

EVOLUCIÓN DEL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL
DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA EN CONTRATOS DE
PRÉSTAMO HIPOTECARIO

*EVOLUTION ON JURISPRUDENTIAL TREATMENT OF
TRANSPARENCY CONTROL IN MORTGAGE LOAN CONTRACTS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 16, febrero 2022, ISSN: 2386-4567, pp. 1602-1617

Raquel
NAZÁBAL
BARANDA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de noviembre de 2021

ARTÍCULO APROBADO: 10 de enero de 2022

RESUMEN: Las condiciones generales de la contratación incorporadas en los contratos de préstamo hipotecario, celebrados entre entidades financiera y consumidores, han sido objeto de estudio por los tribunales nacionales y por el TJUE con el fin de controlar prácticas abusivas por parte de los profesionales. El obligado control de transparencia es el mecanismo que garantiza la supresión de cláusulas abusivas en los contratos de adhesión. En consecuencia, observamos una jurisprudencia cambiante del Tribunal Supremo sobre cómo interpretar los principios generales fijados en la Directiva 93/13/ CEE para declarar la abusividad de las cláusulas, distanciándose en la actualidad de la doctrina comunitaria, así como de la suya propia en cláusulas suelo e hipotecas multidivisa.

PALABRAS CLAVE: Contrato de préstamo hipotecario, contrato de adhesión, consumidor, cláusulas abusivas, control de transparencia, interpretación extensiva, interpretación restrictiva, cláusulas índice IRPH, contrato novatorio de cláusula suelo, cláusula de renuncia específica, cláusula de renuncia genérica.

ABSTRACT: *The general contracting conditions included in the mortgage loan contracts, between financial institutions and consumers, have been studied by national courts and by the ECJ in order to control abusive practices carried out by professionals. The mandatory transparency control is the mechanism that guarantees the suppression of abusive clauses in adhesion contracts. Consequently, we observe a changing jurisprudence of the Supreme Court on how to interpret the general principles established in the Directive 93/13/CEE to declare the unfairness of the clauses, currently distancing itself from the community doctrine, as well as its own on floor clauses and multi-currency mortgages.*

KEY WORDS: *Mortgage loan contract, preformulate standard contracts, consumer, abusive clauses, transparency control, extensive interpretation, restrictive interpretation, IRPH index clauses, ground clause novice contract, specific waiver clause, generic waiver clause.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. ORIGEN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LOS CONTRATOS FINANCIEROS. III. ANÁLISIS JURÍDICO COMPARATIVO DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TJUE SOBRE EL CONTROL DE TRANSPARENCIA. 1. Cláusula índice IRPH. 2. Contratos novatorios de cláusula suelo. IV. INTANGIBILIDAD DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA COMO CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

En el año 1995 comenzó en España una burbuja inmobiliaria que estallaría en el 2007. El ciudadano medio, a pesar del incremento incesante del precio de la vivienda, compraba inmuebles ya fuera para uso residencial o como objeto de inversión. La estimulación de los mercados, el optimismo de la sociedad y en particular, la facilidad de la obtención de créditos hipotecarios desembocó en una crisis económica mundial.

Las entidades de financiación pusieron en el mercado un torrente de crédito hipotecario barato de fácil acceso para el prestamista. Estos contratos eran concedidos sin discriminación alguna a cualquier persona que justificara una capacidad económica mínima. De hecho, en muchas ocasiones era la entidad quien ofrecía al prestatario una cantidad superior a la que solicitaba para que pudiera amueblar su vivienda o comprarse un vehículo. La euforia del consumidor por acceder al mercado inmobiliario fue objeto de provecho por parte de las entidades en los procesos de contratación hipotecaria, pues fue habitual llevar a cabo prácticas abusivas contrarias a la legislación de esta materia.

A partir de la crisis económica, gracias a la incansable labor del legislador europeo para promover mecanismos de protección y defensa del consumidor y al trabajo efectuado por el TJUE, el tercer sector ha descubierto que las entidades bancarias han incorporado a sus contratos cláusulas que pueden resultar nulas por abusivas. En consecuencia, hemos observado una jurisprudencia sobre la materia con una evolución cambiante y, en ocasiones, contradictoria entre la comunitaria y la nacional.

II. ORIGEN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA EN LOS CONTRATOS FINANCIEROS.

La Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, revela que el mercado único

• Raquel Nazábal Baranda

Presidenta de la Agrupación de jóvenes abogados y Abogada en ejercicio.
Institución: Ilustre Colegio de Abogados de Cantabria.

europeo implica un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales está garantizada. Las legislaciones de los Estados miembros relativas a las cláusulas de los contratos predispuestos celebrados con consumidores no comparten los mismos criterios. Esto originaría grandes diferencias entre los distintos mercados nacionales y produciría distorsiones de la competencia entre los vendedores y los prestadores de servicios cuando la comercialización se realiza en otros Estados. Este síntoma es el que ha conducido a la Unión Europea a considerar necesaria una armonización de la legislación que elimine las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, con el fin de agilizar los acuerdos transnacionales creando una mayor confianza en el mercado interior y, en particular, en el consumidor.

Desde su entrada en vigor, la Directiva 93/13/CEE ha sido interpretada a través de diversas resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que desarrollan los principios generales contenidos en esta. En particular, cabe destacar el goteo constante de cuestiones prejudiciales¹ que se plantean por nuestros Tribunales nacionales sobre esta materia. Y ello, debido a la continua controversia sobre cómo interpretar los principios generales fijados en la Directiva para declarar la abusividad de las cláusulas en los contratos financieros perfeccionados con consumidores.

Desde hace más de una década, observamos cómo llegan a nuestros Tribunales nacionales asuntos para el conocimiento de la abusividad de las cláusulas predispuestas en contratos financieros. No obstante, ha sido en estos últimos años cuando ha surgido la llegada de una avalancha de demandas que versan sobre esta materia. Por esta razón, la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, alcanzó el 25 de mayo de 2017 un acuerdo para la creación de juzgados especializados que conocieran de la materia relativa a las condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias, cuyo prestatario fuera una persona física. Sin embargo, estos Juzgados especializados continúan desbordados ante la proliferación de demandas que persiguen la declaración de abusividad de una creciente variedad de cláusulas: suelo, vencimiento anticipado, intereses moratorios, comisión de apertura, comisión por reclamación de posiciones deudoras, gastos de formalización de hipoteca, hipotecas multividua, a los que se sumaron posteriormente los relativos al IRPH y contratos novatorios de cláusula suelo.

¹ DOUE de 27 de septiembre de 2019. Comunicación de la Comisión de las Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En esta se realiza un análisis de todas las sentencias y autos dictados por el TJUE en las cuestiones prejudiciales que se le han planteado por parte de los Estados miembros, desde la primera consulta resuelta, de fecha 27 de junio de 2.000 hasta la fecha del comunicado.

En su origen, el análisis jurídico del control de transparencia en la contratación de adhesión se realizó desde una perspectiva extensiva de la doctrina comunitaria por parte del Tribunal Supremo, tal y como se aprecia en la Sentencia dictada por la Sala 1ª de 18 de junio de 2012², Sentencia de 9 de mayo de 2013³ y Sentencia de 15 de noviembre de 2017⁴.

Sin embargo, a medida que el Tribunal Supremo ha continuado resolviendo diferentes asuntos en materia de cláusulas abusivas, hemos observado cómo este se aparta de la doctrina comunitaria⁵ que fija las directrices para interpretar el principio de transparencia, pues realiza una interpretación cada vez más restrictiva del mismo, en vez de atribuirle un alcance más amplio del que resulta prima facie.

III. ANÁLISIS JURÍDICO COMPARATIVO DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TJUE SOBRE EL CONTROL DE TRANSPARENCIA.

El mecanismo del que disponemos para garantizar que las cláusulas que se incorporan a los contratos de adhesión, celebrados con consumidores, no sean abusivas es el obligado cumplimiento de los controles de transparencia, pues su objetivo es encontrar la simetría contractual de las posiciones de las partes dentro del negocio. El TJUE desarrolla su doctrina entendiendo que la transparencia está

- 2 STS Sala 1ª, de 18 de junio de 2012. Por primera vez interpreta la categoría jurídica del control de transparencia, en un asunto de impugnación de los intereses pactados en un préstamo hipotecario. Declara que “la cláusula general de buena fe, como criterio delimitador de la posible abusividad de la cláusula, solamente toma en consideración el ámbito objetivo del desequilibrio resultante sin presuponer ninguna intención o finalidad reprochable.” Y continúa su fundamentación, de la que he extraído los tres argumentos que inspiran la idea de interpretar de forma extensiva el control de transparencia. “Como consecuencia de la gravedad y la extensión del control proyectado, la declaración de abusividad de una cláusula o su no incorporación, inclusive por ser contraria a la moral o al orden público, no determina directamente la nulidad del contrato o su ineficacia total, siempre que no afecte a los elementos esenciales del mismo (artículo 9 y 10 de la ley de condiciones generales de la contratación y 10 Bis de la Ley 26/1984, de 14 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios). (...) Por aplicación teleológica de la Directiva del 93, artículo 4.2, que los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante, pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia (artículos 5.5 y 7 de la ley de condiciones generales y 10.1. a) de la ley general de defensa de consumidores y usuarios). (...) El control de inclusión, particularmente referido al criterio de transparencia respecto de los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que en conjunto el contrato supone para él y, a su vez, la prestación económica que va a obtener de la otra parte.”
- 3 La STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusula suelo adopta en su fundamentación la doctrina constituida por el TJUE en su Sentencia de 21 de marzo de 2013. Sobre los efectos retroactivos de las cláusulas suelo, fue en la Sentencia de 21 de diciembre de 2016 dictada por el TJUE, en la que establece que no procede limitar en el tiempo los efectos retroactivos de las cláusulas suelo. Ello fue así como consecuencia de una interpretación extensiva del principio de transparencia, pues se adoptó una posición por parte del Tribunal de entender este principio en toda su extensión para no perjudicar los elementos del mismo.
- 4 STS de 15 de noviembre de 2017. Declara la nulidad parcial del préstamo hipotecario y que su efecto de nulidad parcial conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por los demandantes es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal e intereses, debiendo subsistir sin los contenidos declarados nulos. Debe entenderse que el préstamo lo fue en euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura.
- 5 El juez nacional, conforme al principio de primacía del Derecho Comunitario, tiene la obligación de integrar y aplicar el mismo en sus resoluciones, dejando sin aplicación las disposiciones de la ley nacional que le contradigan.

ligada a que el predisponente cumpla con una serie de deberes de información y documentación en sede precontractual, suscitando así una cristalización del contrato. Este debe garantizar que el consumidor conoce exactamente las consecuencias económicas y jurídicas del contrato que está a punto de firmar y debe guardar el justo equilibrio de las prestaciones, respetando el principio de buena fe.

Sin embargo, como ya se ha adelantado en el apartado anterior, el Tribunal Supremo ha modificado su criterio, desvinculándose de esta interpretación extensiva de la transparencia a través de sus sentencias sobre las cláusulas índice IRPH⁶ y los contratos novatorios de cláusula suelo⁷ que seguidamente analizamos.

I. Cláusula índice IRPH.

En el año 2009, la Unión Europea obligó a España a eliminar los índices IRPH de Bancos y Cajas de Ahorro. Hasta pasados cuatro años, el legislador español se mantuvo inmóvil, y no fue hasta la entrada en vigor de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internalización (BOE, N° 233, 28/09/2013), concretamente en su disposición adicional decimoquinta que versa sobre el régimen de transición para la desaparición de índices o tipos de interés de referencia, cuando eliminó el IRPH de Cajas, aunque no así el IRPH Entidades.

La cláusula en la que se establece como tipo de referencia el IRPH para el cálculo de interés en los préstamos hipotecarios ha sido causa de estudio por el TJUE en su Sentencia de 2 de marzo de 2020. En esta sentencia el Tribunal resuelve que, para que la cláusula que incluye una referencia a un tipo de interés variable, cuyo valor exacto no puede determinarse en un contrato de préstamo para toda la vigencia del contrato, supere el control de transparencia a los efectos del art. 4.2 de la Directiva 93/ 13, es necesario que se haya ofrecido por parte del predisponente la información sobre la evolución del índice de referencia de 2 años anteriores a la celebración del contrato. Concretamente se recoge en su apartado 50 y reza así: “la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, tal como resulta de los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13, no puede reducirse exclusivamente a su carácter comprensible en un plano formal y gramatical. Toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo relativo, en particular, al nivel de información, la mencionada exigencia de

6 Cuatro STS 595, 596, 597, 598/2020, de 12 de noviembre.

7 STS, la Sala 1ª, 558/2017, de 16 de octubre de 2017 declara nulas las cláusulas incorporadas en el contrato novatorio. Sin embargo, a partir de su Sentencia 205/2018, de 11 de abril de 2018 modifica su jurisprudencia a través de una interpretación restrictiva del control de transparencia sobre las cláusulas incorporadas en dichos contratos. No obstante, continúa existiendo jurisprudencia menor que se descuelga de esta doctrina para adherirse a la comunitaria, en la que se deja ver una interpretación amplia del control de transparencia que conlleva a la declaración de abusividad de las cláusulas.

redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por tanto, de transparencia, a que obliga la propia Directiva, debe interpretarse de manera extensiva. (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C26/13, EU:C:2014:282, apartados 71 y 72, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C186/16, EU:C:2017:703, apartado 44).”. Y añade en su apartado 51, “la referida exigencia se ha de entender como la obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible para el consumidor en un plano formal y gramatical, sino también de que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras”. Y prosigue: “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.”.

A la vista de lo que acaba de indicarse, todo apuntaba a que, al Tribunal Supremo, una vez declaradas abusivas las cláusulas de índice IRPH que no superasen el control de transparencia, le restaría por resolver dos cuestiones. Por un lado, las consecuencias de la nulidad y, por el otro, el modo de integrar el tipo de interés una vez declarado el IRPH nulo.

El Tribunal Supremo, sin embargo, con posterioridad a la citada resolución, dictó cuatro sentencias de fecha 12 de noviembre de 2020, en las que pese a considerar que el índice de referencia IRPH no es transparente a los efectos del art. 4.2 de la Directiva, resuelve que estas son cláusulas que no resultan abusivas. Dicha conclusión la sostiene bajo la premisa de que las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, aun no siendo transparentes, cuando resulten inocuas para el consumidor no deben ser declaradas automáticamente nulas. Es decir, la falta de transparencia no determina esa abusividad directa, sino que posibilita que la cláusula sea sometida a un control de contenido y un control de abusividad⁸.

8 STS 12 de noviembre de 2020 concluye que “respecto de los elementos esenciales del contrato (precio y prestación) se desprende del art. 4.2 de la Directiva 93/13, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, que los controles de transparencia y abusividad son diferentes y el primero es presupuesto o antecedente del segundo.”. No obstante, recoge que “Únicamente hemos asimilado falta de transparencia a abusividad en supuestos muy concretos, como las denominadas cláusulas suelo porque (...) tales condiciones generales entrañan un elemento engañoso.”.

A este respecto, considero relevante la conclusión alcanzada por Fco. Javier Orduña Moreno⁹: "la consideración de la falta de transparencia como una parte integrante del carácter abusivo de la cláusula, es la que sigue la doctrina dominante en Alemania, aunque en la actualidad haya sectores que maticen el alcance de dicha conclusión. Sin embargo, estas matizaciones referidas principalmente a la implicación directa de la abusividad por falta de transparencia y a su posible ponderación con el resto de parámetros que puede ofrecer el control de contenido, particularmente en el supuesto de las denominadas cláusulas neutras o inocuas para el consumidor, no resultan, a nuestro juicio, determinantes. En efecto, pensemos que la falta de transparencia, por sí misma, ya resulta relevante para el ordenamiento jurídico a tenor de la legislación dispensada, pues no solo se tutela el interés específico del consumidor adherente, esto es, que la cláusula le resulte perjudicial, sino, y con mayor claridad en el control de transparencia, el interés general de suprimir del tráfico patrimonial seriado todas aquellas cláusulas que resulten contrarias a la transparencia debida, protegiéndose la calidad de negociación y la correcta competencia entre las empresas".

La erudición sobre el control de transparencia expuesta por nuestro Tribunal, en las citadas sentencias de 12 de noviembre de 2020, rompe con su doctrina tradicional de cláusulas suelo e hipotecas multidivisa, así como con la teoría del profesor Fco. Javier Orduña Moreno. De hecho, si tuviéramos una doctrina tradicional continuista sobre el control de transparencia instaurado en la sentencia que resuelve la abusividad de la cláusula suelo, determinaríamos que la falta de transparencia de la cláusula IRPH es instrumental y crea un perjuicio sustancial para el consumidor, consistente en la frustración de una expectativa legítima sobre el coste del crédito. En otras palabras que resultan más sencillas de entender, crea un perjuicio al adherente consistente en la privación de la posibilidad de escoger correctamente entre las distintas ofertas existentes.

El análisis que se realice de la cláusula de índice IRPH debe efectuarse desde el ámbito de la oficina de la entidad bancaria. Desde este punto de partida conocemos que, cuando el prestamista ha ofrecido al prestatario un contrato de préstamo hipotecario con un tipo de referencia IRPH, le ha incentivado a aceptarlo a través de la oferta de un diferencial más bajo. Por tanto, teniendo en cuenta que el índice IRPH es un tipo de interés variable del que el consumidor medio desconoce absolutamente su metodología de fluctuación, resulta incuestionable que el adherente se ha visto influenciado para aceptar la oferta por el dato secundario del precio (el diferencial), pues es el único dato cierto que conoce. En consecuencia, cuando contrata el préstamo con un interés IRPH está convencido

9 ORDUÑA MORENO, FCO. J., SÁNCHEZ MARTÍN, C., GUILLÉN CATALÁN, R: "Tratamiento doctrinal de la figura", AA.VV Control de transparencia y contratación bancaria, Régimen de aplicación y doctrina jurisprudencial aplicable, Tirant lo Blanch, 2016, p. 74.

de que ha contratado un producto más competitivo, ya que el diferencial es más bajo, pero en realidad resulta que ha contratado un préstamo más oneroso que otro préstamo referenciado con Euribor, aunque su diferencial sea más alto.

Así pues, el juzgador debería entrar a conocer sobre si el prestatario ha sido suficientemente informado de que el índice de referencia IRPH era poco usual o, por lo menos, desproporcionadamente menos utilizado que el Euribor¹⁰, y de que históricamente siempre ha sido superior que este último.¹¹

Las STS de 12 de noviembre de 2020 exige para declarar la nulidad de la cláusula de interés IRPH, no únicamente que esta sufra falta de transparencia – tesis que se seguía con la cláusula citadas- sino que, además, debería ser abusiva per se, sin que en ese juicio de abusividad importe el hecho de que se hubiera aportado información al consumidor.

Pues bien, una vez concluido que la cláusula analizada no es transparente, la sentencia estudia el carácter abusivo de la misma, entrando a analizar para ello dos elementos: por un lado, la contrariedad a la buena fe y, por otro, el desequilibrio sustancial.

De forma sintetizada la STS sostiene que la cláusula de índice IRPH no es contraria a la buena fe por ser un índice de referencia oficial y haber sido utilizado por la regulación estatal y autonómica relativa a financiación de vivienda de protección oficial¹². Empero, el voto particular formulado por el magistrado D. Fco. Javier Arroyo Fiestas, destaca su desacuerdo con esta reflexión sobre la contrariedad de la buena fe y formaliza la suya propia desde una posición antípoda, exponiendo lo siguiente:

- 10 La Sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020, en su apartado 22 recoge “El juzgado remitente expone en primer lugar que, como referencia para la revisión de los intereses variables de los préstamos hipotecarios, el IRPH de las cajas de ahorros es menos ventajoso que el tipo medio del mercado interbancario europeo (en lo sucesivo, «euríbor»), que, según indica, se utiliza en el 90 % de los préstamos hipotecarios suscritos en España. A su juicio, la utilización del IRPH de las cajas de ahorro representa un coste adicional de entre 18.000 y 21.000 euros por préstamo.”.
- 11 La ST del TJUE de 26 de enero de 2017 explica el modo en el que debe realizarse el control de las cláusulas no transparentes adheridas al tipo de interés de un préstamo. Particularmente, su considerando 67 refiere que “para valorar si una cláusula adherente al tipo de interés nominal no transparente es abusiva, hay que compararlo con los tipos de intereses aplicable mayoritariamente a los préstamos de similares condiciones que se están haciendo en ese momento.”.
- 12 STS, 12 de noviembre de 2020, refiere que el IRPH “En la Circular 5/1994, de 22 de julio, se incluyó como índice de referencia oficial, de forma que el Banco de España se comprometió a publicar regularmente, con las ventajas desde el punto de vista de la oficialidad que implicaba su uso”. Y continúa reflexionando que “a estos efectos del juicio de buena fe, no es desdeñable que el Gobierno central y varios Gobiernos autonómicos, en la fecha de suscripción del contrato y en la actualidad, a través de diversas disposiciones reglamentarias, tengan establecido el índice IRPH como referencia para la financiación (obtención de préstamos) de la adquisición de viviendas de protección oficial –VPO- (véase la respuesta negativa de la Secretaría de Estado de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, de junio de 2020, a la recomendación del Defensor del Pueblo de sustituir el índice IRPH por el Euríbor u otro índice oficial en viviendas de protección oficial)”.

“A la vista de lo expuesto, es evidente el perjuicio causado al consumidor, en cuanto que por falta de información suficiente no ha podido comparar con otras ofertas del mercado, por lo que se le privó del ejercicio de un legítimo derecho de opción, del que quedó desposeído por la falta de transparencia.

No es la Sala la que debe valorar cuál índice le resultaba más interesante a la parte demandante, sino que era el consumidor quien debía tomar dicha decisión con la información que no se le facilitó¹³”.

Respecto al desequilibrio sustancial creado al consumidor, la sala ha destacado que de conformidad con el art. 4.1 de la Directiva 93/13, no se ha de tener en cuenta la evolución del IRPH posterior a la celebración del contrato porque debe atenderse a las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato. No obstante, nuevamente el voto particular se pronunció indicando que a la vista de la doctrina de la sentencia, de 14 de marzo de 2013, del TJUE (Caso Aziz)¹⁴ “debemos pronunciar que el profesional no trató al consumidor de manera leal, al no ofrecerle la información legalmente requerida sobre la evolución del índice IRPH y el incumplimiento manifiesto de dicho mandato normativo, priva de buena fe a la conducta del profesional.”.

Todo ello debe valorarse sin dejar atrás la metodología de cálculo de los índices IRPH. Este tipo de referencia se calcula mediante la media simple de interés TAE de las hipotecas concedidas por las entidades financieras españolas, sin eliminarse los valores extremos, como sí sucede en el Euribor, y teniendo en cuenta las comisiones y gastos¹⁵. Esta circunstancia ha provocado que este tipo de referencia, durante toda su vigencia, haya sido más elevado que el Euribor, ya que es supervisado por las cajas y entidades, y son estas quienes lo determinan. Por tanto, consideramos que se le debería exigir al profesional que pusiera en conocimiento del consumidor esta particularidad.

- 13 STJUE de 16 de enero de 2014, en el asunto C-226/12, en interpretación del art. 3.1 de la Directiva 93/13, declaró que la existencia de un «desequilibrio importante» no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor, por una cláusula contractual, tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate. Sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.
- 14 La sentencia declaró que “Para determinar si se causa el desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual”.
- 15 Sobre estas cláusulas comentan entre otras: CASTILLO MARTÍNEZ, C.C. “La nulidad de la cláusula que incluye el índice de referencia IRPH en las escrituras de préstamo hipotecarios con consumidores”, Revista Actualidad Civil, 2017, ISSN 0213-7100, N° 11, 2017. SUÁREZ PUGA, E. “Problemática contractual actual relativa a determinados índices financieros en contratos de financiación: el caso IRPH”, Revista Aranzadi civil-mercantil Doctrinal, 2017, ISSN 2174-1840, N° 5, págs. 29-43. ÓRTIZ PÉREZ, M y ERAUSKIN VÁZQUEZ, J.M. “IRPH Cajas, ¿una simple media de los tipos de interés medios ponderados?”, Revista Aranzadi Doctrinal, 2017, ISSN 1889-4380, N° 7, pp. 133-142.

Así pues, se observa dentro de las opiniones jurídicas una gran discrepancia, ya que son diversos los juzgados de primera instancia¹⁶, los que se pronuncian sobre la cláusula índice IRPH de modo diferenciado a la doctrina constituida por nuestro Alto Tribunal, apoyándose en el voto particular manifestado en las sentencias de 12 de noviembre de 2020.

2. Contratos novatorios de cláusula suelo.

Tras la doctrina constituida por el Tribunal Supremo sobre cláusula suelo, las entidades bancarias eran perfectamente conscientes de que iban a sufrir un problema financiero en el caso de que todos sus clientes les reclamasen las cantidades indebidamente cobradas a consecuencia de la aplicación de estas cláusulas. De este modo, los equipos jurídicos de todas las entidades buscaron métodos y estrategias que evitaran tener que reembolsar a los prestatarios dichas cantidades o, por lo menos, controlar que la devolución de las mismas se realizara gradualmente.

Así, tras estudiar y conocer las entidades financieras las consecuencias que podría suponer la declaración de nulidad de las cláusulas suelo que había resuelto el Tribunal Supremo, pusieron en el mercado los contratos novatorios de cláusula suelo. Estos contratos seriados eran acuerdos que el profesional ofrecía al adherente, estimulando su voluntad mediante el pacto de unos nuevos intereses remuneratorios, ya fuera bajando el tipo de interés mínimo por debajo del que habían incluido en los contratos de préstamo inicialmente, o incluso en algunos casos eliminando la cláusula. La mayor parte de los contratos celebrados incluían una cláusula de renuncia de ejercicio acciones contra la cláusula suelo inicial, e incluso, cláusulas de renuncia de acciones contra cualquier cláusula recogida en el contrato inicial.

Pese a haber proclamado el Tribunal Supremo en su Sentencia 558/2017, de 16 de octubre de 2017¹⁷, la nulidad de las nuevas cláusulas suelo que trae el acuerdo de novación, en sus sentencias de 11 de abril y 13 de septiembre de 2018 estima válida el acuerdo novatorio porque, a diferencia de lo que había interpretado en anteriores ocasiones, considera que es un acuerdo transaccional. Por ende,

16 Entre los que se encuentra el Juzgado de Primera Instancia n° 1 Arrecife con su St. 335/2020, de fecha 15 de diciembre de 2020, el Juzgado de Primera Instancia n° 7 Bis de Pamplona y el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 BIS de San Cristóbal de La Laguna (Santa Cruz de Tenerife) con su St. 1128/2020, de 3 de diciembre, entre otros.

17 La STS 558/2017, 16 de octubre de 2017, declaró nula la nueva cláusula suelo que incorporaba el acuerdo de novación, al haberse determinado la nulidad absoluta por falta de transparencia de la cláusula que intenta novar y, consecuentemente, no puede modificarse ni convalidarse mediante ningún acuerdo, como se desprende del artículo 1208 CC, que formula: "La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad sólo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen".

las dos cláusulas que hemos señalado eran válidas porque superan el control de transparencia material.

Parece sorprendente que el Alto Tribunal considerase que estos documentos son acuerdos transaccionales cuando la propia entidad los califica como "Contrato de novación modificativa de los préstamos". De hecho, en estos se establece que están sujetos a la Ley 2/1994, de 30 de marzo, por tanto, no cabe duda que el profesional ha querido calificar de contrato novatorio a este documento.

Tras estas, fueron varias las cuestiones prejudiciales que se plantearon por considerar que esta doctrina podría ser contraria a la directiva de cláusulas abusivas. En particular, analizaremos la elevada por el Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción n.º 3 de Teruel que resolvió el TJUE en su Sentencia de 9 de julio de 2020.

En este asunto se discutía la validez conforme a la Directiva 93/13 del contrato suscrito entre la entidad Ibercaja Banco S.A y el prestatario, en el que se acordaba novar la cláusula suelo que existía en el préstamo hipotecario inicial, aplicando un límite mínimo al interés más bajo que el anterior contratado, a cambio de renunciar expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que trajera causa de su formalización y clausulado. Además, se recoge que la formalización del presente documento constituía una novación sujeta a la Ley 2 / 1994 de 30 de marzo y la parte prestataria escribía y firmaba de su puño y letra que soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mí préstamo nunca bajará del 2,35% nominal anual.

La cuestión prejudicial planteada por la magistrada presenta cinco cuestiones que son resueltas por el TJUE. Con posterioridad son diversas las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo sobre las diversas cuestiones que plantean estos contratos novatorios y que en comparativa con la doctrina comunitaria extraigo tres reflexiones.

La primera cuestión planteada se centra en el principio de no vinculación de las cláusulas nulas (artículo 6 Directiva 93/13 CEE del Consejo de 5 de abril) y su extensión a los contratos y negocios jurídicos posteriores, como ocurre en el contrato de novación. El TJUE resuelve que un consumidor puede renunciar a hacer valer el carácter abusivo de una cláusula siempre y cuando la renuncia proceda de un consentimiento libre e informado. Es decir, ha de garantizarse que el consumidor era consciente del carácter vinculante de esa cláusula y de las consecuencias¹⁸.

18 Sentencia TJUE 9 de julio de 2020. En respuesta a la primera pregunta planteada por la cuestión prejudicial responde "No obstante, tal como resulta de la jurisprudencia citada en el apartado 25 de la presente sentencia, la renuncia de un consumidor a hacer valer la nulidad de una cláusula abusiva únicamente puede

Sin embargo, en las sentencias que dicta con posterioridad el Tribunal Supremo, se declara la validez de la cláusula sin que se acredite que el prestamista conocía estos extremos. Entiende que el hecho de que exista un conocimiento generalizado de la doctrina sentada por este Tribunal sobre las cláusulas suelo, exime de tener que comprobar caso por caso si el prestatario realmente ha sido informado por el prestamista sobre estos extremos o que este lo pueda haber conocido en otras circunstancias.

Sobre el particular, cabe decir que el consumidor medio no tiene un conocimiento cierto de qué es una cláusula suelo, cuál es su mecanismo, las consecuencias que supone, ni tampoco que es potencialmente nula. Los ciudadanos han escuchado que las entidades han aplicado a ciertos préstamos una cláusula que se hace llamar "suelo", pero continúan preguntando a los profesionales sobre estas cuestiones porque ellos no son capaces de reconocerlas.

Además, como se advierte en la cuestión prejudicial planteada, los contratos novatorios fueron predisuestos por las entidades, cuyo modus operandi fue el de llamar a sus clientes con el fin de proponerles un contrato más ventajoso mediante técnicas de persuasión para que aceptaran la novación. De este modo, evitaban suprimir las cláusulas suelo pese a que ya no se incorporan a los nuevos contratos de préstamo hipotecario formalizados con dichas entidades y no les permiten el acceso al documento para su análisis y estudio.

Así pues, nuestra primera conclusión es que la fundamentación ofrecida por el Tribunal Supremo atenta contra la Directiva de cláusulas abusivas. La existencia de un conocimiento generalizado sobre la doctrina de cláusulas suelo no supone que el consumidor conozca que esta no es vinculante y las consecuencias que ello conlleva. Por tanto, este pretexto argüido por el juzgador para no tener que comprobar si el prestamista ha facilitado o no dicha información al prestatario, supone una vulneración de la doctrina asentada por el TJUE para validar la renuncia a hacer valer la nulidad de la cláusula.

Mediante su cuarta cuestión prejudicial el juzgado remitente pregunta, fundamentalmente, según la sentencia del TJUE "si el artículo 3, apartado 1, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que la exigencia de transparencia que tales disposiciones imponen a un profesional implica que, cuando este celebra con un consumidor un contrato de préstamo hipotecario de tipo de interés variable y que establece una cláusula

ser tomada en consideración si, en el momento de la renuncia, el consumidor era consciente del carácter no vinculante de esa cláusula y de las consecuencias que ello conllevaba. Solo en este supuesto cabe considerar que la adhesión del consumidor a la novación de tal cláusula procede de un consentimiento libre e informado, dentro del respeto de los requisitos establecidos en el artículo 3 de la Directiva 93/13, extremo este que corresponde comprobar al juez nacional."

«suelo», el profesional debe facilitar al consumidor la información necesaria para comprender las consecuencias económicas que para este último se derivan, en el momento de la celebración del contrato, del mecanismo establecido por la referida cláusula «suelo»'.

El TJUE recuerda en su apartado 44 que el control de transparencia debe interpretarse de manera extensiva al encontrarse el consumidor en una situación de inferioridad respecto del profesional¹⁹. En el siguiente apartado nos enseña cómo debe realizarse dicha interpretación extensiva y refiere que “la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él”. En consecuencia, exige que el prestamista facilite los datos necesarios para que el consumidor pueda calcular los intereses que ha abonado indebidamente.

En relación a esta cuestión, el Alto Tribunal prevé que no cabe exigir a las entidades que informen de forma precisa al cliente acerca de las consecuencias económicas que tenga asociadas a las variaciones de tipo de interés. Es decir, el consumidor no tiene que ser informado por el profesional sobre las cantidades que ha pagado hasta ese momento con la cláusula suelo y las que tenía que haber pagado en ausencia de la cláusula suelo.

Tras sus últimas resoluciones, concluimos que la jurisprudencia del Tribunal Supremo es contraria tanto a la doctrina del TJUE como a la suya anterior creada para los contratos multdivisa y cláusulas suelo, pues en estas se exige que el prestamista informe debidamente sobre los datos económicos de dos años naturales previos a la celebración del contrato. Además, consideramos equívoco considerar que un prestatario es capaz de calcular las cantidades que ha abonado indebidamente por conocer el tipo de interés contratado. Un consumidor medio no dispone de los recursos suficientes para calcular dicho importe, pues necesita conocer tanto la cantidad pagada habiéndose aplicado la cláusula suelo que se calcula con la suma de las cuotas abonadas y las cantidades que hubiera tenido que pagar sin aplicarse dicha cláusula. Este último importe es palmario que un ciudadano de a pie no es capaz de calcularlo, pues no conoce la metodología de cálculo y al ser el tipo de interés contratado variable resulta imposible que pueda efectuarse un cálculo exacto por su parte.

¹⁹ Sentencia TJUE, de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 50.

Mediante las cuestiones prejudiciales tercera y quinta se plantea si conforme a la Directiva 93/13 debe interpretarse como abusiva una cláusula de un contrato de novación que modifica una cláusula de un contrato anterior; mediante la que un profesional y un consumidor renuncian a ejercitar acciones judiciales para hacer valer pretensiones relativas, en particular, tanto a la cláusula inicial modificada como a la cláusula novatoria. El Tribunal de Justicia dispone que el consumidor debe conocer las consecuencias jurídicas de la cláusula de renuncia al ejercicio de reclamación de nulidad de la cláusula suelo del contrato inicial. Esto supone que el consumidor tiene que conocer cuáles son los derechos exactos a los que renuncia y también las consecuencias económicas. Es decir, cuál es el dinero exacto al que renuncia.

El Tribunal Supremo se hace eco del fundamento expuesto por el TJUE en su apartado 55 para validar esta cláusula. No obstante, lo utiliza sin tener en cuenta la exigencia por parte del profesional de tener que poner a disposición del consumidor los datos necesarios para que pueda conocer las cantidades a las que renunciaría aceptando una nueva cláusula suelo. Esta cantidad sería la coincidente con la diferencia entre las sumas satisfechas por el consumidor en aplicación de la cláusula suelo inicial y las que hubieran debido abonarse en ausencia de cláusula suelo. En la medida en que Tribunal Supremo estima que el consumidor no tiene que conocer esos derechos, ni las consecuencias económicas exactas, supone una vulneración de la doctrina comunitaria.

No obstante, a partir de la STS de 5 de noviembre de 2020 se materializa una distinción entre las cláusulas de renuncia redactadas de forma genérica y específica. En los casos en los que la renuncia sea sobre el ejercicio de una acción concreta, entiende nuestro Tribunal que es válida porque el consumidor conoce exactamente a qué renuncia. Sin embargo, si la renuncia de acciones va más allá de la controversia suscitada en torno a la cláusula suelo y se refiere a cualquier acción que traiga causa de la formalización y del clausulado del contrato de préstamo, no puede reconocerse su validez. Pues bien, en la medida que en los casos de renuncia específica no se exige al profesional informar al adherido sobre las consecuencias económicas derivadas de la misma, entendemos que el control de transparencia no es interpretado de forma extensiva.

IV. INTANGIBILIDAD DE LA TRANSPARENCIA COMO CONCLUSIÓN.

El principio de intangibilidad de las resoluciones firmes impide a otro órgano judicial reinterpretar o rectificar lo acordado con carácter firme de modo procedente. En la Sentencia del TJUE de 9 de marzo de 1978 se establece la obligación del juez nacional de aplicar íntegramente el derecho comunitario.

Por ende, nuestros tribunales deben de respetar íntegramente las resoluciones dictadas por el Tribunal Europeo.

La doctrina comunitaria establece que el control de transparencia material debe ser interpretado de forma extensiva, sin vulnerar los derechos de los consumidores. Sin embargo, el Tribunal Supremo mantiene un criterio restrictivo para encarar dicho control sobre contratos novatorios de cláusulas suelo y cláusulas de índice IRPH, alejándose de garantizar la protección al consumidor prevista en el art. 169.I del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y la Directiva 93/13.

La falta de regulación del control de transparencia, así como de otros mecanismos de protección y defensa del consumidor, es la causa de que los tribunales tengan que interpretar la Directiva 93/13. Nuestro Alto Tribunal, en vez de analizar el control de abusividad de las cláusulas desde el holismo de los controles de incorporación, transparencia y contenido, continúa examinándolos de forma individual y sin conectarlos. Como he adelantado a lo largo del artículo, esta manera de interpretar la abusividad ha originado que diversos juzgados y audiencias provinciales se hayan manifestado de forma contraria a esta jurisprudencia, valiéndose del principio de supremacía del derecho comunitario y el control de convencionalidad. El TJUE en efecto mantiene que no hay un control de abusividad en sí mismo, sino que una cláusula es nula cuando por parte del predisponente se incumple la reglamentación contenida en la directiva 93/13.

Esta situación ha propiciado una innegable inseguridad jurídica que vivimos con una gran inquietud los operadores jurídicos. La cambiante jurisprudencia conlleva que hermanos, vecinos y amigos obtengan una respuesta distinta por parte de los tribunales nacionales para supuestos de hecho idénticos. En este sentido, únicamente cabe esperar que el legislador corrija esta ineficacia de la regulación y normativice el control de transparencia de forma determinante, para acabar con la desprotección del consumidor y generar mayor confianza en los profesionales que conocerán exactamente cuáles son sus deberes y obligaciones en la contratación seriada.