

**COMENTARIO DE LAS
SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2020 (585/2020),
12 DE NOVIEMBRE DE 2020 (595/2020),
12 DE NOVIEMBRE DE 2020 (596/2020), 12 DE
NOVIEMBRE DE 2020 (597/2020)
Y 12 DE NOVIEMBRE DE 2020 (598/2020)**

**Tipo de interés
Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH)**

Comentario a cargo de:
ALBERTO TAPIA HERMIDA
Catedrático de Derecho mercantil
Universidad Complutense de Madrid

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE NOVIEMBRE DE 2020

RoJ: STS 3550/2020 - **ECLI:** ES:TS: 2020:3550

ID CENDOJ: 28079119912020100023

PONENTE: EXCMO. SR. DON RAFAEL SARAZÁ JIMENA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2020

RoJ: STS 3613/2020 - **ECLI:** ES:TS: 2020:3613

ID CENDOJ: 28079119912020100026

PONENTE: EXCMO. SR. DON PEDRO JOSÉ VELA TORRES

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2020

RoJ: STS 3629/2020 - **ECLI:** ES:TS: 2020:3629

ID CENDOJ: 28079119912020100027

PONENTE: EXCMA. SRA. DOÑA MARÍA DE LOS ÁNGELES PARRA LUCÁN

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2020**RoJ:** STS 3756/2020 - **ECLI:** ES:TS: 2020:3756**ID CENDOJ:** 28079119912020100029**PONENTE:** EXCMO. SR. DON JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE NOVIEMBRE DE 2020****RoJ:** STS 3628/2020 - **ECLI:** ES:TS: 2020:3628**ID CENDOJ:** 28079110012020100559**PONENTE:** EXCMA. SRA. DOÑA MARÍA DE LOS ÁNGELES PARRA LUCÁN

Asunto: Estas Sentencias tienen como denominador común la referencia a la validez de las respectivas cláusulas litigiosas de otros tantos contratos de préstamos bancario de dinero con garantía hipotecaria que incorporan como tipo de interés el Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH) establecido por la normativa bancaria. Según veremos, todas estas Sentencias aplican una misma doctrina jurisprudencial a los diversos supuestos de hecho y llegan, en consecuencia, a resultados diferentes de estimación o desestimación de los respectivos recursos de casación interpuestos al amparo del interés casacional en función de las diversas circunstancias de cada caso. Para ello, exponen la doctrina conforme a una estructura lógico-jurídica simétrica. Un rasgo común a las cuatro Sentencias de 12 de noviembre –las números 595, 596, 597 y 598– es compartir el voto particular discrepante del magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas,

Sumario: 1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo. 5.1. *Antecedentes: la Sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020.* 5.2. *La Sentencia 585/2020 de 6 noviembre del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.* 5.3. *La Sentencia 595/2020 de 12 de noviembre del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo.* 5.4. *Conclusión: Estimación y desestimación de los respectivos recursos de casación.* 6. Bibliografía.

1. Resumen de los hechos

Dado que resulta evidentemente imposible describir con detalle –por razones de espacio y de síntesis– en este comentario todos los supuestos de hecho de las cinco Sentencias comentadas, hemos optado por describir, a modo de ejemplo, el supuesto de hecho de la primera de ellas, para que sirva de referencia paradigmática y remitirnos a los Fundamentos de Derecho Primero de cada una de las comentadas que contienen los respectivos resúmenes de antecedentes.

Por lo anterior, pasamos a describir el supuesto de hecho de la Sentencia 585/2020 de 6 noviembre del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2020:3550, Recurso de Casación 3990/2016, Ponente: Excmo Sr. Rafael Saraza Jimena):

a) El 10 de enero de 2010, una S.A, como vendedora, y el consumidor Sr.X, como comprador, suscribieron la escritura pública de compraventa de una vivienda de protección oficial de promoción privada. En dicha escritura pública, el comprador Sr.X se subrogó en el préstamo hipotecario para la financiación de la promoción, concertado el 8 de octubre de 2007 entre una Caja de Ahorros, como prestamista, y la S.A. vendedora, como prestataria. La representante de la Caja de Ahorros compareció también a la firma de la escritura pública de compraventa y aceptó expresamente la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario. Dicha Caja de ahorros pasó posteriormente a ser Liberbank S.A.

b) En la escritura pública de compraventa y subrogación en préstamo hipotecario otorgada el 10 de enero de 2010 se hizo constar, como carga de la vivienda transmitida, la existencia de una hipoteca en garantía de un préstamo, del que se expresaban el principal en el que se subrogaba el comprador, el plazo de amortización, y el tipo de interés, en estos términos: «*Variable anualmente, mediante la adición de cero con diez (0,10) puntos al tipo vigente para los préstamos acogidos al Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, por el que se aprueba el Plan Estatal 2005-2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda. La revisión se hará por acuerdo del Consejo de Ministros*».

c) En dicha escritura de compraventa no constaba que, en el préstamo hipotecario concedido por Liberbank a la S.A., había una cláusula que fijaba un «suelo» del 3% para la variación del tipo de interés. Tampoco se le había informado previamente de la existencia de esa cláusula.

d) En octubre de 2013, el Sr. X dirigió un escrito a Liberbank en el que solicitó que se eliminara de su préstamo la cláusula suelo. Liberbank, en respuesta a esta solicitud, ofreció al Sr. Miguel una novación del préstamo, de modo que durante 18 meses pagara un interés fijo del 3% y con posterioridad, un interés variable consistente en «Euribor + 0,1%», sin «suelo» que limitara la bajada del tipo de interés. El Sr. X no aceptó la oferta y reiteró su solicitud de eliminación de la cláusula suelo.

- e) Al no recibir respuesta a esta nueva solicitud, el Sr. X presentó una reclamación ante el Banco de España, en la que denunció no haber recibido respuesta a su solicitud de eliminación de la cláusula suelo.
- f) El 25 de octubre de 2014, el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España emitió un informe en el que declaró que la actuación de Liberbank había sido contraria a las buenas prácticas bancarias.
- g) En noviembre de 2014, el Sr. X dirigió otro escrito a Liberbank en el que, a la vista del informe del Banco de España, le instaba a dejar de aplicar la «cláusula suelo», pues de lo contrario iniciaría acciones legales. Liberbank le contestó en enero de 2015, manifestándole que había decidido «no allanarse a las conclusiones del expresado informe del Banco de España».

2. Solución dada en primera instancia

Por razones análogas a las expuestas en el epígrafe anterior y dado que resultaría excesivamente prolijo e innecesario a los efectos de este comentario describir con detalle el devenir judicial que antecede a cada una de las cinco Sentencias comentadas, hemos optado por describir, a modo de ejemplo, el supuesto de hecho de la primera de ellas, y remitirnos a los respectivos Antecedentes de Hecho de cada una de ellas que contienen las Sentencias de los Juzgados de Primera Instancia.

Por lo anterior, pasamos a describir el desarrollo en la primera instancia del litigio resuelto por la Sentencia 585/2020 de 6 noviembre del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2020:3550):

- a) El 9 de noviembre de 2015, el Sr. X presentó una demanda contra Liberbank en la que ejercitaba las siguientes acciones: Acción de nulidad de condición general de la contratación consistente en el control de abusividad de ciertas cláusulas contenidas en el contrato objeto de este litigio (Cláusula limitativa del tipo de interés –cláusula suelo– y cláusula que establece como tipo de interés de referencia el IRPH bonificado) ex. Art. 8 de la LCGC. Acción de nulidad de pleno derecho (art 6.3 Código Civil) respecto de la fijación del diferencial de 0,10% adicional al tipo de referencia y del propio tipo de referencia IRPH. Acción de nulidad por vicio y error en el consentimiento del art 1261 del Código Civil, respecto de la cláusula que establece como tipo de interés de referencia el IRPH bonificado y de la cláusula limitativa del tipo de interés (cláusula suelo).
- b) El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Badajoz, dictó sentencia 35/2016, de 22 de febrero en la que desestimó la pretensión de que se anulara la cláusula que establecía «como tipo de interés de referencia el IRPH bonificado» y la pretensión de que se anulara la fijación del diferencial del 0,10%

adicional al tipo de interés fijado en el Real Decreto 801/2005, pues, afirmó el Juzgado, «la parte conocía que el tipo de interés aplicable resultaría de la adición de cero con diez (0,10) puntos al tipo vigente para los préstamos acogidos al Real Decreto 801/2005, de 1 de julio. Sin embargo, estimó la acción de anulación de la «cláusula suelo» pues, según declaró el Juzgado, no se había informado al demandante de su existencia ni aparecía recogida en la escritura de compraventa y subrogación en el préstamo hipotecario.

3. Solución dada en apelación

A diferencia del método que hemos seguido en los dos epígrafes precedentes, nos parece necesario hacer, en este, una breve descripción de la fundamentación de las Sentencias de las Audiencias Provinciales recurridas en cada caso, por ser un elemento de contraste indispensable para poder valorar las Sentencias del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo que comentamos.

a) La Sentencia 585/2020 de 6 noviembre del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2020:3550) desestima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz 292/2016, de 30 de septiembre que desestimó el recurso de apelación del demandante, *“salvo en el extremo relativo a los intereses que debía devengar la cantidad a restituir por la aplicación de la cláusula suelo. Pecto de la nulidad, por falta de transparencia, de la utilización del IRPH como índice de referencia; en que la Audiencia consideró que no es creíble que el demandante acudiera directamente a la Notaría sin saber las condiciones esenciales del préstamo, como el importe del interés que tenía que pagar, calculado mediante la adición de un diferencial a un índice de referencia publicado en el BOE. Respecto de la nulidad de la adición de un diferencial de 0,10 puntos por contrariedad a una norma imperativa; la Audiencia afirmó “que el R. D. 801/2005 establezca normativamente cuál es el tipo de interés que debe aplicarse a los préstamos sobre vivienda habitual (sic), no significa que la Entidad crediticia no pueda adicionar un diferencial, cuando así se pactó, por ambas partes, en el contrato (adicionar 0,10 puntos)”* (Fundamento de Derecho Primero).

b) La Sentencia 595/2020 de 12 de noviembre del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2020:3613) desestima el recurso de casación formulado contra la Sentencia núm. 328/2016, de 26 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Jaén (sección 1ª), en el Recurso de Apelación núm. 1197/2015 que había desestimado el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia *“al considerar resumidamente que: (i) la cláusula IRPH estaba correctamente incorporada al contrato y el prestatario conocía su funcionalidad, puesto que reconoció en el juicio que sabía que existían distintos índices legales de referencia; (ii) el mero hecho de que este índice, en su evolución posterior, haya resultado más*

gravoso que otros de los posibles, no lo convierte en abusivo, pues ello sería tanto como realizar un control de precios” (Fundamento de Derecho Primero).

c) La Sentencia 596/2020 de 12 de noviembre del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2020:3629) estimó el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Kutxabank S.A. contra la Sentencia 227/2016, de 5 de abril de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.^a), en el rollo de apelación n.º 334/2016) que había desestimado el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia al considerar, “*resumidamente: i) es la demandada quien redacta la cláusula de forma semejante a la que utiliza en otros contratos, por lo que se trata de una condición general idéntica a la de otros muchos contratos; ii) la demandada no ha probado que la cláusula impugnada fuera negociada; iii) la cláusula se refiere a la remuneración que debe pagar el cliente a la entidad bancaria, por lo que define el objeto principal del contrato y no puede ser sometida al control de abusividad del precio, pero sí al doble control de transparencia, formal y material o de comprensibilidad; (iv) por lo que se refiere al control „formal o documental“, la oferta vinculante no consta signada por ambos prestatarios ni tampoco aparece incorporada a la escritura, pues el notario declara que se le ha exhibido y que coincide con las cláusulas estipuladas en la escritura; v) respecto al segundo control de transparencia, material o de comprensibilidad, tras citar la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo concluye que en el caso „no hay otra constancia que la oferta vinculante, porque no hay otra prueba de que se diera información de los diferentes índices que podrían haberse aplicado, su distinto comportamiento, la forma en que se confeccionan, el importe que alcanzan, o sus diferencias en contextos similares. Podrían haberse elaborado gráficos y superponerse los correspondientes a distintos índices para percibir cómo funcionan y disponer de la información precisa que exige la directiva y la norma transpuesta. Pero nada de esto se alega ni consta acreditado“. Finalmente, con cita otras sentencias de la misma Audiencia Provincial de Álava, declara que „corresponde a la demandada acreditar que ofreció al cliente otras alternativas, que el índice IRPH no fue la única propuesta, y que dentro del posible abanico el cliente pudo elegir, pero nada de esto ha acreditado” (Fundamento de Derecho Primero).*

d) La Sentencia 597/2020 de 12 de noviembre del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2020:3756) desestimó el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 26 de septiembre de 2016 (PROV 2016, 226888) de la sección segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz, en el recurso de apelación n.º 383/2016 que desestimó el recurso de apelación, “*en función de que la sentencia apelada no había incurrido en un error en la apreciación de la prueba y que la actora conocía perfectamente los términos del compromiso contractual asumido. Se estimó que la cláusula era gramaticalmente comprensible, que no se incorporó enmascarada y que venía precedida por una oferta vinculante en la que se describió detalladamente el pago de intereses. Además, se razonó que la condición contractual litigiosa era fruto del consentimiento informado de las partes y, por último, que la escritura fue leída por el notario, En virtud de los argumentos expuestos, llegó a*

la conclusión de que no podía reputarse como abusiva la condición contractual cuestionada con lo que se confirmó la sentencia del Juzgado” (Fundamento de Derecho Primero).

e) La Sentencia 598/2020 de 12 de noviembre del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2020:3628) desestimó el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 27 de marzo de 2017 de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 4.^a), en el rollo de apelación n.º 570/2016 que había desestimado el recurso de apelación y confirmado la sentencia de primera instancia al considerar que: “i) Los actores son consumidores y la cláusula tercera bis es una condición general de la contratación que define el objeto principal del contrato, ya que determina la remuneración que debe satisfacer el cliente a la entidad bancaria por el préstamo. ii) La cláusula tercera bis supera el control de incorporación, porque „está redactada de manera clara y comprensible, expone de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula, de manera que el consumidor está en condiciones de valorarla, basándose en criterios precisos e inteligibles. El interés variable no tiene por qué referirse siempre al Euribor. El Euribor es un índice más. El IRPH entidades es uno de los siete índices oficiales previstos en el apartado tercero de la norma sexta bis de la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. El IRPH entidades se publica mensualmente por el Banco de España en el BOE. Por tanto, el cliente pudo conocer cuál era el IRPH entidades en las fechas de la firma del contrato. La entidad demandada facilitó una oferta a los actores, en la que se fija el tipo de interés variable, y se describe en qué consiste el índice y cómo se obtiene“. iii) Respecto al segundo control de transparencia, declaró: „[C]onforme al Anexo VIII de la Circular 8/1990, el IRPH entidades se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de los operadores de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para la adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario. Es decir, el IRPH entidades se establece sobre la base de los datos que facilitan las entidades al Banco de España. Este organismo elabora el índice sobre la base de la fórmula que define la Circular 8/90 (hoy, Circular 5/12). Se trata de unos tipos de interés obtenidos de los datos resultantes de la participación y comportamiento de las propias entidades en el mercado hipotecario, de forma que, en función de los tipos de interés aplicados en cada momento por las entidades, se va a configurar el índice de referencia para los préstamos a IRPH“. iv) No se acredita la abusividad de la cláusula. El hecho de que el legislador estableciese el IRPH entidades como uno de los tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario no constituye una lesión de la situación jurídica del consumidor. No supone una restricción de derechos del consumidor, ni un obstáculo a su ejercicio, ni le supone una obligación adicional no prevista. El desequilibrio se daría si la entidad financiera pudiera influir en la configuración del índice. Sin embargo, la incidencia de la actuación de la entidad demandada en la configuración del índice no es algo que dependa de su exclusiva voluntad, porque para concretar las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria cuyo interés se toma en consideración

en orden a calcular el índice, es preciso que la entidad financiera y el consumidor hayan llegado a un acuerdo (el cálculo se hace sobre los préstamos otorgados, no sobre ofertas realizadas), de modo que en la configuración del índice influyen no solo los bancos, cajas de ahorros y sociedades de crédito hipotecario que otorgan los préstamos, sino también los consumidores que los suscriben” (Fundamento de Derecho Primero).

4. Los motivos alegados

Tomando como ejemplo la Sentencia 585/2020 de 6 noviembre del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2020:3550); en ese caso el demandante interpuso recurso de casación basado en tres motivos, que fueron admitidos. En ellos se impugna exclusivamente: a) La desestimación de la acción, basada en la normativa que regula las cláusulas no negociadas en los contratos concertados con consumidores, de nulidad de la “cláusula que establece como tipo de interés de referencia el IRPH bonificado”. b) La desestimación de la acción en la que se pide la anulación, por vicio del consentimiento, de dicha cláusula. Quedo fuera del recurso de casación la solicitud de anulación de la cláusula suelo, porque su pretensión fue estimada en la instancia; y la pretensión dirigida a que se declarase la nulidad, por ser contrarios a una norma imperativa, del IRPH como índice de referencia y de la adición de un diferencial de 0,10 puntos, porque así lo quiso el recurrente

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. Antecedentes: la Sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020

Todas las Sentencias parten de la doctrina sentada por el TJUE, especialmente en la Sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020 (asunto C-125/18 (Marc Gómez del Moral Guasch contra Bankia, S.A.) que consideró que el uso del IRPH como tipo de interés variable no es una presunción de validez en contra de su abusividad, sino que la cláusula en cuestión quedará sometida al control judicial de transparencia material, con las consecuencias pertinentes en caso de declaración de su nulidad por abusiva.

También conviene tomar en consideración la más reciente Sentencia de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 2020 (asunto C-81/19, SC Banca Transilvania S.A.) que declaró: “El artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual que no ha sido objeto de negociación individual, pero que refleja una norma que, con arreglo al Derecho nacional, se aplica entre las partes contratantes cuando estas no hayan pactado otra cosa, no está comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva”.

5.2. *La Sentencia 585/2020 de 6 noviembre del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo*

Optamos por exponer la doctrina sentada por el Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo del Tribunal Supremo agrupando las cinco sentencias comentadas en dos conjuntos en función de los rasgos de homogeneidad que presentan que se corresponden con sus respectivas fechas.

De tal manera que el primer conjunto esta integrado por la Sentencia 585/2020 de 6 noviembre del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2020:3550, Recurso de Casación 3990/2016, Ponente: Excmo Sr. Rafael Saraza Jimena) que desestima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz 292/2016, de 30 de septiembre conforme a un iter lógico que despeja las dos cuestiones planteadas en el recurso de casación:

a) *El control de transparencia y de abusividad de la cláusula del préstamo hipotecario que establece el tipo de interés previsto en la normativa que regula la financiación de la compra de viviendas de protección oficial*

Su Fundamento de Derecho Tercero dice:

“6.- Es doctrina de este tribunal y del TJUE que la transparencia que impide la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no negociadas que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, está vinculada con la información que permite al consumidor prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, la carga jurídica y económica del contrato. Pero esto no supone que el predisponente tenga una obligación de asesoramiento sobre las distintas posibilidades de financiación por parte de esa entidad o de otras de la competencia. (...)

9.- El demandante compró una vivienda de protección oficial de promoción privada. La obtención de financiación para la construcción de dicha vivienda tuvo lugar bajo la vigencia del Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, por el que se aprueba el Plan Estatal 2005-2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda. Liberbank, con base en un convenio que había suscrito con la Junta de Extremadura, otorgó a Joca Inmo S.A. en octubre de 2007 un préstamo hipotecario sujeto a dicha normativa. El demandante, al firmar la escritura de compraventa de la vivienda de protección oficial, optó por subrogarse en dicho préstamo convenido. Como ya se ha dicho, no puede abordarse en esta sentencia, por no haber sido objeto del recurso por decisión del consumidor recurrente, la cuestión de si, conforme a dicha normativa, era posible o no adicionar 0,10 puntos al tipo fijado en dicho Real Decreto, como se establecía en el convenio suscrito entre la Junta de Extremadura y Liberbank y se recogió en la escritura de préstamo. (...)

12.- Lo anterior supone que el recurrente, al comprar una vivienda de protección oficial, suscribió una condición general que determinaba la aplica-

ción del régimen de financiación de viviendas de protección oficial vigente cuando se inició la promoción de su vivienda, que está regulado por normas administrativas. En este régimen, el tipo de interés efectivo vigente en cada momento viene determinado por un Acuerdo del Consejo de Ministros que se publica en el Boletín Oficial del Estado, con base en el mecanismo previsto en art. 9 del citado Real Decreto: la aplicación de un coeficiente reductor del 0,9175 a la media de los tres últimos meses del tipo porcentual de referencia de los préstamos hipotecarios del conjunto de entidades de crédito, elaborado por el Banco de España. (...)

17.- Se trata de un conjunto de circunstancias que permiten considerar que el recurrente, por las especiales características de la financiación de las viviendas de protección oficial y la publicidad de que es objeto el tipo de interés y las demás condiciones de tal financiación, tenía a su disposición suficiente información sobre los elementos configuradores de la financiación que contrataba para pagar el precio de su vivienda de protección oficial y de la carga económica y jurídica que tal financiación le suponía. (...)

22.- Es decir, la declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad [sentencias de esta sala 171/2017, de 9 de marzo (RJ 2017, 977); 538/2019, de 11 de octubre (RJ 2019, 3852); 121/2020, de 24 de febrero (RJ 2020, 486); y 408/2020, de 7 de julio (RJ 2020, 2298)]. Únicamente hemos asimilado falta de transparencia a la abusividad en determinadas cláusulas, como es el caso de las denominadas «cláusulas suelo», por entrañar un elemento engañoso, o de las cláusulas «multidivisa» o «multimoneda», por ocultarse graves riesgos para el consumidor. No es el caso de la utilización de uno u otro de los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios, y concretamente, del utilizado en el sistema de financiación de las viviendas de protección oficial (...)

29.- En todo caso, para agotar el razonamiento que justifica el rechazo de este argumento del recurso, el recurrente no hace referencia a ningún supuesto en que se haya constatado tal manipulación del índice IRPH, ni justifica que dicho índice oficial sea más fácilmente manipulable que el resto de índices oficiales que se utilizan como índice de referencia en los préstamos a interés variable. Debe recordarse que el Euribor, que es el índice que el recurrente solicita que sustituya al IRPH-Entidades en su préstamo, es un índice que se calcula por una entidad privada (European Money Markets Institute –EMMI–, integrada por las asociaciones de la banca de los Estados miembros de la Unión Europea) a partir de los datos suministrados por panel de bancos comerciales, y que en los últimos años la Comisión Europea ha impuesto fuertes sanciones a varios bancos europeos y norteamericanos por la manipulación del Euribor y de otros como el Libor (tipo de interés interbancario fijado en Londres). Por otra parte, la variación del índice IRPH no depende de la voluntad de Liberbank, que es solamente una más de las entidades financieras que conceden préstamos hipotecarios y que, por razones evidentes, ha de ofertar préstamos hipotecarios con un

tipo de interés y demás condiciones que le permitan competir con el resto de entidades financieras (...)

33.- En conclusión, no puede admitirse que la cláusula que fija como índice de referencia del préstamo hipotecario el tipo de interés previsto para la financiación de las viviendas de protección oficial en el Real Decreto 801/2005 sea abusiva. No se entiende cómo el ofrecimiento al consumidor de un préstamo sometido al sistema de financiación previsto para las viviendas de protección oficial en su normativa reguladora, puede considerarse como una actuación del predisponente contraria a las exigencias de la buena fe. Tampoco puede aceptarse que la dispar evolución en los años posteriores del índice de referencia de este sistema respecto de otros índices, por causas no atribuibles al predisponente, o la falta de información sobre la evolución futura de tal índice, causara, en el momento de la contratación, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, contrario a las exigencias de la buena fe”.

b) El error vicio puede determinar la nulidad del contrato, pero no de una cláusula aislada

La Sentencia 585/2020 de 6 noviembre del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2020:3550) dice en su Fundamento de Derecho Quinto: *“Procede desestimar el motivo, sin ni siquiera entrar a analizar los requisitos que deben darse para que pueda apreciarse la nulidad por error vicio, porque en el presente caso resulta irrelevante a la vista del suplico de la demanda. El demandante ha ejercitado una acción de nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario, nulidad que afectaría solo a la cláusula en la que se fija el interés del préstamo. Conforme a la jurisprudencia de esta sala, si se llegara a apreciar error en el consentimiento del prestatario y pudiera ser calificado de sustancial, relevante e inexcusable, viciaría la totalidad del contrato, pero no sólo una de sus cláusulas (sentencias 450/2016, de 1 de julio, de 2 de febrero, 4/2019, de 9 de enero), y 443/2020, de 20 de julio, entre otras). Por esta razón, por la falta de relevancia de la infracción denunciada en el hipotético caso de que se llegara a apreciar, procede desestimar el motivo”.*

5.3. La Sentencia 595/2020 de 12 de noviembre del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo

Tomamos como ejemplo paradigmático del segundo grupo de las cuatro Sentencias dictadas el 12 de noviembre por el Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo a la Sentencia 595/2020 de 12 de noviembre (ECLI:ES:TS:2020:3613, Recurso de Casación 2328/2016, Ponente: Excmo Sr. Pedro Vela Torres) que desestima el recurso de casación formulado contra la Sentencia núm. 328/2016, de 26 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Jaén (sección 1ª), en el Recurso de Apelación núm. 1197/2015 conforme a un discurso lógico particularmente completo y claro que pasa por las siguientes fases:

a) Antecedentes en decisiones de la propia Sala y del TJUE

Comienza su discurso recordando los “pronunciamientos previos sobre el índice IRPH en la jurisprudencia de esta Sala y del TJUE” y en concreto, la Sentencia de Pleno 669/2017 de 14 de diciembre en que se efectuaron “*resumidamente, los siguientes pronunciamientos: (i) La cláusula del contrato de préstamo hipotecario en la que se establece el IRPH como índice de referencia del interés remuneratorio es una condición general de la contratación si no se ha negociado individualmente. (ii) No hay inconveniente en que un índice de referencia legal (aprobado por la autoridad bancaria) se incorpore al contrato como tal condición general de la contratación. (iii) En cuanto que condición general de la contratación predispuesta y utilizada en un contrato celebrado con consumidores, puede ser objeto de control de transparencia. (iv) Por el contrario, los tribunales civiles no pueden controlar el procedimiento bancario-administrativo por el que se configura el índice*”. A continuación, recoge la jurisprudencia establecida en la Sentencia de 3 de marzo de 2020 (asunto C-125/18 de TJUE (Gran Sala), en respuesta a una petición de decisión prejudicial de un Juzgado de Primera Instancia de Barcelona.

b) La posibilidad del control de transparencia sobre la cláusula que establece el índice de referencia

Sigue su razonamiento lógico yendo de lo general a lo particular con la afirmación de esta posibilidad del control de transparencia sobre la cláusula que establece el índice de referencia refiriéndose en especial al control de transparencia según la STJUE de 3 de marzo de 2020.

c) La normativa bancaria sobre el particular, en la fecha de la contratación del préstamo hipotecario

En su recorrido de aproximación al supuesto litigioso, examina esta normativa bancaria sobre el IRPH.

d) El alcance y las consecuencias del control de contenido o abusividad

Sigue el razonamiento de la Sentencia abordando el alcance y las consecuencias del control de contenido o abusividad de tal manera que dice que el hecho de que la cláusula, eventualmente, no sea transparente, no quiere decir que siempre y automáticamente sea abusiva.

e) Decisión del recurso por la Sala

El razonamiento de esta Sentencia culmina en su Fundamento de Derecho Sexto que comienza por constatar que “*la sentencia recurrida no afirma en ningún momento que la cláusula por la que se referencia el interés del préstamo al índice IRPH no sea una condición general de la contratación. Por lo que las alegaciones del motivo sobre este particular son completamente ociosas*”.

Partiendo de esa depuración conceptual, el Fundamento de Derecho Sexto dice:

“5.- En este caso no consta que se ofreciera al prestatario la información exigida por la normativa de transparencia bancaria y, en particular, que se le advirtiera cuál había sido la evolución del índice elegido en los dos años anteriores a la suscripción del contrato, como hemos visto que es exigible conforme a la jurisprudencia del TJUE. Aunque es cierto que, hasta noviembre de 2008, el valor del IRPH y del Euribor había sido bastante similar (menos de un punto de diferencia) y que los diferenciales aplicados eran distintos y condicionaban el resultado final; y que esos diferenciales eran menores en los préstamos referenciados al IRPH que en los referenciados al Euribor, pues de otro modo los primeros no habrían resultado competitivos. Del resto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, tal y como resultan de las actuaciones, no se deriva ningún elemento que permita desvirtuar la anterior conclusión. 6.- Pero ello no puede determinar por sí mismo la nulidad de la condición general litigiosa, porque, aunque no superaba el control de transparencia, como quiera que, respecto del precio del contrato, la falta de transparencia es lo que permite examinar la posible abusividad, la consecuencia inmediata es el análisis del segundo motivo de casación que, precisamente, se refiere a dicha cuestión. Es decir, la falta de transparencia no determina per se la nulidad de la cláusula, sino que, al tratarse de una estipulación sobre un elemento esencial del contrato –el precio–, únicamente permite realizar un control de contenido sobre dicha cláusula. Que es sobre lo que versa el siguiente motivo de casación”.

5.4. Conclusión: Estimación y desestimación de los respectivos recursos de casación

Tal y como 9indicamos al inicio de este comentario conjunto, las cinco Sentencias aplican una doctrina jurisprudencial sustancialmente idéntica a los diversos supuestos de hecho y llegan, en consecuencia, a resultados diferentes de estimación o desestimación de los respectivos recursos de casación interpuestos al amparo del interés casacional en función de las diversas circunstancias de cada caso. De tal manera que:

a) La Sentencia 585/2020 de 6 noviembre del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2020:3550) En su fallo, esta Sentencia num. 585/2020 de 6 noviembre del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia 292/2016 de 30 de septiembre, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz, en el recurso de apelación núm. 220/2016”.

b) La Sentencia 595/2020 de 12 de noviembre del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2020:3613) desestima el recurso de casación formulado contra la Sentencia núm. 328/2016, de 26 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Jaén (sección 1ª), en el Recurso de Apelación núm. 1197/2015.

c) La Sentencia 596/2020 de 12 de noviembre del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2020:3629) estimó el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Kutxabank S.A. contra la Sentencia 227/2016, de 5 de abril de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.^a), en el rollo de apelación n.º 334/2016) que casó y anuló y en su lugar, con estimación del recurso de apelación interpuesto por Kutxabank S.A., desestimo la demanda interpuesta contra Kutxabank S.A.

d) La Sentencia 597/2020 de 12 de noviembre del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2020:3756) desestimó el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 26 de septiembre de 2016 (PROV 2016, 226888) de la sección segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz, en el recurso de apelación n.º 383/2016.

e) La Sentencia 598/2020 de 12 de noviembre del Pleno de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo (ECLI:ES:TS:2020:3628) desestimo el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 27 de marzo de 2017 de la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 4.^a), en el rollo de apelación n.º 570/2016.

6. Bibliografía

TAPIA HERMIDA, A.J., *Guía de la contratación bancaria y financiera*, Colección Grandes Tratados Aranzadi, Aranzadi, Cizur Menor 2020, pp.260 y ss.

Intereses bancarios. Tarjetas “revolving” y usura. Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo Español. Editorial Reus. Colección Derecho Español Contemporáneo (Dir. Rogel Vide, C., Diaz Alabart), Madrid 2021, pp. 103 a 140.