2022 de 27 de enero de 2022 relativos al índice IRPH.

del contrato (art. 4.1 de la Directiva 93/13), la evolución más o menos favorable del índice durante la vida del préstamo no puede ser determinante. Que en su desenvolvimiento posterior el préstamo resulte más caro que otros, no supone desequilibrio determinante de abusividad, puesto que el control de contenido no puede derivar en un control de precios y el TJUE ha descartado que las entidades bancarias tuvieran obligación de facilitar información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura o de asesorar a sus clientes sobre el mejor préstamo posible”.

Además, como finalmente reconoce la Audiencia Provincial de Valencia, en este caso no consta que se ofreciera a los prestatarios la información exigida por la normativa de transparencia bancaria y, en particular, que se les advirtiera de cuál había sido la evolución del índice elegido en los dos años anteriores a la suscripción del contrato, como hemos visto que es exigible conforme a la jurisprudencia del TJUE. Pero ello “no puede determinar por sí mismo la nulidad de la condición general litigiosa, porque la falta de transparencia no determina per se la nulidad de la cláusula, sino que, al tratarse de una estipulación sobre un elemento esencial del contrato –el precio–, únicamente permite realizar un control de contenido sobre dicha cláusula (art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE)”.

También, la Audiencia Provincial de Valencia, hace referencia a que lo que puede determinar la abusividad de la cláusula es la concurrencia de los parámetros a los que se refieren la Directiva y la Legislación de Consumidores. Además de que la prueba debe recaer en la entidad bancaria, la Audiencia con buen criterio, entiende que la mera publicación de un índice en un Boletín Oficial, sin mayor explicación, en relación con las circunstancias por supuesto del caso en concreto, y se da por presupuesto: conllevan la nulidad por abusivo del índice.

Añade el auto: “De acuerdo con lo señalado, la exigencia del deber de transparencia tiene como función ‘restablecer’ la simetría de información que de forma consustancial se ve alterada por este modo de contrato. Para que el consumidor medio, como destaca la jurisprudencia del TJUE, sin necesidad de realizar un análisis pormenorizado y minucioso de los elementos esenciales del contrato, pueda contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que asume”. Esto es, en los términos del propio TJUE, que “el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, pueda estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual”.

En el presente caso, esta exigencia o deber del profesional a tenor del contenido de aplicación del control de transparencia no se ha cumplido por lo que debe concluirse que la cláusula predispuesta objeto de la presente *litis* es abusiva y, por tanto, ineficaz. Según los hechos que se consideraran probados, antes de firmar el contrato, no se informó a los prestatarios de cual había sido la evolución del tipo de referencia pactado, ni sobre

su posible evolución futura comparada con otros tipos de referencia, de manera que, como dice el informe de la Comisión Europea, esa “*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*”. Y, la forma de restablecer esa asimetría es recalcular la hipoteca desde el principio al índice Euribor.

En el hilo de lo anterior, en la cláusula general del Art. 3 de la Directiva CEE 93/13, el principio de *buena fe* se presenta como un antecedente axiomático. Por lo que resulta importante destacar que, en nuestro caso, la *buena fe* no debe proyectarse al hecho de que se trate de un índice de carácter oficial y publicado en el BOE, sino que la misma debe necesariamente proyectarse al contenido de la propia relación contractual; al propio contenido de la cláusula, tal y como se desprende claramente en lo estipulado por la Directiva y de la propia jurisprudencia del TJUE.

6.1.2. “*De ahí que debamos de concluir que los consumidores demandados, a pesar de ser un índice de referencia oficial, no tuvieron un conocimiento cabal de toda la carga económica y jurídica que suponía esa cláusula referencial, lo que lleva a señalar, atendido todo lo anterior, que se reputa nula por abusiva*”.

Y aquí se introduce el concepto de “*consumidor medio*”. Sería deseable que existiera una definición razonada y razonable donde el Tribunal Supremo explicase que entiende por consumidor medio a los efectos de determinar su capacidad para comprender la fórmula de cálculo las repercusiones económicas de una elección de un índice como este.

La Audiencia Provincial de Valencia en este caso en concreto resolvió: “*En el presente caso, analizada la prueba documental practicada consideramos que deben ser estimada la pretensión revocatoria instada por la parte apelante-ejecutada en cuanto que las consideraciones valorativas contenidas en la sentencia de instancia no pueden sustentar la existencia de un equilibrio entre las partes contratantes dado que la simple entrega de la oferta vinculante no es suficiente para acreditar que al prestatario se le informó de manera adecuada del índice cuya nulidad se postula dado que es necesario un plus de información respecto de dichos intereses que no es tan claro como el Euribor, e incluso a tenor de la cláusula que lo regula, el consumidor ignora por no serle aportado el camino que seguirían dichos tipos para determinar que opta por el mismo y que es más beneficioso que el Euribor. Por ello procede declarar la nulidad de la cláusula referida al interés variable, y la consecuencia a tenor de la concreta petición que consta en el escrito de apelación es de determinar el tipo de referencia a aplicar y que debe ser el alegado, con carácter subsidiario, por la parte apelante. el Euribor; procediendo la parte ejecutante-prestataria a presentar*

nueva liquidación, calculados los intereses con referencia al Euribor desde la fecha en que se suscribió el contrato”.

Por lo que el éxito de la pretensión esgrimida en la demanda se basó en la justicia: se anula la cláusula de IRPH y se insta a la entidad a recalcular desde el inicio referenciando al índice Euribor. Una solución, que, desde nuestro punto de vista, es razonable y apunta a que la Audiencia Provincial de Valencia actúa en este caso con sujeción a los hechos y circunstancias del caso, huyendo de la aplicación de fórmulas generales preconcebidas.

2. AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA, SECCIÓN SEXTA, DE 27 DE DICIEMBRE DE 2021¹¹

En este caso vamos a empezar por contextualizar que el Juzgado de Primera Instancia N.º 4 de Alzira dictó la siguiente sentencia: *“Estimar el motivo de oposición relativo a la declaración de la abusividad y por ende de la nulidad de la cláusula financiera cuarta en los apartados relativos al Índice de Referencia: Tipo Medio de los Préstamos Hipotecarios del conjunto de entidades de crédito, al cálculo método interés y a los límites a la variación del tipo de interés, considerando por esta interacción de nulidad radical o plena, que ni el contrato puede subsistir, ni puede ser integrado, por lo que no cabe otro remedio que el SOBRESEIMIENTO DE LA PRESENTE EJECUCIÓN”.*

La entidad, no satisfecha por la decisión de los Magistrados, interpone recurso apelación que se eleva hasta la Audiencia Provincial de Valencia. En ella hace referencia, en su interés en seguir teniendo el préstamo hipotecario de los clientes, en su Cláusula Cuarta a los intereses ordinarios que, desde el punto de vista de la representación de los demandantes, sigue siendo abusivo –a la par que ilógico– y por tanto no podría ser sustituido el IRPH por este; ya que, como se ha comentado a lo largo de este artículo, el IRPH debería venir referenciado a un diferencial negativo para corregir ciertos aspectos (que de nuevo se pasan por alto).

Cláusula CUARTA.– Intereses ordinarios:

“El préstamo devengará a favor de la Cajamar, Caja Rural y a cargo de la parte deudora, a partir de hoy, un tipo de interés nominal a razón del SEIS ENTEROS Y DOSCIENTAS CINCUENTA MILÉSIMAS (6,250) por cien anual, que será aplicable sobre la parte del capital prestado que esté pendiente de amortizar, aplicándose a los saldos deudores diarios y abonándose de forma MENSUAL.

11. Rollo de apelación 177/2021. Auto N.º 382. Presidente: Doña María Mestre Ramos. Magistrados: Doña Eugenia Ferragut Pérez y Don José Francisco Lara Romero. En la ciudad de Valencia, a 27 de diciembre de 2021. Procedimiento EJECUCIÓN HIPOTECARIA N.º 594/2018 tramitados por el Juzgado de Primera Instancia 4 de Alzira. Cajamar Rural SSCC. Auto 25 de septiembre de 2020.

El tipo de interés fijado anteriormente estará vigente, hasta el día QUE SE CUMPLAN 36 MESES DESDE LA FECHA DE FORMALIZACIÓN DEL PRESENTE DOCUMENTO, fecha en la que tendrá efecto la primera revisión. A partir de esta fecha el tipo de interés aplicable al presente préstamo será variable tanto al alza como a la baja y revisable por periodos ANUALES, a contar desde la fecha de la primera revisión. El tipo de interés aplicable al presente préstamo, en la primera revisión, así como en las sucesivas, se determinará sumándole 4,000 PUNTOS PORCENTUALES al tipo de referencia”.

Pero durante el desarrollo del juicio, tal y como dictamina la Audiencia Provincial de Valencia, se entiende que “no se ha acreditado por la entidad ejecutante que se facilitara información alguna a los ejecutados, por lo que es fácil inferir que estos no tuvieron un conocimiento cabal de toda la carga económica y jurídica que suponía la cláusula IRPH –entidades, lo que implica considerar que dicha cláusula no supera el control de transparencia y debe reputarse nula por abusiva–”. Y así, como hizo el Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia afirma esa falta de información precontractual, así como también la falta de claridad y transparencia para poder comprender las consecuencias económicas del contrato, pues esa cláusula tres, tras establecer un periodo en que se aplica un interés fijo, señala que trascurrido ese periodo se aplicará un interés variable que define como:

“El tipo de interés de referencia será el ‘Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de las Cajas de Ahorros publicado mensualmente por el Banco de España”.

Y añade: “La referencia que servirá de base para la revisión es la que se señala en el Anexo I, en el Apartado ‘Referencia para la revisión del tipo de interés”.

La revisión del tipo de interés se realizará en las fechas señaladas en el Anexo I, Apartado “Fecha de revisión del tipo de interés”.

“b) Índice o tipo de interés de referencia sustitutivo.– Para el supuesto de que la referencia definida no pudiera aplicarse por cualquier causa, las partes convienen en que se utilizará el siguiente catálogo de índices o tipos de referencia sustitutivos: en primer lugar, el ‘Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por el Conjunto de Entidades’, publicada mensualmente por el Banco de España en el Boletín Oficial del Estado; dicha referencia es la definida en el Anexo VIII, apartado 3 de la Circular del Banco de España 5/1994, de 22 de Julio (B.O.E. del 3 de agosto de 1994), tomándose la correspondiente al mes fijado tipo de interés ordinario tendrá como límite el 18% sin perjuicio de que, dentro del carácter obligacional de este contrato pueda rebasarse dicho límite”.

Cuando, como en este caso, y como dice la Comisión Europea, “se omite 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” puede afirmarse que dicha cláusula no solamente no es transparente, además es abusiva y, en consecuencia, procede confirmar la declaración de nulidad de la cláusula referida al interés variable. Y, por extensión, como no se ha impugnado el pronunciamiento en el que se establece la obligación de la demandada, a: “devolver el nominal del préstamo o la suma recibida. Más, los intereses legales desde la fecha de resolución del contrato de préstamo, 1/4/2018, hasta la fecha del dictado de la sentencia y los intereses procesales desde el dictado de la sentencia hasta su completo pago”.

Y la Audiencia Provincial de Valencia, siguiendo el criterio adoptado, procedió a la desestimación del motivo de recurso de apelación “debiéndose confirmar la resolución recurrida en este punto, ante la falta de acreditación de una explicación suficiente y comprensible sobre las consecuencias y previsiones de escoger un método u otro de cálculo, en detrimento del prestatario”.

3. AUTO DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALENCIA, SECCIÓN SEXTA, DE 6 DE OCTUBRE DE 2020

Pero el criterio de la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia no siempre no ha sido el mismo. La propia Audiencia Provincial de Valencia dictó el Auto 258 en fecha 6 de octubre de 2020¹², proveniente de un procedimiento de ejecución hipotecaria sobre vivienda habitual de consumidores del Juzgado de Primera Instancia Núm. 3 de Moncada, donde resolvió que, dada la gravedad del impago de cuotas, y pese a la nulidad de la causa de vencimiento anticipado, la ejecución hipotecaria debía proseguir, en instancia y con respecto al IRPH y el resto de las cláusulas abusivas, incluida la subasta de la vivienda.

En la oposición del procedimiento principal de ejecución hipotecaria, aparte de otras cuestiones, se desarrolló la nulidad de la *cláusula sexta bis*, de todos los contratos y novaciones de que constaba en el procedimiento y la nulidad de la cláusula IRPH, que había sido objeto de dos de los préstamos hipotecarios, sin ningún tipo de información, ni apercibimiento, al mismo tiempo que se modificaba de forma unilateral, por varias veces consecutivas, los valores de subasta de la vivienda.

En instancia el procedimiento se archivó en base a la cláusula de vencimiento anticipado sin entrar a resolver del resto de cuestiones. Pero planteada la apelación por la entidad bancaria, la parte ejecutada realizó la oportuna oposición al mismo señalando que: en el supuesto de proseguirse con la ejecución hipotecaria se tuviera, por abusiva y por tanto nula la

12. Auto N.º 258, de 6 de octubre de 2020. Rollo de apelación 2020/0243. Procedimiento de ejecución hipotecaria sobre vivienda habitual.

cláusula de IRPH, contenida en las escrituras y se recalculara el préstamo referenciándolo al Euribor; así como que se valorara la nulidad por los hechos expuestos de la cláusula de subasta y se fijara en la inicial.

Pero, en este caso la Audiencia resolvió que, como explicaba al inicio del análisis de dicho caso, dada la gravedad del impago de cuotas, y pese a la nulidad de la causa de vencimiento anticipado: la ejecución hipotecaria debía proseguir, en instancia y con respecto al IRPH, y el resto de las cláusulas abusivas incluida la de subasta, ya que, como entiende la Sala *“la parte demandada ejecutada no ha acreditado ante el Tribunal que dichos conceptos hubieran sido fundamento de la ejecución o hubiesen determinado la cantidad exigible”*.

Por las razones expuestas anteriormente, no se comparten las apreciaciones de los Magistrados en este caso, dado que pasan por alto el análisis de las circunstancias concurrentes y de la determinación, fundamental a nuestro juicio, de si se han cumplido o no las condiciones necesarias para la inclusión transparente de la cláusula en cuestión, para poder entender que los prestatarios habían actuado con el adecuado conocimiento de causa.

IV. EL ÍNDICE IRPH EN LAS VIVIENDAS DE PROTECCIÓN OFICIAL. LA SANCIÓN DE CONSUMO DE ILLES BALEARS A UNA ENTIDAD. POSIBLE CASO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN

El Defensor del Pueblo, Don Francisco Fernández Marugán, ya en octubre de 2017 señalaba en su recomendación al Ministerio de Fomento que se debería eliminar y sustituir el IRPH entidades como índice de referencia de los préstamos destinados a compraventa de Viviendas de Protección Oficial (VPO). Basaba su recomendación en que dicho índice podía ser potencialmente abusivo, puesto que en los últimos años se había encarecido pese a la bajada del Euribor¹³, lo cual suponía un contrasentido, puesto que se están encareciendo al referenciarlas a este índice de las viviendas justamente de los más desfavorecidos, que era a quien se pretendía beneficiar con este tipo de programas. Hay que tener en cuenta que: los préstamos convenidos están regulados por cada Plan de Vivienda Estatal y el tipo de interés aplicado no es susceptible de ser negociado por los clientes, sino que viene impuesto por la normativa aplicable en cada Plan de Vivienda.

Fernández Marugán, realizaba esta recomendación tras analizar la queja presentada por la *Asociación de Impagats Habitatge* de la Comunitat Valenciana. El Defensor del Pueblo, recordaba además que la Unión Europea¹⁴ ya ordenó eliminar el IRPH en 2009 y que existían numerosas senten-

13. <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/irph-vivienda-prottegida/>.

14. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia de 3 de marzo de 2020 en el Asunto C-125-18, ha resuelto que el Índice de Referencia de los Préstamos Hipotecarios (IRPH) es susceptible de ser considerado abusivo y, por tanto, sometido a

cias que lo habían declarado nulo al considerar que los bancos han influido indebidamente en cómo se fija.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora del Defensor del Pueblo, se procedió a formular la siguiente recomendación: “*Promover las modificaciones normativas oportunas para suprimir el IRPH Entidades como índice oficial de referencia para la aplicación como tipo de interés de los préstamos convenidos y sustituirlo por el Euribor u otro índice oficial, con el fin de corregir los efectos de cláusulas potencialmente abusivas*”¹⁵. Pero la recomendación fue rechazada, así como las consideraciones a la misma, sin perjuicio de reanudarlas cuando se pronunciase el TJUE sobre el asunto.

Sin embargo, la Dirección General de Consumo de las Islas Baleares¹⁶ ha iniciado un expediente sancionador a Cajamar, por manipular y ocultar información en una hipoteca referenciada al IRPH. El usuario afectado denunció que contrató el préstamo con Caixa Rural de Baleares (hoy Cajamar Caja Rural) y éste le ocultó que su contrato estaba referenciado a dicho índice y le hizo creer que usaba el Euribor. Sólo descubrió que era IRPH años después, al ver que las cuotas no bajaban, según ha indicado el afectado.

En el expediente sancionador se alega, además, que el Banco omitió que el IRPH era un tipo de interés TAE en lugar de TIN –siendo el primer índice siempre más alto– e incluyó en el contrato del afectado una referencia al Boletín Oficial del Estado (BOE) que estaba obsoleta. Mientras que la Circular 5/1994 del BOE –la más reciente– incluye una advertencia del Banco de España de que los préstamos IRPH deben contratarse con diferencial negativo, la entidad bancaria incluyó en el contrato la Circular 8/1990, que no incluía dicha advertencia.

El día 3 de mayo de 2022 los titulares de prensa recogían “Consumo de la Comunidad Balear sanciona a Cajamar con 22.500 euros por falta de transparencia en el IRPH”. Es el resultado de la resolución del expediente de la dirección General de Consumo de las Islas valeres frente la entidad Cajamar por la utilización de índice IRPH, a falta del texto definitivo de la sanción se ampara en la reproducción parcial en el citado préstamo de la definición de IRPH, algo común, suprimiendo la frase de que “la media se hace con tipos TAE” y afirmando que el IRPH es un promedio de tipos simples, y añadiendo además un diferencial positivo en contra de la recomendación del Banco de España se remitía a un BOE anterior (8/90) y no al vigente de 1994, donde consta la advertencia que el IRPH debe comercializarse con un diferencial negativo.

anulación por parte de los jueces nacionales, pese a estar regulado por el Banco de España.

15. <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/aplicacion-irph-viviendas-protégidas-y-su-presion-ayudas/>.

16. <https://www.facua.org/es/noticia.php?Id=16703>.

A la vista de la anterior sanción y desde el punto de partida de la sentencia del Tribunal Supremo STS 20 de noviembre de 2007 (RJ 2008/667), podríamos encuadrar la aplicación del índice como infracción permanente a los efectos de la prescripción de acciones administrativas: “son aquellas conductas antijurídicas que persisten en el tiempo y no se agotan con un solo acto, determinando el mantenimiento de la situación antijurídica a voluntad del autor, es decir, el comportamiento reprobable en este tipo de infracciones es constitutivo de un único ilícito, pero este se mantiene durante un espacio de tiempo dilatado sometido a la voluntad de su autor, por lo cual, se dilucida que el cómputo para la prescripción comienza desde que cesa la acción indebida”, a la vista de que los préstamos referenciados al índice IRPH están en vigor a los efectos del cómputo del inicio de los expedientes administrativos sancionadores nuevos de consumo, el *dies a quo* no se ha iniciado.

Puesto que se cumplirían los parámetros señalados en la anterior sentencia, la situación antijurídica que se materializa en la incorporación del índice IRPH lo es por voluntad del autor, entidad bancaria, y se mantiene por voluntad del mismo y se materializa mes a mes en la cuota hipotecaria que se repercute al consumidor.

La cuestión ahora es si a la vista de la sanción y los motivos que la amparan, la administración va resolver a favor de los consumidores en aquellos supuestos de viviendas de protección oficial, en los que la referencia al IRPH era obligatorio, como así mantiene el Tribunal Supremo para amparar la bondad y transparencia del índice, y de no hacerlo, si partiendo de la misma se apertura el plazo de un año para interponer procedimientos de responsabilidad patrimonial frente a la administración, a la vista de la constatación de los daños y perjuicios, cuantificados en sobre coste que la aplicación del índice tiene en la cuota mensual.

V. EL POSICIONAMIENTO DEL TRIBUNAL SUPREMO FRENTE AL ÍNDICE IRPH

1. ANÁLISIS RETROSPECTIVO

En época de bonanza económica, los problemas de pago de las cuotas de la hipoteca se relajan, *parece que hay dinero “para todos y para todo”*. Pero entonces llega la crisis y se lleva por delante la burbuja hipotecaria y, con ella, la sensación de falsa prosperidad que tenía la clase media-baja, agravándose además los problemas para pagar la hipoteca por la pérdida del trabajo.

En esta fase el Euribor comienza su caída en picado y sin embargo el IRPH se mantiene.

Del conflicto social, derivado del impago de las hipotecas se pasa al jurisdiccional. En noviembre de 2017, el Tribunal Supremo de nuestro país

llegó a avalar el IRPH¹⁷. Consideramos entonces que la mera referencia de una hipoteca a un índice oficial no implicaba falta de transparencia ni abuso alguno, en realidad con unos argumentos que pese a las recientes sentencias del TJUE no han variado. Resaltaremos la Sentencia núm. STS sala civil 595/2020 de fecha 12/11/2020 donde se establecen las dos premisas mantenidas en la actualidad: “4.– En todo caso, lo que puede determinar la abusividad de la cláusula es la concurrencia de los dos parámetros a los que se refieren la Directiva y la legislación de consumidores, a los que hemos hecho mención en el fundamento jurídico quinto: el desequilibrio importante y la buena fe. Ninguno de tales parámetros es siquiera objeto de tratamiento en el recurso, por lo que no podemos construir de oficio una alegación que no se ha efectuado (STJUE de 11 de marzo de 2020, asunto C-511/17)”. Y ello, pese a que el TJUE ha establecido que los tribunales nacionales están obligados a “*examinar el carácter claro y comprensible*” de las cláusulas que fijaron el tipo de interés de las hipotecas con IRPH.

Para que esta cláusula se considere transparente, no sólo tiene que ser comprensible desde el punto de vista “*formal y gramatical*”, sino permitir que un consumidor medio entienda cómo funciona el método de cálculo del tipo de interés y sus consecuencias económicas¹⁸. Pese a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, los jueces de Primera Instancia y Audiencias Provinciales han declarado en reiteradas ocasiones la nulidad de la cláusula, decretando el recálculo de la hipoteca por referencia al Euribor.

2. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO 42, 43 Y 44 /2022 DE 27 DE ENERO EN RELACIÓN CON EL CONTROL DE TRANSPARENCIA Y ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS QUE INCORPORA EL ÍNDICE IRPH

A pesar de los antecedentes expuestos en los epígrafes anteriores, el Tribunal Supremo mantiene un criterio distinto, a través de tres sentencias que debían marcar precedente sobre la transparencia y la abusividad de la cláusula de los préstamos hipotecarios que incorpora el IRPH. Las

17. Sentencia número 669/2017 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo considera que el IRPH como referencial hipotecario “no puede ser objeto de control de transparencia, puesto que tanto la Ley de Condiciones Generales de Contratación como la Directiva 93/13, de protección de los consumidores, excluyen de su ámbito de aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas, aunque sí pueda serlo la cláusula que lo incorpora”.

18. La Directiva 93/13 CE reforzó la exigencia de transparencia de las cláusulas no negociadas insertas en los contratos de préstamos hipotecarios, firmados por las entidades de crédito con los consumidores, señalando que era imprescindible que se entregaran al consumidor sin reenvío a documentos externos que no se faciliten en el momento de la firma, y que sean redactadas con concreción claridad y sencillez, además la sentencia de 9 de mayo del 2013 STS 1916/2013 - ECLI:ES:TS:2013:1916 Id Cendoj: 28079119912013100009 con respecto a las cláusulas suelo, introdujo el concepto de “comprensibilidad”, en referencia a que el consumidor conociera en el momento de la firma la carga económica a la que se está obligando con la firma.

primeras tras el auto del TJUE de noviembre de 2021. Aunque ya había habido algunas sentencias y autos de Audiencias Provinciales estudiando los casos concretos y declarando la nulidad del índice IRPH (entre ellas, la Audiencia Provincial de Valencia Sección Sexta y el propio Juzgado de Primera Instancia 38 de Barcelona).

Pero el Tribunal Supremo se reitera en lo ya pronunciado sobre estas mismas cláusulas en noviembre de 2020 y lo reajusta justificándose en los propios autos de TJUE afirmando que la cláusula puede ser abusiva y contraria a la *buena fe* lo que causa, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, pero insiste la Sala en que: la publicación del índice en el BOE es suficiente para que el concepto que mantiene de *consumidor medio*. Además, deja claro que el Gobierno y varias autonomías han venido considerando, a través de normas reglamentarias, que el índice IRPH era el más adecuado para utilizarlo como índice de referencia en el ámbito de la financiación de Viviendas de Protección Oficial, por lo que resulta ilógico considerar –como actuación contraria a la *buena fe*– la incorporación de ese mismo índice a préstamos concertados fuera de ese ámbito de financiación oficial.

Para acabar declara que *“no se ha justificado que el índice IRPH, que está fiscalizado en todo caso por la administración pública, sea más fácilmente manipulable que el resto de los índices oficiales”*.

En definitiva, desplaza al terreno de la prueba la aptitud del tipo de referencia IRPH para ser manipulado, al menos en mayor grado que los otros índices alternativos que se usan en el tráfico bancario, señalando, de forma indirecta, si se quiere, por donde han de avanzar las futuras impugnaciones en este campo.

VI. CONCLUSIONES

Para quien suscribe este artículo, existen suficientes argumentos para pensar que el índice IRPH no es transparente, es abusivo y por tanto nulo. Pensamos, además, que, en su caso, una vez declarada la nulidad, debe ser el consumidor el que elija la consecuencia de la eliminación del mismo.

Causa extrañeza, por otra parte, la negativa de la Administración a eliminarlo como índice de referencia en las Viviendas de Protección Oficial, negativa en la que se ampara, además, el Tribunal Supremo para afianzar la *“buena fe”* de las entidades bancarias. Sin embargo, si la sanción de consumo en el expediente sancionador a la entidad bancaria, que se haya pendiente de conclusión, es contundente puede ofrecer motivos para reconsiderar esta opción.

En cualquier caso, parece que la última palabra no está dicha y cabe esperar la aparición de nuevas sentencias en esta materia, a cargo del TJUE,

en las que el alto tribunal europeo defina con mayor concreción, si cabe, las líneas que ha de seguir la magistratura nacional en este punto para dar cumplimiento efectivo a la normativa emanada de la directiva 93/13 y de las propias resoluciones del TJUE, y no retorcerla en favor de la banca. Y mientras tanto el principio *pro consumatore* que debiera impregnar la interpretación de este tipo de procedimientos parece quedar soslayado por una interpretación alternativa, más favorable a las entidades de crédito, que hace recaer la carga de la prueba en el consumidor, carga tal vez excesiva en función del principio de facilidad probatoria.

Se trata de una opción que puede considerarse atentatoria contra el principio de efectividad del Derecho Europeo y también del principio de tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución Española, en relación con los Arts. 6 y 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ABELLÁN TOLOSA, Luis; CALATAYUD JORQUES, Javier; CARUANA FONT DE MORA, Gonzalo; ESTEVAN DE QUESADA, Carmen, HERNÁNDEZ BATALLER, Bernardo, HERNÁNDEZ COLOMER, José Ángel; LOIS CABALLER, Ana Isabel; LÓPEZ MUÑOZ, Gustavo; MARTORELL ZULUETA, Purificación; PAJÍN ECHEVARRÍA, Pablo; PALAO MORENO, Guillermo y REYES LÓPEZ, María José. *GPS Consumo* (3.^a Edición) Tirant Lo Blanch. 2019.

DEL CARMEN CASTILLO MARTÍNEZ, Carolina. *Crisis económica y defensa de los consumidores: hacia la reformulación necesaria de algunos patrones fallidos*. Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación. 2019.

– *Panorama general de la cláusula IRPH*. Rev. Actualidad Civil n.º 9, septiembre 2020, Ed. Wolters Kluwer.

– *La transparencia como valor transversal. Una aplicación concreta al índice de referencia de los préstamos hipotecarios*. Rev. Actualidad civil n.º 5 mayo 2021 Ed. Wolters Kluwer.

DELGADO SANCHO, Carlos David. *Demanda de amparo ante la jurisdicción contencioso-administrativa y ante el Tribunal Constitucional*. Colex. 2020.

MIRANDA SERRA, Luis María. *El control de transparencia de condiciones generales y cláusula predispuesta en la contratación bancaria*. Rev. Indret Barcelona abril 2018.

MARIMON DURÁ, Rafael; MARTI MIRAVALLS, Jaume; O'FLYNN, Andrew. *Problemas actuales y recurrentes en los mercados financieros. Financiación alternativa, gestión de la información y protección al cliente*. Thomson Reuters Aranzadi. 2018.

- ORDUÑA MORENO, Francisco Javier; SÁNCHEZ MARTÍN, Carlos y GUILLÉN CATALÁN, Raquel. *Control de transparencia y contratación Bancaria. Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable*. Tirant Lo Blanch. 2016.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, Eduardo y ESTANCONA PÉREZ, Araya Alicia. *Mecanismos de defensa del deudor hipotecario de vivienda*. Thomson Reuters Aranzadi. 2021.