

Jesus M<sup>a</sup> Sánchez García.

Abogado.

26/1/2022

**Comentarios a la sentencia del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia número 38 de Barcelona, de 20 de enero de 2022, resolviendo la sentencia sobre el IRPH**

**Publicado en el Blog de Derecho de los Consumidores del CGAE**

<https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-derecho-de-los-los-consumidores/irph-comentarios-a-la-sentencia-del-juzgado-de-1a-instancia-numero-38-de-barcelona-de-20-de-enero-de-2022/>

En su último post publicado en este mismo Blog, mi buena amiga Cristina Vallejo, titulaba el mismo ¿cuándo debemos entender que no se cumplen las exigencias de la buena fe en virtud de los últimos autos del TJUE en materia de IRPH. Puede el consumidor resolver el contrato?

Como es sabido el Magistrado titular del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia número 38 de Barcelona, D. Francisco González de Audicana Zorraquino, planteó sendas cuestiones prejudiciales ante el TJUE, resolviendo la Corte de Luxemburgo las mismas, a través de su sentencia de 3 de marzo de 2020, asunto 120/18 y el Auto de 17 de diciembre de 2021, asunto 655/2020. Sobre esta materia recordemos que el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia número 2 de Ibiza, también planteó una cuestión prejudicial, que fue resuelta por el TJUE mediante Auto de 17 de noviembre de 2021, asunto C-79/21.

El pasado 20 de enero de 2022 el titular del Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia número 38 de Barcelona ha dictado sentencia sobre el IRPH. Podéis acceder a la misma a través del link que os facilito <https://www.icab.cat/export/sites/icab/.galleries/documents-noticies/Sentencia-152022-de-20-de-enero-IRPH-SIRPH-asunto-125-18-y-655-20-del-TJUE-1.pdf>.

La sentencia da puntual respuesta a las preguntas que formulaba Cristina Vallejo en su post. Vale la pena una lectura de la sentencia, no solo por el rigor jurídico y excelente fundamentación, al que ya nos tiene acostumbrados el Magistrado Sr. González de Audicana, sino porque los fundamentos jurídicos de la resolución comentada nos permiten entender de forma clara y comprensible toda la problemática derivada del índice IRPH y su carga económica y jurídica, esencialmente que **el IRPH de Cajas ya es por si una TAE** a diferencia del resto de índices (FD 1º), como se encargó de recordar de

forma expresa la Circular 5/1994 de 22 de julio, recomendando la debida información que debía prestarse sobre el particular.

Como vengo sosteniendo desde el I Congreso sobre Transparencia que se celebró en el ICAB en febrero de 2020, el TJUE ha configurado un nuevo paradigma del control de abusividad de una cláusula predispuesta, como resultado de calificar antijurídicamente la conducta del predisponente, bien por falta de información, exigido por el control de transparencia (que la cláusula sea clara y comprensible), bien por haber quebrantado un deber de guardar el equilibrio en la cláusula desproporcionada, cuando en función de las circunstancias propias del caso y conforme los criterios que ha proporcionado el TJUE la cláusula en cuestión no cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia establecidas en la Directiva 93/13 y en el anexo de ésta.

En la configuración de este nuevo paradigma del control de abusividad de una cláusula predispuesta, conforme a los principios que el TJUE ha venido desarrollando en la interpretación y aplicación de la Directiva 93/13/CEE, son muy importantes los recientes Autos del TJUE de 17 de noviembre de 2021, resolviendo las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de 1ª Instancia número 38 de Barcelona, asunto C-655/20 y el Juzgado de 1ª Instancia número 2 de Ibiza, asunto C-79/21.

**En el apartado 37 del asunto C-655/20 y 33 del asunto C-79/21, el TJUE declara que la mera circunstancia de que una cláusula no esté redactada de manera clara y comprensible no le confiere por si sola, carácter abusivo en el sentido del artículo 3, apartado 1 de la Directiva 93/13.**

Y nos recuerda el TJUE en el apartado 37, del asunto C-79/1, que la Directiva 93/13 al referirse a los conceptos de “buena fe” y de “desequilibrio importante” en detrimento del consumidor entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el artículo 3, apartado 1 de la Directiva 93/13 delimita tan solo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula contractual que no se haya negociado individualmente, para afirmar en el apartado 38 del asunto C-89/21 que: **“De ello se desprende que el concepto de “buena fe” es inherente al examen del carácter abusivo de una cláusula contractual”.**

**Por tanto, sostener que no procede realizar el juicio de abusividad si hay una presunción previa de buena fe, es contraria a la doctrina comunitaria.**

En el apartado 39 del asunto C-79/21, el TJUE reitera su doctrina interpretativa sobre en qué circunstancias tal desequilibrio se causa “contrariamente a las exigencias de buena fe”, resolviendo que: *“habida cuenta del decimosexto considerando de la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia ha*

*indicado, en su jurisprudencia, a los órganos jurisdiccionales que **estos deben comprobar si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía esperar razonablemente que este aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual** (veáanse, en este sentido, las sentencias de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 50 y 7 de noviembre de 2019, Profi Credit Polska, C-419/28 y C-483/18, EU:C:2019:930, apartado 50 y jurisprudencia citada”.*

Y en el apartado 42 del asunto 655/20 y 40 del asunto C-7921, el TJUE declara que la existencia de un posible “desequilibrio importante” no puede limitarse a una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que se base en una comparación total entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro, ya que un desequilibrio importante puede resultar meramente de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos, que según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, ya de un obstáculo al ejercicio de estos derechos o de la imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.

No cabe duda, que la asimetría que se produce en la contratación predispuesta, es esencial para analizar ese desequilibrio importante y se incumple el apartado 1 del artículo 3 de la Directiva 93/13 cuando el predisponente impone una cláusula que el adherente, probablemente, no hubiera aceptado en el marco de una negociación individual.

Esencialmente importante considero lo dispuesto por el TJUE en el apartado 52 del asunto C-655/20, porque despeja cualquier duda interpretativa sobre si la decisión de preguntar al consumidor, cuando el contrato no puede subsistir sin la cláusula considerada abusiva, es una facultad del tribunal que puede o no hacer uso de ella, declarando el TJUE al respecto que: *“el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido que **obliga al juez nacional a ofrecer al consumidor la posibilidad de optar entre, por un lado, la revisión de un contrato mediante la sustitución de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable declarada abusiva por una cláusula que se remite a un índice previsto por la ley con carácter supletorio y, por otro lado, la anulación del contrato de préstamo hipotecario en su conjunto, cuando este no pueda subsistir sin esa cláusula**”.*

Por tanto a través del Auto de 17 de noviembre de 2021, asunto C-655/20, apartado 52, el TJUE establece la obligación al juez nacional de ofrecer

al consumidor la posibilidad de decidir sobre si desea sustituir la cláusula u optar por la anulación del contrato y este derecho que el TJUE confiere al consumidor no es baladí, ya que si éste hace uso del mismo, puede optar por la nulidad de ese contrato, por lo que el mismo deviene nulo e ineficaz y, por tanto, desaparece cualquier obligación de garantía solidaria o fianza de terceros, incluida la posibilidad de disponer libremente del bien hipotecado, si estamos ante un préstamo con garantía hipotecaria.

También el TJUE en sus dos Autos de 17 de noviembre de 2021, nos recuerda que para cumplir con la exigencia del principio de transparencia cuando afecta a un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario (apartados 29 del asunto C-655/20 y 28 del asunto C-79/21) la cláusula contractual no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas potencialmente significativas de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras, constituyendo elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales, relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.

Y si bien es cierto que tanto en el apartado 34 del asunto C-655/20, como en el apartado 30 del asunto 79/21, el TJUE declara que el artículo 5 de la Directiva 93/13 y la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, deben interpretarse en el sentido de que permiten al profesional no incluir en tal contrato la definición completa del índice de referencia que sirve para calcular un tipo de interés variable o no entregar al consumidor, antes de la celebración de ese contrato, un folleto informativo que recoja la evolución anterior de ese índice, por la razón de que la información relativa al mencionado índice es objeto de publicación oficial, no es menos cierto, que el propio TJUE nos recuerda que ello es así, **“siempre que, habida cuenta de los datos públicamente disponibles y accesibles y de la información facilitada, en su caso por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estuviera en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas,**

*potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras”.*

En el contexto expuesto y respecto del índice IRPH, cobra especial importancia, tanto en el plano formal de la legislación aplicable, como en plano material de la comprensibilidad de la posición jurídica y económica del consumidor, lo dispuesto como advertencia en la Circular 5/1994, de 22 de julio (BOE número 184 de 3 de agosto de 1994), tanto respecto del Anexo IX, como de su Exposición de Motivos que en su párrafo cuarto advierte que: *“los tipos de referencia escogidos, son, en último análisis, tasas anuales equivalentes. Los tipos medios de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda libre de los bancos y del conjunto de entidades, lo son de forma rigurosa, pues incorporan además el efecto de las comisiones. Por tanto, su simple utilización directa como tipos contractuales implicaría situar la tasa anual equivalente de la operación hipotecaria por encima del tipo practicado por el mercado. Para igualar la TAE, de esta última con la del mercado sería necesario aplicar un diferencial negativo, cuyo valor variaría, según las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas. A título orientativo, la Circular adjunta (Anexo IX) una tabla de diferenciales para los tipos, comisiones y frecuencia de las cuotas, más usuales en la actualidad. En rigor, esta tabla no es útil para decodificar el tipo activo de las cajas de ahorros, por las peculiaridades de su confección”.*

Criterios interpretativos, entre otros, que, en mi modesta opinión, ha tenido en cuenta el Sr. González Audicana al dictar la sentencia comentada, sin duda mediante un análisis riguroso de la doctrina que la Sala 1ª del TS fijó en sus conocidas 4 sentencias de 12 de noviembre de 2020, números 595, 596, 597 y 598/2020.

El Magistrado-Juez estima la demanda promovida por el prestatario del préstamo con garantía hipotecaria concertado con una entidad bancaria, declarando la nulidad de la cláusula de la escritura con garantía hipotecaria en los relativo al tipo de interés variable IRPH-Cajas.

Y, en mi opinión y lo más novedoso de la sentencia, es que resuelve que tal declaración al efectuar a un elemento esencial, el consumidor demandante en el plazo de 45 días deberá en su caso optar por la nulidad del contrato de préstamo con garantía hipotecaria, dejando sin efecto el mismo con todos los efectos inherentes, debiendo pasar por tal declaración la entidad bancaria y liquidándose las cantidades con la devolución del prestatario de aquella cantidad recibida deduciéndose todos los pagos efectuados que serán aplicados al principal, y sin aplicarse en ningún caso el interés legal desde la percepción o pagos efectuados, la cantidad liquidada, si no se produce el pago en acto único, devengará el interés legal hasta su completo pago.

Continúa la sentencia resolviendo en el fallo de la misma, que transcurrido aquel plazo y de no optarse por la nulidad del préstamo por el consumidor, al entender que las circunstancias son especialmente gravosas para él, deben las partes intentar alcanzar un acuerdo para la sobrevivencia del préstamo hipotecario y de no alcanzarse tal acuerdo, y para la supervivencia del préstamo con garantía hipotecaria, se aplicará el Euribor más el diferencial pactado.

La Sala 1ª del TS, en sus cuatro sentencias de 12 de noviembre de 2020, resolvió que en los casos analizados la condición general litigiosa que regulaba el índice IRPH no superaba el control de transparencia (sentencia número 595/2020 -FD sexto, apartado 6º-).

La Sala 1ª del TS recientemente ha deliberado tres nuevos recursos de casación que afectan al IRPH y estamos pendiente de que se dicten las respectivas sentencias.

La pregunta que debemos hacernos es que si han tenido que pasar varios años para que la ciudadanía en general y los juristas en particular (después de una importante litigiosidad y tras el planteamiento de cuestiones prejudiciales por la complejidad del tema y las dudas interpretativas que el mismo generaba) podamos entender que el IRPH ya es de por sí una TAE, a diferencia del EURIBOR, qué debemos entender por **“consumidor razonablemente atento y perspicaz”**, cuando confieso que me ha costado mucho tiempo comprender el índice IRPH y ni la propia Sala 1ª del TS (salvo error de lectura de las cuatro sentencias de 12 de noviembre de 2020) analizó detalladamente un dato tan relevante como es la carga económica de la TAE en el propio IRPH.

En esas circunstancias y atendiendo al artículo 3 del Código Civil, aquellos prestatarios que suscribieron cláusulas IRPH hubieran aceptado ***una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual, si hubieran recibido la oportuna información sobre este tipo de índice.***

***Esa es la pregunta que debe hacer el Tribunal que resuelve un litigio de una cláusula referenciada al IRPH, conforme ha declarado en TJUE en el apartado 39 del asunto C-79/21: “habida cuenta del decimosexto considerando de la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia ha indicado, en su jurisprudencia, a los órganos jurisdiccionales que **estos deben comprobar si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía esperar razonablemente que este aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual** (veáanse, en este sentido, las sentencias de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17,***

*EU:C:2019:820, apartado 50 y 7 de noviembre de 2019, Profi Credit Polska, C-419/28 y C-483/18, EU:C:2019:930, apartado 50 y jurisprudencia citada”.*