

Doctrina jurisprudencial del TJUE: claves conceptuales a propósito del IRPH

Autor: Francisco Javier Orduña Moreno

Cargo: Exmagistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia

1.- METODOLOGÍA Y TRANSPARENCIA

La primera cuestión que asoma cuando se aborda, ordenadamente, las posibles claves conceptuales o interpretativas de la doctrina jurisprudencial del TJUE es, precisamente, su previa sujeción a un método, esto es, a una suerte de directrices que el propio TJUE elabora para ordenar la interpretación de la propia *Directiva 93/13/CEE*.

Si bien la concreta **valoración del carácter abusivo de una cláusula predispuesta**, a tenor de las circunstancias particulares del caso, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, las directrices de interpretación de la Directiva son función del propio TJUE, que las blindas para no permitir que la interpretación de la Directiva sea, a su vez, una especie de campo de agramante en el que todo valga; sin sujeción alguna en las claves conceptuales que sustentan su sentido y aplicación (*res certae*).

El reciente Comunicado de la Comisión Europea, de 27 de septiembre de 2019, una auténtica "guía" de estas directrices de interpretación para los Estados miembros de la Unión Europea, nos ilustra muy gráficamente, acerca de este método de interpretación y de su carácter vinculante respecto "a cómo" se debe aplicar la *Directiva 93/13/CEE* para que se brinde a los consumidores una

tutela judicial efectiva (entre otros, asuntos *C-243/08*, *C-415/11*, *C-421/14*, *C-96/16*, *C-94/17* y *C-118/17*).

La conclusión que se obtiene, fuera de toda interpretación subjetiva y casuística, es que el plano de interpretación de la *Directiva 93/13/CEE* está sujeto a unas directrices o parámetros conceptuales que resultan vinculantes para cursar el fenómeno interpretativo de dicha Directiva y su proyección en el caso concreto que se plantee. Por lo que **la valoración de las circunstancias concretas del caso que realice el órgano jurisdiccional nacional no puede modificar, ni mucho menos abrogar, la aplicación de estos criterios valorativos como fundamentos de la aplicación de la propia Directiva.**

2.- TRANSPARENCIA: CORRECTO FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO INTERNO Y DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA

En la actualidad, no cabe duda de que la transparencia, considerada como valor o como principio, constituye una pieza imprescindible para la calidad democrática y la mejora del sistema económico de los países europeos; en nuestro caso, de la proclamación fundacional de nuestra Carta Magna que nos define como "Estado social y democrático de Derecho".

De acuerdo con esta relevancia, el TJUE viene calificando la protección en virtud de la Directiva como una asunto de "interés público", estrechamente conexo al correcto funcionamiento del mercado interno (artículo 169 *TFUE*) y a los derechos fundamentales de la Unión Europea (artículo 38 de la Carta); entre otros, asuntos *C-168/05*, *C-243/08* y *C-26/13*.

Como he sostenido, en más de una ocasión, este "interés público" de la Directiva no es otro que el "interés general comunitario" que lo preside entorno a proteger, como realidades

inescindibles de su organización, tanto el derecho básico del consumidor a ser informado correctamente para poder comparar y decidir según sus intereses y preferencias, como el "bien general" de favorecer y promover la correcta competencia y funcionamiento del mercado interior; expulsando todas aquellas cláusulas que lo obstaculicen o distorsionen.

La conclusión que se obtiene, fuera de todo debate relativista o particularizado, como más adelante concretamos, es que **tanto la vulneración directa de este derecho básico, como la distorsión del mercado interior, comportan implícitamente la noción de abusividad, como calificación de la antijuridicidad de dichas conductas o comportamientos.**

3.- EXIGENCIA DE TRANSPARENCIA SUSTANCIAL: SU INTERPRETACIÓN EXTENSIVA CON RELACIÓN A LOS ELEMENTOS CONCEPTUALES QUE DEFINEN EL CONTROL DE TRANSPARENCIA

En coherencia con lo anteriormente señalado, la interpretación metodológica de la Directiva, como razón imperativa de la misma, principia con una clara directriz acerca de la exigencia de transparencia sustancial como método de interpretación de la Directiva. Esta exigencia es de "aplicación general" (se proyecta sobre todo los tipos de cláusulas contractuales predispuestas) y se configura como, en sentido amplio y pleno, como un "requisito" establecido imperativamente en el artículo 4.2 y 5 de la Directiva. Todo ello, conforme al citado artículo 38 de la Carta que la proyecta conforme a un "alto nivel" de protección de los consumidores.

Exigencia de transparencia sustancial que, por citar sólo dos ejemplos recientes, viene claramente expresada en la [sentencias del TJUE de 3 de marzo de 2020 \(C-125/18\)](#) y de 9 de julio 2020 (C-452/18), relativas al IRPH y a la novación de las cláusulas suelo,

respectivamente; en donde sus apartados 50 y 44, idénticos en su contenido, establecen que la transparencia a la que obliga la Directiva "debe interpretarse de manera extensiva".

La conclusión que se obtiene, por tanto, es que **en materia de protección de consumidores y, en particular, en lo concerniente al concepto, alcance y contenido del control de transparencia, queda "vedado" el recurso a interpretaciones restrictivas, limitativas o fragmentarias del ámbito de protección que dispensa la Directiva, dado su señalado "interés público".**

4.- TRANSPARENCIA: BUENA FE Y ABUSIVIDAD

La aplicación metodológica de la valoración de la doctrina jurisprudencial del TJUE también comporta, como resulta lógico, la sujeción a unos parámetros conceptuales, especialmente a tenor de los principios que la sustentan.

En primer lugar, con relación a la exigencia de transparencia y el carácter abusivo de la cláusula, se debe realizar la siguiente precisión.

En general, artículo 3.1 y 4.1 de la Directiva, el marco de abusividad de una condición predispuesta se ha realizado respecto de aquellas cláusulas que fueran contrarias a la exigencia de "buena fe" y causaran un "desequilibrio importante" en los derechos y obligaciones de las partes, en detrimento del consumidor.

En particular, algún sector doctrinal y especialmente la reciente sentencia del Tribunal Supremo sobre el IRPH, interpretan que de este marco general se desprende una subordinación de la exigencia de transparencia (control de transparencia) como mero paso previo, si se quiere instrumental, para alcanzar la consideración de abusividad; de ahí que se sostenga que

"pueda haber falta de transparencia, pero no abusividad".

Hay que señalar que este modo de proceder resulta metodológicamente incorrecto, pues de por sí entraña una **interpretación restrictiva del alcance de la exigencia de transparencia y conduce, en última instancia, a una decisión injustificada.**

Me explico, la formulación del artículo 3.1 de la Directiva, a tenor del principio de transparencia de los artículos 4.2 y 5 de la propia Directiva, es una formulación > que permite la consideración de abusividad (que es la calificación, y no un control en sí misma considerada) de todas aquellas cláusulas que contravengan frontalmente el principio nuclear de la buena fe, bien desde la perspectiva o vía del incumplimiento del deber especial de información, que incumbe al predisponente (supuesto del control de transparencia), o bien desde la perspectiva de la incorporación de una cláusula que desequilibre, de forma injustificada, los derechos del consumidor (supuesto del control de contenido), dado que ambas vías por producir un quebranto del principio de buena fe, conducen a la sanción de abusividad que, por definición, siempre es en detrimento o perjuicio del consumidor.

De hecho, y por atenernos a la propia literalidad del artículo 3.1, la misma conclusión se obtiene si reparamos en que **la falta de transparencia comporta la quiebra de un deber especial que, sin duda, "causa un desequilibrio" en el derecho de información que le asiste al consumidor**, en su posición jurídica y económica.

Este método de interpretación extensiva de la exigencia de transparencia es el que ha desarrollado, de forma reiterada, la jurisprudencia del TJUE, equiparando la falta de transparencia y el carácter abusivo de las cláusulas contractuales de forma conjunta (entre otros, asuntos [C-92/11](#), [C-26/13](#), [C-191/15](#) y los asuntos acumulados [C-70/17](#) y [C-179/17](#)).

Es más, a mayor abundamiento, este es el criterio metodológicamente correcto que ha seguido el propio Tribunal Supremo en las sentencias que han incorporado la doctrina del TJUE sobre la nulidad de las cláusulas suelo y la nulidad parcial de las cláusulas relativas al préstamo multidivisa (sentencias [367/2017, de 8 de junio](#) y [608/2017, de 15 de noviembre](#), respectivamente). Como se dice en la primera sentencia citada, al hilo de lo ya advertido en las sentencias [138/2015, de 24 de marzo](#) y [334/2017, de 25 de mayo](#): *"la falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en caso de bajada del índice de referencia, lo que priva de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado"*.

En efecto, como se observa con toda nitidez, **la falta de transparencia priva al consumidor de una información sustancial sobre un elemento esencial del contrato (la determinación del precio) que comporta que la cláusula sea considerada abusiva**, sin necesidad de otro control de legalidad añadido, pues el perjuicio viene implícito al privarle de una decisión libre y, en consecuencia, de la posible comparación de ofertas concurrentes. Perjuicio que también se produce contra el correcto funcionamiento del mercado interior, al que distorsiona.

Sostener, ahora, lo contrario en el supuesto del IRPH resulta no sólo incoherente (nadie entiende que se pueda vulnerar un derecho básico y el principio de buena fe y que dicha infracción no comporte consecuencias), sino también injustificado, pues la razón que se da en las sentencias [585/2020](#) y [595/2020](#), apartados 22 y 1 del fundamento quinto, respectivamente, sencillamente no es correcta, dado que en los supuestos de las cláusulas suelo y de

las cláusulas relativas al préstamo multidivisa, la consideración de abusividad no fue, como se resalta ahora, por tratarse de cláusulas "engañosas" o de "ocultación de riesgos", si no porque el quebranto del principio de transparencia, en la comprensión de un elemento esencial del contrato, comportaba directamente la sanción de abusividad, por lo ya señalado.

La constatación de lo afirmado, aparte de acudir al contenido literal de dichas sentencias, está en que la Sala Primera nunca ha calificado la conducta de la entidad predisponente como un comportamiento de "mala fe" o "doloso", propio de lo que ahora se afirma, y que, sin duda, hubiera llevado a estimar las pretensiones de los consumidores por los daños y perjuicios producidos con base en dichos comportamientos ([artículo 1107 del Código Civil](#)); cosa que no ha ocurrido.

En segundo lugar, **tampoco cabe una interpretación restrictiva acerca del contenido básico del deber de información**, que la propia Sala Primera, en concordancia con la jurisprudencia del TJUE, ha venido configurando como un deber especial, consistente en un plus de información a cargo del predisponente, pro activo, directo y preciso y sin reenvíos a otras fuentes de información (por todas, la sentencia de 8 de septiembre de 2014).

Afirmar, ahora, que los elementos relativos al cálculo del IRPH eran fácilmente asequibles para cualquier persona, por estar publicado dicho índice en el BOE, es de por sí una interpretación restrictiva del deber señalado. Además de una consideración contraria a la realidad social, a menos que el consumidor medio fuese, en el fondo, un profesional de la práctica de estos préstamos hipotecarios.

Baste con resaltar, conforme al tenor de la Exposición de Motivos de la Circular del Banco de España 5/1994, que la referencia del IRPH no era, como podía esperar cualquier

consumidor medio, a un "tipo de interés", sino a una "tasa anual equivalente", lo que hoy ya conocemos como TAE. Tan es así, que la citada Circular ya advertía "que su utilización directa como tipos contractuales implicaría situar la TAE de la operación hipotecaria por encima del tipo practicado por el mercado"; por lo que recomendaba aplicar un "diferencial negativo".

Aunque, a título orientativo, se adjuntaba un anexo con una tabla para diferenciales de tipo, comisiones y frecuencia de cuotas, se advertía, nuevamente, que dicha tabla no era útil para decodificar el tipo activo de las cajas de ahorro, "por las peculiaridades de su confección". En fin, como se puede observar, toda una fácil tarea de comprensión financiera para el consumidor medio, que tuviera que leer por su cuenta y riesgo, el BOE.

Por último, la apreciación del "**perjuicio**", que no de la abusividad, cuya declaración siempre se retrotrae al **momento de la celebración del contrato**, debe realizarse de acuerdo a la aplicación de la cláusula en cuestión en el curso de la ejecución del contrato, y no necesariamente en el momento de su perfección. De no ser así, las cláusulas suelo que no entraran en aplicación en el momento de la vigencia inicial del contrato, no hubieran podido ser declaradas abusivas, por no resultar perjudiciales en dicho momento. Del mismo modo, las cláusulas relativas al préstamo multidivisa, que al principio tampoco resultaban perjudiciales para los clientes (al igual que las primeras liquidaciones positivas de los swaps).

En realidad, el perjuicio en el caso de la exigencia de la transparencia no comporta un nuevo control, sino que viene implícito en la propia consideración de abusividad que entraña el quebranto del deber especial de información, ya señalado. Esta, y no otra, es la interpretación correcta del nuevo artículo 83 del TRLGCU, que incluye un nuevo párrafo segundo para especificar, precisamente, que la falta de

transparencia de una cláusula predispuesta comporta su consideración de abusiva y, por tanto, su nulidad de pleno derecho; máxime si esa falta de transparencia afecta a la comprensibilidad de un elemento esencial del contrato predispuesto, esto es, al precio o coste del préstamo.

Conviene recordar que esta interpretación extensiva de la Directiva nos viene impuesta por el **principio de primacía del Derecho comunitario**, fijado por el TJUE desde su sentencia de 15 de julio de 1964, asunto C-6/1964 y que ha sido reconocido en nuestro ordenamiento jurídico interno, tanto por el TC, en sus sentencias [145/2012, de 2 de julio](#), [26/2014 de 13 de febrero de 2014](#) y [232/2015, de 5 de noviembre de 2015](#), 3/2017 de 30 de enero, 17/2017 de 19 de junio, [21/2018 de 5 de marzo](#), [31/2019, de 28 de febrero](#) y [37/2019 de 26 de marzo](#), como por la Sala 1.ª del TS, en sus sentencias, entre otras, de [9 de mayo de 2013](#), 30 de octubre de 2013, 8 de septiembre de 2015 y 19 de julio de 2017 y ha sido elevado a rango legal, a través de la [LO 7/2015, de 21 de julio](#), de modificación de la [LOPJ](#), que introduce un nuevo art. 4 bis, estableciendo en su apartado primero que los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del TJUE.

Primacía del Derecho Comunitario que fue asumida con anterioridad a la reforma de la [LOPJ del 2015](#), tanto por el TC ([STC número 145/2012, de 2 de julio de 2012](#)), como por las distintas Salas del TS ([STS, Sala 2ª, de 13 de febrero de 2008-Roj: STS 1028/2008-](#) y Sala 3ª de 28 de marzo de 2014 [-Roj STS 1172/2014-](#)), en base, no solo, al principio de primacía del derecho comunitario, sino también del control de convencionalidad, previsto en los artículos [10](#), [2](#), [93](#) y [96](#) de la [Constitución](#).

En virtud del principio de primacía resulta obligado, en la hermenéutica de las disposiciones legales, realizar una interpretación *pro communitate* de las normas internas.

En nuestro derecho interno los Tribunales deben tener presente, a la hora de aplicar el Derecho al caso concreto, la doctrina jurisprudencial emanada tanto por TS y el TC, como por el TJUE y el TEDH, estos dos últimos, no solo por el [artículo 4 bis](#) de la [LOPJ](#), sino, especialmente, por los artículos [10](#), [2](#), [93](#) y [96](#) de la [CE](#).

En su sentencia número 36 de 14 de marzo de 1984, el TC resolvió que *"La remisión que el art. 10.2 de la Constitución Española hace a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias suscritos por España para la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y libertades públicas, autoriza y aún aconseja, referirse, para la búsqueda de estos criterios, a la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (T.E.D.H.)"*.

Y en la [sentencia número 26/2014, de 14 de febrero](#), el TC analiza la primacía del derecho europeo resolviendo en su fundamento de derecho segundo que: *"producida la integración debe destacarse que la Constitución no es ya el marco de validez de las normas comunitarias, sino el propio Tratado cuya celebración instrumenta la operación soberana de cesión del ejercicio de competencias derivadas de aquélla, si bien la Constitución exige que el Ordenamiento aceptado como consecuencia de la cesión sea compatible con sus principios y valores básicos"* ([DTC 1/2004, de 13 de diciembre, FJ 2](#)).

Para un juez concurren dos obligaciones a la hora de resolver el caso concreto que se le plantea: debe garantizar la supremacía de la Constitución frente a la Ley, por un lado y, por otro, la aplicación preferente (primacía), en su caso del Derecho de la Unión frente a cualesquiera normas nacionales, siendo necesario para ello la correcta interpretación de este último ordenamiento, tanto por el principio de primacía del derecho comunitario,

como por el control de convencionalidad.

Sala 4ª del TS, en su [sentencia de 24 de junio de 2009 \(Roj: STS 5168/2009\)](#), analizando la doctrina jurisprudencial del TJUE resuelve que la doctrina comunitaria obliga a una nueva lectura de los textos internos: "CUARTO.- Como ya adelantamos, esta reciente doctrina comunitaria obliga a una nueva lectura de los textos internos en liza, siendo así que la primacía del Derecho comunitario, continuamente afirmada por el TJCE y reconocida con claridad en nuestro ordenamiento jurídico [[art. 93 CE](#)], no solamente determina la prevalencia de la jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina de los Tribunales de los países miembros en la interpretación o aplicación de los preceptos y disposiciones del Derecho Comunitario, al tener precisamente atribuida la competencia de interpretación uniforme del Derecho de la Comunidad Europea (aparte de otras muchas anteriores, [SSTS 20/10/04 -rcud 4424/03-](#); [27/10/04 -rcud 899/02-](#); y dos de [22/12/08 -rcud 85/06](#) y [3460/06-](#)), sino que incluso llega a influir -hasta cierto punto- en la interpretación de la normativa nacional, puesto que «el órgano jurisdiccional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del [art. 189 del Tratado](#)» -actual [art. 249-\(STJCE 13/11/90, Asunto Marleasing, apartado 8. Doctrina de constante reiteración: entre las recientes, sentencias de \[11/09/07, Hendrix\]\(#\); \[24/06/08, A. Commune Mesquer\]\(#\); y \[25/07/08, Janecek\]\(#\)\)... O lo que es igual, conforme a esta constante doctrina del TJCE, los Tribunales nacionales han de interpretar al límite el Derecho interno, al objeto de alcanzar una interpretación que sea acorde con las Directivas y los principios del Derecho Comunitario. Interpretación **pro communitate** que incluso se llega a predicar respecto de la propia](#)

Constitución, puesto que «las normas constitucionales que reconocen los derechos y libertades han de interpretarse de conformidad con la [Declaración Universal de Derechos Humanos](#) y los [Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España](#)» [[art. 10.2 de la Constitución](#)]» ([STC 28/1991, de 14/Febrero, FJ 5](#). Valor interpretativo que expresamente reitera la [sentencia 64/1991, de 22/Marzo, FJ 4](#), y que implícitamente admite la de [13/1998, de 22/Enero, FJ 3](#)). De lo que se deriva -se ha dicho- la consideración del Derecho Comunitario como canon hermenéutico del bloque de constitucionalidad, muy particularmente cuando el nivel de protección dispensado al ciudadano es superior al proporcionado por la Constitución, a virtud del juego combinado de los [arts. 10.2 y 93 CE](#). Siquiera también se mantenga la conveniencia, todo hay que decirlo, de la interpretación **pro constitutione** del Tratado".