

RIESCO ABOGADOS



Cláusula IRPH | abril 2020

LA CLÁUSULA IPRH

Dos lecturas diferentes de una misma sentencia: primeros pronunciamientos judiciales tras la STJUE de 3/3/2020 sobre la cláusula IRPH Cajas.

Jesús Riesco Milla
Abogado – Socio Director de Riesco Abogados

“Normalmente sólo vemos lo que queremos ver, tanto es así, que a veces los vemos donde no está” (Eric Hoffer).

1. INTRODUCCIÓN

Para realizar una interpretación auténtica de las normas jurídicas es necesario tener en cuenta el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que éstas han de ser aplicadas (art. 3.1 CC) y, yo añadiría, el conocimiento especializado del ámbito concernido, especialmente cuando está relacionado con materias económicas y financieras, como es el caso de la contratación bancaria, demonizada, permítaseme la expresión, tras la crisis económica iniciada en el año 2008, no sólo por la opinión pública, mediatizada por las firmas especializadas en la litigación en masa, sino también por un sector de la judicatura, empecinado en invadir las competencias del poder legislativo, según el modelo auspiciado por la Escuela de Derecho Libre, que preconiza una interpretación judicial subjetiva e inevitablemente condicionada por las particulares creencias y concepciones del intérprete.



2. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y LEGISLATIVOS

2.1. LA LIBERTAD DE PACTO SOBRE LOS INTERESES REMUNERATORIOS DE LOS PRÉSTAMOS

Conviene recordar que, en un contrato de préstamo bancario, el tipo de interés remuneratorio será el que libremente establezcan las partes por aplicación de los principios de la autonomía de la voluntad (arts. 1255 CC, 315 CCom. y 41 de la OEHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios [OEHA 2899/2011]) y de la libertad de empresa, que incluye el de la libertad del precio, predicable de cualquier mercado (art. 38 CE y art. 17.1 de la Ley 13/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal)¹. Es decir, la aplicación de un tipo de interés variable de referencia a un préstamo bancario es una decisión de las partes y no una imposición legal.

2.2. LOS ÍNDICES DE REFERENCIA OFICIALES

Con la finalidad de proteger los intereses de los clientes, respetando la libertad de contratación, el art. 48, apartado segundo, letra e) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (que fue modificada por Ley 2/1994, de 30 de marzo, y que está actualmente derogada), facultó al Ministro de Economía y Hacienda para efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular y con carácter oficial, de índices o tipos de interés de referencia que pudieran ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente a los préstamos hipotecarios.

En el ejercicio de dicha facultad, la disposición adicional segunda de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, encomendó al Banco de España la definición mediante circular de un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales que podrían ser aplicados por las entidades de crédito en los préstamos hipotecarios.

El Banco de España, en su Circular 5/1994, de 22 de julio, sobre modificación de la Circular 8/1990 (modificada por la Circular 7/1999, de 29 de julio), estableció siete índices de referencia y su forma de cálculo en su Anexo VIII, ordenando su publicación mensual en el BOE. Los tipos de referencia definidos por el Banco de España fueron los siguientes:

¹ Si bien esta libertad tiene algunas limitaciones, en concreto, las establecidas en la Ley de 23 de julio de 1908, sobre nulidad de los contratos de préstamo usurarios, y, en relación con las cláusulas abusivas, en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.



ThinkBank

- a. El tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por los bancos (IRPH Bancos).
- b. El tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorro (IRPH Cajas).
- c. El tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito (IRPH Entidades).
- d. El tipo activo de referencia de las cajas de ahorro (IRPH CECA).
- e. El tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años.
- f. El tipo interbancario a 1 año (Mibor).
- g. La referencia interbancaria a un año (Euribor).

El IRPH Cajas se define en el punto 3 del Anexo VIII de la Circular como *“la media simple de los tipos de interés medios ponderados 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”*.

La fórmula de cálculo del IRPH Cajas es la más sencilla de todas las que se incluyen en el Anexo VIII: el tipo de referencia se obtiene sumando todos los tipos medios ponderados de los préstamos firmados por cada entidad, a tipo fijo y variable y referenciados a cualquier índice oficial, y se divide por el número de entidades declarantes. Es importante destacar que esos tipos se fijan en cada contrato por acuerdo de las partes contratantes, no por imposición de las entidades, lo que permite descartar su posible manipulación.

El Euribor (Euribor a 1 año), que es el tipo de referencia más utilizado en la Zona Euro (el Anexo VIII de la Circular 5/1994 no incluye su fórmula de cálculo), que se empezó a utilizar en España el 1 de enero de 2000, se calcula diariamente por la agencia Reuters en función del tipo de interés promedio para las operaciones cruzadas al plazo de un año en el mercado de depósitos

interbancarios en la Zona Euro por un panel de los 50 bancos elegidos por la Federación Bancaria Europea con mejor valoración crediticia.

Hay tres datos muy relevantes que desvirtúan la teoría de la manipulación del IRPH por las entidades financieras y de su actuación desleal, interesada o no transparente al comercializar préstamos referenciados a este tipo:

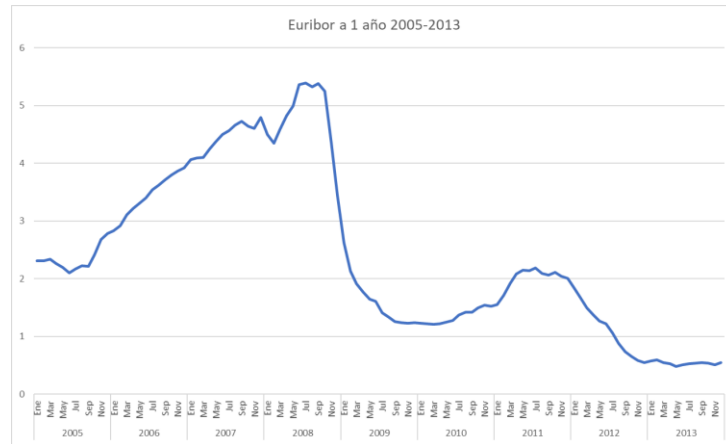
- a. Para la elaboración del IRPH Cajas se tomaban como referencia todas las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria, incluidas las que estaban referenciadas a otros índices, como el Euribor, y también las que se contrataban a tipo fijo, siempre superiores a los tipos variables.
- b. La cartera de préstamos hipotecarios referenciados al IRPH hasta su desaparición representaba el 15% de la cartera total crediticia en España.
- c. Los tipos que servían de base para la elaboración del IRPH se establecían por acuerdo de las partes contratantes (entidades financieras y prestatarios) y no por imposición de las prestatarias.

2.3. LA EVOLUCIÓN COMPARADA DE LA COTIZACIÓN DE LOS ÍNDICES DE REFERENCIA

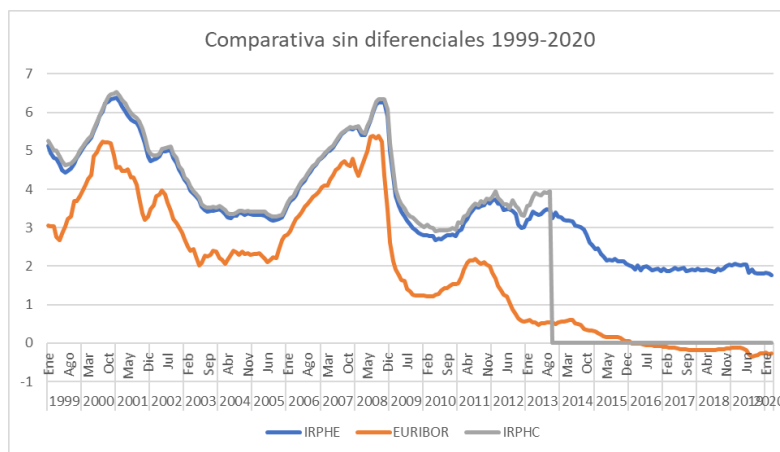
Los préstamos referenciados al IPRH Cajas comenzaron a comercializarse a partir de los años 2007 y 2008, cuando la cotización del Euribor alcanzó sus máximos históricos (5,428%, en octubre de 2008), con el objetivo de proteger a los clientes con un tipo de referencia más estable que el Euribor. A partir de noviembre de 2008, coincidiendo con el estallido de la burbuja inmobiliaria, la cotización del Euribor empezó a descender hasta llegar a cotizar en negativo, alcanzado su mínima cotización histórica en agosto de 2019 (-0,356%)².

² La evolución del Euribor depende de muchos factores macroeconómicos, y, entre ellos, la política monetaria del BCE, cuya prioridad, tras la crisis iniciada en 2008 fue impulsar al crecimiento económico y estimular el consumo abaratando el precio oficial del dinero para inyectar liquidez en el mercado y abaratar la financiación.

En el siguiente gráfico (1) se refleja la evolución de la cotización del Euribor a 1 año en el período 2005/2013.

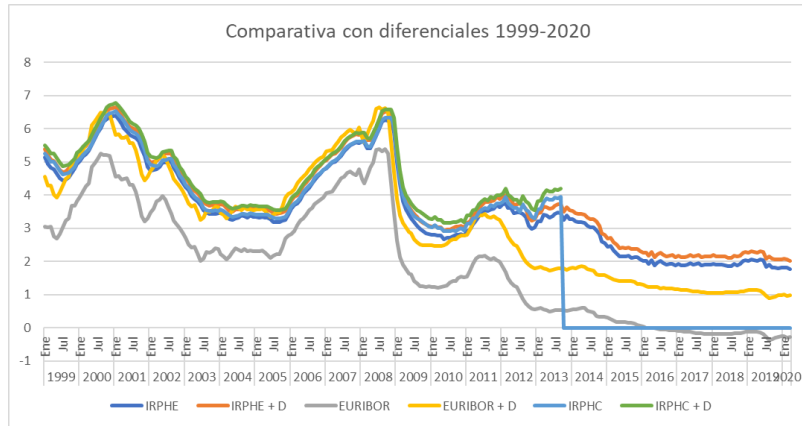


En el siguiente gráfico (2) se refleja la evolución comparativa del IRPHE, Euribor e IRPHC sin diferenciales en el período 1999/2020³.

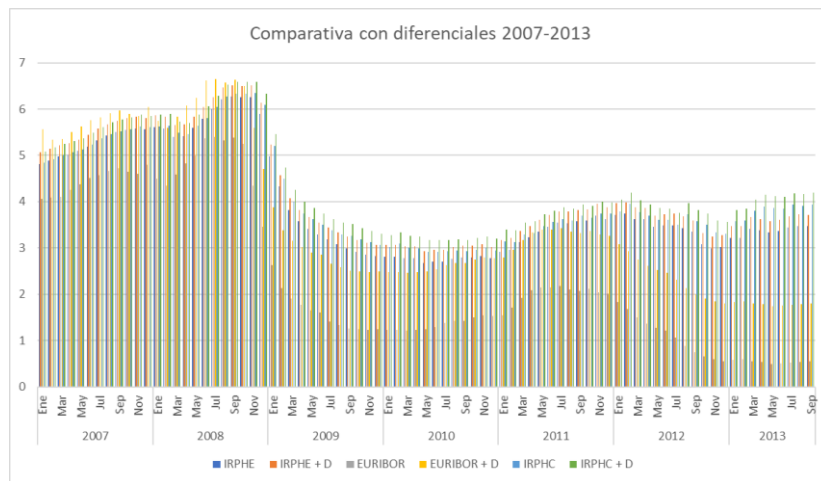


³He elaborado los gráficos tomando como referencia la Serie Histórica publicada por la Asociación Hipotecaria Española³ ([consultar](#)). En este gráfico, la curva del IRPHC a partir de noviembre de 2013 desciende a 0 porque a partir de ese mes se dejó de publicar.

En el siguiente gráfico (3) se refleja la evolución comparativa de los tres índices con diferenciales medios⁴ en el período 1999/2020.



En el siguiente gráfico (4) se refleja la evolución comparativa de los tres índices con diferenciales medios en el período 2007/2013.



⁴ Los diferenciales pactados para IRPH oscilaban entre el 0 y el 0,25 y para Euribor entre el 1 y el 2. En la comparativa he aplicado un diferencial del 0,25 para IRPHC e IRPHE del 0,25 y para el Euribor del 1,5.

Los gráficos 3 y 4 reflejan que, sumados los diferenciales medios a cada tipo de referencia, el coste financiero total de los préstamos referenciados al Euribor ha superado (período 2007/2008) o ha sido ligeramente inferior al del IRPH Cajas y al del IRPH Entidades.

Finalmente, en la siguiente tabla se refleja la evolución de los tipos de interés medios anuales contratos en préstamos hipotecarios libres entre 2005 y 2015 y diferenciales medios aplicados para cada tipo de referencia⁵:

Media anual Tipos de interés (estimación en base a datos mensuales detallados en cuadros 1 a 4 del Anexo VII)												
Año	Tipo interés medio nuevos créditos hipotecarios en España			Diferencial IRPH Cajas vs tipo interés medio nuevas hipotecas			Diferencial IRPH Bancos vs tipo interés medio nuevas hipotecas			Diferencial IRPH Entidades vs tipo interés medio nuevas hipotecas		
	(*)	Euribor	IRPH Cajas (**)	IRPH Cajas vs Euribor	IRPH Bancos (**)	IRPH Bancos vs Euribor	IRPH Bancos vs Euribor	IRPH Bancos vs Euribor	IRPH Bancos vs Euribor	IRPH Bancos vs Euribor	IRPH Bancos vs Euribor	IRPH Bancos vs Euribor
2000	6,40%	4,78%	5,82%	(0,58%)	1,04%	5,71%	(0,69%)	0,93%	5,76%	(0,64%)	0,98%	
2001	5,00%	4,08%	5,93%	0,93%	1,84%	5,60%	0,60%	1,51%	5,76%	0,76%	1,68%	
2002	4,40%	3,49%	4,90%	0,50%	1,40%	4,69%	0,29%	1,19%	4,80%	0,40%	1,30%	
2003	3,50%	2,34%	3,79%	0,29%	1,45%	3,63%	0,13%	1,29%	3,71%	0,21%	1,38%	
2004	3,40%	2,27%	3,43%	0,03%	1,16%	3,27%	(0,13%)	0,99%	3,56%	(0,04%)	1,08%	
2005	3,50%	2,33%	3,37%	(0,13%)	1,04%	3,18%	(0,32%)	0,85%	3,28%	(0,22%)	0,99%	
2006	4,70%	3,41%	4,22%	(0,88%)	0,79%	4,12%	(0,58%)	0,68%	4,17%	(0,55%)	0,79%	
2007	5,17%	4,45%	5,28%	0,11%	0,83%	5,20%	0,04%	0,75%	5,24%	0,08%	0,79%	
2008	5,58%	4,81%	5,92%	0,34%	1,11%	5,78%	0,20%	0,97%	5,86%	0,28%	1,04%	
2009	4,39%	1,62%	3,65%	(0,74%)	2,04%	3,15%	(1,24%)	1,53%	3,44%	(0,95%)	1,82%	
2010	3,57%	1,35%	2,97%	(0,60%)	1,62%	2,51%	(1,06%)	1,16%	2,77%	(0,80%)	1,42%	
2011	4,17%	2,01%	3,50%	(0,67%)	1,49%	3,26%	(0,91%)	1,25%	3,38%	(0,79%)	1,38%	
2012	4,78%	1,11%	3,61%	(1,16%)	2,50%	3,28%	(1,50%)	2,17%	3,42%	(1,36%)	2,30%	
2013	5,31%	0,51%	3,82%	(1,49%)	3,28%	3,19%	(2,12%)	2,65%	3,35%	(1,99%)	2,52%	
2014	4,71%	0,88%						3,60%		(1,71%)	2,53%	
2015	3,65%	0,17%						2,22%		(0,83%)	2,08%	

Fuente: Elaboración propia a partir de la web del BdE (Portal del Cliente Bancario) de 2007 a 2015
 (*) Tipos de las nuevas hipotecas para adquisición de viviendas entre 2010 y 2016 (datos del 41ºm de cada año Fuente Banco de España) extraídos del Informe "Observatorio de Vivienda y Suelo. Boletín Anual 2012" del Ministerio de Fomento.
 (**) Datos IRPH Cajas e IRPH Bancos no publicados por el Banco de España desde octubre de 2013 al haberse eliminado la oficialidad del índice con la promulgación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización

2.4. LA SUPRESIÓN DEL IRPH CAJAS

La crisis financiera de 2008 y la posterior crisis de la deuda soberana europea junto con las especificidades de la crisis inmobiliaria en España, que afectó especialmente al riesgo de las cajas de ahorro vinculado al "ladrillo", obligó a un proceso forzado para la concentración y reestructuración de estas entidades.

⁵ Por ejemplo, en 2005, la TAE media de préstamos formalizados contratados a Euribor se situó en un 3,37% (2,33 Euribor + Diferencial medio de 1,04), mientras que, en los préstamos referenciados a IRPH Cajas se situó en un 3,37% (3,37 IRPH Cajas + Diferencial medio de 0), en los referenciados a IRPH Bancos se situó en un 3,37% (3,18 IRPH Bancos + Diferencial medio de 0,19) y en los referenciados a IRPH Entidades se situó en un 3,37% (3,28 IRPH Entidades + Diferencial medio de 0,09). En definitiva, la TAE media de los préstamos y créditos hipotecarios en España era la misma, independientemente del índice de referencia al que estuviese referenciado el préstamo. La estabilidad del IRPH permitía que los diferenciales fuesen más bajos a diferencia del Euribor, y esta circunstancia sólo puede valorarse en el momento de la contratación, no con carácter retrospectivo.

En 2010, se promulgó el Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorros, que diseñó un nuevo modelo organizativo de las cajas de ahorro basado en una doble alternativa: (i) el ejercicio indirecto de su actividad financiera a través de entidades bancarias o (ii) su transformación en fundaciones de carácter especial y el traspaso de su negocio financiero a otras entidades de crédito.

Este proceso de concentración y reestructuración supuso la desaparición o la transformación en fundaciones de 43 de las 45 cajas de ahorro que había en el año 2010, y la integración de sus negocios bancarios en otras entidades financieras (ABANCA, Bankia, CaixaBank, CajaSur Banco, Ibercaja Banco, Kutxabank, Liberbank y Unicaja Banco).

La Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre⁶, derogó la Orden de 5 de mayo de 1994 y suprimió como índices de referencia oficiales el IRPH Bancos, el IRPH Cajas y el IRPH CECA, enumerando en su art. 27 los tipos oficiales vigentes a partir de su entrada en vigor (29 de abril de 2013 [disposición transitoria única]), siempre que en esa fecha ya se hubiera establecido el correspondiente régimen de transición de los préstamos afectados, lo que no sucedió hasta la aprobación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que incluyó la disposición adicional decimoquinta, según cuyo tenor, en defecto de índice sustitutivo del contrato o en el caso de que éste hubiera sido también suprimido, se aplicaría con efectos a partir de la primera revisión de tipos de interés de cada contrato el tipo pactado y, en defecto del mismo, el IRPH Entidades, que se mantenía en la Orden EHA/2899/2011, aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el anterior, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo.

A partir del 1 de noviembre de 2013, fecha en la que entró en vigor la Orden EHA/2899/2011, el Banco de España dejó de publicar los índices suprimidos en su sede electrónica.

3. LA JUDICIALIZACIÓN DE LAS CLÁUSULAS IRPH

El diferencial en la cotización Euribor / IRPH Cajas en favor del primero, la supresión de este segundo índice a finales del año 2013, la STS 241/2103, de 9 de mayo (cláusulas suelo)⁷ y la

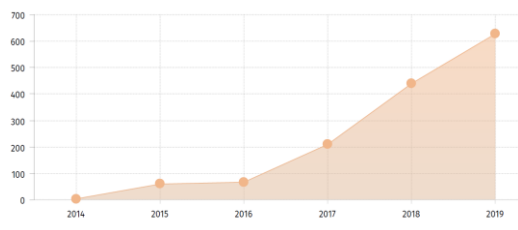
⁶ Según el Expositivo II de la Orden EHA/2899/2011, la modificación responde “a la necesidad de adaptar los tipos de referencia a una integración de los mercados a escala europea y nacional cada vez mayor y a la necesidad de aumentar las alternativas de elección de tipos, al tiempo que se ajustan estos al coste real de obtención de recursos por las entidades de crédito”.

⁷ Estableció doctrina sobre el doble filtro o control de transparencia y la necesaria comprensibilidad real del contrato y su clausulado por el consumidor, tanto en un plano jurídico, como en un plano económico.

estrategia comercial de las firmas especializadas en la litigación en masa en materia de consumo, explican la judicialización de la cláusula IRPH mediante el ejercicio por prestatarios consumidores de la acciones individuales de no incorporación (art. 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril [LCGC]) y/o la declarativa de nulidad por abusividad (arts. 8 LCGC y 82 del Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios [LGDCU]), bien para su expulsión del contrato, que, en este caso, se transformaría en un préstamo gratuito (devolución íntegra de los intereses pagados desde la firma del contrato), bien para su integración mediante la aplicación del Euribor con efecto retroactivo (devolución de la diferencia entre los intereses pagados y los que resultarían de la aplicación como tipo de referencia del Euribor desde la firma del contrato).

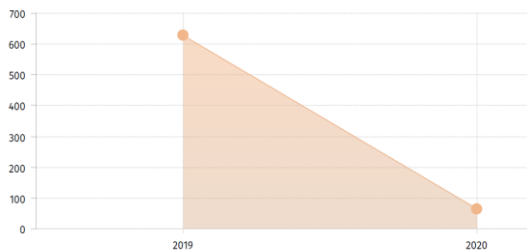
Desde el año 2014, coincidiendo con la supresión del IRPH Cajas, hasta la publicación de la STS, Pleno, 669/2017, de 14 de diciembre de 2017 (STS 669/2017), en la que nuestro Alto Tribunal se pronuncia por primera vez sobre la cláusula IRPH, el incremento de la litigiosidad en esta materia fue exponencial, reduciéndose a partir de la publicación de dicha sentencia, tal y como se puede apreciar con las siguientes gráficas⁸:

Período 2014-2019



⁸ Fuente "Jurimetría" (La Ley).

Período 2019-2020



En el período anterior a la publicación de la STS 669/2017 (2013/2018), el criterio mayoritario de las audiencias provinciales (56% [desestimación íntegra] frente al 20,57% [estimación íntegra]⁹) abogaba por la transparencia formal y material de la cláusula que referenciaba el tipo variable del interés remuneratorio al IRPH, por considerar, principal y resumidamente: (i) que el índice de referencia no era una condición general sujeta a la Directiva 93/2013; (ii) que las cláusulas tipo de incorporación o remisión del IRPH estaban redactadas de forma clara y comprensible (transparencia formal o gramatical); (iii) que dichas cláusulas aplicaban un índice de referencia oficial elaborado por el Banco de España que se publicaba en el BOE, en el Portal del Cliente Bancario del Banco de España (creado en 2005) y en la prensa, generalista y especializada¹⁰, cuyo cálculo o determinación no era susceptible de control judicial (transparencia material); y (iv) que las consecuencias económicas y jurídicas derivadas de su incorporación al contrato eran

⁹ Hay que tener en cuenta que las herramientas de análisis de datos para la predicción de criterios judiciales que existen actualmente en el mercado ofrecen resultados cuestionables al no discriminar, en los casos de estimación o desestimación parcial en el que se acumulen varias acciones, cuáles han sido estimadas y cuáles han sido rechazadas o cuál ha sido el sentido del fallo (nulidad e integración, nulidad sin integración e índice sustitutivo aplicado en cada caso).

¹⁰ El Portal del Cliente Bancario, creado en el año 2005 por el BDE, publica los valores mensuales de cada uno de los tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario. Los datos relativos a la evolución de los índices oficiales del Estado son de fácil [acceso](#). Los índices de referencia aplicables a los préstamos hipotecarios se publican mensualmente en el Boletín Oficial del Estado. De hecho, esta circunstancia contribuyó a que la Sala Primera del TS señalara en su resolución de fecha 14 de diciembre 2017, que la información relativa a la evolución del índice era fácilmente accesible a cualquiera.

Los diarios nacionales (El País, El Mundo, ABC, etc.) y regionales (el Correo, La Vanguardia, el Heraldo de Aragón, etc.) han venido publicando en sus páginas centrales la cotización de los índices oficiales del mercado hipotecario, desde hace más de una década. Es información que ha estado en la cotidianidad de los consumidores, en el marco de una cultura de la propiedad y del acceso multitudinario a la financiación hipotecaria para la compra de vivienda. Este dato también demuestra la asequibilidad de la información sobre el comportamiento de todos los índices hipotecarios.

fácilmente comprensibles para un “consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”, superando el control de transparencia material.

4. EL RIESGO IPRH PARA EL SISTEMA FINANCIERO ESPAÑOL

Según las estimaciones de varias asociaciones de consumidores y abogados especializados en este tipo de reclamaciones, que no citan sus fuentes, actualmente puede haber entre 300.000 y 800.000 consumidores con préstamos referenciados al IRPH Cajas, con una estimación de más de 16.000 millones de euros en posibles devoluciones en caso de resoluciones judiciales adversas y más de 15.000 casos a la espera de sentencia o para iniciar acciones judiciales en los que cada cliente puede recuperar entre 20.000 y 30.000 euros en caso de sentencias favorables.

El Banco de España, en su Informe de Estabilidad Financiera de la primavera de 2019 ([consultar](#)) solicitó a las entidades financieras que calculasen el potencial impacto negativo de un fallo en contra del Tribunal de Justicia Europeo sobre el IRPH al objeto de provisionar este riesgo. En este Informe el supervisor advertía que, en el caso de las cláusulas suelo, las devoluciones de fondos a raíz del litigio habían alcanzado los 2.200 millones de euros hasta enero de 2019, con el mayor impacto en las cuentas de resultados de 2016 por una dotación de provisiones de 1.900 millones. Se calcula que las provisiones realizadas por la banca para dotar riesgos ligados a la litigiosidad en España superaron en los últimos años 8.400 millones, cifra muy alejada de los casi 30.000 millones provisionados por los bancos del Reino Unido y de los más de 10.000 millones de los bancos alemanes.

Hay varios informes (Goldman Sachs, Citi, Mirabaud y Morgan Stanley) que estiman el impacto para la banca antes de que se pronunciase el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en una banda que fluctúa entre los 3.000 millones de euros (mejor escenario), 17.000 millones (escenario probable) y 50.000 millones (peor escenario).

En el Informe de Estabilidad del Banco de España de la primavera de 2020 ([consultar](#)) se incluyen en el capítulo relativo a la evolución de los riesgos operacionales las recientes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la cláusula IRPH y la sentencia del Tribunal Supremo 149/2020, de 4 de marzo, que declara nulo por usuario un contrato de tarjeta de crédito revolving.

En relación con la STJUE sobre IRPH, sin entrar a valorar el fallo, el supervisor considera que, en la medida en que la sentencia considera que el uso de un índice legal como sustitutivo del IRPH es compatible con el derecho europeo, se reduce la incertidumbre asociada a este evento, al disminuir la probabilidad de los escenarios más adversos para las entidades financieras en términos de costes.

Para mantener la estabilidad del sistema financiero, los bancos tienen que cumplir unos estándares de solvencia y liquidez, definidos por los Acuerdos de Basilea (su última revisión fue aprobada en 2010 [Basilea III]) y, además están obligadas a contabilizar y provisionar sus riesgos de crédito (Circular BDE 4/2017, de 27 de noviembre). Estas dotaciones, además de afectar significativamente a la cuenta de resultados de los bancos, bloquean los fondos provisionados, que no pueden ser utilizados para la principal actividad de las entidades de crédito: la financiación.

En este informe de 2020 el Banco de España también señala que la crisis del coronavirus ha incrementado de forma significativa los riesgos operacionales de la banca, que precisa de liquidez para facilitar el acceso a la financiación de nuestro tejido empresarial y evitar que la crisis económica ocasionada por la pandemia, unida, en mi opinión, al incremento desbocado de nuestra deuda pública en los últimos años, no derive en una crisis financiera, como sucedió en el año 2008.

Quiero poner de relieve con estos datos la importancia que tiene para la competitividad de un país y, en definitiva, para el progreso económico y social de sus ciudadanos, disponer de un sistema normativo claro, seguro y, además predecible, especialmente en circunstancias tan excepcionales como las que estamos viviendo, en las que la reactivación de nuestra economía implica asumir un mayor riesgo, no sólo para nuestra salud, sino también financiero.

5. LA SENTENCIA DEL PLENO DE LA SALA 1.ª DEL TRIBUNAL SUPREMO 669/2017, DE 14 DE DICIEMBRE

Como ya he indicado, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la cláusula IRRPH Cajas por primera vez en su sentencia 669/2017, que, al ser de su Pleno, constituye doctrina jurisprudencial o criterio de interpretación, si bien no vinculante, para los tribunales inferiores.

La STS 669/2017 revoca las sentencias de primera instancia y apelación, y rechaza la nulidad de la cláusula IRPH Cajas incorporada a un contrato de préstamo hipotecario, confirmando el criterio que hasta la fecha venían manteniendo de forma mayoritaria los juzgados y audiencias provinciales, incrementándose el porcentaje de fallos desestimatorios a partir de la publicación de la sentencia (62,44% [desestimación íntegra] frente a un 19,19% [estimación íntegra]), y ello en la medida en que, en mi opinión, la delimitación de los contornos específicos del control de transparencia material de la cláusula de incorporación establecidos por el Tribunal Supremo pueden ser extrapolables con carácter general a la inmensa mayoría de los contratos afectados, siendo muy relevante que el perfil del cliente elegido en la sentencia sea el del consumidor medio (valoración objetiva) y no el del concreto cliente que ha contratado en cada caso (valoración subjetiva), siendo el primer criterio más garantista del principio de seguridad jurídica al poder

parametrizar de forma objetiva un estándar medio del conocimiento y experiencia del cliente que contrata un préstamo hipotecario para financiar la adquisición de su vivienda referenciado a un tipo variable¹¹.

La STS 669/2017 establece los siguientes criterios o doctrina:

- a. El IRPH Cajas es un índice oficial, no es una condición general y, por tanto, no puede ser objeto del control de transparencia (arts. 1.2 de la Directiva 93/13, en relación con el art. 4 LCGC y la LGDCU), que, sin embargo, en evidente contradicción, termina realizando.
- b. La cláusula de incorporación del tipo de referencia (no el índice) sí puede ser, conceptualmente, una condición general (SSTS 241/2013, de 9 de mayo y 265/2015, de 22 de abril; STJUE de 21 de diciembre de 2016 [asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15] y 20 de septiembre de 2017 [asunto C-186/16] susceptible del doble control de transparencia, formal y material, que, en el caso analizado, considera que se han superado con “*amplitud*”, por cuanto un “*consumidor medio, normalmente informado, y razonablemente atento y perspicaz*” puede comprender fácilmente las consecuencias económicas y jurídicas de la aplicación al contrato de un tipo oficial elaborado por el Banco de España que se publicaba mensualmente en el BOE, en el Portal del Cliente Bancario del Banco de España (creado en 2005) y en la prensa especializada y generalista.
- c. La cláusula de incorporación del IRPH está sujeta al doble control de transparencia (formal y material), pero no al de contenido al referirse a un elemento esencial del contrato: el precio (STS 367/2017, de 8 de junio, y art. 4.2. de la Directiva 93/13).
- d. El estándar de validez de este tipo de cláusulas referenciadas a un tipo oficial lo establece el art. 85.3 LGDCU, al exigir: (i) que se trate de un índice legal; y (ii) que en el contrato se describa el modo de variación del tipo; circunstancias que se dan en el caso analizado en la sentencia y que son suficientes para que su incorporación supere el control de

¹¹ El Magistrado don Francisco Javier Orduña Moreno emitió un voto particular a la sentencia (al que se adhirió el Magistrado don Francisco Javier Arroyo Fiestas), por considerar que la cláusula sí era nula por lo que se debía sustituir el IRPH Cajas por el Euribor más el diferencial pactado y que el banco demandado debía de restituir al prestatario los intereses pagados en exceso con efectos *ex tunc*. El Sr. Orduña Moreno, que ha dejado el Tribunal Supremo a mediados de 2019, se ha caracterizado durante su paso por el Tribunal por ser la voz disidente de la Sala, expresada mediante sus votos particulares a sentencias en materia de protección de consumidores frente a las entidades financieras (STS de 25 de marzo de 2015, 6 de junio de 2016 y 11 de abril de 2018 [suelo], 23 de diciembre de 2015 [vencimiento anticipado] y 669/2017 [IRPH]), siempre en favor de los primeros, y también por su prolífica actividad como ponente y comentarista crítico en varios foros de las posiciones defendidas en Sala por la mayoría de sus miembros.

transparencia material, a diferencia de lo que sucede, según la sentencia, con los préstamos con cláusula suelo, en los que dicha comprensibilidad queda oscurecida por el hecho de que el coste del préstamo no funcionaba siempre con esos dos elementos, al establecerse un tope mínimo por debajo del cual el diferencial no fluctuaba.

- e. La cláusula analizada es, gramaticalmente, clara y comprensible y permite al prestatario conocer, comprender y aceptar que el interés variable de su préstamo hipotecario se calcula con referencia a un tipo fijado y controlado por el Banco de España (control de transparencia formal o inclusión).
- f. Para determinar la transparencia de la cláusula que incorpora el índice de referencia habrá que ver si el consumidor era consciente, porque había sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial, así como la manera en que se calculaba el interés variable. Dado el carácter esencial de la propia cláusula, no cabe considerar que el consumidor no se apercibiera de su importancia económica y jurídica y que no pudiera conocer que el interés resultante en dicho periodo se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial consistente en una media de los índices hipotecarios de todas las entidades que actuaban en España al que se sumaba un margen o diferencial.
- g. El ofrecimiento de alternativas más favorables para el cliente, la evolución pasada o futura del índice o su funcionamiento no tienen nada que ver con la transparencia material, esto es, con la comprensibilidad real del contenido de la cláusula contractual por parte del cliente o con el mecanismo de control de las condiciones generales que definen el objeto principal del contrato.
- h. El momento al que debe referirse el control es el de la perfección del contrato (STJUE de 20 de septiembre de 2017 [C-186/16, caso Andriuciuc]).
- i. La evolución pasada de la cotización del IRPH supone un sesgo retrospectivo que no puede servir de pauta para el control de transparencia, y que, además, no tiene en cuenta que el tipo de interés no se forma solo con el índice de referencia, sino también con el diferencial y otras circunstancias (venta vinculada), y no consta que los diferenciales aplicados a préstamos con Euribor fueran también más beneficiosos para el prestatario que los aplicados a préstamos con IRPH Cajas. Al contrario, estadísticamente, en los préstamos con este último índice de referencia los diferenciales eran más bajos, lo que, lógicamente, sirve para hacer competitiva la oferta, puesto que a un índice de referencia que supone un tipo porcentual más alto que otros, como el Euribor, se le añade un diferencial menor.

- j. No se puede exigir a una entidad financiera que informe al cliente sobre la evolución futura de los tipos de referencia porque es un dato aleatorio que es imposible anticipar o conocer, debiendo de valorarse el equilibrio del contrato en el momento de su celebración y no en el de su ejecución, máxime cuando el contrato aún no ha vencido. Un control basado en un análisis prospectivo y comparativo de los distintos tipos de referencia oficial es, en realidad, un control de precios. En tales condiciones, lo único de lo que podría haberse informado al prestatario era que, si el IRPH evolucionaba más desfavorablemente que el Euribor, podría tener un coste de oportunidad, pero eso era una obviedad.
- k. No debe confundirse el hecho de que los datos facilitados por las entidades conformantes del índice afecten a su valor resultante, algo consustancial al procedimiento de su cálculo, con la posibilidad de su manipulación.
- l. Tampoco cabe presumir una actuación de mala fe de las entidades financieras, en concreto, que conocían la evolución futura del IRPH Cajas y del Euribor y que se la ocultaron a los clientes. Los valores del IRPH Cajas resultaban de la media de los tipos de interés medios aplicables para la adquisición de vivienda de precio libre en España, lo cual, por definición, incorporaba en dicha media todas operaciones de financiación hipotecaria tanto a interés fijo como variable, entre las que también se encontraban las operaciones referenciadas al Euribor. En relación con esta cuestión, el Tribunal Supremo señala que resulta cuando menos contradictorio afirmar que el banco sabía que el IRPH Cajas le iba a ser más beneficioso que el Euribor y que, sin embargo, el primero de tales índices solo se haya utilizado en un número de préstamos en nuestro país que no llega al 15%, salvo que se presuma que en la inmensa mayoría de préstamos referenciados al Euribor las entidades estaban dispuestas a perder cuota de beneficios.

6. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA DE 3 DE MARZO DE 2020

Como viene siendo habitual, tras un pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la nulidad por abusivas de cláusulas incorporadas a contratos bancarios celebrados con consumidores un juez, en este caso, el titular del JPI n.º 38 de Barcelona¹², planteó ante el TJUE tres cuestiones prejudiciales en relación con la cláusula IRPH Cajas (C 125/18, asunto Marc Gómez del Moral).

¹² Este Juzgado ya había planteado anteriormente otras cuestiones prejudiciales ante el TJUE, como, por ejemplo, la relativa a los intereses de demora.

El TJUE ha resuelto la cuestión prejudicial planteada por el JPI 38 de Barcelona en su reciente sentencia de 3 de marzo de 2020 (STJUE), cuyos fundamentos jurídicos y decisión han sido objeto de valoración en el foro con opiniones divergentes, existiendo dos posiciones encontradas: de un lado, los que consideran que el TJUE ha confirmado sustancialmente el criterio del Tribunal Supremo¹³, y, de otro, quienes opinan que la Curia europea ha “enmendado la plana” a nuestro Alto Tribunal¹⁴.

De ahí la cita que abre este comentario, referida a lo que se conoce como pensamiento desiderativo (*wishful thinking*). No es posible que una sentencia admita dos interpretaciones totalmente enfrentadas, lo cual evidencia que muchas veces leemos en una sentencia lo que queremos ver y eso nos conduce a verlo donde realmente no está.

Las conclusiones de esta sentencia respecto a las tres cuestiones planteadas por el Juzgado remitente son, resumidamente expuestas, las siguientes:

- a. La cláusula de incorporación del IRPH Cajas está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, por tanto, está sujeta al control de los tribunales nacionales, que pueden determinar si la misma es transparente o no, y, en consecuencia, procede anularla por abusiva y, en su caso, sustituirla por otra. La aplicación de la cláusula, no obstante, su previsión normativa, no viene impuesta por una norma imperativa, de forma que su utilización es una decisión puramente voluntaria de cada entidad, lo que implica que quede sujeta al control de transparencia por parte de los tribunales.

El planteamiento de esta cuestión por el juez remitente era innecesario porque la STS 669/2017 ya había declarado que la cláusula de incorporación (no el índice) está sujeta

¹³ En este sentido, JAVIER ORDUÑA, Magistrado de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo y autor de uno de los votos particulares a la STS 669/2017, considera que el fallo del TJUE ha “*parecido contentar, de entrada, a las dos partes en conflicto, la banca y los consumidores*”. A la banca porque no declara la nulidad de la cláusula IRPH Cajas y a los consumidores porque abre la puerta a que los jueces realicen en cada caso un control de transparencia de la cláusula y, de no pasarlo, la declaren nula condenando a las entidades financieras a la restitución de los intereses pagados en exceso y a la sustitución del índice de referencia (“Dossier sobre la STJUE IRPH”, Aranzadi, Thomson, marzo 2020).

¹⁴ El mercado bursátil español se alineó, aparentemente, con el primer grupo: el mismo día 3 de marzo de 2020 se produjo una subida de la cotización en el IBEX 35 de las entidades financieras más expuestas a la contingencia IRPH Cajas.

al ámbito de aplicación de la Directiva 93/2013 y, por tanto, es susceptible de control de transparencia¹⁵.

- b. Corresponde al juez nacional determinar si, dadas las circunstancias propias del caso concreto, la cláusula en cuestión cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia que impone la Directiva 93/13, y ello, en cualquier caso, incluso cuando se trate de una cláusula que se refiera al objeto principal o que afecte a un elemento esencial del contrato. Es importante aclarar, que el TJUE se refiere al control de transparencia y no al de contenido.

Esta cuestión también había sido resuelta en por el Tribunal Supremo en sus sentencias 669/2017, 406/2012, de 18 de junio y 241/2013, de 9 de mayo.

La efectiva transposición al derecho español del art. 4.2 de la Directiva, que excluye del control de contenido (no el de transparencia formal y material) los elementos esenciales y el objeto principal del contrato (precio), es una cuestión muy polémica y actual¹⁶.

¹⁵ Así opinan: L. RODRÍGUEZ VEGA, “La sentencia del Tribunal de Justicia sobre el IRPH Cajas”, Almacén de Derecho, mayo, 3, 2020 y F. PANTALEÓN, “La sentencia del Tribunal de Justicia sobre la cláusula IRPH: 12 comentarios a vuelapluma”, Almacén de derecho, marzo, 4, 2020.

¹⁶ La Directiva 93/13/CEE se transpone al ordenamiento español por un sistema mixto (art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y Dictamen 2939/1996 del Consejo de Estado): se promulga la LCGC, que se aplica a los contratos con consumidores y profesionales, y, su disposición adicional primera modifica la LGDCU (art. 10 e inclusión del art. 10 bis [actualmente, tras el DRL 1/2007, de 16 de noviembre, arts. 80 a 91 de su Texto Refundido) en la regulación de la protección del consumidor frente a cláusulas abusivas

La Sentencia del TJUE de 3 de junio de 2010 (C-484/08, asunto Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid) se pronunciaba sobre este aspecto, y declaraba que la Directiva era de mínimos (artículo 8), de modo que un país podrá establecer normas de protección de sus consumidores más restrictivas que las establecidas en ella. Por tanto, si existiese una normativa nacional por la que se autorizase el control jurisdiccional de la abusividad de las cláusulas definidas por el artículo 4.2, no supondría una violación de dicho artículo.

Con posterioridad a esta sentencia, la STS 406/2012, de 18 de junio, interpretó que la voluntad del legislador era de transponer el artículo 4.2, y, por tanto, el control de contenido estará excluido para las cláusulas previstas. Esto, sin embargo, no supone que no se pueda aplicar control de transparencia en estos casos, y así lo ha ratificaba el TS en su Sentencia 241/2013, de 9 de mayo. Según las sentencias que cito, la expresión «*justo equilibrio de las contraprestaciones*», que figuraba en la legislación española antes de la adopción de la Directiva 93/13, fue sustituida por «*desequilibrio importante de los derechos y obligaciones*» para limitar el control de contenido del posible carácter abusivo de la cláusula contractual, añadiendo que no puede darse un control propiamente dicho de precios ni del equilibrio de las prestaciones, y que los elementos esenciales del contrato, si bien están excluidos del control de contenido, pueden ser objeto de control por la vía de la inclusión y de la transparencia.

El Abogado General Sr. Maciej Szpunar considera que esa transposición no fue correcta al no hacer referencia expresa a la exclusión del “objeto principal” del contrato, lo que, según entiende, no cumple los requisitos de seguridad jurídica exigidos por el TJUE en el ámbito de la protección de los consumidores (apartados 90-100 de sus Conclusiones de 10 de septiembre de 2019 previas a la STJUE).

La STJUE no entra en la cuestión, que considera irrelevante porque, en todo caso, los jueces nacionales han de examinar la transparencia de las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato (apartados 38 a 42), como, de hecho, han venido haciendo nuestros tribunales a partir de la STS 241/2013, de 9 de mayo (cláusula suelo)¹⁷.

Otro tema polémico, propiciado por los difusos contornos de los controles de incorporación de las condiciones generales, es el relativo al carácter consecutivo del control de contenido al control de transparencia, esto es, si, como sostiene JAVIER ORDUÑA¹⁸, una cláusula no transparente es nula sin necesidad de que supere el control de contenido, previsión establecida en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que modifica el art. 83 de la LGDCU, añadiendo un nuevo párrafo del siguiente tenor literal: “*Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho*». Aunque excede del objeto de este comentario, esta modificación evidencia que la norma aplicable hasta la fecha era la del control consecutivo, máxime cuando la modificación no se establece con aplicación retroactiva a contratos preexistentes (disposición transitoria primera) a la fecha de su entrada en vigor (16 de junio de 2019 [disposición final decimosexta]). Parece claro, como señala FERNANDO PANTALEÓN¹⁹, que la tesis que disolvía en la falta de transparencia material la valoración sobre la abusividad, o no, de la cláusula definitoria del objeto principal del contrato no negociada individualmente, ha quedado definitivamente restringida a las cláusulas suelo (SSTS 9/2020, de 8 de enero y 53/2020, de 23 de enero).

¹⁷ L. RODRÍGUEZ VEGA, op. cit., y F. PANTALEÓN, op. cit.

¹⁸ F.J. ORDUÑA “El IRPH entorno a la Sentencia de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona”, Revista de Derecho vLex, número 192, mayo 2020.

¹⁹ Op. Cit.

- c. El control de transparencia del juez nacional debe analizar no solo si la cláusula en cuestión es comprensible en un plano formal y gramatical, sino también si *“posibilita 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”*.
- d. Para hacer esta valoración se debe tener en cuenta que los elementos principales relativos al cálculo del tipo de interés resultarían fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, pero, además, resultaba igualmente pertinente que la entidad hubiera suministrado información al consumidor sobre la evolución del IRPH en los dos años anteriores a la fecha del contrato de acuerdo con la normativa española, de forma que el prestatario pudiera comparar el coste que le supondría contratar aplicando la cláusula IRPH o, en su lugar, otras fórmulas de cálculo del tipo de interés (como podrían ser el Euribor, por ejemplo).

Como señala FERNANDO PANTALEÓN²⁰, *“el TJUE confirma algo que el Abogado General había dejado ya bien claro en sus Conclusiones: que de ninguna manera cabe trasladar a este caso exigencias de transparencia material semejantes a las que se habían requerido, entre nosotros, en materia de cláusulas suelo o de hipotecas multidivisa, que son grupos de casos totalmente diferentes”*.

Aunque posteriormente me referiré a la obligación legal de las entidades financieras españolas de informar retrospectivamente al prestatario sobre la cotización del IRPH en los dos años anteriores a la fecha del contrato (no de su evolución comparativa en relación a otros índices), es incuestionable que esa información era accesible para un *“consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz”* aunque no le fuera suministrada por el banco, porque se publicaba todos los meses en el BOE, en el Portal del Cliente Bancario del Banco de España (creado en 2005) y en la prensa generalista y especializada, y, consecuentemente, si existiera realmente esa obligación legal, su incumplimiento nunca sería determinante de una eventual falta de transparencia material, criterio que es el que ha aplicado de forma reiterada el Tribunal Supremo en las acciones sobre nulidad relativa por vicios en el consentimiento en

²⁰ Op. Cit.

materia de contratos bancarios complejos, lo que corresponde apreciar, en todo caso, a los jueces españoles.

Al hilo de esta cuestión, es muy importante destacar que la STJUE no exige como condición de la transparencia que en el folleto informativo entregado al prestatario se incluya esa información retrospectiva, simplemente apunta que esa información “*puede*” resultarle útil al consumidor si se compara con la misma información relativa a la cotización de otro índice de referencia, pero esa información comparativa no la exige nuestra normativa, y el mandato del TJUE es claro: residencia en los jueces nacionales la comprobación de si, efectivamente, las entidades financieras cumplieron con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional (no comparativa) para que, en función del resultado de esa comprobación, puedan decidir sobre la transparencia material de las cláusulas que analicen. Es más, la información comparativa sobre la evolución retrospectiva de los tipos de referencia se refiere al precio, que sí puede ser objeto de control de transparencia, pero no de contenido. Y, en todo caso, una información retrospectiva, incluso comparativa, de la evolución de los tipos de referencia, al no ser extrapolable a futuro, por ser impredecible, máxime para los plazos de contratación de los préstamos afectados (más de 20 años), no aporta ningún plus de información al prestatario y, por tanto, no condiciona la formación de su consentimiento ni la transparencia material de la cláusula.

Es importante resaltar que el TJUE no exige a las entidades financieras que proporcionen esa información al cliente directamente al contratar, habla de “*suministrar*” esa información, pero no concreta de qué forma y quién es el destinatario de la misma, siendo muy significativo que el Abogado General en sus conclusiones se refiera “*al efectivo cumplimiento de las obligaciones de información*”, lo cual permite interpretar que la publicación mensual en el BOE de los índices de referencia elaborados por el Banco de España en base a la información suministrada por las entidades declarantes suple con creces ese deber de información a efectos de superación del control de transparencia material. No tiene ningún sentido que el control de transparencia de la cláusula IRPHC imponga a las entidades financieras una información que no se está cumpliendo en contratos referenciados a otros tipos oficiales, como, por ejemplo, el Euribor, que es el que utiliza mayoritariamente en la Zona Euro.

En relación con esta cuestión F. PANTALEÓN²¹ hace la siguiente reflexión: “*A nadie sensato se le ocurre que el TJUE fuera a incurrir en el monumental absurdo de imponer para la*

²¹ Op. Cit.

cláusula IRPH requisitos de transparencia material que no estaría cumpliendo, para empezar y coetáneamente, la cláusula Euribor”, que es la más utilizada en la Zona Euro.

- e. En cuanto a la posibilidad de integrar el contrato, aplicando un tipo sustitutivo del IRPH Cajas en el caso de que el juez nacional considere que la cláusula no es transparente y que la anulación del contrato supone para el consumidor un perjuicio (restitución íntegra y anticipada del capital del préstamo con intereses *ex art. 1303 CC*), faculta al juez nacional para aplicar el “derecho supletorio”, citando expresamente la Ley 14/2013, de 27 de septiembre. Es importante resaltar, por la razón que posteriormente explicaré, que el TJUE habla de “derecho supletorio” y no de “índice de referencia supletorio”.

7. LA INTERPRETACION JUDICIAL DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

7.1. LAS PRIMERAS SENTENCIAS DE LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

Sin solución de continuidad, el mismo día en que se publicó la STJUE, el Juzgado de 1.ª Instancia n.º 4 de Burgos, dictó su sentencia 393/2020, en la que, transcribiendo literalmente el voto particular del Magistrado Orduña a la STS 669/2017²² y, parcialmente, los fundamentos jurídicos de la STJUE, declaró la nulidad de la cláusula IRPH Cajas, sustituyendo dicho índice por el Euribor, es decir, el elegido por el demandante, más el diferencial pactado en el contrato,

A esta primera sentencia le han seguido otras que han adoptado el mismo criterio: dos del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 6 de Lleida, 214 y 227/2020, de 9 de marzo, y una del Juzgado de 1.ª Instancia de Palma de Mallorca n.º 17, 582/2020, de 20 de abril.

La reacción de los medios de comunicación antes estos “madrugadores” pronunciamientos fue inmediata, publicando la noticia con titulares muy efectistas²³. Es evidente que la fuente de información de este tipo de noticias son plataformas y abogados especializados, muy proactivos en la formación de la opinión de los consumidores y potenciales clientes ante el silencio de las entidades financieras, condicionadas por sus riesgos reputacionales.

²² Editorial Aranzadi ha publicado un vídeo en el que el Magistrado explica los motivos de su voto particular (RJ 2017/516), entre los que incluye su particular opinión sobre los criterios de elaboración del IRPH Cajas.

²³ “El IRPH se bate en retirada” (La Rioja, 27/4/2020), “El IRPH acorralado” (El Idealista, 28/4/2020); *Juzgados españoles devuelven las primeras cláusulas IRPH* (Economist & Jurist, 28/4/2020) o “Los jueces españoles se inclinan por anular el IRPH tras el fallo de Europa” (Diario de Sevilla, 27/4/2020).

7.2. LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA, 15ª, 612/2020, DE 21 DE ABRIL

La Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, que siempre ha mantenido una posición clara en favor de la transparencia de la cláusula IRPH, ya se ha pronunciado en dos sentencias tras la STJUE confirmando su doctrina anterior (SAPB, 15.ª, 130/2018, de 27 de febrero), cuyas conclusiones entiende que han sido confirmadas por la STS 669/2017 y “en lo sustancial” por la STJUE.

En la primera sentencia, la 612/2020, de 21 de abril, la Audiencia Provincial de Barcelona desestima la acción de nulidad de la cláusula que referenciaba el tipo de interés variable al IRPH Cajas y la aplicación sustituitiva del tipo pactado o, en defecto del mismo, del IRPH Entidades.

Seguidamente analizaré los problemas jurídicos planteados en el caso y los criterios y argumentos en los que basa su decisión.

7.2.1. El IRPH no es una condición general de la contratación

Según la SAPB, el IRPH no es una condición general y no está sujeta al ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, es un índice oficial de referencia del tipo de interés remuneratorio variable de los préstamos regulado legalmente y elaborado por la administración pública a quien corresponde controlar que no sean abusivos (sigue el criterio de las SSTs 669/2017 y SAPB, 15.ª, 10/2017, de 15 de enero y, sustancialmente, de la STJUE). Ni la normativa española, ni la Directiva 93/13, ni la jurisprudencia que la desarrolla nos permiten realizar los controles de abusividad respecto de los tipos de referencia fijados por el regulador.

Lo único que puede ser objeto de control judicial es el modo en que el índice se incorpora al contrato, es decir, la información que recibe el prestatario para contratar, pero no cómo se calcula o se elabora. La incorporación del índice por medio de una condición general no lo convierte en una condición general (art. 4 LCGC).

Cierto es, señala la SAPB, que la STJUE indica que la cláusula IRPH “no es el resultado de una disposición legal o reglamentaria imperativa, por lo que sí está comprendida en el ámbito de la Directiva 93/13”, pero también lo es que, cuando establece los parámetros para realizar su control de transparencia, advierte que “no examina ni habilita para examinar, el modo en el que se establece este índice o cualquier otro, ni el modo de cálculo, ni los elementos que pueden servir al regulador para fijar el índice”.

En consecuencia, la Audiencia considera que no puede analizar si el IRPH Cajas puede ser manipulado por las entidades financieras o si en su configuración se han podido tener en cuenta

elementos, datos o factores no adecuados, como tampoco se puede ponderar el grado de incidencia o influencia de las entidades financieras en la concreta determinación del índice, pues todos estos factores los fiscalizan los órganos reguladores de la administración pública.

En definitiva, la SAPB considera que el control de transparencia debe referirse no a los índices sino a las cláusulas que los incorporan a los contratos, que, al referirse al precio, sí deben de someterse al control de transparencia, como así lo indica la STJUE, pero no al de contenido, criterio mantenido, como ya hemos analizado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (transposición efectiva por el sistema mixto del art. 4.2 de la Directiva 93/13).

Partiendo de estas premisas, la SAPB afirma que la cláusula de incorporación al contrato del IRPH Cajas es transparente, tanto en un plano formal, como en un plano material, por lo que no analiza si también supera el control de contenido y, de no superarlo, si es posible la integración del contrato mediante la aplicación de un índice sustitutivo, bien sea el establecido en la Ley 14/2013, bien sea el elegido por el demandante o, discrecionalmente, por el juez.

7.2.2. El control de transparencia

La SAPB, coincidiendo con la STS 669/2017, considera que la cláusula analizada en el caso supera los controles de inclusión y transparencia en “toda su amplitud”.

- a. En lo que hace referencia al control de inclusión o de transparencia formal, porque establece que el tipo de interés remuneratorio será variable y se determinará en función de un índice oficial de referencia.
- b. En cuanto al control de transparencia material, considera que no es exigible que la entidad prestamista explique al cliente cómo se calcula el tipo de referencia, cómo puede evolucionar en el futuro, su evolución respecto de otros índices de referencia legales o que ofrezca al prestatario alternativas entre los distintos tipos de referencia existentes en el mercado (STS de 8 de junio de 2017). El control de transparencia se supera, aunque el banco no proporcione esa información al cliente teniendo en cuenta la esencialidad de la cláusula y que el IRPHC es un índice oficial que se publicaba mensualmente en el BOE, siendo fácilmente accesible para un consumidor medio conocer su cotización y la evolución histórica de la misma y comprender sin ninguna dificultad su importancia económica y jurídica.

Para determinar si la cláusula que incorpora el índice de referencia adoptado supera el control de transparencia material, señala la SAPB, hay que preguntarse si el consumidor era consciente

(había sido informado) de que esa cláusula configuraba un elemento esencial que determinaba el interés variable aplicable, y la respuesta, porque así lo dicta la lógica, no puede ser otra que la de afirmar que el prestatario era plenamente consciente de que firmaba un préstamo a interés variable y que el interés variable se calculaba o definía a partir de un tipo de referencia concreto.

Para llegar a esta conclusión basta con ponerse en la posición del cliente que acude a un banco para solicitar un préstamo con la finalidad de financiar la adquisición de su vivienda (experiencia por la que hemos pasado muchos ciudadanos) y que tiene que tomar una decisión que, en un plano económico, posiblemente sea la más trascendental de toda su vida porque le va a suponer un endeudamiento durante un período promedio superior a los 20 años. ¿Es verosímil que antes de contratar no se haya informado sobre el precio del contrato y de otras alternativas del mercado a través del BOE o de la prensa? Y ¿qué plus de información le supone al cliente conocer la evolución pasada del IRPH y su comparación con la de otros tipos de referencia oficial para un contrato de una duración superior a los 20 años?: ninguna. Si partimos de la incontestable premisa de que no se puede prever el comportamiento futuro de la cotización de los tipos de referencia, porque depende de elementos aleatorios, y la mejor muestra la tenemos con el comportamiento del Euribor a partir del mes de noviembre de 2008, una información retrospectiva sobre ese comportamiento no se puede proyectar a futuro para tomar una decisión fiable, es más, resultaría una decisión imprudente e irresponsable. Es algo elemental en lo que no reparan muchos jueces.

La SAPB destaca que la STJUE utiliza como perfil de referencia el de un “consumidor medio” y no el del concreto consumidor que demanda la nulidad de la cláusula, que sí sería el determinante en el caso de una eventual acción de nulidad relativa por vicios en el consentimiento. No se trata de valorar si el consumidor contratante ha entendido la cláusula (valoración subjetiva), sino si el consumidor contratante ha dispuesto de la información necesaria para asegurar que un consumidor medio la hubiera entendido (valoración objetiva)²⁴.

La SAPB considera que su valoración se ajusta al derecho de la UE, como así lo ha entendido la STJUE, que indica que dicha valoración le corresponde hacerla en cada caso al juez nacional, si bien teniendo en cuenta una serie de parámetros y, entre otros, si la entidad financiera cumplió con las obligaciones de información que le imponía la normativa nacional, que, según el TJUE, en el caso de España, incluía la relativa a la evolución del IRPH Cajas en los dos años naturales anteriores a la celebración del contrato y del último valor disponible.

²⁴ Vid.: LUIS RODRÍGUEZ VEGA, Op. Cit.

En relación con esta concreta obligación de información retrospectiva la SAPB hace dos precisiones muy relevantes:

- a. De acuerdo con la normativa española (Circular del Banco de España 5/1994, de 22 de julio, y Orden del Ministerio de la Presidencia de 5 de mayo de 1994 [redacción dada por la Orden de 27 de octubre de 1995]), derogada por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, y Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario) la obligación de incluir en el folleto informativo la evolución del tipo de referencia ofrecido solo era exigible en préstamos inferiores a 150.253 euros y sólo estuvo en vigor en el período comprendido entre el 1 de diciembre de 1995 (fecha de la entrada en vigor de la Orden de 27 de octubre de 1995) y el 29 de abril de 2012 (no el 29 de abril de 2011, como indica la sentencia), fecha en que entró en vigor la OEHA 2899/2011, que derogó la Circular 5/1994, suprimiendo dicha obligación en su art. 7, que tampoco se recoge en la vigente Ley 5/2019²⁵.
- a. La Circular 5/1994, de 22 de julio (norma sexta bis), obligaba al Banco de España a publicar mensualmente los índices de referencia en el BOE. Es decir, según la SAPB, aunque la entidad prestamista no acreditase la entrega del folleto al cliente, cuando éste resultase exigible, cualquier “consumidor medio, “normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz” tendría un fácil acceso a la evolución de los diferentes índices a través del BOE, del Portal del Cliente Bancario del Banco de España (creado en 2005) o de la información publicada en la prensa generalista y especializada.

La cuestión es si el incumplimiento por parte de las entidades financieras de la obligación de incluir en los folletos informativos de los préstamos inferiores a 150.253 euros firmados durante el período de vigencia de la Circular 5/1994 (julio 94 a abril de 2012) puede justificar la nulidad de la cláusula por falta de transparencia.

En mi opinión, la respuesta debe ser negativa por varias razones:

- a. De un lado, no tiene ningún sentido que la transparencia pueda depender del capital del préstamo.

²⁵ La normativa que ha regulado en España la información contractual en los préstamos hipotecarios está recogida en la Orden de 5 de mayo de 1994 (Anexo I); en la Orden EHA/2899/2011 (Ficha de Información Precontractual [FIPRE] y Ficha de Información Personalizada [FIPER]) y, actualmente, en la Ley 5/2019, de 15 de marzo (Ficha Europea de Información Normalizada [FEIN]).

- b. De otro, es incuestionable que esa información era accesible para un “consumidor medio” aunque no le fuera suministrada por el banco, porque se publicaba todos los meses en el BOE, en el Portal del Cliente Bancario del Banco de España (creado en 2005) y en la prensa generalista y especializada. Consecuentemente, un eventual incumplimiento de esa obligación de información nunca sería determinante de la transparencia material (no existe ningún engarce causal entre el incumplimiento y su posible consecuencia), criterio que es el que ha aplicado de forma reiterada el Tribunal Supremo en las acciones sobre nulidad relativa por vicios en el consentimiento en materia de contratos bancarios complejos (por todas: SSTS, 1.ª, 524/2018, de 24 de septiembre; 321/2017, de 23 de mayo; 840/2013, de 20 de enero de 2014; 322/2017, de 23 de mayo; 32/2017, de 19 de enero; 99/2017, de 15 de febrero y 264/2018, de 9 de mayo), las dos últimas sentencias que cito y analizo en este comentario, de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, y de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla y el Abogado General en sus conclusiones previas a la STJUE (ordinales 104 y 123).
- c. Finalmente, como ya he indicado, la información requerida en la Circular 5/1994 no incluye la relativa a la comparación entre los tipos de referencia oficiales (conclusiones STJUE del Abogado General de 10 de septiembre de 2019 [apartados 104 y 123] y STJUE de 6 de junio de 2019 [C 2019/467], respecto de la Directiva 2008/48 de préstamos de crédito al consumo) y, en todo caso, esa información no puede servir de base para la formación del consentimiento del cliente por las razones ya apuntadas.

7.2.3 La eventual falta de transparencia de una cláusula no determina automáticamente su abusividad.

La eventual falta de transparencia de una cláusula no determina *per se* su nulidad, únicamente posibilita que el juez pueda comprobar si es abusiva (art. 6.1 Directiva 93/2013 y art. 3.1 de la LGDCU y SSTS 538/2019, de 11 de octubre y 121/2020, de 24 de febrero). El control de transparencia y el control de contenido son dos controles diferentes (STJUE 20 de septiembre de 2017 [asunto *Andriciu*; 26 de enero de 2017, C 421/14, asunto Banco Primus] y STS 171/2017, de 9 de marzo).

El art. 4.1 de la Directiva 93/13 excluye del control de contenido o abusividad las cláusulas que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible, de suerte que, si bien es cierto que pueden ser consideradas como abusivas si no superan el control de

transparencia, esa falta de transparencia no implica automáticamente la nulidad de la cláusula si ésta no es abusiva en los términos definidos en el art. 3.1. de la Directiva 93/13, es decir, si no se ha incorporado al contrato de mala fe por el predisponente y si no causa en detrimento del adherente un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

La SAPB entiende que, si esa valoración o control del contenido debe de realizarse en el momento de la celebración del contrato (arts. 4.1 Directiva 93/13 y 82.3 de la LGDCU), no puede tener en consideración cuál haya sido la evolución a partir de ese momento del índice de referencia aplicado porque la entidad financiera no tiene ninguna capacidad para influir decisivamente en su determinación ni, obviamente, puede anticiparla (consideraciones del Abogado General previas a las STJUE de 20 de septiembre de 2017 [caso *Andriuc*], que se remite a las mismas en su FD 57).

Como señala ERNESTO SUÁREZ PUGA²⁶, *“la exigencia de la puesta a disposición de comparaciones entre índices financieros basadas en su evolución retrospectiva generaría el nada desdeñable riesgo de responsabilidad de la entidad predisponente por las representaciones sobre el comportamiento futuro del índice, que, objetivamente, podría realizarse un cliente medio en caso de que, eventualmente y a tenor de la efectiva evolución futura del índice, dichas representaciones resultasen inexactas”*.

En relación con esta cuestión, la STJUE señala que no es necesario que el método de cálculo del IRPH Cajas, o de cualquier índice que sirva como referencia para el cálculo del interés variable, conste en el contrato. Es suficiente, a los efectos del control de transparencia, que el contrato incluya la disposición legal en la que se recoge ese índice y su fórmula de cálculo (en el mismo sentido: ordinal 120 de la Conclusiones del Abogado General de 10 de septiembre de 2019).

También descarta la SAPB que la elección del tipo de referencia entre los oficiales elaborados por el Banco de España sea contraria a la buena fe, salvo que se acredite que la entidad financiera disponía de información relevante sobre la evolución futura de cada uno de esos índices y que se la ocultó al cliente en el momento de celebrarse el contrato, lo cual, partiendo del principio de presunción de la buena fe, debe acreditar el prestatario. Si la entidad financiera no puede prever cuál va a ser la evolución futura de los índices de referencia, no participa en su elaboración

²⁶ “Un breve apunte crítico a la sentencia del Tribunal de Justicia UE relativa a las cláusulas predispuestas IRPH”, Almacén de Derecho, Abril, 14, 2020. Recomiendo la lectura de este comentario, en el que el autor argumenta

y no puede influir en su fijación por el supervisor, la posibilidad de que haya podido actuar con mala fe en la contratación es totalmente descartable.

Para concluir, la SAPB entiende que la comparación no debe de hacerse exclusivamente con el Euribor, sino también con el diferencial que ofrecían otras entidades financieras en el momento de celebrarse el contrato, no existiendo elementos de juicio que permitan considerar que si el cliente hubiera conocido la evolución futura de los distintos índices de referencia oficiales habría tomado una decisión distinta a la adoptada. Es necesario insistir en que la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013 dice expresamente que al índice sustitutivo (IRPH Entidades) se le aplicará un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el que le sustituye, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo, lo cual permite, a mi juicio, mantener el equilibrio prestacional del momento de la firma del contrato. Sin embargo, en las resoluciones judiciales que se pronuncian sobre la nulidad de la cláusula e integran el contrato, aplican el Euribor y le adicionan el diferencial pactado en el contrato rompiendo ese equilibrio prestacional inicial.

En relación con la cláusula que establece los índices sustitutivos previstos en el contrato para el caso de que el IRPH Cajas dejase de publicarse, la Audiencia Provincial de Barcelona advierte que, para que declarar nula y expulsar esta cláusula del contrato, no es suficiente con que se haya infringido, en su caso, el deber de información por parte de la entidad financiera, sino que, además, es preciso que sea abusiva, esto es, que, en contra de las exigencias de la buena fe cause, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Este análisis debe hacerse en función de las circunstancias concurrentes en el momento de firmarse el contrato, sin que pueda verse condicionado por la evolución posterior de las distintas referencias hipotecarias o por la desaparición del IRPH Cajas, que es un hecho ajeno a la entidad financiera y totalmente imprevisible cuando se firmó el contrato.

A mayor abundamiento, la sentencia señala que es la propia disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, la que establece la preferencia del tipo pactado en el contrato con carácter sustitutivo primero a la aplicación con carácter sustitutivo segundo del IRPH Entidades. En el caso analizado en esta sentencia, la cláusula establecía como tipo sustitutivo primero el correspondiente al IRPH Cajas aplicable en el momento de su desaparición.



La sentencia también rechaza la nulidad relativa del contrato por error en el consentimiento porque esta acción no puede referirse a condiciones generales concretas, sino que debe alegarse para cuestionar la validez del contrato como tal, y, además, la ausencia de información sobre la naturaleza y riesgos de un contrato no determina por sí misma la existencia de error, que, en el caso que analiza, no ha existido al haberse incorporado la cláusula cuestionada al contrato con transparencia y cumpliendo los requisitos exigidos en los arts. 5 y 7 de la LCGC y 82 de la LGDCU.

Como ya he indicado al inicio de este epígrafe, la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona se ha vuelto a pronunciar con el mismo criterio y fundamentación jurídica en su sentencia 634/2020, de 24 de abril.

7.3. OTROS PRONUNCIAMIENTOS FAVORABLES A LA TRANSPARENCIA Y VALIDEZ DE LA CLÁUSULA IRPH

Al criterio de la Sección 15.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona ya se han sumado otras audiencias provinciales como, por ejemplo, la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, en sus sentencias de 23 de abril y 30 de abril de 2020.

En la primera de estas sentencias, y en relación a la posibilidad de integrar el contrato en el caso de que la cláusula IRPH se declare nula por no ser transparente, lo que rechaza, considera que no es posible transformar un préstamo con intereses en un préstamo gratuito, lo cual, además de privarlo de causa, con la consecuencia de su ineficacia radical o nulidad total y el efecto de la obligación de restitución de las partes (art. 1303 CC), penalizaría al prestatario, neutralizando el efecto disuasorio de la Directiva 93/13, supondría su enriquecimiento injusto, y una contravención del derecho supletorio nacional aplicable y del art. 1256 del CC (en este sentido: SSTJUE de 30 de abril de 2014 [Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, apartados 80 a 84]; de 26 de marzo de 2019 [Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, apartados 56 y 64], y de 3 de octubre de 2019 [Dziubak, C-260/18, apartado 48]).

En relación con esta cuestión, la Abogada General, Juliane Kokott, en sus conclusiones en el Asunto C-81/19, NG, OH contra SC Banca Transilvania, de fecha 19 de marzo de 2020, advierte que *“el Tribunal de Justicia ha considerado admisible hasta ahora sustituir la cláusula abusiva por una disposición de Derecho interno de carácter voluntario o por una regla aplicable en caso de acuerdo entre las partes contratantes, porque la aplicación de tal disposición legal o contractual tendrá normalmente como consecuencia que se restablezca el equilibrio entre los derechos y obligaciones entre las partes”*.

Como señala J.J. PÉREZ BENÍTEZ²⁷, citando a J. ALFARO, “*identificar falta de transparencia de un elemento esencial y abusividad conduce a consecuencias contrarias a la lógica jurídica*”.

No tiene sentido que la falta de transparencia de una cláusula que se refiere a un elemento esencial del contrato tenga como efecto su nulidad absoluta y la retroacción de sus efectos. En estos casos la solución debe pasar por la aplicación del derecho supletorio.

Cierto es, como apunta ELISABETH VALENCIA²⁸, que hay juristas que cuestionan que la aplicación de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, porque, según entienden, se limita a regular un régimen transitorio entre índices y, en todo caso, añaden, la aplicación sustitutiva del IRPH Entidades no restablecería el equilibrio del contrato.

Por mucho que se quiera “retorcer” el derecho, es incuestionable que la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013 establece un índice legal supletorio o sustitutivo, en ningún caso con vocación transitoria, como igualmente lo es que el TJUE no exige al juez nacional que valore si la aplicación del derecho supletorio permite restablecer el equilibrio real del contrato, lo cual, en otro orden de cosas, entraría en contradicción con el criterio de este Tribunal y el del Tribunal Supremo por cuanto, por las razones ya analizadas, la evolución prospectiva de los distintos tipos de referencia oficiales no es un parámetro que determine la transparencia material de la cláusula.

Sí es muy significativo, como apunta ELISABETH VALENCIA²⁹, que la STJUE no se pronuncie sobre la aplicación sustitutiva del Euribor, a pesar de que era uno de los puntos incluidos en la cuestión prejudicial que resuelve, como tampoco lo hace sobre la posibilidad de aplicar el tipo pactado, en su caso, considerado preferente en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, cuestión que, obviamente, no planteó el Juzgado remitente. Es importante advertir que la STJUE no habla de índices supletorios, sino de “derecho supletorio”, es decir, no excluye la sustitución del tipo de referencia suprimido por el tipo de referencia pactado, en su caso, como así lo

²⁷ “Las consecuencias de la abusividad y de la falta de transparencia. El polémico artículo 6 de la Directiva”, JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ, Almacén de Derecho, Marzo 3/2017.

²⁸ “Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2020, Asunto C-125/18. Marc Gómez del Moral Guasch y Bankia, S.A., Breve comentario al índice sustitutivo”, LinkedIn, 28 de abril de 2020.

²⁹ Op. Cit.

entiende la sentencia de esta misma Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 30 de abril de 2020, que posteriormente analizaré.

En realidad, la decisión de aplicar el Euribor como índice sustitutivo del IRPH no tiene ningún soporte legal, lo que lo convierte en una decisión absolutamente discrecional que vulnera abiertamente una norma legal y el criterio establecido por el TJUE.

En el momento de concluir la redacción de este comentario se han publicado más sentencias que se pronuncian sobre la validez y transparencia de la cláusula IRPH Cajas, en concreto, las sentencias 340/2020 de la Sección 8.ª de Alicante, de 30 de abril, la 207/2020, de 11 de marzo, de la Audiencia Provincial de Cáceres.

CONCLUSIONES

En mi opinión, aunque es seguro que el Tribunal Supremo tendrá que volver a pronunciarse tras la STJUE³⁰, los contornos del debate son precisos y dejan poco margen a la interpretación:

- a. El IRPH no es una condición general de la contratación por lo que no está sujeta al ámbito de aplicación de la Directiva 93/2013. En consecuencia, la forma en qué se elaboran los índices de referencia oficial o su posible manipulación no son parámetros a tener en cuenta a efectos del control material de la cláusula de incorporación.
- b. La cláusula de incorporación del IRPH sí es una condición general y está al doble control material (no al de contenido, por referirse al precio), pero, tomando como perfil el de un consumidor medio, suficientemente informado y razonablemente atento y perspicaz, superará siempre el control de transparencia, incluso en el caso de que las entidades financieras no hubieran incluido en el folleto informativo información retrospectiva de su cotización en los supuestos en los que así fuera exigible o no hubieran suministrado al prestatario esa información con carácter prospectivo o, en definitiva, no le hubieran informado de otras alternativas de tipos de referencia.
- c. Finalmente, en el caso improbable de que el juez interprete que la cláusula de incorporación el IRPH Cajas no supera los controles de transparencia y contenido, deberá aplicar la DA 15.ª de la L. 14/2013, es decir, integrar el contrato con el tipo pactado como sustitutivo o, en defecto de dicho pacto, con el IRPH Entidades.

³⁰ El titular del JPI 38 de Barcelona, remitente de la cuestión prejudicial resuelta en la STJUE ya ha anunciado su intención de plantear una nueva cuestión prejudicial tras la publicación de la SAPB en unas jornadas celebradas en el Colegio de Registradores de Madrid ([ver la noticia](#)), lo que ha sido considerado por el ex Magistrado Orduña como una decisión correcta ([ver la noticia](#)).