

FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA CONTRACTUAL QUE INCORPORA UN ÍNDICE IRPH A UN CONTRATO DE PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA SIN AÑADIR UN DIFERENCIAL NEGATIVO EXACTO Y CONCRETO PARA CADA CONTRATO.

Introducción.

Nunca se explica al consumidor qué consecuencias provoca en un contrato de este tipo la utilización del índice elegido por la entidad bancaria.

En el sistema de amortización de los préstamos, diseñado e impuesto también por la entidad bancaria, la variación en un punto porcentual (1%) en la referencia tomada para el cálculo del interés variable, supone que la cuota a pagar mensualmente se incrementa en un 10%. Si el índice varía dos puntos (2%), la cuota mensual se incrementará en casi un 25%. Esos incrementos continúan en función creciente por cada punto que aumente, pudiendo originar que el coste de la deuda y su pago mensual se transforme en el doble de lo inicialmente previsto, simplemente con una subida de cuatro puntos porcentuales (4%) del índice de referencia.

No saber nada acerca del índice variable, sus efectos y contenido, imposibilitando que el consumidor pudiera siquiera hacerse una idea de qué estaba contratando y de cuál sería y es su coste, absoluto y en comparación con otras posibilidades (a lo que solía en muchos casos añadir una cláusula indefectiblemente unida a la variabilidad del tipo de interés (conocida como cláusula suelo) que impedía que se aplicasen al contrato y a las cuotas a pagar mensualmente, las disminuciones que el índice pudiese experimentar, suponen indudablemente un perjuicio para cualquier consumidor cliente bancario. Exactamente el perjuicio que requiere la redacción legal de norma actualmente:

“Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.”

Si una condición se incorpora al contrato de esa forma, en el momento de la contratación, que es el momento que debe ser analizado de forma abstracta, esa cláusula es nula. De pleno derecho.

La evolución natural y sin trampas de un índice, su aleatoriedad consustancial, no puede determinar ningún análisis jurídico para valorar su abusividad, pues precisamente esa aleatoriedad es su esencia.

El carácter abusivo debe analizarse en abstracto y referido al momento de la contratación.

La estipulación perjudica al consumidor por la siguiente razón:

No es obligatorio para la entidad bancaria ofrecer en los contratos de préstamos celebrados con los consumidores un interés a tipo fijo, como tampoco lo es ofrecer en dichos contratos un tipo de interés variable (pues entra dentro de la autonomía de la voluntad contractual la elección, incluso puede elegir no introducir intereses). Tampoco sería obligatorio en este supuesto de tipos variables, ofrecer al consumidor a la vez toda la gama existente de los tipos variables. Pero si que es obligatorio para las entidades que, en el momento de decantarse por un tipo variable respecto a un consumidor, este sea uno de los “oficiales”.

Es decir, uno de aquellos que se han considerado por las autoridades (con la clara intención de proteger a los consumidores), como aquellos de los que pueden utilizarse en este tipo de contratos, dada la peligrosidad y el riesgo que entrañan.

Una vez que la entidad elige la modalidad de tipo variable, debe informar al consumidor de todo lo concerniente al mismo para que este pueda formarse una idea razonable acerca del coste del negocio.

Es en el análisis de la estipulación que contiene un interés variable (dando igual el índice elegido) y en la falta de información, donde se produce el perjuicio y dónde se produce el abuso.

Los principales índices para determinar los intereses variables usados en los contratos bancarios en España son dos:

El Euribor® es un índice que se determina en función del valor real del dinero en cada momento, y refleja el precio del dinero, a plazo de un año, cuando se trata de préstamos concertados entre entidades bancarias, para el caso del contrato objeto del juicio que nos ocupa.

Se caracteriza por su variabilidad diaria. Los movimientos en el mercado del dinero se producen de manera rápida y a veces, muy brusca, pues su precio, y por tanto, su variabilidad, están ligados a múltiples factores económicos.

Puede subir y bajar varios puntos porcentuales en cuestión de muy pocos meses.

En cambio, otros de esos índices “oficiales”, como los también muy utilizados índices de los tipos medios de comercialización de préstamos hipotecarios a más de tres años (conocidos como IRPH), experimentan una variabilidad más pausada, ya que dependen exclusivamente de las políticas comerciales de las entidades bancarias y del resultado final de la venta de créditos, algo que lógicamente no cambia en uno o dos meses, sino que al tratarse de negocios finales minoristas, de los préstamos ofrecidos y firmados con los clientes, y estar vinculados a las perspectivas comerciales de cada entidad, a su publicidad, a los modelos de contratos en masa, y en definitiva, a cada campaña comercial, y al ser realmente lo que se practica en el día a día del tráfico mercantil, tienen una variabilidad que se transmite al contrato de manera mucho más lenta.

Si las entidades bancarias subieran en un mes al doble los tipos de interés de comercialización de los préstamos que determinan el IRPH, la consecuencia sería una caída considerable de la contratación, también inmediata; caída que afectaría a su vez directamente a esos índices, por ejemplo. De ahí el equilibrio en cuanto a la velocidad de variación.

El perjuicio por tanto, ni siquiera puede deducirse por la comparación entre unos contratos y otros (la comparación entre contratos cuyos tipos de interés variables se referencian al Euribor® y aquellos que se referencian al IRPH). Comparación que tendría su validez en el plano económico, pero no en el plano jurídico. En abstracto.

En concreto, la comparación jurídica muestra efectivamente un perjuicio y desequilibrio.

En el caso que nos ocupa, el consumidor no puede ver sometido el juicio de abusividad de las estipulaciones de su contrato a la comparación con las estipulaciones contenidas de otro contrato. Y mucho menos a la comparación de los efectos económicos de cada contrato distinto.

La abusividad debe analizarse respecto al propio contrato.

Al observar la consecuencia de la falta de transparencia en la incorporación de la estipulación, si fuera necesario (como vemos, la Ley establece que no lo es, es suficiente para determinar la nulidad de pleno derecho la falta de transparencia), debemos analizar si existen perjuicios y desequilibrios jurídicos

para el consumidor, derivados de la incorporación y de la estipulación por sí misma, sin recurrir a ninguna comparación con otro contrato ni a la evolución de un índice en el tiempo en un periodo determinado y elegido arbitrariamente.

El juicio de valoración debe hacerse sobre el contenido y el equilibrio de las prestaciones que la estipulación, al introducirse en el contrato como condición general, establece para una y otra parte; en un contrato concreto.

Y eso supone también analizar las consecuencias de la estipulación en relación con el resto de ese mismo contrato y sus efectos *en abstracto*. De un modo similar a como se analizan otras estipulaciones, por ejemplo, la del vencimiento anticipado.

La única comparación jurídica posible se debe establecer con un tipo de interés fijo, desde el punto de vista de la información y el perjuicio, pues tratamos de algo elemental: el precio. En ese caso (interés fijo), el consumidor puede hacerse una idea razonable del coste del préstamo. Para ello se observará el importe de este, el tiempo de amortización, el sistema de cuotas, la reducción que experimentará el capital sobre el que se calcularán los intereses a través del tiempo y el pago de cuotas y será relativamente sencillo entender el precio y por tanto, el negocio jurídico en su totalidad. Entender el coste de un préstamo con un tipo de interés fijo.

En cambio, en el préstamo con interés variable, los acontecimientos y los efectos jurídicos no suceden de la misma forma. Y **los efectos de las variaciones no son iguales para ambas partes**, en el sentido de que se vean afectados sus intereses patrimoniales de la misma forma según el tipo de interés varíe en la misma medida al alza o a la baja. Los efectos deberían ser los mismos, a la inversa en cada momento y para cada parte. Pero no es así como sucede al analizarlos con criterios matemáticos y jurídicos objetivos.

Como no se trata de una cifra aislada, sino que es inseparable del capital pendiente de pago, el hecho de que el tipo de interés descienda un punto, supondrá que en la cuota mensual, el consumidor, pagará un porcentaje menor de dinero en concepto de interés remuneratorio, y se traducirá en una diferencia respecto a las cuotas anteriores no superior al - 10%.

En cambio, si sucede al contrario, si aumenta el tipo de interés en un porcentaje de un punto, el incremento que se produce en la cantidad que deberá abonar mensualmente en concepto de interés remuneratorio, se incrementará, como mínimo, el doble de la cifra que supongamos para el caso de el descenso en la cuota tal variación (es decir, más de un + 15%). Sobre todo al principio de la amortización del capital del préstamo.

Nunca se han explicado esas consecuencias y los efectos jurídicos económicos (matemáticos) al consumidor (ni a un consumidor en concreto, ni a ninguno, en general). Y en este análisis, ahora, no tratamos de un índice concreto, sino solamente de las matemáticas que se aplican en las variaciones y en los cálculos, en cualquier modalidad elegida de índice para referenciar la variación de tipos de interés.

Esa es una de las razones por las que la normativa en materia bancaria respecto a los consumidores exige desde sus inicios (años ochenta) que se muestren simulaciones antes de contratar. El consumidor y la mayoría de la población entiende que un tipo variable puede variar, claro, y que si sube, experimentará un *detrimento* económico y pagará más. Pero el consumidor y la mayoría de la población no alcanza a comprender cuál es la cifra, en dinero, de ese “*más al mes*”. Ni las consecuencias exactas de las variaciones, lo que les impide hacerse un idea razonable y racional del contenido de lo que firman. Del coste posible.

Si un consumidor es informado correctamente y sin mala fe de qué supondrá en su contrato la variación de uno, de dos, de tres, de cuatro, de cinco y de hasta seis puntos porcentuales en el tipo de interés variable (algo muy posible, de hecho, ha sucedido en numerosas ocasiones en los tipos variables) no solo se planteará el contrato de un modo diferente. Lo más probable es que no se arriesgue a firmarlo.

Puede incluso que el consumidor sea capaz de advertir que en estos préstamos, destinados a la adquisición de viviendas e inmuebles similares, con unos márgenes económicos que suponen límites reales a las posibilidades de maniobra económica del consumidor (de ahí las referencias del TS , del TJUE y de la legislación a los efectos de la nulidad de una estipulación cuando se refieren al caso de que el préstamo haya de devolverse de una vez como consecuencia de su nulidad; no se podrá devolver así con bastante probabilidad, y por tanto, es una variable a tomar en consideración respecto a los perjuicios), al ver una simulación de variación de tipos de interés en sus respectivos puntos, y qué supone eso en su cuota mensual, se daría cuenta de qué a partir de los tres o cuatro puntos de subida, no podría afrontar los pagos mensuales sin dejar de atender otras necesidades básicas, como energía, transporte o alimentación.

Es decir, posibilitar que se haga una idea racional de que está firmando algo que, escapando a su control por propia definición (la variabilidad, la aleatoriedad del índice y por tanto del tipo de interés), en circunstancias normales puede abocarle a incumplir el contrato sin ninguna otra opción por su parte, porque excederá de su capacidad económica. En circunstancias

normales. Ni siquiera es necesario plantear nada extraordinario, como que pierda su trabajo o su fuente de ingresos habitual.

Esa información falta, y es fundamental, en este caso (y en todos, en general). No ha existido en este tipo de contratados durante casi dos décadas. No hay ni exhibición previa de las variaciones que experimenta la referencia utilizada en los dos años anteriores a la firma del contrato, ni mucho menos modelos o simulaciones de lo que sucedería en el futuro en el importe de las cuotas mensuales con los distintos escenarios posibles de variación del índice respecto al momento de la firma.

Efectivamente es una cuestión que afecta al precio, esta que ahora se analiza, pero de tal importancia que puede determinar la posibilidad de incumplir el contrato. Porque el precio, sin que el consumidor llegue siquiera a ser capaz de imaginarlo, puede variar y consistir en el triple o el cuádruple de lo que inicialmente se le ha ofrecido, y en ese caso, jamás podrá hacer frente a tal precio.

Carece entonces de lógica y de causa un acto de contratación así, y más si tenemos en cuenta que lo que persigue la legislación es la protección del consumidor.

Si se piden prestados 100 mil euros, se puede asumir que podrán pagarse en concepto de intereses remuneratorios 20 mil euros a los largo de treinta años. O incluso 40 mil. Pero lo que probablemente nunca pueda afrontar un consumidor es pagar 80 mil euros o más de intereses remuneratorios por 100 mil euros de capital. Porque las cuotas mensuales aumentarán de tal manera que el patrimonio y economía del consumidor no podrá nunca hacer frente a ellas, aún conservando su empleo o trabajo en las mismas condiciones que las que se tenían al contratar.

Algo tan sencillo como mostrar al consumidor la siguiente relación de efectos simulados sobre lo que está contratando sería, de manera muy burda, esto:

“ - Usted, al firmar, comenzará pagando una cuota de 500 euros cada mes, con el tipo variable al 2%.

- Si el tipo al año siguiente se sitúa en el 3%, usted pagará una cuota de 700 euros.

- Si el tipo se sitúa en el tercer año de amortización del préstamo en el 4%, usted pagará una cuota de 950 euros.

- Si en el cuarto año, se sitúa en el 5%, la cuota será de 1.100 euros.

Y así, en una correlación que implica variables de disminución del capital debido y tomado en consideración, para calcular el interés con el paso del tiempo, que atenuarían los posibles incrementos; pero sepa que estos escenarios son los que pueden darse al firmar un tipo variable, de acuerdo con los antecedentes históricos.”

“ - Al contrario, si el tipo se sitúa en el 1%, usted pagará una cuota de 420 euros.”

A eso se refiere la legislación bancaria y las resoluciones del Regulador Bancario, del Banco de España, cuando regulan, redactan y aprueban las Circulares, al referirse al “riesgo”.

No es un “riesgo cualquiera”, es el riesgo de hacer inútil el contrato, de situar al consumidor en la absurda posición de *cumplimiento imposible*.

Todo ello en abstracto. Se trata de una información esencial. Y falta. El perjuicio consiste en que el tipo variable es mucho más “arriesgado” para el consumidor que para el banco, contemplando el contrato de modo singular. No se produce el necesario equilibrio.

Siempre ocasionará para la entidad bancaria más ventajas la variación al alza en comparación con las desventajas de la variación a la baja, para la parte predisponente de la estipulación. Y al revés, el consumidor experimentará mayores perjuicios al subir el tipo que los beneficio que pueda obtener al bajar el tipo de interés.

Es decir, no son equivalentes las disminuciones y los aumentos de las cantidades de dinero de cada cuota en tales supuestos partiendo del tipo de interés que existe en un número concreto al firmar el contrato y que variará a lo largo de la ejecución del mismo.

El perjuicio expuesto, derivado de la falta de transparencia es abstracto. Pero se hace real una vez que entramos en el análisis completo de la estipulación. No necesita dicho perjuicio para existir que el índice haya evolucionado luego de una u otra manera. Basta con proyectarlo.

La variabilidad recogida en la estipulación supone una desproporción inversa en las consecuencias patrimoniales que se producirán a cada parte del contrato en caso de modificarse los tipos de interés remuneratorios.

Es por tanto indudable la existencia de perjuicios para el consumidor. La estipulación que introduce de forma no transparente un índice variable en un contrato ocasiona como resultado que este dependa de un tipo variable que

producirá que el consumidor pague más dinero por las alzas que el dinero *que no tenga que pagar* por las bajadas, aunque se trate de una subida y de una bajada del tipo similar en cuanto al numerador.

Precisamente en eludir informar al consumidor de tales efectos futuros, consiste la falta de transparencia por parte de la entidad bancaria, en eludir informar de los perjuicios que experimentará si firma un contrato conteniendo ese modelo de tipo de interés variable. El banco ganará más con las alzas que lo que puede perder con las bajadas.

No apreciar tal circunstancia como perjuicio es no entender por qué las entidades han preferido los tipos variables a la seguridad de un tipo fijo, y de la misma forma, por qué se ofrecen por las entidades bancarias los tipos fijos siempre con tal diferencia superior respecto a los variables en cada momento, que hacen poco o nada atractivo interesarse siquiera por estos por parte del consumidor.

FUNDAMENTOS DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA QUE CONTENGA UN IRPH SIN DIFERENCIAL NEGATIVO.

Las sentencias del Tribunal Supremo, de su Sala Primera, en Pleno, sentencias 595/2020, 596/2020, 597/2020 y 598/2020, que tratan de los intereses variables y de su abusividad, jurisprudencia nacional tras la sentencia sobre la misma cuestión del TJUE de 3 de marzo de 2020, se contradicen internamente y no deben utilizarse como se están utilizando para fundamentar ninguna resolución judicial ni escritos de las partes en los pleitos, sino de deben entenderse de manera contraria a sus conclusiones.

Cualquiera puede llegar a pensar qué estamos invocando sentencias que dicen lo contrario a lo que pretendemos. No es así y a continuación explicamos por qué esas sentencias establecen, en sentido contrario, los criterios que han de usarse por cualquier Juzgador.

Otra cuestión es que tales criterios, establecidos en las sentencias, se hayan usado incorrectamente.

Mostramos el por qué de la anterior afirmación.

Ignoramos qué doctrinas jurisprudenciales existirán dentro de varios años. A día de hoy podemos afirmar que las sentencias mencionadas despejan el camino procesal al consumidor, dejando claro que la estipulación es ilegal y debe ser anulada.

Procedemos a la siguiente fundamentación, entrelazando necesariamente las cuestiones que afectan a la falta de transparencia de la estipulación y a la mala fe y desequilibrio que concurren en la incorporación de la misma al contrato para poder apreciar el perjuicio causado al consumidor.

Con la esperanza de que sirva su contenido para ampliar los conocimientos de los operadores jurídicos al respecto de esta cuestión.

Las sentencias mencionadas contienen una serie encadenada de *requisitos* a verificar para declarar la abusividad que por supuesto la Sala Primera de lo Civil conoce. Pero la Sala no conoce el contenido *último* de los requisitos que ella misma establece. Veamos por qué es posible realizar tan extraña afirmación.

La comprensión por el consumidor.

Al respecto de los elementos de los índices variables (dando igual cual sea el índice variable), la Sala Primera comienza los fundamentos de su decisión de la siguiente forma:

Los elementos principales relativos al cálculo del IRPH eran fácilmente asequibles para cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que el índice estaba publicado en el BOE. Lo que permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz (es decir, el consumidor medio y no necesariamente el concreto consumidor del caso) comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, y que, en su caso, se le aplicaba un diferencial porcentual.

Cuando la STJUE afirma (apartado 53 de los razonamientos jurídicos y apartado 3 del fallo) que «los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera la intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el Boletín Oficial del Estado», concluye que esa publicación salva, para todos los casos, las exigencias de transparencia en cuanto a la composición y cálculo del IRPH.

La sorprendente afirmación de la sentencia no nos impide a nosotros afirmar, con mayor fundamentación aún, que el índice no se calcula así, pues no es eso lo que se establece en la norma; se calculaba conjugando el tipo medio de los préstamos, ponderándolo por el *principal*. Es decir, las operaciones matemáticas incluyen el valor medio en tasa anual equivalente, pero ese número debe a su vez ponderarse por el importe del capital prestado que constituyen los préstamos.

La diferencia en los resultados de la operación matemática es notable, según se efectúe o no, dicha ponderación.

De hecho, la definición contenida en el Boletín Oficial del Estado es la siguiente:

Se define 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 en el mes al que se refiere el índice por el conjunto de cajas de ahorro.

Dichos tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de cajas, de acuerdo con la norma segunda

Es llamativo que por la Sala Primera se excluyan de los elementos necesarios, objeto de la “comprensión”, los factores más importantes.

Exponemos cuales son:

El índice se configura con los *tipos reales* (TAE) y si se aplica directamente se produce un “sobrecoste” o “número” mucho más elevado que el realmente “comprendido” por el consumidor, puesto que, en palabras de los organismos oficiales y de la jurisprudencia, estos índices oficiales trataban de trasladar al préstamo el coste medio del dinero en cada momento. Pero, como la misma norma publicada en el BOE nos dice, al respecto del índice conformado con los tipos medios de los préstamos concedidos:

Se ha optado por una oferta limitada de referencias, tratando de combinar la conveniencia de homogeneizar el mercado, para mayor claridad de la clientela, con la de atender las diferentes necesidades de los operadores, y la de suministrar tipos alternativos

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 descodificar el tipo activo de las cajas de ahorros, por las peculiaridades de su confección.

El Anexo IX contiene junto a la tabla orientativa que facilita rápidamente el cálculo, la fórmula exacta para poder ejecutar el cálculo del **diferencial negativo** aplicable cuando la operación de préstamo no tenga correspondencia en la tabla orientativa:

El diferencial (D) se ha calculado de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$D = TAE - k \cdot ik$$

Por la Sala Primera se omite de la comprensión el elemento principal que las autoridades del Banco de España suponían sería el que haría a este índice competitivo en un mercado transparente y en el que el consumidor dispusiera de toda la información; en el que además las entidades cumpliera con sus obligaciones legales, según las normas recién dictadas en ese momento (año 1994).

Ese elemento principal es la combinación, siempre, del IRPH con diferenciales negativos, combinación que proporcionaría el terreno en el que se originaría la competencia entre entidades, y que haría que al consumidor le resultará útil toda la información que le debían suministrar. De ahí que la norma incluya como Anexo IX, con la misma importancia que el Anexo VIII que define el índice, tanto una tabla orientativa para facilitar el cálculo (con los números más habituales del mercado en el momento de publicación de la norma, año 1.994), como la formula matemática para calcular el Diferencial Negativo que debía acompañar a un índice IRPH siempre, en caso de incorporarse a un contrato de préstamo, para el caso de que las tablas orientativas no contuvieran los valores de la operación crediticia concreta, sino otros diferentes. En aquellas fechas los contratos oscilaban entre los diez y los veinte años y era necesario poder aplicar tal cálculo a contratos como los que se fueron produciendo posteriormente, de entre veinte y cuarenta años de duración.

La tabla sirve para facilitar el cálculo; la fórmula y el Anexo IX en su conjunto, son obligatorios. La norma no permite, al contrario de lo que sucede con los Diferenciales positivos que se añaden a otros índices de manera libre o arbitraria, añadir un número negativo cualquiera, el que la entidad financiera considerase según su libre voluntad y que el consumidor aceptase en el ejercicio de su autonomía de la voluntad contractual, sino que por el contrario **ese número negativo debía ser el resultado de un cálculo obligatorio, que toma como elementos de la operación factores tales como “los tipos, las comisiones (de apertura, p.e.) y frecuencia de las cuotas”.**

Todo ello para cumplir los objetivos de las normas que regulan la materia, como recoge el Boletín Oficial del Estado:

(...) con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela de las entidades de crédito, y sin perjuicio de la libertad de contratación, determinar las cuestiones o eventualidades que los contratos referentes a operaciones financieras típicas habrán de tratar o prever de forma expresa,

... finalidad tuitiva ...

*La Orden, cuya finalidad primordial es garantizar la adecuada información y **protección** de quienes concierten préstamos hipotecarios, presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos. Téngase presente que la primera premisa para el buen funcionamiento de cualquier mercado, y a la postre, la forma más eficaz de proteger al demandante de crédito en un mercado con múltiples oferentes, reside en facilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito, estimulando así la efectiva competencia entre éstas.*

Pero la Orden, además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario.

No se trata la Ley únicamente de conseguir publicidad y transparencia en las operaciones que se concierten; la Ley pretende que este tipo de contratos sean **comprendidos por el consumidor de la manera más perfecta posible**, de modo que este logre seleccionar el préstamo “más conveniente a sus intereses” en palabras de la propia norma.

Vemos que la exigencia de la norma supera a los estándares jurisprudenciales que el TJUE y TS consideran suficientes.

En las sentencia aludidas, observamos como el Tribunal Supremo no exige qué, siendo elementos determinantes del contrato, estos deben comprenderse y entenderse de manera perfecta, exacta; no de cualquier manera o de manera imperfecta. “(...) la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo ...”

Si no es así, si no se produce una comprensión perfecta de los efectos económicos de lo que se firma por parte del cliente, se corre el riesgo de incurrir en errores, como suponer que este tipo de índices tiene algún sentido comercial o de mercado, en el supuesto de que la información sea la correcta, si no va acompañado del obligatorio Diferencial Negativo.

Tan *necesario* según la norma y tan *legal y oficial* debe de ser considerado el índice IRPH como el Diferencial Negativo que debe acompañarlo, Diferencial Negativo que serviría de reclamo comercial y como base de la competencia entre las entidades en caso de utilizarlo.

Si no es así, el efecto será el contrario al pretendido: se conformará un mercado cautivo y distorsionado, en el que los consumidores a los que se oculta está información pagan siempre un sobreprecio que les causará un perjuicio económico considerable. En concreto, el mayor de los perjuicios posibles en materia de tipos de interés.

Es evidente que la mera publicación en el BOE de la definición no es suficiente para *salvar* la necesaria transparencia acerca de los elementos que deben configurar la incorporación al contrato, puesto que a estas alturas (desde 1.994), las más altas instancias judiciales, (integradas no por Magistrados y Magistradas medios y perspicaces, sino por lo mejor de la profesión, sobresalientes y cualificados, y no razonablemente atentos, sino especial y expresamente atentos) tampoco han logrado entender los elementos esenciales del tipo referenciado a este índice variable, el IRPH; como tampoco los consumidores, que siguen sin comprenderlos.

Aunque se afirme que los elementos resultan fácilmente asequibles, vemos que sin la lectura completa de la norma, sin toda la información y sin la obligatoria transparencia, ni siquiera la norma es asequible a personas especialmente cualificadas, como pueden ser los Magistrados y Magistradas que se encargan de resolver las demandas acerca de esta cuestión. Menos aún al consumidor medio.

Ese es, por tanto, el primer error: Considerar la incorporación del índice IRPH así configurado como una cuestión de transparencia. No es correcto, siendo como vemos, y previamente, una cuestión de legalidad, de incorporación.

La estipulación con un diferencial que no sea negativo, no cumple los parámetros legales para incorporarse a un préstamo concertado con un consumidor. Es contraria al artículo 6.3 del Código de Civil y al 1.255 del mismo texto, así como a las normas que regulan el índice y su incorporación a los contratos, la Orden de 5 de Mayo de 1994 y la Circular del Banco de

España que la desarrolla (Circular 5/1994). Todo ello determina que a este supuesto de incorporación como cláusula contractual a un contrato le sea aplicable el artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

El Anexo IX no es opcional en su aplicación ni se ha colocado en la norma con fines ornamentales.

Sin embargo, el obligatorio Diferencial Negativo no es mencionado ni considerado por el Tribunal Supremo en sus sentencias, ignorando de este modo la esencia y lo esencial del tipo de interés variable vinculado a los índices IRPH.

Posiblemente se deba a dos motivos: Primero, puede que nadie lo haya planteado correctamente en sus acciones judiciales ni en los recursos ante la Sala u otras instancias. En segundo lugar, puede que el Tribunal haya usado para trabajar el texto de la norma que aplica en sus sentencias, la Circular 5/1994, en su versión web, en vez de en su versión auténtica y original, la correspondiente al formato PDF del día y del Boletín Oficial de publicación de la norma, que era este:

Oficial.

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.

En atención a la existencia de un volumen significativo de préstamos hipotecarios vivos, que fueron en su día referenciados con tipos recomendados mediante diver-

Ese apartado inicial de la norma, describiendo la esencia del tipo de interés IRPH, estableciendo que no deben utilizarse directamente, e imponiendo **la obligatoriedad de que se acompañen de un Diferencial Negativo para poder incorporarlos a una operación de préstamo celebrada con un consumidor, es el elemento principal que debe comprenderse, por el consumidor y por cualquier jurista que trate el asunto.** La remisión se hace de manera directa al Anexo correspondiente, el número IX de dicha norma. Anexo que, insistimos, parece como si no existiera y que efectivamente no existe en su versión o estado HTML (incluso se omiten las fórmulas en ese formato de lectura), pero que por supuesto si existe y forma parte de la norma en su versión legal y oficial (PDF), como se puede comprobar en la siguiente página y por supuesto acudiendo a la norma auténtica:

<https://www.boe.es/boe/dias/1994/08/03/pdfs/A25106-25111.pdf>

agosto 1994 25111

ANEXO IX

| TAE Porcentaje | Comisión Porcentaje | Duración Años | Diferenciales | | | |
|-------------------|------------------------|------------------|--------------------------------|------------------------------------|-------------------------------------|----------------------------------|
| | | | Pagos anuales Porcentaje | Pagos semestrales Porcentaje | Pagos trimestrales Porcentaje | Pagos mensuales Porcentaje |
| 9,0 | 1,5 | 10 | 0,15 | 0,34 | 0,43 | 0,49 |
| 9,5 | 1,5 | 10 | 0,15 | 0,36 | 0,46 | 0,53 |
| 10,0 | 1,5 | 10 | 0,15 | 0,38 | 0,49 | 0,57 |
| 10,5 | 1,5 | 10 | 0,15 | 0,40 | 0,53 | 0,61 |
| 11,0 | 1,5 | 10 | 0,15 | 0,43 | 0,57 | 0,65 |
| 11,5 | 1,5 | 10 | 0,15 | 0,45 | 0,60 | 0,70 |
| 12,0 | 1,5 | 10 | 0,15 | 0,48 | 0,64 | 0,75 |
| 9,0 | 1,5 | 20 | 0,07 | 0,27 | 0,36 | 0,42 |
| 9,5 | 1,5 | 20 | 0,07 | 0,29 | 0,39 | 0,46 |
| 10,0 | 1,5 | 20 | 0,07 | 0,31 | 0,42 | 0,50 |
| 10,5 | 1,5 | 20 | 0,07 | 0,33 | 0,46 | 0,54 |
| 11,0 | 1,5 | 20 | 0,07 | 0,36 | 0,50 | 0,59 |
| 11,5 | 1,5 | 20 | 0,07 | 0,38 | 0,53 | 0,63 |
| 12,0 | 1,5 | 20 | 0,07 | 0,41 | 0,57 | 0,68 |
| 9,0 | 2,0 | 10 | 0,20 | 0,39 | 0,48 | 0,54 |
| 9,5 | 2,0 | 10 | 0,20 | 0,41 | 0,51 | 0,57 |
| 10,0 | 2,0 | 10 | 0,20 | 0,43 | 0,54 | 0,61 |
| 10,5 | 2,0 | 10 | 0,20 | 0,45 | 0,58 | 0,66 |
| 11,0 | 2,0 | 10 | 0,20 | 0,48 | 0,61 | 0,70 |
| 11,5 | 2,0 | 10 | 0,20 | 0,50 | 0,65 | 0,75 |
| 12,0 | 2,0 | 10 | 0,20 | 0,53 | 0,69 | 0,79 |
| 9,0 | 2,0 | 20 | 0,10 | 0,29 | 0,38 | 0,44 |
| 9,5 | 2,0 | 20 | 0,10 | 0,31 | 0,41 | 0,48 |
| 10,0 | 2,0 | 20 | 0,10 | 0,33 | 0,45 | 0,52 |
| 10,5 | 2,0 | 20 | 0,10 | 0,36 | 0,48 | 0,57 |
| 11,0 | 2,0 | 20 | 0,10 | 0,38 | 0,52 | 0,61 |
| 11,5 | 2,0 | 20 | 0,10 | 0,41 | 0,56 | 0,66 |
| 12,0 | 2,0 | 20 | 0,10 | 0,43 | 0,60 | 0,70 |
| 9,0 | 3,0 | 10 | 0,30 | 0,48 | 0,57 | 0,63 |
| 9,5 | 3,0 | 10 | 0,30 | 0,50 | 0,60 | 0,67 |
| 10,0 | 3,0 | 10 | 0,30 | 0,52 | 0,63 | 0,71 |
| 10,5 | 3,0 | 10 | 0,30 | 0,55 | 0,67 | 0,75 |
| 11,0 | 3,0 | 10 | 0,30 | 0,57 | 0,70 | 0,79 |
| 11,5 | 3,0 | 10 | 0,30 | 0,60 | 0,74 | 0,84 |
| 12,0 | 3,0 | 10 | 0,30 | 0,62 | 0,78 | 0,88 |
| 9,0 | 3,0 | 20 | 0,15 | 0,34 | 0,43 | 0,49 |
| 9,5 | 3,0 | 20 | 0,15 | 0,36 | 0,46 | 0,53 |
| 10,0 | 3,0 | 20 | 0,15 | 0,38 | 0,49 | 0,57 |
| 10,5 | 3,0 | 20 | 0,15 | 0,40 | 0,53 | 0,61 |
| 11,0 | 3,0 | 20 | 0,15 | 0,43 | 0,57 | 0,65 |
| 11,5 | 3,0 | 20 | 0,15 | 0,45 | 0,60 | 0,70 |
| 12,0 | 3,0 | 20 | 0,15 | 0,48 | 0,64 | 0,75 |

El diferencial (D) se ha calculado de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$D = TAE - k \cdot i_k$$

Siendo:

$$i_k = \left(\frac{TAE - Comisiones/n}{100 + 1} \right)^{1/n} - 1 \cdot 100$$

n = número de años del contrato.

k = número de periodos en que se divide el año.

Esta fórmula supone una simplificación respecto a la fórmula financiera básica del cálculo de la TAE.

Al partir de esa omisión, de enorme relevancia, pues implica desconocer la esencia de la norma y lo esencial sobre la configuración del índice IRPH para su incorporación a un contrato, así como la metodología de su cálculo y el diseño legal conjunto, los análisis que se realicen partirán de una omisión crucial y serán siempre erróneos.

La sentencia del Tribunal Supremo, profundizando en el nivel de comprensión y de conocimiento que debe procurarse al consumidor, continúa, siguiendo las tesis expuestas por el Abogado General para el asunto resuelto a su vez por la sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020, diciendo lo siguiente:

A juicio del Abogado General, la publicación en el BOE permite presumir que a un consumidor medio le resulta relativamente fácil acceder a los sistemas de cálculo de los diferentes índices oficiales y comparar las diferentes opciones que ofrecen las entidades bancarias. De hecho, concluía en el punto 124 que «la entidad bancaria cumplió la exigencia de transparencia impuesta por la Directiva 93/13», no obstante lo cual correspondía al órgano jurisdiccional remitente «efectuar las comprobaciones que considere necesarias a este respecto, verificando en particular que Bankia haya comunicado al demandante en el litigio principal, antes de la celebración del contrato de préstamo, información suficiente para que este pudiera tomar una decisión prudente y con pleno conocimiento de causa».

*Por ello, **se pueden considerar excluidos de los parámetros de transparencia tanto la comprensibilidad del funcionamiento matemático/financiero del índice IRPH** (ningún índice, tampoco el Euribor, resistiría dicha prueba) **como la información comparativa con otros índices oficiales**. En este punto, llama la atención que el TJUE reformule la cuestión prejudicial planteada (párrafo 28), en el sentido de que, aunque esta se refiera al IRPH, el mismo método de análisis sería aplicable a todos los casos en que el tipo de interés aplicable se basara en cualquiera de los índices de referencia oficiales, es decir, también al Euribor.*

Como hemos podido comprobar, la *comprensión* insuficiente de las normas tuitivas dictadas por el Estado español en materia de protección de los consumidores en estos contratos con entidades financieras, completando y ampliando la tutela general de la Directiva 13/93 y de la Ley 1/2007 (*error de comprensión* que, dicho con todo respeto, imaginamos es debido a una errónea selección de la versión publicada para la lectura de las normas), lleva a la Sala Primera a afirmar que “*no es necesaria la comprensibilidad matemática ni la comparación de índices*”, en abierta y completa oposición a lo que pretende precisamente la norma tuitiva del consumidor bancario en el Ordenamiento Jurídico nacional, que complementa y desarrolla el comunitario. Conviene recordar que de las cuatro normas que han regulado la materia en el

momento de contratar, la primera de ellas, comienza con el siguiente tenor literal:

*El artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, con la finalidad de proteger los legítimos intereses de los clientes de aquéllas, establezca un **conjunto de obligaciones específicas aplicables a las relaciones contractuales** entre unas y otros.*

(Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito, ya derogada)

No son recomendaciones, son obligaciones. Legales. Y entre ellas figuran las siguientes (obligaciones), respecto al deber de informar acerca de las bases de cálculos para las distintas operaciones y el contenido contractual, como puede comprobarse:

Séptimo:

*4. **Los documentos contractuales** relativos a operaciones activas o pasivas en los que intervenga el tiempo deberán recoger **de forma explícita y clara** los siguientes extremos:*

- a) El tipo de interés nominal que se utilizará para la liquidación de intereses o, en el caso de operaciones al descuento, los precios efectivos inicial y final de la operación.*
- b) La periodicidad con que se producirá el devengo de intereses, las fechas de devengo y liquidación de los mismos o, en su caso, de los precios efectivos citados en la letra anterior; la fórmula o métodos utilizados para obtener, a partir del tipo de interés nominal, el importe absoluto de los intereses devengados y, **en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo de dicho importe.***
- a) Las comisiones y gastos repercutibles que sean de aplicación, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fechas de devengo y liquidación, **así como, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo del importe absoluto de tales conceptos.** No serán admisibles, a estos efectos, las remisiones genéricas a las tarifas a que se refiere el número quinto de esta Orden.*

(...) harán constar en el mismo, separadamente y a efectos informativos, con referencia a los términos del contrato y al importe efectivo de la operación, la equivalencia entre la suma de intereses, comisiones y gastos repercutibles, con exclusión de los impuestos y gastos suplidos a cargo del cliente, y un tipo de

interés efectivo anual postpagable. La fórmula utilizada para obtener la citada equivalencia deberá hacerse explícita, ya sea directamente o por referencia al «Boletín Oficial del Estado» en que se hubiera publicado la circular del Banco de España en que se contenga

La norma de 1989 (vigente y aplicable al contratar el consumidor) ya impone que el cliente bancario pueda hacer también y por sí mismo, los cálculos. Y para ello debe de facilitársele toda la información. No podría ser de otro modo, pues lo contrario supondría asumir que algunas partes o elementos de un contrato quedan vedadas al conocimiento de uno de los contratantes, en este caso, a quien se encuentra en inferioridad de condiciones, el consumidor. Se incorpora dicha obligación, literalmente igual, en la **Circular 8/90** del Banco de España, en el punto 6 de su norma sexta.

La Circular 8/90 del Banco de España, comienza afirmando lo siguiente:

“Introduciendo las modificaciones o precisiones aconsejadas por la experiencia adquirida y por la necesaria progresión en la protección del interés de los usuarios de servicios bancarios”.

La experiencia aconseja que las normas evolucionen de manera progresiva hacia una mayor protección, no hacia una menor protección.

La Orden, cuya finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos. Téngase presente que la primera premisa para el buen funcionamiento de cualquier mercado, y, a la postre, la forma más eficaz de proteger al demandante de crédito en un mercado con múltiples oferentes, reside en facilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito, estimulando así la efectiva competencia entre éstas.

Pero la Orden, además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. De ahí la exigencia de que tales contratos, sin perjuicio de la libertad de pactos, contengan un clausulado financiero estandarizado en cuanto a su sistemática y contenido, de forma que sean comprensibles por el prestatario.

A esa adecuada comprensión deberá colaborar el Notario que autorice la escritura de préstamo hipotecario, advirtiéndole expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas (...)

No se trata de que las entidades bancarias a través de los empleados de sus sucursales enseñen al consumidor matemáticas financieras y el significado matemático financiero del sistema de cálculo de los índices, sino de que al consumidor se le ofrezca toda la información necesaria para poder llegar a la comprensión exacta y perfecta de las repercusiones financieras, para él, del clausulado.

Excluir del control de esa comprensión partes de la información relevante o esencial, como hace la Sentencia de la Sala Primera, contradice la finalidad de la norma. Las normas *sólo* pretenden un “*juego limpio*”. En definitiva, pretenden que se comprenda el significado y efecto económico de lo que se va a contratar.

Al insinuar que ni siquiera el Euribor® resistiría un análisis de comprensión, en cuanto a su configuración y cálculo matemático (tratándose de una media simple y pura de los tipos diarios ejecutados y comunicados por las entidades, sin más complejidad), la Sala esta diciendo que la exigencia legal de que los índices sean el resultado de “*una agregación matemática objetiva*”, no es una exigencia que deba ser considerada como un elemento para evaluar si la información suministrada cumplía los requisitos de ser “estandarizada, clara, simple y comprensible”, exigidos por la norma.

En realidad, desde la óptica jurídica, la *perfecta comprensión* exigida en la norma es más sencilla de lo que el Tribunal Supremo considera aceptable y de lo que considera que debe ser incluido entre los requisitos.

El *error*, dicho sea respetuosamente, consiste en confundir la matemática financiera de un índice y la información que se debe proporcionar al consumidor, con algo tan simple y elemental como lo que establece la norma, cuando nos dice :

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.*

Informar de **su efecto financiero**, de la consecuencia principal de ese índice IRPH, en definitiva, procurar “*la perfecta comprensión e implicaciones financieras*” del mismo en la cuota mensual es lo que exige la Ley y equivale a una explicación como esta:

*“ - Al incorporar el IRPH a su contrato, situaremos la operación por encima del precio del mercado si no incorporamos ningún diferencial.
A menos que apliquemos un Diferencial Negativo. Deberíamos aplicarlo, según la Ley.*

*Si el diferencial es positivo, situaremos la operación en un precio “**aún más alto**”.* “

Ese hecho, ese concepto, esa idea o elemento principal, la necesidad de un Diferencial Negativo para evitar el sobrecoste, que es derivado de la propia estructura de cálculo del índice IRPH, es legalmente el primer requisito que ha de reunir la “comprensión” y debe ser el primer requisito exigido al respecto de la valoración de la transparencia en la incorporación de dicha estipulación al contrato, tanto en palabras del TJUE como del Tribunal Supremo, a pesar de que este finaliza la fundamentación jurídica al respecto con un contundente :

“Por tanto, este primer requisito puede darse por cumplido en todos los casos”,

Lo evidente es que, ese primer requisito, no se ha cumplido en ningún caso. Si se incorpora el índice IRPH a través de una estipulación al contrato de forma contraria a la Ley (sin el obligatorio diferencial negativo) es porque se ha violado el deber de transparencia, impidiendo la comprensión de los elementos esenciales a cualquier sujeto contratante, impidiéndosela a un jurista atento o, incluso, también, a un profesional bancario.

No es que falte la transparencia. Es que se oculta información a sabiendas.

La evolución de un índice; o del precio.

El segundo requisito para la jurisprudencia analizada al respecto de la transparencia en la incorporación de la estipulación al contrato se asienta en la información sobre la evolución del índice elegido como referencia para determinar el tipo de interés, en un periodo de dos años naturales anteriores la firma.

Nuevamente se confunde el contenido y las formas de suministrar la información (transparencia) con las exigencias de legalidad. No se trata de un

requisito para evaluar la transparencia, si no que estamos ante un requisito legal, ante una obligación establecida por la norma, de contenido no evaluable o enjuiciable desde la perspectiva de la transparencia.

El incumplimiento del deber de suministrar “la evolución del índice de los dos años anteriores y el valor actual” si bien afectan a la transparencia, constituye directamente una vulneración de los requisitos legales. Es anterior a la transparencia,

De nada sirve a un consumidor que, sea cual sea el índice elegido, en un tipo variable, se le informe de la evolución de este para poder comprender las implicaciones financieras de la incorporación a su contrato.

De nada sirve conocer que evolucionó incrementándose del 3% al 5 % en los dos años anteriores, o que lo hizo del 1% al 3% en esos dos años. O a la inversa, que descendió, del 5% al 3%.

La información que la norma exige para que se cumpla su finalidad tuitiva no se dirige a comparar la evolución de los distintos índices, **si no los efectos en el tipo de interés**, o lo que es lo mismo, **los efectos en la cuota mensual** que el consumidor deberá pagar. En definitiva, los efectos en el precio.

La información debe servir para que el prestatario pueda comprender el precio, para que pueda comprender como funcionará en su contrato el tipo de interés variable, no para comprender el funcionamiento del índice de referencia.

Si la finalidad es que el consumidor comprenda los efectos económicos, debe poder comprender qué supone una evolución del índice, tomado como referencia, en el importe de sus cuotas. Esa premisa de transparencia es la exigible para que se cumpla la finalidad que persigue la norma.

Lo que establece la norma, no ya a nivel informativo, como requisitos que ha de contener un folleto u oferta vinculante, si no como contenido de las estipulaciones contractuales a fijar en la escritura pública, es que el consumidor pueda entender cómo le afecta el tipo que se aplicará a su contrato, a su préstamo.

De ahí que incluso establezca la obligatoriedad de prever mecanismos para resolver las discrepancias que puedan surgir al respecto de los cálculos efectuados en la aplicación del tipo de interés como contenido obligatorio de las estipulaciones que deben figurar en el contrato respecto del tipo de interés variable (final del punto 5 de la regulación en el Anexo II de la Orden de 5 de Mayo de 1995, “De la estructura y contenido del clausulado”).

“5. Comunicación al prestatario del tipo de interés aplicable.-La cláusula deberá especificar:

a) La forma en que el prestatario conocerá el tipo de interés aplicable a su préstamo en cada período;

b) Si existe algún procedimiento especial que el prestatario pueda utilizar para reclamar ante la entidad en caso de que discrepe del cálculo efectuado del tipo de interés aplicable. “

<https://www.boe.es/boe/dias/1994/05/11/pdfs/A14444-14449.pdf>

BOE de 11 de mayo de 1994, página 14448, tercer párrafo de la columna de la derecha.

La información transparente y leal es aquella que muestra al consumidor cuál será el importe de su cuota en el caso de que, en el momento de contratar, el índice de referencia se encuentre al 2% y cuál será el importe de su cuota mensual si este evolucionase y ascendiera al 3% o al 4% o si por el contrario, descendiera al 1%.

Cuál es el importe de la cuota en cada supuesto es la única información que permite a cualquier consumidor hacerse una idea correcta, o cómo establece la norma, *“facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario”*, de los efectos económicos de la incorporación en una estipulación del mencionado índice u otro índice variable cualquiera.

No se requiere una previsión de qué hará el índice, algo impensable en una variable que es aleatoria por definición, sino una información que contenga los efectos económicos derivados de las variaciones, siempre posibles y consustanciales.

“El importe de su cuota en este momento es este. Y en los dos últimos años, hubiera sido este. En todo caso, en el futuro podría ser este, este o este, dependiendo de si el valor de referencia ascendiese al doble, al triple o disminuyese en la misma o similar proporción . ”

Bastaría cruzar cuatro posiciones del índice en diferentes puntos ascendentes y descendentes, desde el punto de partida donde se encuentre el índice al contratar, para que el consumidor se haga una idea razonable de los efectos

financieros de la estipulación que contiene la remisión a un índice para el cálculo y aplicación del tipo de interés variable, en un/ese específico contrato.

No se trata de comparar índices, si no que se deben comparar los tipos de interés y sus efectos. En concreto, comparar el interés fijo y el interés variable, los que “se usan” en los contratos. Por tanto, la información que debe suministrarse, para poder cumplir el requisito de la transparencia exigida por las normas, debe contener los efectos de las variaciones en el tipo de interés.

Informar de qué “*un tipo variable varía*” no es informar al consumidor en el sentido previsto en las normas. De hecho, esta información sobre el importe de la cuota en los escenarios razonables, en la reforma de la norma del año 2012, está especialmente regulada, del modo que hemos señalado. De manera más concreta y precisa, las normas actuales indican cómo hacer mejor lo que ya preveían las normas anteriores, la aplicables al contrato de este caso.

El nivel de exigencia informativa que consideran suficiente el TJUE y el Tribunal Supremo en cuanto al juicio de transparencia, no coincide con el exigido por la norma, como puede deducirse al fundamentar en su sentencia el Tribunal Supremo lo siguiente:

*Afirma el TJUE que «tal información también puede dar al consumidor **una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés**»*

Por el contrario, la STJUE, como veremos en el siguiente fundamento, descarta que las entidades bancarias tuvieran obligación de facilitar información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura o de asesorar a sus clientes sobre el mejor préstamo posible. La herramienta más adecuada para la comparación entre el coste global de unas y otras modalidades de financiación sería, en todo caso, la TAE.

Sólo desde **la comparación de las consecuencias económicas de la variación**, en si misma, sin referencia a otros índices, el consumidor podrá hacerse una idea cabal de qué efectos tiene la elección de un tipo de interés u otro. De los efectos de optar por un tipo fijo o de optar por un tipo variable.

La “*indicación objetiva*” no puede ser otra que el importe en las cuotas en los diversos escenarios de variabilidad, *que es la consecuencia económica que se deriva de la aplicación de un índice variable.* Otra información sería subjetiva, e imprecisa. No es una información que sirva al consumidor saber qué el índice haya hecho tal o cual cosa en los dos últimos años.

Informar sobre la evolución del índice en los dos años anteriores no es un requisito de transparencia, sino de legalidad, pues así se recoge en la norma de 1994, en su Anexo VII:

3. Tipo de interés:

Modalidad del tipo de interés (fijo/variable).

Tipo de interés nominal aplicable (indicación orientativa, mediante un intervalo, del tipo de interés nominal anual cuando los préstamos sean a tipo fijo, o del margen sobre el índice de referencia en caso de préstamos a tipo variable).

Índice o tipo de referencia, en préstamos a interés variable (identificación del índice o tipo, especificando si se trata o no de un índice de referencia oficial; último valor disponible y evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales).

Plazo de revisión del tipo de interés (primera revisión, y periodicidad de las sucesivas revisiones).

La buena fe.

En el fundamento quinto de la sentencia 595/2020 se dice por la Sala Primera que *entra a analizar la exigencia de buena fe y el perjuicio necesario*, como elementos para completar el juicio de abusividad, así cómo el posible desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes que debe comportar, dado que no considera la falta de transparencia suficiente para declarar la abusividad.

Pero no se analizan. En vez de analizarlo, plantea directamente sus conclusiones. Conclusiones que no son las exactas, al contrario: suponen error respecto a las premisas.

El Tribunal Supremo nos recuerda que la abusividad puede ser independiente de la transparencia. Y también nos recuerda en qué momento y supuesto sucede eso:

Únicamente hemos asimilado falta de transparencia a abusividad en supuestos muy concretos, como las denominadas cláusulas suelo, porque como advertimos en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo, 138/2015, de 24 de marzo, 222/2015, de 29 de abril, 334/2017, de 25 de mayo, o 367/2017, de 8 de junio, tales condiciones generales entrañan un elemento engañoso, cual es que aparentan un interés variable cuando realmente establecen un interés fijo solo variable al alza y «provocan subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y

prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación».

En tal caso, el Tribunal Supremo entiende que debe ser considerada abusiva la estipulación porque además del perjuicio que causa, *en si misma constituiría un engaño.*

Lo establece la Directiva 13/93:

*«Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de **la buena fe**, causan en detrimento del consumidor un **desequilibrio importante** entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato».*

Dos son los parámetros que enjuicia el Tribunal Supremo, la buena fe y el desequilibrio en las prestaciones, *errando*, dicho sea con todo respeto al Tribunal, en ambos casos en el juicio de apreciación.

Respecto a la buena fe, nos dice que dado que se trata de un estipulación que incorpora un índice diseñado por la Autoridad Gubernamental y usado por ella misma en diversas normas y actuaciones al respecto de la promoción y venta de vivienda “pública”, no puede considerar que incorporarlo a un contrato por parte de la entidad bancaria pueda ser calificado como acto en el que se vulnera la buena fe contractual. (De ser así, habría que calificar igualmente de mala fe la actuación gubernamental, se deduce implícitamente del argumento):

En cuanto a la buena fe, parece difícil que se pueda vulnerar por ofrecer un índice oficial, aprobado por la autoridad bancaria, salvo que se pudiera afirmar que se podía conocer su evolución futura y ésta fuera necesariamente perjudicial para el prestatario y beneficiosa para la entidad prestamista.

No se puede conocer su evolución futura, pero si se puede y debe conocer qué, en ningún caso, cualquiera que sea su evolución, nunca podrá ser inferior al otro índice “oficial” utilizado como elemento de comparación. Y aún aceptando que para analizar jurídicamente la cuestión no debe recurrirse a la comparación de los cuatro índices de referencia autorizados, “*en su evolución*”, y que tampoco se exige que se informe al consumidor de la existencia de varios índices, como opciones diferentes y posibles, debemos hacer una excepción al respecto de “*la comparación*” para demostrar que sólo desde la comprensión del contenido y formulación de cada uno de ellos se puede entrar a analizar si existió o no la buena fe, que habría de residenciarse en el análisis de las ventajas o desventajas que pudiera presentar cada una de las opciones a considerar antes de incorporarlas al contrato, en su caso.

Independientemente de la ya larga serie de datos disponibles de los diversos índices y de su evolución real, podemos afirmar que el índice que representa el menor coste al consumidor en el momento de contratar es el conocido como Mibor o Euribor®, seguido del rendimiento interno de la Deuda Pública a entre 2 y 6 años; después se continuaría con el índice de los tipos medios de los préstamos hipotecarios (IRPH en sus diversas modalidades) y finalmente, el más caro de todos, el tipo Activo de Referencia de las Cajas de Ahorro (CECA).

Algo indiscutible, independientemente de que los datos reales lo hayan validado. Se podría decir en 1994 y se puede decir en 2020.

Por lo que, debiendo valorarse la cuestión en el momento de contratar y debiendo prescindir para ello de la evolución de los índices, nada impide que la buena fe deba y pueda, al analizarse, referirse al momento de contratar respecto a cada modalidad o índice de referencia en si mismo.

La explicación de ese orden de carestía de los distintos índices es sencilla:

El Euribor® se obtiene como derivado de los tipos de interés al que los bancos se hacen depósitos a plazo fijo de un año entre ellos. El negocio bancario se fundamenta en la diferencia entre los tipos de interés que un banco cobra por los préstamos que hace y los tipos de interés que paga por los depósitos que recibe (o al menos había sido así durante muchos años antes). Más altos los primeros que los segundos, para que el negocio sea posible. *Lógicamente*, en el mercado de depósitos interbancarios *siempre* se tenderá por cada banco a intentar pagar menos intereses que los que percibe en el de préstamos.

El índice Deuda Pública se conforma tras complejos cálculos atendiendo a los precios que se pagan en el mercado secundario de los títulos de Deuda Pública. Lógicamente, el Estado tiende siempre a emitir deuda pública pagando la menor cantidad posible de intereses que le permita “el mercado” en cada momento. De ahí su *tendencia por naturaleza* a reducir el precio (otra cosa es que lo consiga).

El (los) índice IRPH se conforma con la media de las ganancias que por todos los conceptos las entidades financieras consiguen con los préstamos que hacen, ponderándose por el importe del capital prestado. Nunca podrá estar por debajo del Euribor® porque conteniéndolo (entre otros y a su vez conteniendo a los préstamos a tipo fijo y con IRPH), y dando igual las variaciones, la entidad bancaria aplicará comisiones y diferenciales en cualquier contrato de préstamo, que *tenderán* a incrementar, como ganancia, en la medida de sus posibilidades, en el mercado. Es el reverso del tipo de interés que la banca paga por los depósitos. Es el tipo de los préstamos, y

lógicamente, la entidad bancaria tenderá e intentará que sea mayor que el tipo de los depósitos.

Finalmente, el índice CECA, deriva de los préstamos *personales*, que *siempre* tienen un coste más elevado, *por la ausencia de garantías* reales o inmobiliarias.

Toda entidad bancaria es concedora de tales bases y circunstancias.

Debemos suponer que la buena fe de la entidad bancaria no se excluye por intentar incorporar a los contratos de préstamo que concierta con los clientes la referencia al índice que más beneficio le reporte sin mencionar a los que menos beneficios le reporten. No la excluye tampoco no informar de las características de cada índice ni de cómo se calcula, pues esos datos son de público conocimiento al estar recogidos y publicados en el BOE.

Pero hay que tener en cuenta varias disposiciones legales al respecto para completar la valoración de la buena fe.

La primera de ellas es que se trata un índice que se aproxima peligrosamente a una prohibición que se establece en la normativa que regula el asunto objeto de litigio:

“4. Los documentos contractuales relativos a operaciones activas o pasivas en los que intervenga el tiempo deberán recoger de forma explícita y clara los siguientes extremos:

d) Los derechos que contractualmente correspondan a la Entidad de crédito en orden a la modificación del tipo de interés pactado, que no podrá tomar como referencia los de la propia Entidad u otras de su grupo, (...)”

Tal prohibición es comprensible. Se recogía ya en la Orden de 12 de diciembre de 1989. La misma prohibición se recogía en la Circular 8/90 del Banco de España:

7. En las operaciones activas o pasivas concertadas a tipo de interés variable, los tipos publicados o practicados por la propia entidad de crédito, o por otras de su grupo, no podrán ser utilizados como referencia por ninguna de estas entidades.

La segunda de ellas, es que, por ejemplo, para el índice CECA se exigía una participación mínima de entidades suministrando los datos para que tuviese validez:

(...) será necesario para determinar el índice que exista información de un mínimo de cuarenta cajas de las que se haya recibido puntualmente información,

o bien de un número de ellas que suponga, al menos, el cincuenta por ciento del sector en función del volumen de la rúbrica de débitos a clientes

Tal circunstancia no se exige para el IRPH, lo que hace más débil a dicho índice desde la óptica de la influencia de una o varias entidades, indudablemente, pero también desde la óptica legal.

Deducir la buena o mala fe en la conducta de las entidades financieras al incorporar a los contratos de préstamo el índice IRPH, sólo y exclusivamente, porque también lo hacían las instituciones o Administraciones Públicas, sin analizar las circunstancias concretas de la estipulación, de la cláusula, no es un razonamiento suficiente desde el punto de vista de las exigencias de la Directiva 13/93 ni de la jurisprudencia al respecto del TJUE.

La buena fe solo puede deducirse según la doctrina del TJUE por el juez nacional comprobando a tal efecto *si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual*; no comprobando si las Administraciones Públicas también utilizan la cláusula o el índice.

Es evidente que desde el momento en que el índice no se incorpora a un contrato de préstamo hipotecario con un Diferencial Negativo tal y como establece la norma que lo regula, hay mala fe y engaño por parte del profesional predisponente. Si se desea, también se puede deducir qué hay mala fe por parte de las Administraciones Públicas que no controlaron la conducta desleal masiva que se ha producido de manera constante en relación con el uso del mismo.

Esa, y no otra, es la conducta que se debe analizar y que nos lleva a afirmar la falta de buena fe:

¿Podría una entidad que incorpora a sus contratos de préstamo el índice IRPH con un diferencial positivo, incumpliendo la norma, competir con otra entidad que en cumplimiento de las normas y de la buena fe contractual, introduce esa misma referencia al IRPH acompañándolo de la exigencia legal de un Diferencial Negativo?

No, ningún consumidor contrataría con ese profesional ni aceptaría una cláusula con el diferencial positivo si es informado correctamente de su ilegalidad y su alto coste.

Desde el punto de vista del consumidor, la incorporación de un tipo variable referenciado al IRPH con su diferencial negativo correctamente añadido, sólo le reportaría una ventaja frente otros índices: las variaciones de los mercados monetarios se trasladan desde ese índice al contrato de manera más pausada que en el resto de los índices, ya que la ser una variable derivada de las prácticas comerciales de las entidades, el IRPH se “mueve” (varía) más lentamente, pues no cambian tales prácticas comerciales “de un mes a otro”. Ninguna ventaja más. La variación le afectaría, finalmente, aunque tardase más y de la misma forma.

El perjuicio o desequilibrio contractual.

Respecto al segundo elemento o parámetro de la abusividad, el desequilibrio importante o perjuicio, la Sala Primera ha utilizado, para analizar el desequilibrio entre las prestaciones y la existencia de un perjuicio, un análisis comparativo entre los índices IRPH y Euribor® y su evolución.

Si partimos de la premisa jurisprudencial, que la Sala Primera establece poco antes de hacerlo en la misma sentencia, de que *no hay obligación de mostrar, ni de informar ni de comparar los índices por parte del predisponente* y que además el análisis debe referirse al momento de la contratación, tendremos que centrarnos en el núcleo de la estipulación, que no es otro que la variabilidad. Al contrario de lo que hace la Sala, que con esa comparación entre distintos índices se contradice a si misma en cuanto a los parámetros que deben utilizarse.

Es precisamente esa cuestión, la variabilidad, la que debe analizarse jurídicamente desde la perspectiva de los equilibrios en las prestaciones y el perjuicio, para enjuiciar la abusividad.

El tipo variable determina el precio. Respecto a este, solo caben dos modalidades, ser un precio cierto o no serlo al contratar, pero ser susceptible de determinación o conocimiento.

Las normas se ocupan de manera expresa y dan la máxima importancia a esta cuestión. En la modalidad de precio cierto y determinado, es decir, en el caso del interés a “tipo fijo”. Se exige que este quede perfectamente indicado y expuesto, al establecerse una serie de obligaciones que debe cumplir la entidad financiera.

En el folleto de información que debe proporcionar la entidad previamente a la contratación, debe figurar la siguiente información:

6. Importe de las cuotas periódicas: Se proporcionará al solicitante, a título orientativo, una tabla de cuotas periódicas, en función del plazo y tipo de interés. (Orden de 5 de mayo de 1994)

Esa información en el folleto es considerada por las normas como esencial para que en el futuro consumidor y contratante se produzca el fin buscado por la norma:

“ ... además de facilitar la selección de la oferta de préstamo más conveniente para el prestatario, pretende asimismo facilitar a éste la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar.”

Igual obligación se establece respecto del contrato, en el que debe figurar necesariamente la siguiente estipulación:

Cláusulas financieras de los contratos de préstamo hipotecario sujetos a la presente Orden

2º. Amortización.-La cláusula indicará:

- 1. Las fechas del primer y del último pago de amortización, cuando dichas fechas estén fijadas de antemano.*
- 2. El número, periodicidad y cuantía de las cuotas en que se divida la amortización del préstamo, cuando estuvieran fijadas de antemano.*

Se obligaba incluso a la existencia de una estipulación numerada como “4ª bis” en los contratos, que debía tener el contenido siguiente:

4. bis. Tabla de pagos y tipo de interés anual equivalente.

-En los préstamos a tipo de interés fijo, se hará constar en esta cláusula:

- a) La cuota total que corresponderá satisfacer al prestatario en cada fecha.*
- b) El coste efectivo de la operación, calculado conforme a las reglas establecidas al efecto por el Banco de España.*

Cuestión esta de la información correspondiente al importe de las cuotas y al pago que desarrolla la Circular 5/1994 del Bando de España de manera más extensa, distinguiendo entre los tipos fijos y los tipos variables:

La TAE a que se refiere el apartado 10 figurará en la Cláusula Financiera 4. bis cuando los préstamos hipotecarios sean a tipo fijo.

En los restantes préstamos hipotecarios a que se refiere la citada Orden, la TAE figurará, **a efectos informativos**, como anexo al contrato.

También se incluirá como anexo al contrato **la tabla de pagos correspondientes al primer período de interés de los préstamos hipotecarios a tipo variable**, o la cuota periódica si todas son idénticas. La revisión de **esas relaciones de pagos** para los sucesivos períodos de interés se comunicará al cliente junto con las actualizaciones del tipo para el período de que se trate, o con la primera notificación que se dirija al cliente cuando, en virtud de lo previsto en el apartado 8, no fuera necesario comunicar dichas actualizaciones.

Norma octava. Coste y rendimiento efectivos de las operaciones.

Se da nueva redacción al apartado 6:

En las operaciones a tipo de interés variable, **el coste o rendimiento efectivo a reflejar en la documentación contractual** se calculará bajo el supuesto teórico de que el tipo de referencia inicial permanece constante, durante toda la vida del crédito, en el último nivel conocido en el momento de celebración del contrato.

Si se pactara un tipo de interés fijo para cierto período inicial, se tendrá en cuenta en el cálculo, pero únicamente durante dicho período inicial.

El hecho de referirse una y otra vez a las *tablas de pagos* y a la exposición clara y comprensible del importe del préstamo, que se materializa usualmente en el pago de una cantidad mensual de las cuotas, permite hacernos una idea de la transcendencia del contenido de esta información:

Se trata del precio; es una información importante.

Culmina todo el sistema normativo con la siguiente imposición al respecto del contenido del contrato en el apartado de la estipulación que regule el tipo de interés:

*Tasa anual equivalente, con indicación del **intervalo en el que razonablemente puede moverse**. En los préstamos a tipo variable se acompañará de la expresión <Variará con las revisiones del tipo de interés>.*

Expuestas las normas, no cabe duda de que el consumidor tiene derecho a comprender y entender el precio del contrato, de manera inequívoca, pues así se concretará y materializará la finalidad de la norma: que el consumidor tenga

“certeza en la representación que se haga de los efectos económicos de las cláusulas financieras”. Que el consumidor sepa cuánto le cuesta o **cuánto le puede costar**.

*“ ... con indicación del **intervalo en el que razonablemente puede moverse.**”*

Es en el precio, en su determinación y en la información sobre él, dónde se produce el desequilibrio y el perjuicio. Por la concurrencia de elementos que trascienden al hecho de cuál sea el índice incorporado al contrato, independientemente de que sea el Euribor® o el IPRH.

Las normas detallan en el caso del interés fijo la información que debe tener el consumidor para hacerse una idea exacta del precio, que se corresponderá con el concepto denominado tasa anual equivalente, la cual no coincidirá exactamente con el precio “nominal”, o el tipo de interés *simple* o formal que figura en el contrato. La norma lo regula de la manera en que lo hace porque existen diferencias entre la información formal al respecto del precio y el coste efectivo que pagará el consumidor finalmente. Se considera que es muy importante que el consumidor sea consciente del precio real y efectivo. Por eso la TAE es el elemento más importante en este aspecto.

Si observamos lo que sucede en el caso del interés variable, vemos que las normas no resuelven la cuestión con el mismo detalle. Al variar, por su propia esencia, y depender de la aleatoriedad, es más complejo informar al cliente del coste exacto que le supondrá el préstamo.

Cómo no se puede prever lo que harán los índices, no se puede determinar exactamente para toda la vida del préstamo su coste en cada momento. A diferencia de las tablas que, en el caso del tipo fijo, se deben facilitar al cliente para que comprenda el importe de todas sus cuotas durante toda la duración del contrato. La ley solo alcanza a indicar que se hará de manera similar, al decir

“se calculará bajo el supuesto teórico de que el tipo de referencia inicial permanece constante, durante toda la vida del crédito, en el último nivel conocido en el momento de celebración del contrato.”

El cliente, el consumidor, por tanto, no puede formarse una idea exacta, ni siquiera por aproximación, del coste del préstamo, si únicamente dispone de esa información.

Si sabrá que al someterse ambas partes a un índice que varía, el precio puede variar. Eso es indisociable al concepto. Pero no sabrá **cuánto** puede variar. Las normas se ocupan tangencialmente de una cuestión tan relevante como esta:

6. Importe de las cuotas periódicas: Se proporcionará al solicitante, a título orientativo, una tabla de cuotas periódicas, en función del plazo y tipo de interés.

La solución a dicha paradoja (que existan precauciones específicas en las normas al respecto de la información que debe suministrarse al consumidor sobre el coste en el caso del tipo fijo y que no se especifique de la misma manera esa información en el caso del tipo variable) nos debe llevar a desarrollar y analizar la obligación normativa de suministrar esa información “a título orientativo”.

Basta partir del tipo existente en el momento de contratar. Eso permite suministrar al cliente el importe de su cuota, el coste, en ese momento. Para, a continuación, informar al cliente del coste en el escenario de un incremento o de una disminución en el sentido que la norma establece :

“con indicación del intervalo en el que razonablemente puede moverse”

Frente al tipo fijo, el tipo variable presenta un intervalo “en el que puede moverse”. Esa es la clave de todo el sistema en cuanto a la necesaria transparencia y la correspondiente buena fe. Es razonable que un tipo de interés variable que en el momento de contratar se encuentra al 2%, al 3% o al 4%, pueda oscilar al alza uno, dos, tres y hasta cuatro puntos, como mínimo, y que pueda descender de igual manera.

Es por tanto razonable que se muestre al consumidor no solo el importe de la cuota, el coste, del valor nominal del tipo variable en el momento de contratar y que, a efectos de su correlación con la tasa anual equivalente, se considere dicha información como establece la norma:

“bajo el supuesto teórico de que el tipo de referencia inicial permanece constante, durante toda la vida del crédito”.

Más razonable aún será que se muestre al consumidor cuál es el importe que tendrá la cuota en los supuestos de aumento de uno, dos o tres puntos de los tipos de interés, o en caso de un descenso similar. El intervalo razonable.

El consumidor se hará así una idea aproximada del coste real, por aproximación. Como única forma de cumplir las finalidades, previsiones y

obligaciones legales que hemos transcrito literalmente de la normativa publicada en el BOE para estos contratos y cuestiones.

En un préstamo *supuesto* de 100.000 euros a devolver en un plazo de 25 años con un sistema de amortización de capital constante, partiendo de un interés anual del 2%, el importe de la cuota mensual ronda los 500 euros.

Si en el primer periodo de revisión el tipo de interés a aplicar se sitúa en el 3% anual, entonces el importe de la cuota será de 600 euros.

Para el caso de que el tipo de interés a aplicar en el segundo periodo de revisión se sitúe en el 4%, el importe de la cuota ascendería a los 670 euros.

Si en el siguiente se situara en el 5%, la cuota sería de 750 euros.

El precio, el coste efectivo, el importe de los intereses en cada cuota que habrá de pagar el consumidor, puede doblarse o incluso triplicarse. De 166 euros en concepto de intereses, en una cuota total de quinientos, puede pasar a 420 euros de intereses en el ejemplo que hemos utilizado en cada cuota con un capital igual en dichas cuotas.

Esa información no sólo es relevante, crucial, para el consumidor. Lo es también, y probablemente mucho más, para la entidad financiera.

Es tan importante para el consumidor, que si dispone de la información correcta previamente, comprenderá que el contrato se transforma, en cuanto al precio, en una modalidad de los contratos de juego y apuesta; también comprenderá que el tipo variable puede situarle en la imposibilidad de hacer frente al pago. Un riesgo que sólo debería asumirse con pleno conocimiento del mismo.

El banco, que debe analizar la capacidad económica y la capacidad de pago del cliente, debe ser el primer interesado en conocer cuál es el límite de esa capacidad en los diversos escenarios, posibles y razonables, como indica la norma. Al banco no le interesa que él cliente no pueda pagar.

Puede deducirse fácilmente que la información relevante no es la que muestra una comparación del coste de incorporación de uno u otro índice (IRPH o Euribor®) a la estipulación que determinará el tipo de interés (comparación que realiza el TS, indebidamente), sino la comparación entre el precio o coste fijo y el precio o coste variable; la comparación entre un tipo fijo y uno variable.

El coste o precio, puede doblarse y hasta triplicarse o más, con una probabilidad muy alta, o en palabras de la Ley, *razonablemente*, en el caso del tipo variable.

A lo anterior debe añadirse que si se muestra esa información al cliente en el momento de contratar, el consumidor (y la autoridad judicial) podrá realizar un juicio de valor correcto sobre la equivalencia de condiciones o de prestaciones al respecto del precio, cuando este se establece en forma variable y se remite a “índices oficiales”.

Al exponer e informar de **las cifras** de los distintos escenarios posibles, en un tipo de interés variable referido a uno de los índices oficiales, **estas nos muestran el siguiente hecho para realizar un juicio de valor del equilibrio (y también del perjuicio) en el contrato:**

En la modalidad más simple y sencilla de amortización de un préstamo, en la que tipo de interés se encuentre al 2% en el momento de contratar, se producirán estos números para los distintos escenarios:

En caso de aumentar el tipo de interés un punto (3%), la cuota mensual aumentará un 20%.

Si aumenta hasta dos puntos más (4%), la cuota mensual lo hará en un 34%.

En el caso de aumentar tres puntos (hasta situarse en el 5%), será un 50% superior.

Si por el contrario desciende un punto (al 1%), la cuota lo hará en un 16%.

Si lo hace en un punto y medio (hasta el 0'5%), se reducirá en un 25%.

Y en caso de disminuir hasta el 0'25%, la cuota se reducirá en un 30%.

La máxima reducción posible/probable oscila al rededor del 35%. El máximo aumento posible no tiene un límite teórico, pero superará siempre el 50%.

Las curvas que dibujarían las representaciones gráficas de estos números son similares para préstamos de otras cuantías y posiciones de partida distintas en cuanto al tipo de interés inicial.

Curvas que serán más pronunciadas y divergentes en los supuestos de préstamos con sistemas de amortización de capital no constantes, sino crecientes, en los cuales durante como mínimo un tercio de la duración del contrato, el pago de los intereses supone un porcentaje del 50% o más del

importe total de las cuotas. Siendo este modelo “creciente” de amortización de préstamos el más habitual, en mucho, en nuestro Ordenamiento y mercado.

En ellos se observa de manera más precisa el desequilibrio de partida en las prestaciones y obligaciones.

El motivo: al introducir la aleatoriedad (variabilidad) en el precio, no se parte de una situación de equilibrio. No se parte de un número 50 sobre una escala de 0 a 100. No se parte de una escala en la que los ascensos y descensos, las variaciones, aleatorias, puedan ser iguales en uno y otro sentido y para ambos contratantes.

La misma proporción de variabilidad en este caso no supone igual efecto.

Los tipos de interés, un concepto económico y matemático que se vincula a un porcentaje, a partes de cien, se reproducen en función del tiempo, que toma como base el año natural.

A partir de esa premisa, y teniendo en cuenta que en los últimos cuarenta años los tipos comerciales a clientes minoristas han oscilado entre el 15% y el 0'5 %, es fácil entender que introducir esa estipulación en este tipo de contratos, como es la del precio variable, oculta un desequilibrio de partida.

No nos movemos en la banda media del sistema centesimal que se utiliza, sino en la banda inferior, en concreto, en el percentil más bajo posible. Desequilibrio que se acentúa en los últimos años, desde que la introducción del euro en nuestra economía supuso una reducción de la banda de fluctuación de los tipos de interés y por lo tanto, un rango más acusado en los efectos de las variaciones.

En la modalidad de tipo de interés variable referenciado a un índice oficial, el importe del precio que representan los intereses será siempre mayor en el caso de aumentar los tipos que en el caso de descender, aunque el aumento y el descenso tengan el mismo numerador.

Cuando el tipo de interés asciende, no se paga la misma cantidad en concepto de interés que la cantidad que *deja de pagarse* cuando desciende, aunque el ascenso y el descenso sean porcentualmente iguales. La realidad matemática es que se paga proporcionalmente más en el ascenso.

Sin la información precisa y correcta, la introducción de un tipo variable en un contrato de préstamo, produce un efecto perjudicial y un desequilibrio para el consumidor similar al que produce la conocida como “cláusula suelo”.

El precio del préstamo no sufre las mismas variaciones a favor de uno u otro contratante según aumente o disminuya en el mismo porcentaje el tipo de interés variable. Al aumentar, lo hace de manera más acusada que al disminuir. Siempre. Matemáticamente.

Después de conocer esta información, si volvemos a releer este párrafo de la sentencia del TS, ya no significará lo mismo:

(...) tales condiciones generales entrañan un elemento engañoso, cual es que aparentan un interés variable cuando realmente establecen un interés fijo solo variable al alza y «provocan subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación».

El consumidor puede llegar a representarse que un tipo de interés variable, sometido por definición a la aleatoriedad, puede experimentar alzas o descensos similares, y que tales circunstancias se traducirán en aumentos o descensos iguales en el importe que en concepto de intereses remuneratorios abonará al pagar las futuras cuotas.

Pero, tras un análisis simple como el que hemos expuesto, comprobamos que en la realidad tal cosa no sucederá nunca. Nunca son iguales.

La definición correcta sería “**tipo de interés variable con variación que beneficia siempre más al banco que al consumidor**”.

Una estipulación no negociada individualmente que consista en la introducción de un tipo variable referenciado al índice conocido como IRPH, supondrá, si no se acompaña:

- Del preceptivo Diferencial Negativo,
- De la información del importe de las cuotas en los distintos escenarios probables de esos tipos variables y,
- De las diferencias cuantitativas reales que se producen respecto a las alzas y a las bajadas del índice,

un caso de abusividad para el consumidor, por concurrir en tal supuesto un incumplimiento de los requisitos legales, además de la falta de información, falta de transparencia, mala fe y desequilibrio en las obligaciones de las partes, que por supuesto se traducen en un perjuicio económico.

La variabilidad no es igual para ambas partes del contrato.

Como advirtieron las SSTJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus, y de 3 de octubre de 2019, C-621/17, Gyula Kiss, a efectos del juicio de abusividad, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido, para analizar si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Y respecto a en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «contrariamente a las exigencias de la buena fe», habrá que comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.

El desequilibrio que provoca la estipulación del interés variable en un préstamo como los que analizamos (da igual el índice de referencia escogido) y que constituyen la base del mercado bancario con los consumidores, es una cuestión matemática y legal, como hemos expuesto.

No subjetiva y de apreciación discutible.

La buena fe no existirá si no se exponen todas las circunstancias concurrentes para que el consumidor se represente los efectos económicos de manera exacta, no engañosa, errónea o equivocada.

Finalmente, la legalidad se incumple desde el momento en que no se le acopla un Diferencial Negativo calculado de acuerdo con las previsiones legales y la fórmula recogida en el BOE y además no se muestra un cuadro de las cuotas mensuales con las *variaciones razonables* según la norma.

Esas circunstancias causan, además, un perjuicio económico mayor en el caso de que el índice analizado sea el IRPH, como hemos demostrado y la propia norma ya aclaraba y determinaba en el momento de su publicación.

(...) dicha cláusula 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.

Esa es la declaración y la jurisprudencia establecida por el TJUE en su sentencia de 3 de marzo de 2020.

Lo que debe comprenderse no es el índice; debe comprenderse el tipo de interés.

Sólo si se siguen los razonamientos expuestos puede cumplirse y aplicarse correctamente el contenido de dicha sentencia al respecto de la valoración de la estipulación que incorpora el índice variable a un contrato de préstamo con garantía hipotecaria como el de este caso.

Finalmente, la reciente sentencia del TJUE de 13 de julio de 2023 ha establecido qué es indudable que el Diferencial Negativo es una cuestión de legalidad.

Responsable Servicios Jurídicos de PlanAriba
Juan Ignacio Moreno de Acevedo Yagüe
Abogado. ICAS 10.943

