

Sentencia del Tribunal Supremo n.º 669/2017, Sala de lo Civil, rec. 1394/2016, de 14 de diciembre de 2017 [ROJ: STS 4308/2017]

TRANSPARENCIA E ÍNDICES HIPOTECARIOS: EL CASO «IRPH-ENTIDADES»

El Banco de España, en su ya derogada *Circular 8/1990, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela*, definía varios tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario (Anexo VIII), distinguiendo tres tipos medios de préstamos hipotecarios a más de tres años (bancos, cajas de ahorros y conjunto de entidades). El tercero (IRPH-Entidades) se definía como «la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas por los bancos y las cajas de ahorros en el mes a que se refiere el índice».

Aunque fue la DA Decimoquinta de la *Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*, la que estableció un régimen de transición para la desaparición de los índices o tipos de interés de referencia referidos a bancos y cajas (no al de entidades), la del IRPH es una cláusula que aparece incorporada en gran número de contratos de préstamo hipotecario.

Sobre uno de los tipos indicados, el denominado «IRPH-Entidades», ha tenido la oportunidad de pronunciarse el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de diciembre de 2017, asunto que tiene su origen en las sentencias del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vitoria-Gasteiz, de 15 de junio de 2015 (declaratoria de la nulidad de la cláusula del IRPH) y de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.ª, de 10 de marzo de 2016, confirmatoria de la misma. Cabe destacar que es la entidad financiera afectada la que interpuso el recurso de casación, impugnando el pronunciamiento referido a la declaración de nulidad de los intereses remuneratorios, no extendiéndose el recurso a la nulidad declarada respecto a los intereses moratorios (FD primero, 7).

El TS analiza en primer lugar el carácter de condición general de la contratación de la cláusula de interés variable (FD segundo), entendiendo que una cláusula en la que se establece el interés remuneratorio es una condición general de la contratación, pues reúne los requisitos necesarios para ser considerada como tal (FD segundo, 4). Como normativa aplicable al caso concreto, el TS considera que al celebrarse el contrato de préstamo impugnado antes de la promulgación del texto refundido en materia de consumidores (TRLGDCU, 2007), no es aplicable el artículo 85.3 de este texto legal, sino la DA primera de la norma anterior (LGDCU, 1984).

La cuestión relevante de esta sentencia es la relativa a la interpretación de la transparencia que ha de ser exigible a las condiciones generales de los contratos de préstamo hipotecario, y más concretamente a la cláusula de interés variable del contrato que

lo referencia al IRPH (FD sexto), cuya ausencia puede determinar el carácter abusivo de dicha cláusula contractual.

La transparencia de la cláusula contractual que fija este tipo de índice ha sido avallada por el Tribunal Supremo al entender que se trata de una referencia prevista legalmente y que el control de transparencia de la cláusula no puede extenderse al control de la normativa que lo regulaba, basándose, fundamentalmente, en el artículo 4 de la *Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación*, que deja fuera de su ámbito de aplicación (art. 4, segundo párrafo) las condiciones generales «que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes» y en el artículo 1.2 de la *Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*.

Entiende el alto Tribunal que «es a la Administración Pública a quien corresponde controlar que esos índices se ajusten a la normativa, lo que hace que ese control quede fuera del ámbito de conocimiento de los tribunales del orden civil», añadiendo que «la administración tiene mecanismos de sanción respecto de aquellas conductas de las entidades financieras que contravengan las normas sobre transparencia bancaria» (FD sexto, 1).

Respecto al IRPH-Entidades, considera el TS que solo se puede controlar que la condición general (cuyo carácter cree indubitado) esté redactada de modo claro y comprensible y si es transparente (FD sexto, 4). La transparencia de esta cláusula vendrá dada en función de si el consumidor era consciente de que se trataba de una cláusula que configuraba un elemento esencial del contrato y del modo en que debía calcularse el interés variable. A este respecto, que es el que más dificultades presenta, el TS arguye: «Al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial como el propio precepto del préstamo» (FD sexto, 8). Y completa su postura indicando que informar al cliente sobre el futuro del IRPH es, por definición, imposible (FD sexto, 13).

Esta doctrina del TS, que avala la superación por esta cláusula del control de transparencia, ha sido ya seguida por otros tribunales, declarando la validez de la cláusula relativa al tipo de referencia IRPH (ver, entre otras, las SAP de Tarragona, Sección 1, de 20 de marzo de 2018).

Sin embargo, una de las cuestiones más relevantes de esta novedosa resolución es el hecho de que incluye un voto particular, firmado por dos de los magistrados integrantes del Pleno de la Sala de lo Civil del TS (Magistrados Orduña Moreno y Arroyo Fiestas), que combate la interpretación del control de transparencia por parte de la mayoría. Consideran que la complejidad de este tipo de índice dificultaba la comprensión por parte del consumidor contratante del préstamo hipotecario, lo que determina la falta de transparencia de la misma (F 2.2). Más ampliamente, sobre esta argumentación

particular, ver MARTÍNEZ ESPÍN, P. 2018: «Las cláusulas IRPH son transparentes ¿o no?». *CESCO*, 8 de enero de 2018: 13-19, que considera este fallo contrario no solo a la propia doctrina anterior fijada por el TS en el caso de las denominadas «hipotecas multidivisa» y por el TJUE, sino por contravenir otras disposiciones comunitarias, como el *Reglamento (UE) 2016/1011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros o para medir la rentabilidad de los fondos de inversión, y por el que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2014/17/UE y el Reglamento (UE) n.º 596/2014 y la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010*.

Cabe indicar que no es la primera ocasión en la que el magistrado Orduña Moreno discrepa del parecer mayoritario de la Sala Primera en estas materias (ver, por ejemplo, las SSTs de 18 de febrero de 2016 y de 3 de junio de 2016), en correlación con algunas de las diferentes ocasiones en las que el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el control de transparencia (ver BALLUGERA GÓMEZ, C. 2018: «Crítica de la doctrina del control de transparencia del Tribunal Supremo. De la STS 9 de mayo 2013 a la de 14 de diciembre de 2017». *Revista de Derecho vLex*, febrero 2018, n.º 165, edición electrónica).

Este doble voto particular ha venido a fundamentar, de algún modo, la presentación de tres nuevas cuestiones prejudiciales al TJUE por el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona, mediante auto de 16 de febrero de 2018 (AJPI 3/2018), destacando especialmente las que se derivan de la posible nulidad de este índice hipotecario, en particular en lo que afecta a sus consecuencias (integración del contrato o dejar de aplicar el interés).

Mientras se resuelven estas cuestiones, otros juzgados podrán declarar igualmente la suspensión de los procedimientos en curso si se solicita en esos casos la nulidad de esta cláusula y se insta al órgano judicial a plantear una cuestión coincidente con la del JPI n.º 38 de Barcelona (PÉREZ DAUDÍ, V. 2018: «El IRPH. ¿Otro conflicto entre el Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea? Reflexiones procesales a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo 669/2017, de 14 de diciembre». *Diario La Ley*, de 5 de abril de 2018).

En un futuro cercano, la doctrina fijada de manera mayoritaria por el Tribunal Supremo en esta sentencia de diciembre de 2017 habrá de ser revisada a la luz de la resolución que dicte nuevamente el TJUE sobre la interpretación de las cláusulas abusivas en nuestro ordenamiento jurídico. Estos aspectos deberían quedar integrados, en aras de una mayor seguridad jurídica, en la futura norma que regule los contratos de crédito inmobiliario. En este sentido, al ser la información relativa a los índices oficiales que se utilicen para fijar los tipos de interés aplicables un elemento clave para determinar la transparencia en la comercialización de préstamos en el ámbito inmobiliario, este aspecto debería ser tenido en cuenta no solo como norma de protección del

prestatario (ver artículo 19.2 del Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario –121/000012– BOCG, Serie A, número 12-1, de 17 de noviembre de 2017, sobre las variaciones en el tipo de interés), sino también en el régimen transitorio que se establezca en la normativa reguladora de estos contratos financieros, permitiendo su aplicación a los contratos preexistentes.

M.^a del Mar GÓMEZ LOZANO
Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad de Almería
margomez@ual.es