

Comentario a las conclusiones del abogado general Szpunar sobre la cláusula IRPH

Asunto C-125/18 (Marc Gómez del Moral c. Bankia)

Tomás Gabriel García-Micó

Investigador predoctoral
Universitat Pompeu Fabra

Abstract

El pasado 10 de septiembre de 2019 el abogado general Maciej Szpunar publicó sus conclusiones sobre la cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona el 16 de febrero de 2018. El abogado general considera que, si bien la cláusula, a priori y sin perjuicio de lo que pueda considerar el juzgador nacional, cumple con las exigencias de transparencia, los Tribunales españoles están obligados a valorar su carácter abusivo por no haberse transpuesto formalmente el artículo 4.2 de la Directiva 93/13. El presente comentario analiza los argumentos en que se apoya el abogado general Szpunar para llegar a cada una de las conclusiones que contiene su informe.

On October 10, 2019, the Advocate General Maciej Szpunar published his conclusions regarding the reference for a preliminary ruling issued by the Court of First Instance num. 38 of Barcelona. The Advocate General considers that, albeit the clause, notwithstanding what the national court may consider, fulfils the transparency requirements, Spanish courts shall do the unfairness control provided that the Spanish legislator did not formally transpose article 4(2) of the Directive 93/13. This comment analyses the different arguments provided by the Advocate General Szpunar to reach each of the conclusions sustained in his report.

Title: Comments on the conclusions of the Advocate General Szpunar about the IRPH clause.

Keywords: Advocate General, Court of Justice of the European Union, reference for a preliminary ruling, Directive 93/13, unfairness control, transparency control

Palabras clave: Abogado general, Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuestión prejudicial, Directiva 93/13, control del carácter abusivo de las cláusulas contractuales, control de transparencia

* El autor es miembro del Grupo de Investigación en Derecho Patrimonial (2017 SGR 1636), dirigido por el Prof. Josep Ferrer Riba (Universitat Pompeu Fabra) financiado por la Agencia de Gestión de Ayudas Universitarias y de Investigación (AGAUR), adscrita a la Secretaría de Universidades e Investigación del Departamento de Empresa y Conocimiento de la Generalitat de Catalunya.

El autor, a su vez, es titular de una beca para la contratación de personal investigador novel (FI-2019), concedida por el AGAUR en un proceso abierto y competitivo y cofinanciado por el Programa Operativo de Cataluña 2014-2020 CCI 2014ES05SFOP007 del Fondo Social Europeo.

El trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto de I+D+I correspondiente al Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientada a los Retos de la sociedad "Responsabilidad civil y mercado. La compensación del daño económico", del cual es investigador principal el Prof. Carlos Ignacio Gómez Ligüerre, subvencionado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y el FEDER (DER2017-82673-R).



This publication was funded by the European Union's Justice Programme (2014-2020) under the grant agreement No 807056.

Sumario

1. Introducción
2. Análisis de las conclusiones del abogado general Szpunar
 - 2.1. Ámbito de aplicación de la excepción del artículo 1.2 de la Directiva 93/13
 - a. Análisis de las normas aplicables
 - b. La cláusula tercera bis, que referencia el tipo de interés variable al índice IRPH, ¿está incluida en la excepción del artículo 1.2 de la Directiva?
 - 2.2. Sobre el alcance del control de transparencia
 - a. Análisis de las normas aplicables
 - b. ¿Es acorde con el derecho de la Unión Europea la jurisprudencia del Tribunal Supremo que incorporó el control de transparencia reforzado a nuestro ordenamiento jurídico?
 - 2.3. Sobre el alcance y el contenido de los deberes informativos del profesional para con el consumidor
 - a. Análisis de las normas legales aplicables
 - b. ¿Qué información debe el profesional trasladar al consumidor para superar las exigencias del control de transparencia del artículo 5 de la Directiva 93/13?
3. Conclusiones
4. Bibliografía
5. Tabla de jurisprudencia citada
 - 5.1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea
 - 5.2. Tribunal Supremo

1. Introducción

El asunto C-125/18 que se sigue ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, el "TJUE") se enmarca en el litigio que enfrenta a Marc Gómez del Moral Guasch y Bankia, S.A. e incoado como resultado de la cuestión prejudicial de interpretación formulada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona, mediante auto de 16 de febrero de 2018.

En esencia, el caso no se separa de los habituales en las reclamaciones frente a las entidades financieras que han sido constantes en nuestro país, particularmente, desde la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013: el Sr. Gómez del Moral contrató, en fecha 19 de julio de 2001, un préstamo con garantía hipotecaria con la entidad financiera Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (actualmente, Bankia) por importe de 132.222,66 euros, y que preveía, en su cláusula tercera *bis*, que el índice de referencia aplicable al cálculo del tipo de interés variable sería el IRPH Cajas con adición de un diferencial de 0,25 puntos porcentuales. Asimismo, se contemplaba el índice CECA¹ como sustitutivo.

Cabe destacar que al momento de la suscripción del préstamo litigioso, ambos índices eran oficiales, pues estaban regulados por la norma sexta *bis*, apartado 3, letras b) y d) de la Circular del Banco de España número 8/1990² y su evolución se publicaba con periodicidad mensual en el Boletín Oficial del Estado.

No obstante, como consecuencia de los procesos de reestructuración bancaria, fusiones y ventas de las cajas de ahorro³ a bancos, resultado de la crisis financiera iniciada en 2007, así como de la recomendación de la Unión Europea de 2009 de eliminar tres índices de referencia – el IRPH Cajas, el IRPH Bancos y el CECA – por no ser suficientemente transparentes⁴, el Ministerio de Economía y Hacienda adoptó la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE núm. 261, 29.10.2011), que afectó doblemente a dichos índices:

¹ Acrónimo de la Confederación Española de Cajas de Ahorro.

² La norma sexta *bis* se incorporó a la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE núm. 226, 20.9.1990), como resultado de la modificación operada por la Circular, también del máximo regulador bancario de nuestro país, 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990 sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE núm. 184, 3.9.1994). Dicha enmienda adoptada como consecuencia de la disposición adicional segunda de la Orden del Ministerio de la Presidencia, de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (BOE núm. 112, 11.5.1994), que habilitaba al Banco de España a "definir[...] mediante Circular un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados [...] a los préstamos hipotecarios a interés variable [...]".

³ Debe recordarse que, en aquel momento, las cajas de ahorros sufrían un conjunto de problemas no solo coyunturales (como evidenció su excesiva exposición al sector inmobiliario), sino también de gobernanza y de gestión. Ambas cuestiones obligaron al legislador español a aprobar la Ley 26/2013, de 27 de diciembre de 2013, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias (BOE núm. 311, 28.12.2013). Un buen análisis de esta ley lo podemos leer en Antonio SÁNCHEZ CERBÁN (2014), "[Ley 26/2013 de 27 de diciembre de 2013, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias](#)", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 37-2014, pág. 66.

⁴ Pascual MARTÍNEZ ESPÍN (2013), "[Nuevo índice hipotecario para sustituir al IRPH de las cajas](#)", *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)* y la Consideración 2 de la [recomendación del Defensor del Pueblo](#), 17.10.2017.

- En primer lugar, preveía su desaparición por “complet[o] [...] transcurrido un año de la entrada en vigor de la presente orden y su normativa de desarrollo”⁵, ello es, una vez aprobado el régimen transitorio aplicable a los préstamos afectados. La Orden entró en vigor el 29 de abril de 2012, por lo que el plazo para aprobar un índice sustitutivo al IRPH Cajas, IRPH Bancos y al índice CECA finalizaba el 29 de abril de 2013.
- Y, en último lugar, y como consecuencia directa de lo anterior, dejaban de ser índices oficiales (véase el artículo 27 de la Orden).

No fue hasta el 27 de septiembre de 2013, con la publicación de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y a su internacionalización (BOE núm. 233, 28.9.2013) que se estableció el “régimen de transición para la desaparición de índices o tipos de interés de referencia”, que no entraría en vigor hasta el 1 de noviembre de 2013, ello es, casi seis meses después de la fecha límite indicada en la Orden EHA/2899/2011; y consistente en su sustitución por el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España (o IRPH Conjunto de Entidades)⁶. Esta misma disposición estipulaba que “[l]as partes carecerán de acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo o crédito como contrapartida de la aplicación de lo dispuesto en esta Disposición”.

Como se ha mencionado anteriormente, este pleito se inició poco antes de que el Tribunal Supremo dictara la STS, 1ª, Pleno, 14.12.2017 (ES:TS:2017:4308; MP: Pedro José Vela Torres) que, en cierto modo, cerró la puerta a las reclamaciones basadas en el pretendido carácter abusivo de la cláusula que referenciaba el tipo de interés variable al IRPH Conjunto de Entidades. El análisis que de la cuestión efectúa el Tribunal Supremo y del voto particular de los Excmos. Sres. Magistrados D. Francisco Javier Orduña Moreno y D. Francisco Javier Arroyo Fiestas ha sido sobradamente tratado y cualquier desarrollo de esta que vaya más allá de su mera mención excedería del alcance y del objeto de este breve comentario, motivo por el cual me remito a dos sucintos y buenos análisis de esta⁷.

El resultado de esta sentencia fue que el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona formuló cuestión prejudicial al TJUE en el que solicitó al máximo intérprete del derecho de la Unión Europea que respondiera un conjunto de preguntas relacionadas con:

- El ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DOCE núm. L 095, 21.4.1993, en lo sucesivo, la “Directiva 93/13” o la “Directiva”) y, en particular, sobre si la cláusula que referencia el tipo de interés variable al IRPH Cajas – al estar este regulado por una disposición administrativa – puede ser objeto de tutela por el juez nacional o si, por el

⁵ Véase la Disposición Transitoria Única de la Orden.

⁶ Véase la Disposición Adicional Decimoquinta de la Orden.

⁷ Véanse Pascual MARTÍNEZ ESPÍN (2018), “Las cláusulas IRPH son transparentes ¿o no?”, *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)* y Luís María MIRANDA SERRANO (2018), “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predisuestas en la contratación bancaria”, *InDret*, núm. 2, págs. 27-29.

contrario, queda excluido del control judicial en virtud del artículo 1.2 de la Directiva 93/13.

- La compatibilidad con los artículos 4.2 y 8 de la Directiva 93/13 de la invocación por parte de un órgano jurisdiccional nacional de la excepción al control del carácter abusivo de una cláusula cuando se trata de cláusulas que constituyen el objeto principal del contrato, y cuando dicho artículo no ha sido transpuesto expresamente al ordenamiento jurídico nacional.
- El alcance de los deberes informativos de la entidad financiera para con el cliente y las consecuencias de su incumplimiento.
- Y, finalmente, las consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula que contiene la referenciación del tipo de interés variable al IRPH Cajas.

Las conclusiones del abogado general se emitieron con posterioridad al dictamen de la Comisión (favorable a la posición de la defensa del consumidor) y de los Gobiernos español y británico.

2. Análisis de las conclusiones del abogado general Szpunar

2.1. Ámbito de aplicación de la excepción del artículo 1.2 de la Directiva 93/13

a. Análisis de las normas aplicables

El artículo 1.1 destaca la finalidad armonizadora de la Directiva en materia de “cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”. Por su lado, el artículo 1.2 claramente excluye del ámbito de aplicación de la Directiva – y de los controles en ella regulados – aquellas cláusulas que se incorporen por su previsión en “disposiciones legales o reglamentarias imperativas”.

Así, dos son los requisitos para que la anterior excepción sea aplicable y es que su incorporación se deba a (i) una disposición “legal o reglamentaria” y (ii) que esta sea “imperativa”.

En la interpretación de esta previsión de la Directiva, el abogado general cita la STJUE, 21.3.2013 (C-92/11, EU:C:2013:180), RWE Vertrieb, la cual trató por primera vez sobre el alcance de la excepción. Según la sentencia RWE Vertrieb, son imperativas aquellas cláusulas que “reflejan las disposiciones del Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes con independencia de su elección o aquellas de tales disposiciones aplicables por defecto”⁸, siendo el motivo de esta exclusión que “es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes”⁹.

⁸ Véase § 26 de la sentencia RWE Vertrieb (énfasis añadido).

⁹ Véase § 28 de la sentencia RWE Vertrieb. La interpretación del TJUE sobre la nota de “imperatividad” que establece el artículo 1.2 de la Directiva 93/13 ha sido mantenida con posterioridad en otras sentencias del TJUE, como las SSTJUE, 10.9.2014 (C-34/13; EU:C:2014:2189), Kušionová; o 20.9.2017 (C-186/16; EU:C:2017:703), Andriuc y otros.

b. La cláusula tercera bis, que referencia el tipo de interés variable al índice IRPH, ¿está excluida en virtud del artículo 1.2 de la Directiva?

La respuesta a esta cuestión, ya se anticipa, es negativa y, por consiguiente, la opinión del abogado general Szpunar es que la cláusula que referencia al IRPH Cajas el cálculo del tipo de interés variable aplicable al préstamo no está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva¹⁰.

Según el abogado general Szpunar, la interpretación de la excepción contenida en el artículo 1.2 de la Directiva debe ser estricta – lo cual, por otro lado, tiene sentido atendiendo a la finalidad tuitiva que persigue la Directiva –.

Debe destacarse también otra idea que, contrariamente a las alegaciones del Gobierno español y Bankia, el abogado general pone de manifiesto, y es la relativa al momento relevante a efectos de realizar el análisis de si la cláusula responde a una disposición legal o reglamentaria imperativa: el “momento en que se celebró el contrato”¹¹ y no cuando la cláusula contractual litigiosa se vio afectada por la actuación del legislador. Esta tesis concuerda con una interpretación sistemática de la Directiva y de su artículo 4.1, según el cual “el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará [...] considerando, en el momento de la celebración del [contrato], todas las circunstancias que concurran en su celebración” (énfasis añadido).

Sentados los anteriores extremos, necesarios para entender las conclusiones, el abogado general empieza con el análisis literal de la Orden de 5 de mayo de 1994, la cual autorizaba al Banco de España a definir por circular un conjunto de índices de referencia, y aquí se observa el énfasis que efectúa Szpunar, “susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito”¹² (§ 74, énfasis extractado de las conclusiones).

Este carácter optativo u opcional de la utilización del IRPH Cajas se ve reforzado por el hecho de que la Orden dejaba a elección de las partes la determinación del índice de referencia de cálculo del tipo de interés variable, siempre y cuando éste cumpliera con las dos condiciones establecidas por la orden, a saber, que (i) no dependiera exclusivamente de la entidad de crédito, ni fuera susceptible de influencia por ella y (ii) los datos que sirvieran de base al índice fueran agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo¹³. Conclusión que, a su parecer, corrobora la propia Bankia en sus alegaciones escritas al emplear afirmaciones como que “el IRPH *no se*

¹⁰ Sus palabras son: “[...] soy de la opinión de que la cláusula controvertida está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. En efecto, el mero hecho de que una disposición nacional permita a una entidad bancaria incluir opcionalmente en las condiciones generales de un contrato de préstamo hipotecario un índice tras haberlo elegido entre los distintos índices de referencias oficiales previstos en esta disposición es suficiente, desde mi punto de vista, para considerar que dicha disposición *no es imperativa* en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 y, por lo tanto, que esta Directiva resulta aplicable” (§ 83).

¹¹ Véase § 64 de las conclusiones del abogado general Szpunar.

¹² Véase § 79 (énfasis extractado de las conclusiones).

¹³ Según el abogado general: “la Orden de 5 de mayo de 1994 no exigía [...] la utilización de uno de los seis índices de referencia oficiales, incluido el IRPH Cajas, sino que establecía [...] las condiciones que debían cumplir los «índices o tipos de referencia» para poder ser utilizados por las entidades bancarias”, de modo que “la elección [...] *no debía efectuarse de manera imperativa* entre los seis índices de referencia oficiales” aunque es obvio que se presumía que los índices oficiales “cumplían, en principio, las dos condiciones mencionadas” (§ 78, énfasis añadido).

impon[ía] obligatoriamente a los contratantes”, así como el voto particular de los Excmos. Sres. Magistrados D. Francisco Javier Orduña Moreno y D. Francisco Javier Arroyo Fiestas¹⁴.

2.2. Sobre el alcance del control de transparencia

a. Análisis de las normas aplicables

La norma que responde la letra a) de la segunda cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 38 de Barcelona es el artículo 4.2 de la Directiva 93/13, según el cual no será posible efectuar el control del carácter abusivo de cláusulas que versen sobre “el objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”.

Es decir, que si estas cláusulas superan el control de transparencia (“siempre que se redacten de manera clara y comprensible”) no podrá valorarse su carácter abusivo.

Esta cuestión ya fue objeto de otra cuestión prejudicial que también afectó a nuestro país y que dio lugar a la STJUE, 3.6.2010 (C-484/08; EU:C:2010:309), Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid. Esta sentencia, citada por el abogado general, el TJUE argumentaba que el legislador español, al no transponer expresamente el artículo 4.2 mediante la Ley 7/1998, quiso otorgar, como bien permite el artículo 8 de la Directiva, una mayor protección al consumidor que la que le ofrece la Directiva.

b. ¿Es acorde con el derecho de la Unión Europea la jurisprudencia del Tribunal Supremo que incorporó el control de transparencia reforzado a nuestro ordenamiento jurídico?

Si bien es verdad que el posicionamiento de la STJUE Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid llegó a esta conclusión, no es menos cierto que con posterioridad a la misma, se aprobó una modificación de la Ley 7/1998 que sustituyó la expresión de “justo equilibrio de las contraprestaciones” por “desequilibrio importante de los derechos y obligaciones” y ello, en opinión del Gobierno español, sería suficiente para concluir que la voluntad del legislador español fue transponer el artículo 4.2 de la Directiva al ordenamiento jurídico nacional.

También se traen a colación las sentencias del Tribunal Supremo dictadas en fechas 18 de junio de 2012 (ES:TS:2012:5966) y 9 de mayo de 2013 (ES:TS:2013:1916) que efectuaron una interpretación teleológica de la Ley 7/1998 y concluyeron que “aunque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, debe entenderse [...] 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 transparencia”.

Ni la reforma legislativa, ni la jurisprudencia del Tribunal Supremo son suficientes para convencer al abogado general Szpunar, quien opina que el derecho de la Unión Europea exige que el acto de transposición, que no debe ser necesariamente efectuado por medio de una acción legislativa, sí

¹⁴ Respecto del voto particular, transcribe que “tampoco concurre en el presente caso, en donde el profesional emplea uno de los posibles índices de referencia de entre los siete autorizados en su momento [...], por lo que el IRPH Entidades no constituía el único índice [...] y su aplicación no resultaba imperativa para el profesional” (§ 81).

debe ser “suficientemente precis[o] y clar[o]”¹⁵, todo ello en aras de no vulnerar la seguridad jurídica de los justiciables. Exigencia que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no cumpliría pues “no puede tener la claridad y la precisión necesaria para poder constituir un fundamento jurídico apropiado [...] para transponer la excepción prevista en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13”¹⁶.

Pese a afirmar que la transposición no requiere de una acción legislativa, Szpunar afirma, a renglón seguido, que en un país como España la tarea de transponer las normas de derecho de la Unión Europea al ordenamiento jurídico nacional corresponde “al legislador”¹⁷ y no a los tribunales de justicia.

En opinión del abogado general, no consta que el legislador español haya efectuado ninguna acción tendente a la transposición del artículo 4.2 de la Directiva, no con la suficiente precisión y claridad, y, atendiendo a que este artículo no es imperativo para los Estados miembros, concluye que su falta de transposición supone que el legislador hizo uso de la prerrogativa que le confería el artículo 8 de la Directiva y decidió otorgar una mayor protección a los consumidores, lo cual implica que los jueces y tribunales pueden (y afirma, deben¹⁸) hacer un control completo y sin más limitación que la regulada por el artículo 1.2 de la Directiva¹⁹. A la postre, aprovecha para recordar que cualquier interpretación contraria a esta visión sería contraria al artículo 8 de la Directiva²⁰.

¹⁵ Véase § 94 de las conclusiones del abogado general Szpunar.

¹⁶ Véase § 95 de las conclusiones del abogado general Szpunar y Vicente GUILARTE (2019), “El Informe Szpunar sobre el IRPH”, *Almacén de Derecho*.

¹⁷ Véase § 96 de las conclusiones del abogado general Szpunar.

¹⁸ § 99: “En consecuencia, los órganos jurisdiccionales españoles están obligados, en el marco de la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales de conformidad con el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, a examinar la transparencia de dichas cláusulas, en virtud del artículo 5 de esta Directiva” (énfasis añadido).

¹⁹ Afirma el abogado general Szpunar que “la falta de transposición en Derecho interno implica que, al autorizar un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, como las contempladas en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, la normativa española permite garantizar al consumidor, conforme al artículo 8 de dicha Directiva, un nivel de protección más elevado que el previsto por esta Directiva, incluso cuando esta cláusula se refiera al objeto principal del contrato o a la relación calidad/precio de la prestación” (§ 98). Se puede leer como el abogado general va incluso más allá de lo que pedía el propio órgano jurisdiccional remitente, al afirmar que ese control incluiría ya cualquier cláusula (no solo la del IRPH), sino también aquellas que afecten al objeto principal del contrato. Buena muestra de que se trataría de un pronunciamiento *obiter dictum* del abogado general sería que en las propuestas de respuesta para el TJUE no menciona esta cuestión, sino que se limita a contestar lo que pide el órgano jurisdiccional remitente [§ 129.2) (I)].

²⁰ La posición contraria a la mantenida por el abogado general y por la STJUE Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid es la de, entre otros, Sergio CÁMARA LAPUENTE (2013a), “El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 junio 2010 (“Caja Madrid”) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 6, pp. 98-115; y CÁMARA LAPUENTE (2013b), “¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante una normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 junio 2010 (“Caja de Madrid”, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (Pleno) de 9 mayo 2013 sobre las cláusulas suelo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, núm. 2, pp. 209-233.

2.3. Sobre el alcance y el contenido de los deberes informativos del profesional para con el consumidor

a. Análisis de las normas legales aplicables

El artículo 3.1 de la Directiva 93/13 regula el control del carácter abusivo de las cláusulas no negociadas individualmente impuestas por el profesional en un contrato celebrado con un consumidor. Según el mencionado artículo una cláusula es abusiva si “pese a las exigencias de la buena fe, causa[...] en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”.

Por otro lado, el artículo 5 de la Directiva exige que las cláusulas contractuales estén “redactadas siempre de forma clara y comprensible” prevaleciendo, en caso de duda, la interpretación que le sea favorable al consumidor.

Para la interpretación de los conceptos “clara y comprensible”, el abogado general se remite a la STJUE, 30.4.2014 (C-26/13; EU:C:2014:282), Kásler y Káslerné Rábai en la que el Tribunal de Justicia afirmó que la exigencia de redacción clara y comprensible no solo alcanzaba el plano formal o meramente gramatical, sino que debía interpretarse de forma extensiva, lo cual exigía información sobre (i) el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refería la cláusula, (ii) la relación entre ese mecanismo y otras cláusulas y (iii) cualesquiera otros elementos (“todos”) necesarios para concluir si el compromiso contractual asumido por el consumidor se hizo con conocimiento de causa, ello es, si el consumidor medio²¹ podía razonablemente valorar las consecuencias económicas del préstamo: su coste total.

b. ¿Qué información debe trasladar el profesional al consumidor para superar las exigencias del control de transparencia del artículo 5 de la Directiva 93/13?

En opinión del abogado general, la cláusula por la que se referencia el tipo de interés variable al IRPH Cajas es clara y comprensible gramaticalmente, pues se puede leer (y entender) con facilidad que el tipo de interés variable se determinará a través de la suma de un diferencial al índice de referencia elegido.

Ahora bien, el abogado general se pregunta si “no convendría que el consumidor medio estuviera en condiciones de comprender asimismo el funcionamiento exacto del índice de referencia contenido en ese método de cálculo”²². Su respuesta es negativa, pues en su opinión esta exigencia de conocimiento del mecanismo de cálculo y que se lee en las SSTJUE Kásler y Káslerné Rábai y Andriciuc y otros presenta un denominador común: en ambos casos la cláusula litigiosa era la que hacía recaer sobre el prestatario el riesgo derivado del tipo de cambio en contratos de préstamo denominados en divisas extranjeras, en los que se había observado que las fluctuaciones del tipo de cambio entre el euro y el franco suizo o el yen japonés (las divisas en las que más comúnmente se denominaron estos préstamos en los países de nuestro entorno) resultaron en “consecuencias

²¹ Por consumidor medio, el TJUE entiende que se trata del “consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, evaluar tal coste” (§ 108).

²² Véase § 113 de las conclusiones del abogado general Szpunar.

económicas, potencialmente significativas” para los prestatarios²³.

El impacto económico que dichos préstamos puede suponer para los consumidores no es, en opinión del abogado general, del mismo calado en los contratos de préstamo como los que centran la presente cuestión prejudicial, en los que el tipo de interés variable puede verse afectado por la dinámica evolutiva de los índices de referencia (que puede ser a la baja o al alza). Es más, para Szpunar, el consumidor medio podía fácilmente calcular el impacto que la fluctuación del índice de referencia podía suponer para las cuotas que tenía que abonar, máxime porque la carga económica del préstamo, a diferencia de lo sucedido con los préstamos multidivisa, no varía más allá de lo que pueda suceder con la ya mencionada evolución del índice de referencia²⁴.

En este sentido, entiende que la información que el profesional debe facilitar a un consumidor en este tipo de contratos es aquella que le permita saber que el IRPH Cajas se calcula partiendo de la tasa anual equivalente (o TAE) de los contratos de préstamo hipotecario celebradas por cajas de ahorro españolas durante el mes de referencia. Esta información, al momento de la celebración del contrato, no se podía observar en la fórmula matemática incorporada en la cláusula litigiosa, si bien es cierto que aparecía en la Circular 8/1990.

Ahora bien, el abogado general opina que el consumidor medio podía fácilmente comprender qué era el IRPH Cajas y que podía acceder gratuitamente a la información del mismo a través del Boletín Oficial del Estado. Asimismo, y refrendando la STS 14.12.2017, considera que el hecho de que al momento de la celebración del contrato se tratara de un índice oficial “permite presumir que a un consumidor medio le resultaba especialmente fácil acceder a los sistemas de cálculo de los diferentes índices oficiales y comparar las diferentes opciones que ofrecen las entidades financieras”²⁵, sin que sea necesario trasladar a la entidad financiera la carga de ofrecer a los consumidores todas las alternativas posibles, pues ello transformaría la obligación informativa de los profesionales en una obligación de asesoramiento, que no es la que persigue la Directiva.

Por lo expuesto, el abogado general concluye que, de la documentación obrante en los autos del

²³ Por citar un caso de las consecuencias económicas de la contratación de este tipo de préstamos, la STS, 1ª, Pleno, 15.11.2017 (ES:TS:2017:3893; MP: Rafael Sarazá Jimena) trataba con un préstamo multidivisa suscrito el 31 de julio de 2008, cuya cuota durante el primer período antes de la revisión del tipo de interés, ascendía a 161.084 yenes japoneses. La primera cuota que abonaron los deudores fue por un contravalor de 1.019,66 euros, mientras que cuatro años más tarde (junio de 2012) el contravalor de la cuota ascendió hasta los 1.540,95 euros. Asimismo, el préstamo fue otorgado por un principal de 44.364.603 yenes japoneses, ello es, 260.755 euros; es decir, los consumidores recibieron esa cantidad de yenes (equivalentes a 260.755 euros), pero denunciaban que el principal objeto de devolución al interponer la demanda era de 404.323 euros.

²⁴ En sus palabras: “En cambio, contrariamente al contrato de préstamo hipotecario denominado en una divisa extranjera que, habida cuenta del riesgo de tipo de cambio que recae sobre el prestatario, puede tener consecuencias económicas, potencialmente significativas, que le serán difícil de asumir, en el presente asunto las consecuencias que se derivan del préstamo hipotecario controvertido en el litigio principal, cuyo tipo de interés variable se calcula con arreglo a un índice de referencia oficial, no pueden calificarse de «potencialmente significativas» en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En efecto, la carga económica que se derivaba del préstamo podía ser prevista y calculada por el consumidor, que se encontraba en condiciones de valorarla antes de la celebración del contrato. En consecuencia, dejando al margen el hecho de que su préstamo está sujeto a un tipo de interés variable, el demandante en el litigio principal no está expuesto a un riesgo imprevisible de variación de la carga económica que se deriva de su préstamo” (§ 119, énfasis añadido).

²⁵ Véase § 123 de las conclusiones del abogado general Szpunar.

TJUE, Bankia cumplió con las exigencias derivadas del control de transparencia, sin que ello prejuzgue la resolución que corresponde, en última instancia, a los órganos jurisdiccionales nacionales, quienes deberán valorar si, en un caso como el que se discute, en el que la cláusula contiene una fórmula matemática “compleja y poco transparente para un consumidor medio”, la información proporcionada es “suficiente para que este pueda tomar una decisión prudente y con pleno conocimiento de causa en lo que se refiere al *método de cálculo del tipo de interés* aplicable al contrato de préstamo hipotecario y a los elementos que lo componen”, lo cual incluye “*la definición completa del índice de referencia* empleado [, así como] las disposiciones de la normativa nacional pertinentes que determinan dicho índice y, por otra parte referirse a la evolución en el pasado del índice de referencia escogido”²⁶.

Para acabar, el abogado general recupera uno de los pronunciamientos de mayor relevancia de sus conclusiones, y es que, pese a que la cláusula supere las exigencias del control de transparencia, ello no constituye un escollo para que el juez nacional evalúe si se da el desequilibrio que llevaría a su declaración de nulidad por ser abusiva²⁷, atendiendo a la falta de transposición formal del artículo 4.2 de la Directiva. En particular, afirma que, si se “llegara a la conclusión de que la exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por lo tanto, de transparencia ha sido respetada [...], ello no implicaría la exención del deber de someter [...] la cláusula controvertida a un examen referido a su eventual carácter abusivo en cuanto al fondo, habida cuenta de la posible existencia de un desequilibrio importante causado, en detrimento del consumidor, entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”, en definitiva, si la cláusula “cumple asimismo las exigencias de buena fe y equilibrio”²⁸.

Para este análisis, el abogado general no ofrece ningún criterio específico. Uno de los que podría resultar de utilidad a la hora de valorar si la cláusula litigiosa genera un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes – que constituye uno de los requisitos que la Directiva toma para la realización del control del carácter abusivo de una cláusula contractual – es el que el abogado general emplea para evaluar la transparencia material de la cláusula, ello es, las circunstancias en las que se produjo la contratación y si la entidad financiera predisponente ofreció suficiente información al consumidor para que este último pudiera tener cabal conocimiento de las consecuencias jurídicas y económicas inherentes a la suscripción del contrato con la cláusula litigiosa: el de las “consecuencias económicas, potencialmente significativas”. Un examen que no solo tiene en cuenta el impacto en estrictos términos económicos de la cláusula, sino también en cuanto al riesgo asumido por la aleatoriedad o variabilidad del elemento económico subyacente a la cláusula – tipo de cambio, en el caso de las hipotecas multidivisa; y tipo de interés, en el caso de los préstamos sujetos al IRPH; o ambos –²⁹.

²⁶ Véase § 125 (énfasis extractado de las conclusiones del abogado general).

²⁷ Recordamos, no solo admite que el juez nacional entre a valorar la concreta cláusula que se discute en el litigio principal, sino también a cualquier otra que “se refiera al objeto principal del contrato o a la relación calidad/precio de la prestación” (§ 98 de las conclusiones del abogado general Szpunar).

²⁸ Véase § 127 (énfasis añadido).

²⁹ Como ya se ha analizado anteriormente, el abogado general entiende que, atendiendo a que las consecuencias económicas de la cláusula que se discute en el litigio principal no son tan significativas que las pueden derivarse

Atendiendo a la respuesta ofrecida, entiende el abogado general que no procede entrar a valorar ni la letra c) de la segunda pregunta, ni la tercera pregunta formuladas por el órgano jurisdiccional remitente.

3. Conclusiones

El abogado general Szpunar, al contrario de los optimistas mensajes de las plataformas de afectados³⁰, si bien es cierto que sigue la línea de la STJUE Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid en lo relativo a la expresa falta de transposición del artículo 4.2 de la Directiva, también concluye que los deberes de transparencia exigibles a las entidades financieras no son tal elevados como se defiende habitualmente – con mayor o menor corrección y precisión – desde la posición de los consumidores. El optimismo de las organizaciones de defensa de consumidores y usuarios se vería justificado porque, según su posición, la transparencia de la cláusula no sería un obstáculo para que el juzgado efectuara el control del carácter abusivo de la cláusula litigiosa.

Ahora bien, la posibilidad de que se efectúe el control del carácter abusivo de las cláusulas pese a que estas superen el control de transparencia, no es la solución deseada pues si bien es cierto que una lectura de la literalidad del articulado de la Ley 7/1998 y del Real Decreto Legislativo 1/2007 no permite atisbar la transposición expresa del artículo 4.2 de la Directiva, también lo es que un sector mayoritario de nuestra doctrina se ha posicionado en la misma línea del Tribunal Supremo en sus sentencias de 2012 y 2013, entendiendo que no se puede efectuar un control de precios, pues ello resulta claramente contradictorio con una economía de mercado.

El hecho de que un juez, quien no es parte del contrato, pueda entrar a decidir sobre el elemento contractual por excelencia, nos llevaría a las fronteras de una suerte de intervencionismo económico por parte de los jueces que vulneraría un principio basilar de nuestro derecho de los contratos: la autonomía de la voluntad de las partes consagrada en el artículo 1.255 del Código Civil y el principio de *pacta sunt servanda*, a la vez que desincentivaría a las entidades financieras a conceder préstamos ante el riesgo futuro – más o menos fundado – de que el propio precio y otras cláusulas de igual trascendencia pudieran ser alteradas, modificadas o moderadas por un juez, por el tercer poder, que no es parte del contrato.

Si el TJUE³¹ lo permitiera y, a la postre, el Tribunal Supremo cambiara su consolidada

del mecanismo recogido en las hipotecas multidivisa (en las que la cantidad o contravalor en la moneda funcional puede verse directamente afectado por las fluctuaciones del tipo de cambio que, a su vez, pueden llevar a que el contravalor final pagado por el consumidor sea sustancialmente mayor al contravalor esperado cuando se contrató el préstamo).

³⁰ Véase un ejemplo en el comunicado de prensa de la plataforma IRPH Stop, en la que se afirma que las conclusiones del abogado general son “muy buenas para las personas afectadas y muy malas para la banca española”. Aquí se puede leer: <http://www.irphstop.eus/es/abokatu-nagusiaren-ondorioak-irph-stop-gipuzkoaren-analisis/>.

³¹ No podemos olvidar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sede de cuestiones prejudiciales, solamente puede “aclarar y precisar, cuando es necesario, el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor”, significando lo anterior que las respuestas del TJUE a las cuestiones prejudiciales “no tiene[n] un valor constitutivo, sino puramente declarativo” (§ 35. STJCE, 12.2.2008 (C-2/06, EU:C:2008:78), Willy Kempter KG.

jurisprudencia en la materia, no solo nos encontraríamos ante una crisis de confianza frente al poder judicial, sino que estaríamos afirmando que este último puede dictar el contenido de los contratos en elementos tan básicos como el precio, algo que supondría dotar al juzgador de la capacidad de modificar la causa del contrato, pasando de ser un contrato oneroso a uno gratuito si dicho control afectara directamente al tipo de interés – siempre que supusiera su eliminación –. Esto abriría un escenario completamente nuevo que nadie podría prever pues, en un sistema de libre mercado, un juzgador, por muy tuitiva que pueda llegar a ser la protección que emana de la Directiva, no debería poder controlar el precio u otros elementos esenciales del contrato.

Tampoco se entiende el motivo por el cual el abogado general no da respuesta a las restantes preguntas pues pese a que es de la opinión – que no debería prejuzgar el pronunciamiento futuro de los tribunales nacionales pero que, sin duda, puede ser un apoyo relevante en defensa de la transparencia de la cláusula por la que se referencia el tipo de interés variable al IRPH – de que la cláusula litigiosa cumple con las exigencias del control de transparencia material, también defiende que la misma debe someterse al control de abusividad³² – ante una aparente falta de transposición expresa del artículo 4.2 de la Directiva –.

No es comprensible el motivo por el cual no hay un pronunciamiento acerca de las consecuencias de que un tribunal pueda eventualmente considerar que la cláusula no es transparente y, por otro lado, acerca de las consecuencias del potencial carácter abusivo de una cláusula como la del tipo de interés: ¿convertimos un contrato oneroso en gratuito? ¿se puede moderar la cláusula nula por una disposición nacional supletoria que pueda resultar de aplicación? En este último caso, ¿de qué disposición se trataría? El análisis en profundidad que merecen estas tres cuestiones – así como otras muchas – excede notoriamente el alcance de este comentario, aunque es necesario dejarlas apuntadas pues no se responden – cuando alguna de ellas debería haber sido contestada – por parte del abogado general Szpunar.

En cualquier caso, este es el paso inmediatamente previo a que el Tribunal de Justicia dicte una sentencia muy esperada en nuestro país, y que se suma a las dictadas en los asuntos *Aziz*³³, *Gutiérrez Naranjo*³⁴ y *Abanca*³⁵, entre otras que indirectamente nos afectaron, como es el caso *Andriuc* y otros, ya citado anteriormente. Veremos cuál es la posición del Tribunal de Justicia si, al contrario que la doctrina mayoritaria de nuestro país y el Tribunal Supremo, abre la puerta al – peligroso – control judicial de precios o si, por el contrario, mantiene la validez de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y bloquea este pretendido – y tan deseado por los defensores de los

³² En dicho control – aunque nada dice al respecto el abogado general, entendemos que porque toma como punto de partida la consolidada jurisprudencia del TJUE al respecto – se debe tomar como un elemento relevante, que no el único, el hecho de que la cláusula litigiosa sea o no transparente. En la interpretación del abogado general Szpunar, una cláusula puede ser transparente pero abusiva y a la vez podría no ser transparente, pero ser equilibrada en el reparto de derechos y obligaciones asumidas por ambas partes en el contrato, con lo cual podría no ser abusiva.

³³ STJUE, 14.3.2013 (C-415/11; EU:C:2013:164).

³⁴ STJUE, 21.12.2016 (C-154/15 y C-307/15; EU:C:2016:980).

³⁵ STJUE, 26.3.2019 (C-70/17 y C-179/17; EU:C:2019:250) y para cuyo análisis remitimos a Fernando GÓMEZ POMAR (2019), “¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos? El Tribunal Supremo ante la sentencia *Abanca del TJUE*”, *InDret*, núm. 2.

consumidores – control.

4. Bibliografía

Sergio CÁMARA LAPUENTE (2013a), “El control de cláusulas abusivas sobre el precio: de la STJUE 3 junio 2010 (“Caja Madrid”) a la STS 9 mayo 2013 sobre cláusulas suelo”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, núm. 6, pp. 98-115

--- (2013b), “¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante una normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 junio 2010 (“Caja de Madrid”, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (Pleno) de 9 mayo 2013 sobre las cláusulas suelo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 5, núm. 2, pp. 209-233.

Vicente GUILARTE (2019), “El Informe Szpunar sobre el IRPH”, *Almacén de Derecho*.

Fernando GÓMEZ POMAR (2019), “¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos? El Tribunal Supremo ante la sentencia Abanca del TJUE”, *InDret*, núm. 2.

Pascual MARTÍNEZ ESPÍN (2013), “Nuevo índice hipotecario para sustituir al IRPH de las cajas”, *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*.

--- (2018), “Las cláusulas IRPH son transparentes ¿o no?”, *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*.

Luís María MIRANDA SERRANO (2018), “El control de transparencia de condiciones generales y cláusulas predispuestas en la contratación bancaria”, *InDret*, núm. 2.

Antonio SÁNCHEZ CERBÁN (2014), “Ley 26/2013 de 27 de diciembre de 2013, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 37-2014, pág. 66.

5. Tabla de jurisprudencia citada

5.1. Tribunal de Justicia de la Unión Europea

<i>Tribunal, Sala y fecha</i>	<i>ECLI</i>	<i>Asunto</i>	<i>Partes</i>
STJCE, Gran Sala, 12.2.2008	EU:C:2008:78	C-2/06	Willy Kempter KG contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas
STJUE, Sala Primera, 3.6.2010	EU:C:2010:309	C-484/08	Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid contra Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)
STJUE, Sala Primera, 14.3.2013	EU:C:2013:164	C-415/11	Mohamed Aziz contra Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)
STJUE, Sala Primera, 21.3.2013	EU:C:2013:180	C-92/11	RWE Vertrieb AG contra Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV
STJUE, Sala Cuarta, 30.4.2014	EU:C:2014:282	C-26/13	Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai contra OTP Jelzálogbank Zrt
STJUE, Sala Tercera, 10.9.2014	EU:C:2014:2189	C-34/13	Monika Kušionová contra SMART Capital, a.s.
STJUE, Gran Sala, 21.12.2016	EU:C:2016:980	C-154/15	Francisco Gutiérrez Naranjo contra Cajasur Banco SAU, Ana María Palacios Martínez contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (BBVA), Banco Popular

			<i>Español SA contra Emilio Irlés López y Teresa Torres Andreu</i>
STJUE, Sala Segunda, 20.9.2017	EU:C:2017:703	C-186/16	<i>Ruxandra Paula Andriuc y otros contra Banca Românească SA</i>
STJUE, Gran Sala, 26.3.2019	EU:C:2019:250	C-70/17 y C-179/17	<i>Abanca Corporación Bancaria, S.A., contra Alberto García Salamanca Santos y Bankia, S.A., contra Alfonso Antonio Lau Mendoza y Verónica Yuliana Rodríguez Ramírez</i>

5.2. Tribunal Supremo

<i>Tribunal, Sala y fecha</i>	<i>ECLI</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 1ª, Sec. 1ª, 18.6.2012	ES:TS:2012:5966	Francisco Javier Orduña Moreno
STS, 1ª, Pleno, 9.5.2013	ES:TS:2013:1916	Rafael Gimeno-Bayón Cobos
STS, 1ª, Pleno, 15.11.2017	ES:TS:2017:3893	Rafael Sarazá Jimena
STS, 1ª, Pleno, 14.12.2017	ES:TS:2017:4308	Pedro José Vela Torres