

Préstamo hipotecario con intereses fijados en el índice IRPH

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

Extracto

En los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, la cláusula por la que los intereses se fijan por el índice IRPH debe contener el requisito de transparencia, y su falta no exime de realizar el juicio de abusividad. Es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas o que se plantee el empleo de un tipo de interés variable referenciado al índice IRPH.

Palabras clave: contrato de préstamo; transparencia; garantía hipotecaria; IRPH.

Fecha de entrada: 13-12-2020 / Fecha de aceptación: 28-12-2020

Enunciado

Los contratantes pretenden impugnar el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito con una entidad bancaria por 200.000 euros y a 30 años, desde hace años, solicitando la nulidad de una cláusula de interés remuneratorio calculado sobre la base del IRPH durante el período previsto en el contrato, y la restitución de las cantidades cobradas en concepto de interés calculado sobre la base del IRPH, por la falta de transparencia de la cláusula por cuanto en ningún momento se les proporcionó la información necesaria para lograr su comprensibilidad real, en atención al carácter técnico y por tanto complejo de su redacción.

Cuestiones planteadas:

1. Cláusulas de interés remuneratorio IRPH: control de transparencia y abusividad.
2. Conclusión.

Solución

1. Los actores son consumidores y la cláusula tercera bis es una condición general de la contratación que define el objeto principal del contrato, ya que determina la remuneración que debe satisfacer el cliente a la entidad bancaria por el préstamo.

Es cierto que los consumidores se encuentran protegidos frente a comportamientos realizados por las entidades bancarias, que les imponen condiciones no negociadas, donde no

hay transparencia o son abusivas y generan una desproporción o desequilibrio en las prestaciones, beneficiando solo a la otra parte contratante, la entidad financiera.

En este caso se plantea a falta de transparencia y abusividad de la cláusula que determina el índice que regula el interés que se acordó en el contrato.

La cláusula en principio supera el control de incorporación, porque está redactada de manera clara y comprensible; expone de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula, de manera que el consumidor está en condiciones de valorarla, basándose en criterios precisos e inteligibles.

Se va analizar la doctrina fijada por el TJUE y el Tribunal Supremo, analizando tanto la transparencia como la abusividad.

El Pleno del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el índice IRPH en una sentencia 669/2017 de 14 de diciembre, donde expone que:

1. La cláusula del contrato de préstamo hipotecario en la que se establece el IRPH como índice de referencia del interés remuneratorio es una condición general de la contratación si no se ha negociado individualmente.
2. No hay inconveniente en que un índice de referencia legal (aprobado por la autoridad bancaria) se incorpore al contrato como tal condición general de la contratación.
3. En cuanto que condición general de la contratación predispuesta y utilizada en un contrato celebrado con consumidores, puede ser objeto de control de transparencia.
4. Por el contrario, los tribunales civiles no pueden controlar el procedimiento bancario-administrativo por el que se configura el índice.

Asimismo, el TJUE (Gran Sala), en respuesta a una petición de decisión prejudicial de un juzgado de primera instancia de Barcelona, ha dictado la Sentencia de 3 de marzo de 2020 (C-125/18 [NCJ064612]). En dicha resolución, el TJUE concluye:

1. El artículo 1, apartado 2, de 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 sí está comprendida en el ámbito de aplicación de esa misma directiva la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que estipule que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y que las entidades de crédito pueden aplicar a los préstamos hipotecarios, cuando esa normativa no establezca ni

la aplicación imperativa del índice en cuestión con independencia de la elección de las partes en el contrato ni su aplicación supletoria en el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa.

2. La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 8, debe interpretarse en el sentido de que los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con independencia de la transposición del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.

3. La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.

4. Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales.

En relación con la transparencia de las cláusulas de intereses IRPH y su eventual abusividad se puede indicar lo siguiente:

Transparencia

La misma Sentencia 669/2017, de 14 de diciembre mencionada, había concluido que no era posible realizar un control de transparencia de la cláusula que establecía el índice

de referencia del interés variable del préstamo. Nada más lejos de la realidad: la sentencia se refería expresamente al control de transparencia de la cláusula de intereses variables y declaraba:

Para limitar los efectos de la asimetría informativa que los consumidores pueden padecer respecto a la determinación de los índices, la normativa establece un principio de transparencia en la contratación en la que se incluyan índices financieros. Este principio de transparencia se traduce en un especial deber a cargo de las entidades financieras de informar tanto con carácter previo como durante la ejecución del contrato de financiación de manera clara, inteligible y comprensible sobre la definición legal del índice financiero elegido por las partes; los momentos contractuales en los que se deba producir la variación del tipo de interés aplicable y términos en los que se producirá tal variación en atención al valor de los índices de referencia adoptados; y la publicidad de los valores del índice de referencia adoptado para la adaptación del tipo de interés remuneratorio [y que] puede controlarse que la condición general de la contratación por la que se incluye en un contrato con consumidores esa disposición o previsión legal esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente.

Lo que excluyó fue que pudiera examinarse el índice «como tal», es decir, que pudiera juzgarse el índice en sí (su definición y fórmula de cálculo), dado que venía determinado por la normativa administrativa bancaria. Lo que ha sido confirmado por la STJUE de 3 de marzo.

Asimismo, dice que la ley no configura este índice como imperativo o supletorio, sino que su utilización es de carácter contractual, y no resulta aplicable el artículo 1.2 de la Directiva 93/13, lo que también ha confirmado el TJUE.

El TJUE afirma la publicación del IRPH «permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades.

Por otro lado, se presume que a un consumidor medio le resulta relativamente fácil acceder a los sistemas de cálculo de los diferentes índices oficiales y comparar las diferentes opciones que ofrecen las entidades bancarias.

Sin embargo, aunque la entidad bancaria haya cumplido con las exigencias de transparencia impuesta por la Directiva 93/13, le corresponde al órgano jurisdiccional «efectuar las comprobaciones que considere necesarias a este respecto, verificando en particular que la entidad bancaria haya comunicado, antes de la celebración del contrato de préstamo, información suficiente para que este pudiera tomar una decisión prudente y con pleno conocimiento de causa».

Los tribunales deberán comprobar también que se facilitó información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.

Respecto a este requisito de la información de la evolución previa del IRPH, el Tribunal Supremo, en la sentencia del pleno ya citada, establece que

en cuanto al comportamiento anterior, hasta noviembre de 2008, el valor del IRPH y del euríbor había sido bastante similar, aparte de que no cabe olvidar que los diferenciales aplicados eran distintos y condicionaban el resultado final; y que esos diferenciales eran menores en los préstamos referenciados al IRPH que en los referenciados al euríbor, pues de otro modo los primeros no habrían resultado competitivos y que, en tales condiciones, lo único de lo que podría haberse informado, además de lo que se informó (que el índice era el IRPH, que ese índice se publicaba en el BOE y en qué consistía), era que si el IRPH evolucionaba más desfavorablemente que el euríbor, podría ser peor para el demandante. Pero eso era una obviedad, porque resulta evidente que siempre que existen varios índices oficiales, los prestatarios cuyos préstamos estén referenciados al índice que en el futuro se comporte mejor (en el sentido de que baje más o suba menos) saldrán ganando, y los que lo estén al índice que evolucione peor, saldrán perdiendo. Como ocurre con los préstamos fijos: si el índice al que está referenciado el préstamo a interés variable más el diferencial baja por debajo del tipo fijo, los prestatarios que hayan optado por este saldrán perdiendo; si ocurre lo contrario, saldrán ganando.

En todo caso, ni el TJUE ha mantenido que no resulta razonable que el juicio de transparencia implique la comprensibilidad del funcionamiento matemático/financiero del índice IRPH. Ningún índice, incluido el euríbor, resistiría dicha prueba. Es por ello que en la sentencia del pleno mencionada lo que se juzga es la cláusula, no el índice.

Conforme a lo expuesto, a fin de cumplir con las exigencias de transparencia establecidas por el TJUE, para que se entienda que la suscripción de un contrato de préstamo hipotecario con un tipo de interés variable referenciado al índice IRPH supera el control de transparencia, debe tenerse en cuenta, fundamentalmente:

1. La publicación, a través del BOE, de los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros, por lo que «resultan fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario»; en concreto afirma el TJUE que «esta circunstancia permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades».
2. El cumplimiento por la entidad de crédito de la obligación de informar a los consumidores, conforme a la normativa nacional de «cuál había sido la evolución del

IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible».

Afirma el TJUE que «tal información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés».

Por el contrario, la STJUE descarta 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.

Abusividad

Que la cláusula, eventualmente, no sea transparente no quiere decir que siempre y automáticamente sea abusiva.

La jurisprudencia del TJUE establece que, respecto de los elementos esenciales del contrato (precio y prestación), una vez apreciada la falta de transparencia es cuando debe hacerse el juicio de abusividad (por todas, STJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, *Kásler*; de 26 febrero de 2015, C-143/13, *Matej*; de 20 de septiembre de 2017, C-186/16, *Andriciuc*; de 14 de marzo de 2019, C-118/17, *Dunai*; y de 5 de junio de 2019, C-38/17, *GT*).

Es decir, en tales casos, la declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad (STS 171/2017, de 9 de marzo; 538/2019, de 11 de octubre; 121/2020, de 24 de febrero, y 408/2020, de 7 de julio).

Como advertimos en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo: «la falta de transparencia no supone necesariamente que [las condiciones generales] sean desequilibradas».

Incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar el carácter abusivo de dicha cláusula y, en particular, si esta causa, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato.

Se ha asimilado solamente falta de transparencia a abusividad en supuestos muy concretos, como las denominadas cláusulas suelo, porque, como advertimos en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo, 138/2015, de 24 de marzo, 222/2015, de 29 de abril, 334/2017, de 25 de mayo, o 367/2017, de 8 de junio, tales condiciones generales entrañan un elemento engañoso, cual es que aparentan un interés variable cuando realmente establecen un interés fijo solo variable al alza y «provocan subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación».

Es decir, en tales casos, la declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad.

Deben mencionarse lo establecido en la Directiva de la CEE y en la legislación española; así el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, establece:

Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

De manera concorde, el artículo 82.1 del TRLGCU dispone:

Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

La buena fe como exigencia que se establece parece difícil que se pueda vulnerar, por ofrecer un índice oficial, aprobado por la autoridad bancaria, salvo que se pudiera afirmar que se podía conocer su evolución futura y esta fuera necesariamente perjudicial para el prestatario y beneficiosa para la entidad prestamista. Lo que, como hemos visto, no es el caso, ya que tal evolución futura no depende de la voluntad del predisponente.

Respecto del **desequilibrio importante** que pudiera originar, debe ser valorado en el momento de suscripción del contrato (art. 4.1 de la Directiva 93/13), por lo que la evolución más o menos favorable del índice durante el tiempo de vida del contrato no puede ser determinante, máxime cuando no consta que el prestamista tenga influencia razonable en esa evolución.

En todo caso, de acuerdo con la STS 669/2017, de 14 de diciembre, que en un determinado momento de la vida del préstamo el IRPH se separe desfavorablemente de otros índices (específicamente, el euríbor) no quiere decir que se vaya a comportar siempre así durante el resto de vigencia del contrato, y ello por dos razones fundamentales:

- a) Para el cálculo del IRPH se toman como elemento de cálculo no solo los préstamos con euríbor, sino también los préstamos referenciados a otros tipos variables y los préstamos a interés fijo; y
- b) También se toman en cuenta los diferenciales.

La evolución posterior no puede determinar el desequilibrio, que debe valorarse en la fecha de celebración del contrato, ya que en el desenvolvimiento posterior el préstamo puede que resulte ser más caro que otros, lo no supone desequilibrio determinante de abusividad, puesto que el control de contenido no puede derivar en un control de precios. Además, ello no debe entenderse en el sentido de que la entidad bancaria debiera facilitarles información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura, ni tampoco que tuviera que asesorarles sobre el mejor préstamo posible, pues ambas exigencias han sido descartadas por la STJUE de 3 de marzo de 2020.

Con la doctrina del TJUE, la falta de transparencia no determina en todos los casos la nulidad de la cláusula, sino que permite proyectar el control de abusividad sobre los elementos esenciales del contrato. La falta de transparencia, en definitiva, no exime de realizar el juicio de abusividad. En este sentido, según la STS 511/2020, de 6 de octubre, y otras resoluciones, es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas o que se plantee el empleo de un tipo de interés variable referenciado al índice IRPH.

Por otro lado, el hecho de que el legislador estableciese el IRPH como uno de los tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario no constituye una lesión de la situación jurídica del consumidor. No supone una restricción de derechos del consumidor, ni un obstáculo a su ejercicio, ni le supone una obligación adicional no prevista. El desequilibrio se daría si la entidad financiera pudiera influir en la configuración del índice. Sin embargo, la incidencia de la actuación de la entidad demandada en la configuración del índice no es algo que dependa de su exclusiva voluntad, porque para concretar las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria cuyo interés se toma en consideración en orden a calcular el índice, es preciso que la entidad financiera y el consumidor hayan llegado a un acuerdo (el cálculo se hace sobre los préstamos otorgados, no sobre ofertas realizadas), de modo que en la configuración del índice influyen no solo los bancos, cajas de ahorros y sociedades de crédito hipotecario que otorgan los préstamos, sino también los consumidores que los suscriben. No se acredita la abusividad de la cláusula.

Los deudores hipotecarios deberían justificar las razones por las que se les causa, como consumidores, un desequilibrio importante de sus derechos y obligaciones en contra de las exigencias de la buena fe.

2. De acuerdo con lo mencionado, y sin perjuicio de posteriores revisiones de la doctrina actualmente en vigor, parece que no sería aconsejable el planteamiento de la demanda que se pretende por los contratantes del préstamo con garantía hipotecaria con interés remuneratorio sobre la base del índice IRPH, ya que de acuerdo con la doctrina mencionada por el TJUE y el Tribunal Supremo no concurrirían la falta de transparencia ni la abusividad.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, TRLGDCYU, art. 82.1.
- Directiva 93/13/CEE, arts. 3.1 y 4.1.
- STJUE de 3 de marzo de 2020.
- SSTS 171/2017, de 9 de marzo; 669/2017, de 14 de diciembre; 538/2019, de 11 de octubre; 121/2020, de 24 de febrero, 408/2020, de 7 de julio, y 511/2020, de 6 de octubre.