
This is the **published version** of the bachelor thesis:

Nogué i Gómez, Biel; Cecchini Rosell, Xavier, dir. Abusivitat en el dret bancari : targetes revolving i clàusula IRPH. 2021. 66 pag. (949 Grau en Dret)

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/244270>

under the terms of the  license



Universitat Autònoma de Barcelona
Facultat de Dret

***ABUSIVITAT EN EL DRET BANCARI: TARGETES
REVOLVING I CLÀUSULA IRPH***

Biel Nogué i Gómez

Treball de Final de Grau

Grau en Dret (2020-2021)

Tutor: Xavier Cecchini Rosell

11 de maig de 2021

RESUM: Aquesta recerca es un anàlisi sobre dos productes bancaris molt concrets. Al llarg d'aquest treball analitzaré les seves característiques i quines consideracions a fet la justícia al respecte.

Respecte al dret bancari, és d'especial importància la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea i del Tribunal Suprem que, com veurem, no sempre van de la mà.

Aquest estudi parla del passat, present i futur del dret bancari, així com l'evolució que ha sofert aquesta branca tan particular.

La idea d'aquest treball es denunciar una sèrie d'injustícies que sofreixen els consumidors al litigar contra la banca, així com donar a conèixer una vessant del dret que resulta llunyana per la majoria de juristes.

PARAULES CLAU: Abusivitat, Transparència

ÍNDIX

AGRAÏMENTS	4
ABREVIATURES	5
INTRODUCCIÓ	6
CAPÍTOL I: MARC TEÒRIC	7
1. Condicions Generals de la Contractació i els contractes d'adhesió	7
2. Condició de Consumidor i la seva especial protecció	7
3. Clàusules Abusives i els seus efectes	9
4. Control d'Abusivitat	11
4.1 Control d'incorporació	11
4.2 Control de transparència	12
4.3 Quadre Resum Control d'Abusivitat	17
CAPÍTOL II: LES TARGETES REVOLVING	18
1. Llei de repressió de la Usura de 23 de juliol de 1908 (Llei Azcárate)	20
1.1 Requisits objectius de la usura	21
1.2 Requisits subjectius de la usura	23
2. Efectes de la nul·litat per usura	24
3. Control d'incorporació i transparència de les targetes revolving	24
4. Evolució Jurisprudencial: STS núm. 149/2020, de 4 de març	25
CAPÍTOL III: IRPH	29
1. Concepte	29
2. Cronologia dels fets	34
2.1. STS de 14 de desembre de 2017	34
2.2. Conseqüències del vot particular. Qüestions prejudicials	36
2.3. Divendres 13 de novembre de 2020	37

3. STS núm. 595/2020 de 12 de Novembre de 2020. Una tornada a la inseguretat jurídica.....	38
4. Tesi del Ex-Magistrat Javier Orduña. Anàlisi.....	41
5. Conseqüències de la STS de 12 de novembre de 2020. En quina situació es troben els Consumidors?	44
6. Actualitat sobre l'IRPH. Impacte en la política	45
CONCLUSIONS	47
BIBLIOGRAFIA	52
WEBGRAFIA	53
ANNEXOS	55

AGRAÏMENTS

El primer deure que tinc com a autor d'aquesta recerca es agrair a Estel Romero, advocada brillant de Sanahuja-Miranda Advocats, qui em va acollir durant la meva estada de pràctiques.

Durant el meu temps allà no només vaig aprendre el dia a dia d'una advocada d'excel·lència, sinó que vaig conèixer tota aquesta realitat tan injusta que intento reflectir en aquest estudi.

A l'Estel li tinc que agrair la seva paciència, dedicació i voluntat de compartir tot el seu coneixement amb mi. Sense ella no hagués sigut possible realitzar aquesta recerca.

També vull agrair al meu tutor en Xavier Cecchini, Professor de Dret Civil de la Facultat de Dret de la Universitat Autònoma de Barcelona, per la seva ajuda. Tot i que la pandèmia ha causat que no ens poguéssim tractar més, ha compartit amb mi la visió que volia donar a aquest treball, i m'ha assessorat sempre que li he demanat.

Guardava un bon record de quan el vaig tenir a segon de carrera i m'alegro d'haver pogut realitzar el treball al seu costat.

Per últim, agrair al meu germà, en Jan, així com a la meva família, per escoltar tot el que explico encara que no sempre aconseguixin seguir-me, representeu un lliç entre cards.

ABREVIATURES

Audiència Provincial	AP
Associació de Consumidors especialitzada en la protecció de Usuari Financer	ASUFIN
Banc d'Espanya	BDE
Butlletí Oficial de l'Estat	BOE
Codi Civil	CC
Consell de Consumidors i Usuaris	CCU
Constitució Espanyola	CE
Directiva 93/13/CEE del Consell, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors	Directiva 93/13 o Directiva
Informe IC 2000, de 27 d'abril de 2000, de la Comissió, sobre l'aplicació de la Directiva 93/13	Informe IC
Índex de Referència de Préstecs Hipotecaris	IRPH
Jutjat de Primera Instància	JPI
Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de la Contractació	LCGC
Reglament 44/2001 del Consell, de 22 de desembre de 2000, relatiu a la competència judicial, el reconeixement i la execució de resolucions judicials en matèria civil i mercantil	Reglament 44/2001
Sentència Audiència Provincial	SAP
Sentència Tribunal de Justícia de la Unió Europea	STJUE
Sentència Tribunal Suprem	STS
Tassa Anual Equivalent	TAE
Tipus d'Interès Nominal	TIN
Real Decret Legislatiu 1/2007 de 16 de novembre, que va aprovar el Text Refós de la Llei General per la Defensa de Consumidors i Usuaris i altres lleis Complementaries	TRLGCU
Tribunal Suprem	TS

INTRODUCCIÓ

Aquest treball es dividirà en tres capítols. El primer serà un marc teòric per introduir el context de contractació bancari i reflexionar sobre el perquè resulta tan senzill que se'n derivin productes abusius.

En el segon i tercer capítol parlaré de dos productes concrets: les targetes revolving i l'IRPH. Era la meua voluntat parlar de més productes bancaris que també són abusius, però per temes logístics vaig decidir concretar el marge d'estudi a aquests dos.

Al llarg d'aquest estudi veurem com productes aparentment diferents tenen moltes coses en comú, i que en la contractació bancaria, l'element mutu que sol tenir la contractació es una falta de transparència

Aquesta falta de transparència ve de la tradició històrica que han tingut els bancs per actuar lliurement i amb impunitat. Per sort, la societat ha evolucionat i cada cop és depuren més responsabilitats envers aquestes qüestions.

Aquesta recerca també és una crítica al Tribunal Suprem, que com a màxim òrgan en la jurisdicció civil i encarregat d'impartir justícia, sovint dicta sentències tenint en compte interessos de la banca i el govern.

Queda a criteri del lector jutjar sobre la (in)justícia que viuen cada dia els consumidors que, més sovint del que haurien, queden desemparats per el poder judicial.

CAPÍTOL I: MARC TEÒRIC

1. Condi cions G e n e r a l s d e l a C o n t r a c t a c i ó

Per situar l'àmbit contractual del dret bancari és necessari fer referència a aquestes dues qüestions que representen el dia a dia de la contractació entre banc i client.

Les Condicions Generals de Contractació estan regulades a la LCGC, que en el seu article 1 estableix que tindran caràcter de condicions generals aquelles clàusules que siguin **predisposades** y **imposades** per una de les parts.

No obstant, la llei també parla sobre la “finalitat de ser incorporades en una pluralitat de contractes”. Això es un requisit indispensable, ja que una clàusula no negociada individualment no podrà ser considerada Condició General de la Contractació si ha estat incorporada individualment a un contracte.

Respecte als contractes d'adhesió, la llei identifica a les parts com a predisposant i adherent. El predisposant es aquell professional, persona física o jurídica, que en els seus negocis jurídics amb tercers fa ús de clàusules pre-redactades que han sigut elaborades amb la finalitat de ser incorporades en una multitud de contractes¹.

Mentre que l'adherent serà una persona física o jurídica, que pot tenir el caràcter de consumidor o no tenir-lo.

Es important recalcar que en cap cap s'exclou l'autonomia de la voluntat, sinó que es limita. Estem davant de supòsits en el que existeix consentiment contractual (i voluntat), però en la que no es parteix d'una situació d'igualtat, ja que en el cas de l'adherent, es limita a acceptar o no les condicions que li ofereix el predisposant.

2. Condició de Consumidor i la seva especial protecció

Una vegada introduït el context, veiem que tant les condicions generals de la contractació com els contractes d'adhesió poden facilitar un ambient abusiu entorn la persona que contracta, ja que si se li treu la capacitat negociadora, s'està creant

¹ Vid. Annex 1

una predisposició de “o lo tomas o lo dejas”, deixant entre l’espasa i la paret als consumidors.

Es per això que el nostre Ordenament jurídic té varies normes que protegeixen aquesta figura.

A nivell Europeu, hi ha la Directiva 93/13, que es basa en la idea de que el consumidor es troba en una situació d’inferioritat respecte al professional, ja sigui per la capacitat de negociació com a nivell d’informació previ (en aquest sentit, **SSTJUE** de 27 de juny de 2000, Océano Grupo Editorial y Salvat Editores, C-240/98 a C-244/98, apartat 25; 26 d’octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05 apartat 25; 21 de febrer de 2013, Banif Plus Bank Zrt C-472/11, apartat 19; 14 de març de 2013, Aziz VS. Caixa d’Estalvis de Catalunya C-415/11, apartat 44, entre moltes altres).

A nivell Estatal, la nostra Carta Magna s’encarrega de establir una obligació a les institucions públiques de protegir als consumidors en el seu article 51. al i com diu el seu article 51.

Seguint el mandat de la Constitució, el concepte de consumidor està regulat al TRLGCU, que diu en el seu article 3: “(...), *son consumidoros o usuarios las personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidoros a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúan sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno* c " w p c " c e v k x k f c f " e q o g t e k c n " q

Hi ha plenitud de sentències comunitàries i estatals que delimiten i defineixen aquest concepte. En aquest sentit, es d’especial interès la STS d’11 d’abril de 2019, que recull la Sentència del TJUE de 25 de gener de 2018, C-498/16² (*Asunto Schrems*), que resumeix la jurisprudència comunitària³.

També és interessant comentar la recent Sentència del TJUE de 10 de desembre de 2020, C-774/19 que tracta sobre el concepte de consumidor, en aquest cas sobre el

² EU:C:2018:37

³ Vid. Annex 2

Reglament 44/2001⁴. En resum, no deixa de considerar consumidor a un jugador de pòquer online amb coneixements amplis que dedica 9 hores al dia i obté grans guanys⁵.

Que el adherent tingui o no condició de consumidor es especialment rellevant per determinar si se li aplica la protecció addicional que atorga el control de transparència, concepte que explicaré a continuació.

3. Clàusules Abusives i els seus efectes

En el nostre Ordenament Jurídic, trobem la protecció dels consumidors contra les clàusules abusives a l'article 8 b) i als articles 80 a 90 TRLGCU i l'article 8 de la LCGC.

En aquest sentit, l'article 80.1 c) del TRLGCU determina que els contractes amb consumidor i usuaris que utilitzin clàusules no negociades individualment hauran de complir els requisits de la **bona fe i just equilibri** entre els drets i obligacions de les parts, el que, per definició, exclouria les clàusules abusives.

Per una altre banda, l'article 82 de la mateixa norma disposa que es consideraran abusives totes aquelles estipulacions no negociades individualment i totes aquelles pràctiques no consentides expressament que, en contra de les exigències de la bona fe, causin un desequilibri important en els drets i obligacions al consumidor i usuari que se'n derivin del contracte.

També hem de tenir en compte la normativa europea de defensa del consumidor. En aquest sentit, tenim la Directiva 93/13, l'informe IC 2000, així com nombrosa jurisprudència dictada pel Tribunal de Luxemburg⁶.

⁴ Aquest Reglament va ser derogat i refós pel Reglament 1215/2012 del Parlament Europeu i de Consell, relatiu a la competència judicial, el reconeixement i la execució de resolucions judicials en matèria civil i mercantil, però en aquest cas es d'aplicació perquè el procediment es va incoar abans del 10 de gener de 2015, que va ser quan va entrar en vigor.

⁵ Vid. Annex 3 per a més informació sobre aquesta sentència

⁶ Entre moltes altres, TJUE, sentències de 27/6/2000, C-240/1998; 10/5/2001, C-144/1999; 22/11/2001, C541/1999; 24/1/2002, C-372/1999; 7/5/2002, C-478/1999; 1/10/2002, C-167/2000; 21/11/2002, C-473/2000; 1/4/2004, C-237/2002; 9/9/2004, C-70/200321/2/2013, C-472/2011; 14/3/2013, C-415/2011; 21/3/2013, C92/2011, 30/05/2013, -397/2011 i 30/05/2013, C-488/2011.

Per explicar els requisits que ha de reunir una clàusula contractual per considerar-se abusiva, em remetré a la Sentència del Tribunal Suprem de 9 de maig de 2013⁷, així com a la regulació de la normativa Estatal i Europea^{8 9}.

En resum, i analitzant el que es desprèn de les normes citades, els requisits per considerar abusives les clàusules no negociades són:

1. Que es tracti de condicions generals predisposades i destinades a ser imposades en una pluralitat de contractes, sense negociar-se, en cap cas, de forma individualitzada.
2. Que causi un desequilibri important en els drets i obligacions derivats del contracte, en contra de les exigències de la bona fe.
3. Que el desequilibri causat perjudiqui al consumidor.

Respecte a la interpretació que se li ha de donar al concepte de “clàusula abusiva” (3.1 Directiva 93/13), el TJUE la ha anat delimitant amb la seva jurisprudència.

A la STJUE de 14 de març de 2013, va fixar una sèrie de criteris que haurà de seguir el jutge nacional per analitzar correctament si una clàusula es abusiva.

Segons aquesta sentència, per determinar si una clàusula causa al consumidor un “desequilibri important” entre els drets i obligacions que es deriven del contracte, hauran de tenir-se en compte les **normes aplicables** del Dret Nacional quan no existeixi un acord entre les parts (apartat 68).

I respecte a les exigències de la bona fe, la Sentència diu que el jutge nacional haurà de comprovar si el professional podia estimar raonablement que, si tractava al consumidor de forma legal i equitativa, aquest acceptaria la clàusula en qüestió (apartat 69). És a dir, per valorar si l’empresari ha complert amb els deures que exigeix la bona fe contractual, s’haurà de valorar si el contractant hauria acceptat la mateixa clàusula si hagués tingut la mateixa capacitat negociadora que l’empresari, enlloc de imposar-li la clàusula que s’està valorant si és abusiva.

⁷ STS 1916/2013

⁸ Normativa Nacional: Article 8.1 LCGC i art. 82.1 de la TRLGCU

⁹ Normativa Europea: Arts. 3.1, 4, 6 i 7.1 de la Directiva 93/13

Respecte als seus efectes, l'article 83 del TRLGCU estableix clarament que les clàusules abusives seran nul·les de ple dret i és tindran per no posades al contracte.

4 . C o n t r o l d ' A b u s i v i t a t

Hi ha dos controls d'abusivitat diferents per analitzar les clàusules contractuals, el control d'incorporació i el control de transparència.

4.1 Control d'incorporació

Aquest control és realitza sobre contractes d'adhesió amb condicions generals de la contractació. És indiferent si la part dèbil es un consumidor o un empresari/professional, ja que com explicaré, és un control molt objectiu.

Com ja avançava a l'apartat 1, no totes les condicions generals de contractació seran considerades abusives sinó que només ho seran aquelles que encaixin en la definició que dona l'article 82 de la TRLGCU.

En aquest sentit, la STS de 28 de maig de 2018 estableix que *“El control de inclusión o de incorporación supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. Mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de **cognoscibilidad** por parte* f g n " c f j g t g p v g " f g " n c u " e n " w u w n c u " s w g " u g " k p v g

En resum, amb aquest control es pretén esbrinar si l'adherent tenia coneixement efectiu del que estava firmant.¹⁰

D'aquests articles citats se'n desprenen dos filtres diferents i simultanis. El primer, el va establir la STS de 9 de maig núm. 241/2013, establint que, per superar-lo, era suficient que el predisposant acredités haver posat en disposició del contractant la **oportunitat real** de conèixer el contingut de les clàusules, independentment de si el adherent o el consumidor les havia entès, ja que com parlaré més endavant, la

¹⁰ Respecte a la legislació, el control d'incorporació està regulat als articles 5 i 7 de la LCGC.

comprensibilitat real te a veure amb el control de transparència, i no amb el d'incorporació.

Respecte al segon filtre, els articles 5 i 7 fan referencia a la **comprensibilitat gramatical i semàntica de la clàusula**.¹¹

En conclusió, per superar el control d'incorporació, ha de tractar-se d'una clàusula amb una redacció concreta, clara i senzilla, que permeti la comprensió gramatical normal i que el adherent hagi tingut la oportunitat real de conèixer en el moment de la celebració del contracte.

Si una clàusula no supera aquest control d'incorporació, haurà de ser declarada nul·la per abusivitat, tal i com estableix l'art. 8 de la LCGC.

4.2 Control de transparència

Respecte a aquest control, es essencial clarificar que no estava regulat a cap llei, sinó que té un origen jurisprudencial.

Són moltes les sentències que, amb el pas del temps, han anat matisant aquest concepte, però, tot seguint el refrany "Al César lo que és del César", el pare de la transparència en aquest país és l'ex-Magistrat del Tribunal Suprem, Francisco Javier Orduña Pérez, qui sempre s'ha considerat la veu dissident a la Sala Primera.¹²

La creació d'aquest control es justifica en l'article 4.2 de la Directiva 93/13, és a dir, el control de contingut (o control d'incorporació) no pot referir-se a l'adequació del preu i retribució, ni als serveis o béns que s'hagin de proporcionar com a contrapartida, o el que es el mateix, **n o c a p c o n t r o l d ' a b u s i v i t a t relativa al preu o a la contraprestació si no es transparent.**

Es per això que el control d'incorporació **només** es pot realitzar sobre elements **no essencials del contracte**, però; i que passa amb els elements essencials? Poden ser abusius i no estan sotmesos a cap tipus de control?

¹¹ Per a més informació, Vid. Annex 4

¹² La primera vegada que és parla d'aquest control es a la STS de la Sala 1a de 18 de juny de 2012

Totes aquestes preguntes són les que es plantegen a la sentència citada anteriorment, on és reconeix que hi ha d'haver dos tipus de controls diferents, un pels elements essencials i altre per elements no essencials del contracte.

Des del meu punt de vista, la aportació d'aquesta sentència es especialment rellevant en el sentit de diferenciar clarament aquests dos controls, on estableix que hi haurà un “control d'inclusió” i un “control de transparència” que **podran projectar-se sobre elements essencials** del contracte, mentre que el “control de contingut” o “control d'incorporació” no podrà fer-ho.

En aquest sentit, només se'ls hi aplicarà el control de transparència a les condicions generals de contractació on l'adherent **sigui un consumidor**. Així ho va establir la STS de 3 de juny de 2016, que fixava aquesta doctrina, on s'explica que el control de transparència no s'estén a la contractació de condicions generals si l'adherent no té condició legal de consumidor¹³.

Per tant, el control de transparència només es podrà realitzar sobre elements essencials del contracte i quan l'adherent sigui un consumidor, però, en què consisteix aquest control?

La Sentència que desenvolupa tota aquesta qüestió, i a partir de la qual va començar a crear-se un corrent doctrinal, es **la STS de 9 de maig de 2013**.

És tracta d'una sentència bastant llarga i carregosa, però a efectes del control de transparència, només ens interessa els fonaments jurídics onzè i dotzè.

Per començar, distingeix el control d'incorporació (o de contingut) dient que es independent de si el contracte se celebra entre empresaris o professionals, que si se celebra amb un consumidor. En qualsevol d'aquests casos, les condicions generals podran ser objecte de control per la via que estableixen els articles 5.5 i 7 de la LCGC (ja explicats anteriorment).

El Tribunal admet que **n o e s s u f i c i e n t h a v e r s u p e r a t e l** sinó que s'ha d'examinar i aplicar un “control de transparència” quan estiguem davant de contractes amb consumidors (apartat 204).

¹³ Doctrina confirmada per les SSTS de 20 de gener de 2017 i 30 de gener de 2017

Posteriorment, la Sala estableix que el control de transparència sobre els elements essencials del contracte tindrà per objecte determinar si l'adherent coneixia o va tenir la oportunitat de conèixer **la carga econòmica** que realment suposava el contracte que estava celebrant, entenent per carga econòmica el sacrifici patrimonial realitzat a canvi de la prestació econòmica que es pretén obtenir, com la **carga jurídica** del negoci, es a dir, la definició clara de la seva posició jurídica en els elements típics que configuren el contracte, així com **els riscos** que implicava celebrar-lo (apartat 210).

A l'apartat 211, continua el Tribunal dient: *“En este segundo examen, la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es **insuficiente** para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor **percibir** que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y **tener un conocimiento real** y razonablemente completo de **cómo juega o puede jugar en la economía del contrato**”*.

També en aquest sentit, el IC 2000 diu que el principi de transparència ha de garantir que el consumidor està en condicions d'obtenir, abans de la conclusió del contracte, la informació necessària per a poder prendre una decisió amb ple coneixement de causa.

Per altre banda, segons el professor Plaza Penadés¹⁴, el control de transparència respecte als elements essencials del contracte té per objecte que el client conegui o pugui conèixer aquelles condicions generals de la contractació que afectin a la carga econòmica que suposa el contracte, així com la prestació econòmica que obtindrà de la contrapart.

La no superació d'aquest control implica la nul·litat de la condició general de la contractació. En aquest sentit, la Sentència núm. 51/2018, de 9 de març, dictada pel JPI núm. 1 de Sant Feliu de Llobregat, declarava nul·la una targeta per no haver

¹⁴ Penadés, 2013

superat el control de transparència: “(...) *Debe declararse la nulidad de los contratos de las tarjetas de Crédito VISA objeto de auto, habida cuenta de la infracción por parte del Banco de los **deberes de información** y de la **falta de transparencia** pues hubo una falta absoluta de transparencia que impidió a los demandantes la posibilidad de comprender las consecuen* k c u " g e q p » o k e c u " f g n " e q p v t

En resum, hem pogut comprovar que aquests dos controls són ben diferents, però porten al mateix lloc.

La no superació del control d'incorporació **implica** la nul·litat relativa de la clàusula, que s'haurà de reinterpretar, reequilibrar o treure's del contracte i, excepcionalment, la nul·litat del contracte si afecta a l'equilibri de les prestacions o als elements essencials del mateix (consentiment, objecte, causa i forma).

La no superació del control de transparència també determina la nul·litat de la clàusula, que suposa la nul·litat o ineficàcia del contracte si en el moment en que l'adherent va prestar el seu consentiment **desconeixia** o no va ser informat degudament sobre aquests aspectes.

Més endavant, la Jurisprudència ha actualitzat l'abast del control de transparència, i ha inclòs el concepte “d'informació prèvia”.

En aquest sentit, la STJUE de 21 de desembre de 2016¹⁵ diu:

*õ 7 ~~A~~h~~o~~ra bien, a este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado que reviste una **importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración.** El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información.*

*51. Por lo tanto, el examen del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de una clàusula contractual relativa a la **definición del objeto principal del contrato**, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria*

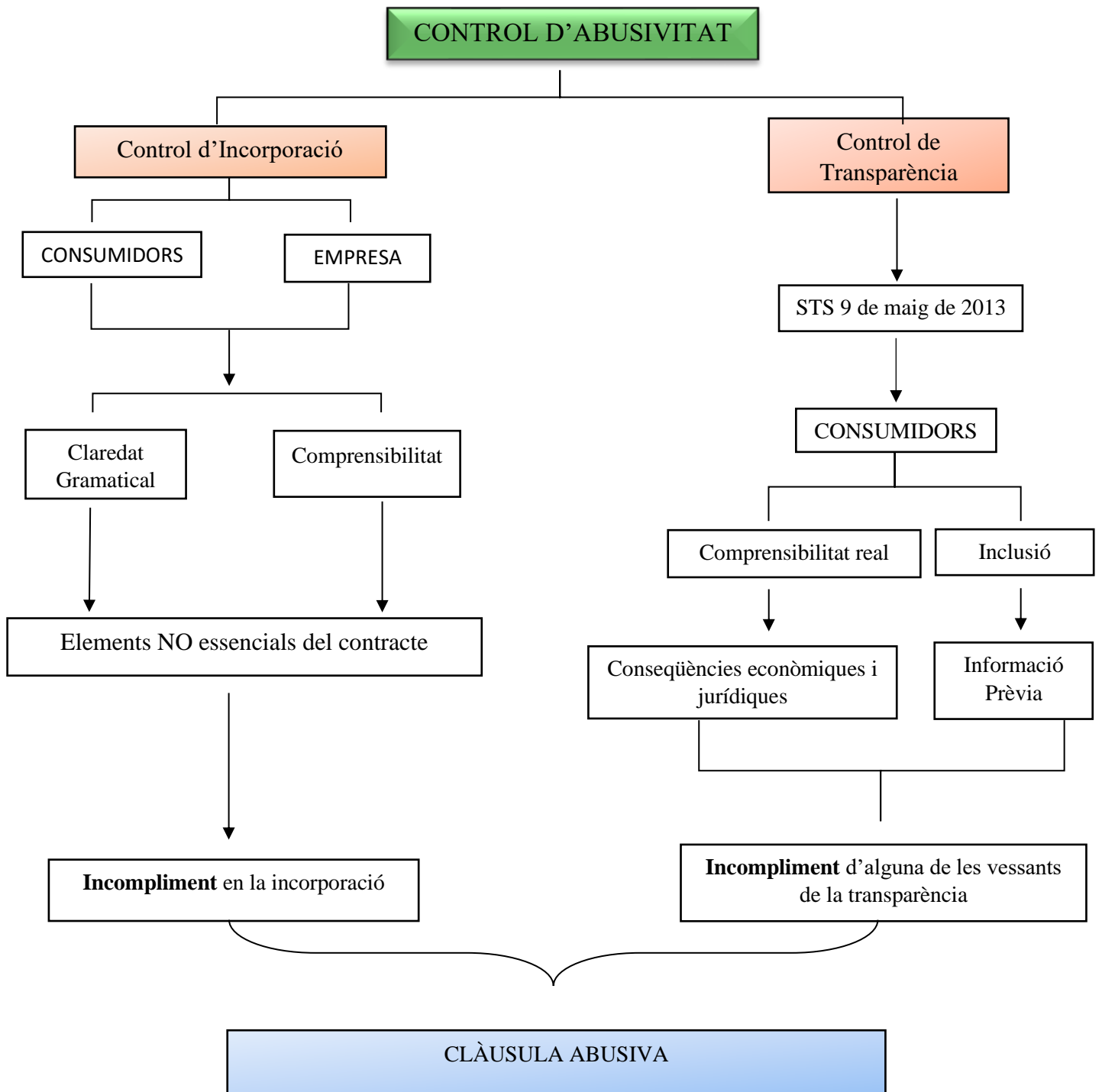
¹⁵ Assumptes acumulats C-154/14, C-307/15 i C-308/15

sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de esta g p " r c t v k e w n c t 0 ö

En qualsevol dels dos casos, si es considera que no s'ha superat algun dels dos controls, es considera que la clàusula es abusiva i que per tant, s'ha de declarar nul·la de ple dret.

Aquest control serà elemental de cara a explicar el problema amb l'IRPH, i és fonamental recordar tot el que s'ha explicat en aquest apartat.

4.3 Quadre Resum Control d'Abusivitat



CAPÍTOL II: LES TARGETES REVOLVING

Els controls explicats anteriorment s'apliquen particularment en cos i forma a cada un dels productes financers del mercat, per tant, haurem de veure com s'adeqüen a les targetes revolving.

La millor manera de definir aquest producte es acudir a la informació disponible de forma pública com la que es conté en el Portal del Client Bancari del Banc d'Espanya, que les explica de la següent manera: *“Son tarjetas de crédito en la que se ha elegido la modalidad de pago flexible. Te permiten devolver el crédito de forma aplazada mediante el pago de cuotas periódicas que varían en función de las cantidades dispuestas. Dentro de unos límites prefijados por tu banco, podrás fijar el importe de la cuota, pero sé consciente de que con cada cuota pagada el crédito disponible de la tarjeta se reconstituye, es decir, puedes volver a disponer del importe del capital que amortizas en cada cuota”*¹⁶.

De forma resumida, el que diferencia els crèdits revolving dels altres crèdits al consum és el següent:

1. No tenen un límit màxim de disposicions, però sí un límit màxim de capital
2. A mesura que es van realitzant disposicions, el crèdit va disminuint com si es tractés d'una targeta de crèdit o de dèbit, però quan el deutor paga la quota mensual, aquesta es **reincorpora** al capital del crèdit, de manera que **augmenta el crèdit disponible**.
3. Tenen una flexibilitat absoluta amb la forma de pagament de quota mensual

La atractiva (i enganyosa) característica d'aquestes targetes es precisament aquesta flexibilitat amb les quotes mensuals, és a dir, el pagament aplaçat.

La comoditat de pagar només una part del deute que s'ha adquirit mitjançant disposicions suposa deixar una part pendent, que generarà interessos. D'aquesta manera, si el que es paga sempre es menor del que es deu, els interessos del capital

¹⁶*Tipos de tarjetas ó Cliente Bancario, Banco de España, s.d.*

pendent per abonar es solapen amb els del mes següent, fins que el deute és tan gran que es difícilment assumible per un consumidor mig.

Inclús es pot donar el cas de no utilitzar més la targeta o inclús de destruir-la, i que se segueixin pagant quotes mensualment que, com que segueixen sense cobrir la totalitat, seguirà generant més interessos.

Una vegada arribats a aquest punt, o es fa un pagament total del deute (molt poques vegades assumible), o es va pagant poc a poc, però com que els interessos que genera són tan alts, es van solapant entre ells i pràcticament no s'amortitza el deute¹⁷.

Es aleshores quan es produeix aquest efecte “de bola de neu”, o el que el Suprem ha anomenat com a “deutors captius”¹⁸.

Tot això sense fer menció al anatocisme, fet que es produeix en aquest tipus de targeta quan els interessos no són coberts per la quota mensual i que al mes següent formaran part del deute, generant sobre si mateixos més interessos.

El fet de que es generin interessos sobre el capital pendent es lògic i coherent, el problema està que en aquestes targetes l'interès es altíssim. Concretament, la mitjana d'interès d'aquest producte ronda entre el 20% i el 30% TAE del capital pendent d'amortitzar.

No hi ha cap altre producte bancari que tingui aquest interès tan alt, i es per això que al final, s'ha acabat declarant **usurari**.

¹⁷ ASUFIN, Juny 2020; “*II D c t » o g v t q " V c t l g v c u " T g x q n x k p i ö*

¹⁸ STS 149/2020 de 4 de març, FJ 5: *õ * 0 0 0 + " G n " r t g u v c v c t k q " u k i w g " r c i c p f*
proporción correspondiente a intereses y poca amortización del capital, hasta el punto de que puede
convertir al prestatario ep " w p " f g w f q t " õ e c w v k x q ö 0

1. Llei de repressió de la Usura de 23 de juliol de 1908 (Llei Azcárate)

Respecte a aquest producte, els mètodes de protecció són els controls d'abusivitat ja explicats i la **usura**, que encara que són vies diferents, porten al mateix lloc.

És aquí on entra la llei del S.XX del jurista Gumersindo de Azcárate, que va impulsar la Llei de la Repressió de la Usura de 23 de juliol de 1908. És paradoxal, si més no, que una llei tan antiga fos la causant de tants maldecaps de la banca.

Aquesta llei va ser pensada originalment pels préstecs, i no pas pels crèdits, tal i com diu el seu article 9. Ara bé, el Suprem es va encarregar d'ampliar la protecció de la usura fins a qualsevol operació de crèdit substancialment igual al préstec, com no deixa de ser un crèdit revolving (STS, Ple, núm. 628/2015).

Respecte a la usura, tant l'article 1 de la Llei Azcárate la defineix com: *“ E c n k f c f ” del contrato de préstamo en que se estipula un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso, o en condiciones tales que resulte leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.”*

D'aquesta redacció es desprèn que serà nul tot aquell préstec que compleixi els requisits de la usura, tant els objectius com els subjectius.

No és necessari per això, que concorrin els requisits objectius i subjectius a la vegada, i així ho va entendre la STS núm. 406/2012, de 18 de juny, modificant la jurisprudència en aquest sentit, i establint que en els casos en que es compleixi un dels dos requisits, ja serà suficient per declarar nul el contracte de crèdit.

1.1 Requisits objectius de la usura

A) Interès notablement superior al normal del diner.

Aquest interès representa la TAE, que inclou dins del seu concepte, el TIN i les comissions associades al producte.

Es per això que el BDE requereix que la TAE aparegui obligatòriament en totes les liquidacions mensuals, o el banc incomplirà els seus deures de transparència al no facilitar al client la màxima informació sobre el crèdit¹⁹.

El concepte “interès notablement superior al normal del diner” es el que ha estat discutit per la jurisprudència, fins que el Suprem va aclarir la qüestió en la seva sentència del 2015.

En primer lloc, la STS núm. 869/2001, de 2 d'octubre establí que no s'ha de comparar el tipus d'interès aplicable al contracte amb l'interès legal del diner, sinó amb el del tipus de referència, es a dir, el tipus que ha de figurar al contracte es el *“normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad existente en esta materia”*

Aquest criteri va ser el que va adoptar també la STS núm. 628/2015, de 25 de novembre, que considerava *“Para establecer lo que se considera "interés normal" puede acudirse a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operae k q p g u " c e v k x c u " { " r c u k x c u 0 ö*

Però aquesta premissa no responia a la incògnita de **quina estadística** del Banc d'Espanya havia d'aplicar-se a les targetes revolving, fet que va portar a multitud de sentències contradictòries en instàncies menors²⁰. Aquesta situació no va quedar

¹⁹ *Obligación de informar de los tipos de interés aplicados - Cliente Bancario, Banco de España, s.d*

²⁰ SAP de Palma de Mallorca, Secció 3, núm. 311/2019, de 17 de setembre, que entenia que s'havien d'aplicar les estadístiques específiques del Banc d'Espanya sobre crèdits de pagament aplaçat, que van començar a publicar-se a partir de la Circular 1/2012 de 27 de gener. Un altre exemple, la Junta de Magistrats de les Seccions Civils de la AP de Madrid de 19 de setembre de 2019 va optar per aplicar les estadístiques del BDE generals de crèdit al consum.

resolta fins a la posterior STS núm. 149/2020, de 4 de març, punt que tractaré més endavant.

B) Manifestament desproporcionat a les circumstàncies del cas.

Respecte a aquest requisit, les dues sentències ja mencionades (2015 i 2020) parlen sobre la incapacitat del banc d'excusar-se en la existència de risc o circumstància excepcional que justifiqui el tipus d'interès tan elevat que s'aplica al client.

És a dir, el fet de posar aquest interès tan elevat s'haurà de justificar, i no serà suficient al·legar que hi ha un "risc" o una "circumstància excepcional". En aquest sentit, la jurisprudència també recorda que estem davant de contractes d'adhesió amb condicions generals de la contractació que no han sigut negociades i que s'incorporen en una pluralitat de contractes. Per tant, l'entitat bancària **haurà de justificar aquesta causa excepcional i el context que la provoca**, encara que suposi una inversió de la càrrega de la prova.²¹

També destaca el Tribunal que el fet que existeixi un índex alt d'impagaments en aquest tipus de producte no es causa suficient per imposar un interès tan elevat, ben bé al contrari, s'haurà d'imputar la responsabilitat al banc per haver concedit el crèdit d'una forma irresponsable i sense realitzar un estudi de solvència previ com es fa en qualsevol altre tipus de producte.²²

Clarament a les entitats bancàries no els hi interessa realitzar un estudi de solvència sobre aquest producte. Prefereixen realitzar la contractació de forma aleatòria i enganyosa, de manera que quan el consumidor se'n doni compte, tindrà un deute tan elevat que no sabrà ni per on començar.

I per acabar, respecte a aquest últim requisit, la STS núm. 149/2020, de 4 de març, torna a centrar-se en aquestes "circumstàncies excepcionals", i obliga al banc a

²¹ La justificació d'aquesta inversió de la prova es basa en la premissa següent: no pots fer pagar a tots els consumidors que uns pocs acumulin impagaments. Es per això que s'ha de realitzar un estudi de solvència previ, i quan un consumidor tingui indicis d'insolvència, se li podrà imposar un interès elevat.

²² "Corresponde al prestamista la carga de probar la concurrencia de circunstancias excepcionales que justifiquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo" (STS de 2015 i 2020)

comprovar quin tipus de públic s'acostuma a dirigir aquest producte. El TS descriu al públic més propens als crèdits revolving com “persones que per les seves condicions de solvència i garanties disponibles no poden accedir a altres crèdits menys gravosos”, es a dir, persones desesperades per aconseguir diners.²³

1.2 Requisits subjectius de la usura

“Condiciones tales que resulte aquel leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su

Des de que la jurisprudència va establir que no havien de concórrer a la vegada els requisits objectius i subjectius, aquest últim ha perdut molt de protagonisme. La definició del requisit com a concepte “lleoní” té l'origen en la fable del grec Esopo del segle VI a.C. titulada “les parts del lleó”.

En resum, “lleoní” es un concepte que descriu l'abús del més fort sobre el més dèbil, fet que precisament protegeix la Llei Azcárate. En aquest cas, serà el consumidor qui haurà de provar que es trobava en una situació d'angoixa que el va “forçar” a acceptar la usura, o bé tenia “inexperiència” o les seves facultats mentals no eren suficients per entendre el contracte que subscrivia (STS 6 de juny de 1942).

²³ STS 149/2020 de 4 de març, FJ 5: *“Han de tomarse además en consideración otras circunstancias concurrentes en este tipo de operaciones de crédito, como son el público al que suelen ir destinadas, personas que por sus condiciones de solvencia y garantías disponibles no pueden acceder a otros créditos menos gravosos, y las propias peculiaridades del crédito revolving, en que el límite del crédito se va recomponiendo constantemente, las cuantías de las cuotas no suelen ser muy elevadas en comparación con la deuda pendiente y alargan muy considerablemente el tiempo durante el que el prestatario sigue pagando las cuotas con una elevada proporción correspondiente a intereses y poca amortización del capital, hasta el punto de que puede convertir al prestatario en un deudor «cautivo», y los intereses y comisiones devengados se capitalizan para devengar el interés*

2. Efectes de la nul·litat per usura

La declaració de nul·litat d'un contracte per usura comporta la nul·litat radical, tal i com preveu l'art. 3 de la Llei de la Repressió contra la Usura, que equival, per la seva banda, a l'article 1303 del CC, es a dir, la restitució de prestacions.

En aquest cas, es calcularà quines quantitats ha disposat i quines quantitats ha abonat el consumidor. Si ha pagat de més, l'entitat bancària està forçada a restituir-li la diferència, i si encara li queda per pagar, estarà igualment obligat a abonar les quantitats pendents. Cal recordar que en aquest segon cas, el deute es considerablement menor que si no s'hagués declarat la nul·litat de la targeta, ja que es usual que una gran part del deute que et reclama l'entitat bancària siguin interessos.

3 . C o n t r o l d ' i n c o r p o r a c i ó i t r a n s p a r è n c i a

Sobre el control d'incorporació em reiteraré a l'apartat anterior on s'explica amb més detall. Respecte a les revolving, només es rellevant l'article 80 de la TRLGCU, que va referència als requisits mínims de les clàusules no negociades i imposades en contractes d'adhesió. Requisits que són, entre altres, la claredat, senzillesa i llegibilitat (mida de la lletra).

Respecte a aquest control sobre les revolving s'ha pronunciat la jurisprudència en nombroses ocasions²⁴, fen especial referència a la llegibilitat de les clàusules, ja que com més antic es el contracte, més difícil era de llegir²⁵.

Respecte el doble control de transparència, la jurisprudència²⁶ ha establert els conceptes **inclusió i comprensibilitat real**.

²⁴ Jutjats de primera instància del país que han acabat declarant la nul·litat dels contractes per abusius al no superar el control d'incorporació (JPI núm. 1 de Sant Feliu de Llobregat de 9 de març del 2018), així com diverses Audiències Provincials (SAP Madrid Secció 10a, de 23 de juliol de 2019; SAP Oviedo Secció 5a, de 13 de febrer de 2017; SAP Valladolid Secció 3a, de 04 de juny de 2019)

²⁵ Vid. Annex 5: Exemple de contracte revolving que no compleix el control d'incorporació, extret de Google imatges.

²⁶ Punts 213 i 215 de la STS (Ple de la Sala 1a) de 09 de maig de 2013.

Aquest control obliga a l'entitat bancària a facilitar una informació veraç, suficient i adequada (inclusió²⁷) que ens permetrà saber si el client va comprendre efectivament quines conseqüències tenia l'ús del crèdit sol·licitat. El banc també haurà d'assegurar-se que el client comprèn les **conseqüències econòmiques i jurídiques** de la contractació que realitza (comprensibilitat real²⁸)

Els efectes de no superar aquest control es la declaració de la nul·litat del contracte per abusivitat, ja sigui per incorporació o per transparència, que porta a la restitució de prestacions com a conseqüència principal (1303 CC).

4. Evolució Jurisprudencial: STS núm. 149/2020, de 4 de març

Com ja s'ha comentat, l'art. 1 de la Llei Azcárate exigeix un interès remuneratori notablement superior al normal del diner per declarar-lo usurari. Per això, la STS 626/2015 estableix un judici comparatiu entre les estadístiques públiques que facilita el BDE i que comparen els tipus d'interès pactats usualment en el mercat²⁹.

Però aleshores, on està la discrepància?

La discrepància neix en la determinació del element comparatiu, es a dir, si hem d'acudir a les estadístiques del BDE relatives a la categoria de crèdit del consum específic de les targetes revolving, o en canvi, a les dades generals sobre el crèdit del consum³⁰.

²⁷ Pel que fa a la Inclusió, a la pàgina web del BDE trobem la Memòria de Reclamacions del BDE en relació als crèdits al consum, i on podem trobar la informació mínima que haurà de proporcionar el banc abans i post contractació (Vid. Annex 6)

²⁸ Es recomanable que la entitat bancària hagi realitzat simulacions comparatives entre diferents productes bancaris perquè el consumidor pugui elegir entre les diferents opcions.

²⁹ "En " k p v g t ² u " e q p " g n " s w g " j c " f g " t g c n k | c t u g " n c " e q o r c t c por tanto, de compararlo con el interés n g i c n " f g n " f k p g t q . " u k p q " e q p " g n " k p v g e q p e w t t g p e k c " e q p " n c u " e k t e w p u v c p e k c u " f g n " e c u q " { " n c " p Á o 0 " : 8 ; 1 4 2 2 3 . " f g " 4 " f g " q e v w d t g + 0 " R c t c " g u v c d n g e g t " n acudirse a las estadísticas que publica el Banco de España, tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a las diversas modalidades de operaciones activas y pasivas (créditos y préstamos personales hasta un año y hasta tres años, hipotecarios, a más de tres años, cuentas corrientes, e w g p v c u " f g " c j q t t q . " e g u k q p g u " v g o r q t c n g u . " g v e 0 + ö 0

³⁰ Vid. Annex 7 amb els dos quadres comparatius.

La diferència es fonamental. Si agafem de referència les dades generals sobre el crèdit del consum, l'interès serà declarat usurari perquè no solen passar del 10% TAE, mentre que si agafem la mitjana de les revolving, que volta entre el 20% i el 30% TAE, la conclusió pot variar.³¹

I precisament, aquesta es la pregunta que es va plantejar al Suprem a través del recurs de cassació presentat contra la SAP de Santander, núm. 402/2019, de 9 de juliol, on es requeria que s'expliqués la interpretació correcta del requisit objectiu degut a les contradiccions entre Audiències Provincials i Jutjats de 1a instància.

En definitiva, se li sol·licitava que es pronunciés sobre quin és l'interès normal, o en el seu defecte, quines estadístiques del BDE són las que s'han d'agafar com a referència per determinar si un interès aplicat a una targeta revolving es usurari o no.

En la STS de 4 de març de 2020, el Tribunal recorda i confirma la jurisprudència de la STS de 25 de novembre de 2015, tot reconeixent que en aquella sentència no es matisava quina categoria concreta havia d'agafar-se com a referència³², excusant-se en que no se li va preguntar en el seu moment i que el BDE no publicava en aquella època tipus d'interès específics de targeta revolving³³.

Posteriorment, el Suprem determina que s'haurà d'aplicar el tipus mitjà d'interès **en el moment de la celebració del contracte**, corresponen a la categoria que correspongui a la operació creditícia qüestionada. Si existeixen categories més específiques (com passa amb les revolving a partir de l'any 2010), s'haurà d'utilitzar la categoria específica.

³¹ Les dades específiques dels quadres revolving volta entre el 15 i el 20%

³² En la STS de 2015, utilitzava les paraules següents: *“tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipo de interés que aplican a diversas modalidades de operaciop g u " c e v k x c u " { " r c u k x c u ö*

³³ Aquest matís es d'especial importància perquè a dia d'avui encara no s'han publicat dades específiques anteriors a juny del 2010

Per tant, per determinar la usura, la qüestió jurídica queda resumida de la següent manera:

- J Es absolutament necessari saber l'any de contractació de la targeta, ja que aquesta data marcarà quin tipus d'interès s'hauria d'haver aplicat
- J S'aplicarà els tipus d'interès de crèdits del consum general als contractes anteriors a juny de 2010 (ronden el 10% TAE)
- J S'aplicaran les estadístiques concretes de les targetes revolving als contractes posteriors a juny de 2010 (ronden el 20% TAE)

Si la targeta revolving es anterior al 2010, el consumidor té moltes possibilitats d'aconseguir declarar-la com a nul·la i recuperar els diners. En canvi, si el consumidor va contractar la targeta post 2010, la qüestió serà discutida.

Tot i així, veig dos problemes principals en aquesta sentència. El primer es que el Tribunal perd la oportunitat de determinar un tipus màxim d'interès que sí o sí serà usurari, deixant aquesta qüestió a discrecionalitat del jutge.

Per exemple, en el cas que jutjava la STS de 4 de març de 2020, declarava usurari un interès TAE de 26,82% tenint en compte que se li havia d'haver aplicat un 20%, però que passaria si l'interès pactat es d'un 23% o un 24% TAE? Seguiria sent declarat usurari?

Quan s'ha de considerar un interès usurari? Quan estigui més de 2 punts per sobre de l'estadística que s'hauria d'haver aplicat? 2,5? 3? 4?.

En aquest cas el Suprem fa els deures a mitges. Deixa clar quin interès s'ha d'aplicar, però no es contundent amb la Banca i amb aquest tipus de producte que, francament, està destinat a consumidors desesperats que assumiran, coneixent-ne o no les conseqüències, un interès tan elevat.

Amb tot això, es planteja una altra qüestió. Realment el que diu el Suprem es que s'ha d'agafar les estadístiques del BDE i comparar amb l'interès aplicat. A partir del 2010, aquestes estadístiques versen entre 15% i 20% TAE, i es aquí on invito a la reflexió: Un contracte de targeta revolving de l'any 2019 a 21,99% TAE no és considerat abusi segons la jurisprudència del Suprem, però, realment està justificat aquest interès tan alt ?

No hi ha cap altre producte bancari que tingui una TAE tan elevada en comparació, però el fet de que el BDE dicti aquestes estadístiques es suficient per no considerar-ho usurari?

I paral·lelament, les estadístiques que publica el BDE es una mitjana que realitza sobre els interessos que imposen tots els Bancs amb les revolving, però això vol dir, que si la banca es posés d'acord i **imposés** tots a la vegada un interès del 40% TAE, la estadística pujaria i quan es volgués determinar usurari, per exemple, un contracte revolving amb un interès TAE del 30% , seria declarat legal segons la doctrina del Suprem.

Per tant, com ja hem vist, es resol una qüestió que havia donat fruit a multitud de sentències contradictòries entre el 2015 i el 2020, però això no soluciona pas la qüestió de que les revolvings, pel sol fet de existir, son un producte abusiu. No pot ser que el Suprem digui que un consumidor pugui arribar a ser un “deutor captiu” amb un interès del 26,82% TAE, però permeti un interès del 22 o 23% TAE, perquè s'apropa més a l'estadística del BDE, quan la realitat es que qualsevol interès per sobre del 15 % pot arribar a generar aquest efecte de “deutor captiu”, i que en un cas d'una targeta actual amb un interès del 22 % TAE, el consumidor no té més remei que pagar el deute astronòmic o seguir acumulant-lo al llarg de la seva vida.

S'ha d'entendre que la majoria de consumidors no poden fer una vessa per desemborsar completament el deute que se'ls hi reclama, i en els casos que han tingut la mala sort de contractar post 2015, on molts bancs ja havien reduït els interessos per no anular les targetes, la justícia no els empara ni té en compte la teva situació.

Si per desgràcia, el jutge de primera instància desestima la teva pretensió, la majoria de consumidors no poden permetre's acudir a la segona instància, ja no pel cost que suposa, sinó pel risc de tornar a ser desestimats. En canvi, en aquestes targetes que hi ha marge d'interpretació, el banc sempre té recursos i temps per acudir a 2^a instància, aconseguint moltes vegades una revocació de sentència.

En conclusió, sí que és cert que el Suprem va saber solucionar un problema greu que afectava a una multitud de consumidors (no com l'IRPH), però se't queda un

sabor agredolç de saber que molts consumidors no poden ni plantejar-se una litigació contra el banc i no tenen més remei que pagar el deute que tenen pendent, o el que és pitjor, endeutar-se encara més per amortitzar aquell deute que, mes rere mes, generarà interessos.

CAPÍTOL III: IRPH

1. Concepte

La clàusula IRPH es un mètode per calcular l'interès que s'ha de pagar al banc que t'ofereix el préstec. A la pràctica, figurava en totes aquelles hipoteques de tipus variable que optaven per l'IRPH en lloc de l'Euríbor.

En el seu moment hi havia fins a tres tipus d'IRPH (IRPH Caixes, IRPH Bancs i IRPH Entitats), fins que al 2013 el BOE no va publicar la mitja d'octubre de Caixes i Bancs, donant per finalitzat els seus efectes³⁴.

Amb el temps s'ha vist que moltes hipoteques ajustades a l'euríbor pagaven molts menys interessos que les de IRPH, i es precisament aquest fet que ha portat a un allau de reclamacions judicials contra les entitats bancàries, al considerar aquesta clàusula abusiva³⁵

L'encarregat de calcular-lo es el Banc d'Espanya, que recapta tota la informació sobre les hipoteques constituïdes a Espanya amb una durada de més de 3 anys per cada entitat. L'IRPH d'entitats surt de la mitjana aritmètica entre l'interès de cada entitat.^{36 37}

³⁴ L'IRPH de Caixes i Bancs va ser substituït per l'índex d'Entitats o per l'Euríbor, de manera que tots els consumidors que tenien aquests índexs van observar una notable reducció a la seva quota hipotecària, mentre que els que tenien IRPH d'entitats van seguir igual. (*Muere el IRPH de bancos y cajas: el BOE no publica la media de octubre, s.d*)

³⁵ L'IRPH es va comercialitzar venent-se com un índex més favorable que l'Euríbor, cosa que s'ha vist impossible per la seva manera de ser

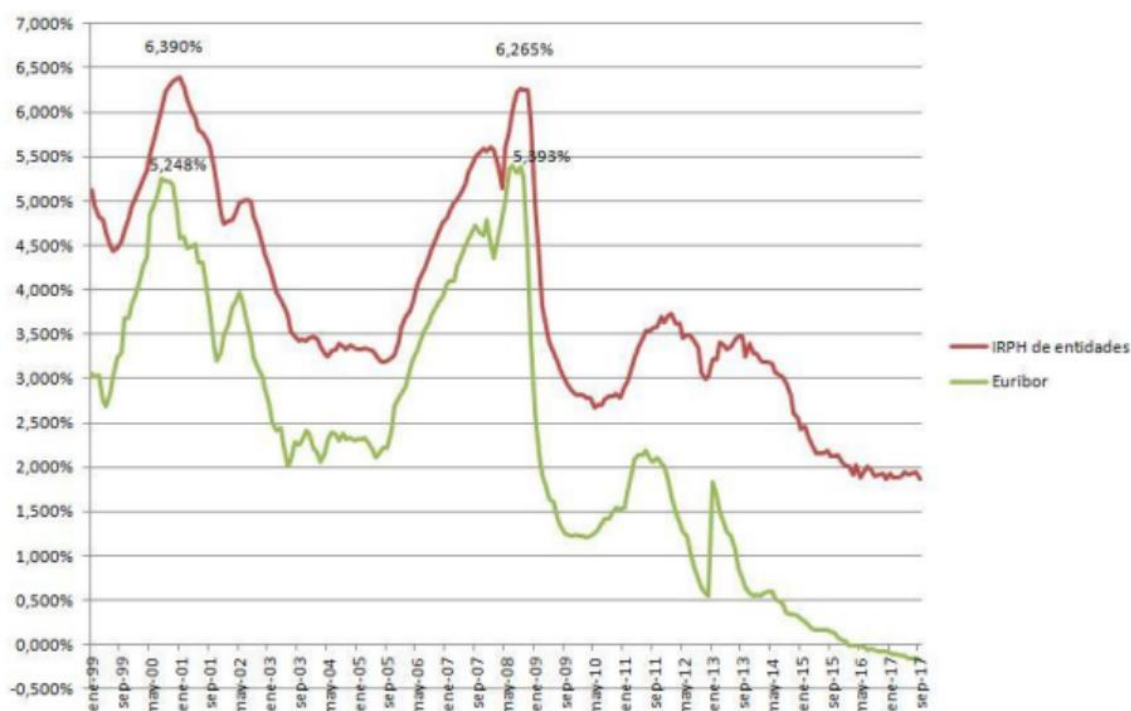
³⁶ El càlcul de l'IRPH entitats està explicat a l'article 27 de la Ordre EHA/2899/2011, de 28 d'octubre, de transparència i protecció del client de serveis bancaris. Referint-se a l'IRPH d'entitats, diu: "*Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de 3 años, para adquisición de vivienda libre, concedidas por las entidades de Crédito en España.*"

³⁷ L'annex 8 de la Circular 5/2012 del BDE defineix l'IRPH del conjunt d'entitats com: "*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 3 años, para*"

També es de domini públic que l'IRPH no recull un tipus d'interès com a tal, sinó que recull la TAE, és a dir, en el seu càlcul inclou **interessos i comissions**.

La idea d'aquest índex era que podia ser menys volàtil que l'Euríbor en aquell moment, el que suposava un benefici i una certa protecció pels consumidors davant del mercat, però com s'ha demostrat posteriorment, tots els consumidors que van contractar una hipoteca amb IRPH han acabat pagant més que si l'haguessin contractat amb Euríbor. Aquesta afirmació va ser molt més evident quan al febrer del 2016, l'Euríbor va entrar en negatiu per primera vegada a la seva història, mentre que l'IRPH es va mantenir al voltant del 2%³⁸.

Adjunto una gràfica comparativa entre Euríbor i IRPH per il·lustrar la diferència d'índex durant aquests anys³⁹:



adquisició de vivenda lliure, que hagen sigut iniciades o renovades per los bancos y las cajas de ahorro en el mes a que se refiere el índice.

³⁸ El Euríbor de las hipotecas se sitúa en negativo por primera vez / Economía / EL PAÍS, s.d.

³⁹ Imatge extreta de: <https://futurlegal.com/2020/03/08/irph-vs-euribor/>

Inclús durant els anys 2019 i 2020, la diferència entre aquests dos índexs ha sigut substancial. Entre hipoteca variable referenciada a IRPH i una hipoteca referenciada a Euríbor hi ha més de 2 punts percentuals.

Mes	IRPH	Euribor	Diferencia
Enero 2019	2,022%	-0,116%	2,138%
Febrero	2,056%	-0,108%	2,164%
Marzo	2,039%	-0,109%	2,148%
Abril	2,017%	-0,112%	2,129%
Mayo	2,052%	-0,134%	2,186%
Junio	2,041%	-0,190%	2,231%
Julio	1,836%	-0,283%	2,119%
Agosto	1,913%	-0,356%	2,269%
Septiembre	1,825%	-0,339%	2,164%
Octubre	1,806%	-0,304%	2,11%
Noviembre	1,803%	-0,272%	2,075%
Diciembre	1,807%	-0,261%	2,068%

Per exemple, si considerem una IRPH +0,25% i un Euríbor +0,75%, resulta que un hipotecat que encara deu 180.000€, se li revisa la hipoteca amb les referències de juliol, suposant que la hipoteca estigués a 20 anys, pagaria:

1. Mensualitat hipoteca IRPH: 918€
2. Mensualitat hipoteca Euríbor: 796€

Una diferència mensual de 122€, que esdevé un sobre cost de **1 4 9 per €** per tenir una Hipoteca IRPH vs. Euríbor, sense sumar el perjudici econòmic si va dècades que es va contractar⁴⁰.

⁴⁰ IRPH vs Euribor: comparativa de los índices hipotecarios ó Futur Legal, s.d.

Per tant, a la pregunta de que es l'IRPH, tots i cadascun dels consumidors que el van contractar haurien de saber-ne la resposta, ja que sens dubte haurien d'estar informats de les característiques que es deriven d'aquest índex, que determinarà en els pròxims anys l'evolució del preu de la seva quota hipotecaria i, per tant, una de les despeses més rellevants de la seva vida.

Aquesta realitat demostra que una multitud de consumidors que van contractar una hipoteca referenciada amb IRPH no estaven suficientment informats ja que amb el pas del temps i les fluctuacions de mercat, han observat com l'índex que van contractar i que semblava més favorable que l'Euríbor, ha resultat ben be el contrari.

El problema d'arrel es, com sempre, el coneixement del consumidor sobre el producte que ha contractat, distingint entre la informació "de base" que havia de tenir i la informació que havia de proporcionar la entitat financera.

Aquest grau d'exigència en la informació sobre l'IRPH que havien de transmetre les entitats financeres als consumidors es el que ha causat la discrepància entre Tribunals de primera instància, fins que el Suprem es va pronunciar, no per resoldre la qüestió, sinó per atiar encara més la flama, fent cas omís a la jurisprudència Europea.

Resumidament, l'advocat José María Erauskin, dels primers en combatre aquest índex als tribunals, explica quina es la informació que hauria d'haver proporcionat el banc al client.

Segons les seves pròpies paraules, i posant-se en el lloc de l'entitat bancària, s'hauria d'haver explicat el següent⁴¹:

“Mire usted, su préstamo lo vamos a referir a un índice llamado IRPH. Que sepa usted que este índice lo calcula el Banco de España mensualmente, haciendo una media de los costes totales de los préstamos que se han suscrito el mes pasado.

⁴¹ [Vídeo completo] IRPH: José María Erauskin sobre la postura del Tribunal Supremo - YouTube, s.d.

Estos costes totales incluyen el índice, habitualmente el Euribor, los diferenciales, las comisiones aplicadas y los gastos de las operaciones. Todo eso, señor, es el IRPH.

Por lo tanto, que sepa Usted que su préstamo siempre va a estar por encima del Euribor. Siempre. Porque el Euribor forma parte del IRPH.

Que sepa usted que cuando suba el Euribor el IRPH también va a subir. Pero, en cambio, cuando baje el Euribor el IRPH no tiene porqué bajar. Porque con las comisiones y los gastos podemos equilibrarlo y mantenerlo estabilizado sin que baje.

Y además, tiene que saber que va a pagar las cosas dos veces como las comisiones los gastos, los diferenciales de las operaciones del mes pasado. Y además, la suma de su diferencial, sus comisiones y sus gastos.

Además, le voy a entregar un folleto para que usted vea que lo que le digo es verdad. Y para que usted vea que, desde siempre, el IRPH ha estado por encima del Euribor. Y va a estarlo siempre porque no puede ser de otra manera.

Así que le pregunto: ¿Quiere w u v g f " g n " r t ² u v c o q " c n " K T R J " q " r t

Es a dir, en quatre paraules es pot explicar perfectament tots els detalls i enganys de l'IRPH, i sobretot ensenyar que si contractes una hipoteca amb IRPH sempre pagaràs més que si l'haguessis contractat amb Euríbor.

Amb tot això, creu el lector que hi hauria una sola hipoteca IRPH si el banc hagués informat degudament?

2. Cronologia dels fets

En aquest apartat tractaré els antecedents que ha tingut l'IRPH i el tractament que ha tingut als tribunals, passant pel Suprem i pel TJUE.

Tot comença quan ASUFIN presenta la primera demanda col·lectiva contra Caixabank, per posteriorment presentar demandes contra BBVA, Bankia, Uci i Banc Sabadell⁴². Aquesta demanda arriba al Suprem, que dicta la Sentència de 14 de desembre de 2017.

2.1. STS de 14 de desembre de 2017⁴³

Durant la causa va quedar acreditat que la entitat financera (Kutxabank) no havia proporcionat informació específica al consumidor sobre les particularitats i el funcionament de l'IRPH Entitats tant en la fase precontractual, com en els fases de perfecció i execució del contracte.

Tant el Jutjat de lo mercantil núm. 1 de Vitòria com l'AP d'Àlaba van acordar que no sabia superat el control de transparència.

Conclou la AP que tot i que l'IRPH es un índex oficial i que encara que no consti que la entitat bancaria l'hagi pogut manipular, es tracta d'una clàusula abusiva al no haver-se proporcionat informació suficient al client sobre el càlcul de l'IRPH, ni sobre el seu comportament en els anys anteriors, la diferencia entre altres índexs oficials, gràfics, ni se li va oferir un altre índex, com l'Euríbor, perquè escollís.

És a dir, no s'havia superat el **c o n t r o l d ' i n c l u s i**, óausant lad e **c o m p r e** nul·litat de la clàusula.

No obstant, va arribar el Suprem per casar la sentència, al·legant que dins del control de transparència que resulta propi d'aquest tipus de condicions generals de

⁴² *Asufin presenta la primera demanda colectiva para exigir la nulidad del IRPH, s.d.*

⁴³ (ECLI:ES:TS:2017:4308)

contractació, s'havia complert el nivell de diligència que se li havia d'exigir a l'entitat financera.

El Ple de la Sala Primera considera que, per un consumidor “*normalment informado*”⁴⁴, resulta *apsonzill* “comprovar els diferents índexs d'interès variable que s'utilitzaven a la pràctica bancària (informació pública al cap i a la fi), i que la mera referència de l'entitat pública a un tipus oficial com l'IRPH Entitats era suficient perquè es consideres complert el control de transparència per part de l'entitat bancària.

D'aquesta Sentència només és salva l'excel·lent Vot particular del ara Ex-Magistrat Javier Orduña, que posa èmfasi en la informació existent entre l'entitat financera i el consumidor i considera, a partir d'aquesta premissa, que se li ha d'exigir a Kutxabank un **p l u s** **d' i al consumidor** respecte a l'abast i funcionament concret de l'IRPH, perquè tot i que reconeix que un consumidor mig pot conèixer els índexs de referència que fluctuen al mercat, no necessàriament ha de saber que tots els índexs fluctuen de la mateixa manera, a no ser que se li informi, així com tampoc te perquè saber preveure el futur comportament de l'IRPH.

⁴⁴ Aquesta expressió que utilitza la Sala deriva literalment de la jurisprudència comunitària (STJUE 13 de gener de 2000, Estée Lauder Cosmetics GmbH & Co. OHG Vs Lancaster Group GmbH).

2.2. Conseqüències del vot particular. Qüestions prejudicials

El vot particular va donar via lliure al JPI núm. 38 de Barcelona per elevar una qüestió prejudicial al Tribunal de Justícia de la Unió Europea, a l'Assumpte C-125/18, que consta de 3 qüestions prejudicials⁴⁵:

A) Es d'aplicació la Directiva 93/13 sobre l'índex IRPH, o aquest índex de referència queda sotmès a l'exclusió prevista a l'Art. 1.2 de la mateixa?

B) Es contraria a la Directiva 93/13 i al seu art. 8 que un jutge Espanyol invoqui l'art. 4.2?

C) Quines són les conseqüències d'una eventual declaració del caràcter abusiu de la clàusula que incorpora l'IRPH com a tipus de referència del préstec hipotecari?

A aquestes preguntes, el TJUE, en la seva Sentència de 3 de març de 2020, respon:

1.- La clàusula d'un préstec hipotecari que estipuli que el tipus d'interès es basa en un dels índex de referència oficials, està subjecte a la Directiva 93/13 sempre que la clàusula no s'incorpori al contracte per una norma imperativa o supletòria (Apartat 37)

2.- Els tribunals de l'Estat **estan obligats** a controlar la transparència d'una clàusula que reflexa l'objecte principal del contracte, al marge de si l'art. 4.2 de la Directiva 93/13 s'ha transposat o no (Apartat 47)

3.- Per considerar una clàusula transparent no només es necessari que ho sigui de manera formal i gramatical, sinó que un consumidor mig ha de poder **comprendre** el funcionament concret del càlcul del tipus d'interès i les **conseqüències econòmiques** de la clàusula. Es requereix a l'entitat financera la publicació del càlcul i que es comuniqui al client la informació sobre l'evolució anterior de l'índex (Apartat 56).

⁴⁵ Per a les preguntes completes, Vid. STJUE de 3 de març de 2020, apartat 26

4.- En cas de nul·litat de l'índex el jutge el pot substituir **per un altre legal supletori** a falta d'acord, sempre que el préstec pugui subsistir sense la clàusula abusiva i no sigui especialment perjudicial per al consumidor (Apartat 67).

En aquest context, era d'esperar que el Tribunal Suprem seguís el camí marcat per Europa, i en especial, el de l'apartat 56, conforme descrivia amb claredat en quina situació una clàusula d'IRPH superava els controls de transparència.

Enlloc d'això, el Suprem fa ben bé el contrari.

2.3. Divendres 13 de novembre de 2020

Es van notificar i publicar les quatre Sentències del Ple de la Sala Primera del Tribunal Suprem (núm. 595,596,597 i 598).

Les quatre sentències tenien un patró comú, tant en l'argumentari com en la decisió adoptada, arribant a la conclusió que les clàusules analitzades **no eren transparents, però tampoc podien ser considerades abusives**.

Totes elles contenen un vot particular del Magistrat Arroyo Fiestas, que considera que sí hauria d'haver-se declarat la nul·litat de la clàusula IRPH i que per tant, s'hauria d'haver substituït l'IRPH per l'Euríbor. Al declarar aquesta clàusula com a nul·la i substituir l'índex IRPH per l'Euríbor, seria d'aplicació l'art. 1303 del CC, i per tant, el banc hauria d'abonar al consumidor totes les quantitats que ha estat pagant de més durant els anys d'hipoteca.

A continuació, analitzaré més amb detall quins són els arguments que fa servir el Suprem per desestimar la pretensió del consumidor, i perquè en la meua opinió i aquesta decisió està equivocada.

3. STS núm. 595/2020 de 12 de Novembre de 2020. Una tornada a la inseguretad jurídica

Comença la Sala recordant les exigències que va establir el TJUE per considerar complert el control de transparència (apartats 52 a 54 STJUE 3 de març de 2020). En un petit resum, serien els següents:

(i) La publicació, a través del BOE, dels elements principals relatius al càlcul del IRPH de les caixes d'estalvi, de manera que “resultin fàcilment assequibles a qualsevol persona que tingues la intenció de contractar un préstec hipotecari”; en concret, afirma el TJUE que *“esta circunstancia permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz 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 el contrato de préstamo hipotecario en cuestión, ese índice se redondeaba por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en*

(ii) El compliment de l'entitat de crèdit de l'obligació d'informar als consumidors de *“cual había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible”*.

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*

Segons les pautes del TJUE, es clar que el banc no va complir amb els seus deures de transparència, i es una qüestió que el Suprem no entra a discutir, però es aleshores quan, en el seu punt cinquè, fa una volta de campana en el seu propi argumentari per salvar, una vegada més, a la banca. Vegem-ho:

Per començar, la Sala exposa que el sol fet de que una clàusula no sigui transparent no implica necessàriament que sigui abusiva, argumentant que, respecte als elements essencials del contracte (preu i prestació), es desprèn de l'art. 4.2 de la Directiva 93/13, que els controls de transparència i abusivitat són **diferents i el primer és un antecedent del segon**.

Per argumentar aquesta postura, el Suprem cita jurisprudència del TJUE que estableix que, respecte als elements essencials del contracte, només es fa el judici d'abusivitat una vegada apreciada la falta de transparència (SSTJUE de 30 d'abril de 2014, C-26/13 (TJCE 2014, 105) , Kásler ; de 26 febrer de 2015, C-143/13 (TJCE 2015, 93) , Matei ; de 20 de setembre de 2017 (TJCE 2017, 171) , C-186/16, Andriuc ; de 14 de març de 2019 (TJCE 2019, 39) , C-118/17, Dunai ; i de 5 de juny de 2019 (TJCE 2019, 101) , C-38/17, GT).

Es a dir, en aquests casos, la declaració de falta de transparència seria una condició necessària, però no suficient, per la apreciació de d'abusivitat (SSTS e171/2017, de 9 de març (RJ 2017, 977) ; 538/2019, de 11 de octubre (RJ 2019, 3852) ; 121/2020, de 24 de febrer (RJ 2020, 486) ; y 408/2020, de 7 de juliol (RJ 2020, 2298)).

Seguidament es remet a les clàusules terra (ja que com veurem, amb aquest producte havia dit exactament el contrari) on al·lega que és amb aquest producte bancari on únicament s'ha assimilat la falta de transparència amb la abusivitat i que eren supòsits molt concrets, ja que les condicions generals amagaven un element enganyós, on s'aparentava un interès variable quan realment s'estava establint un interès fixe només variable a l'alça que provocaven *“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”*

Finalment, constata la Sala que **es un fet** que l'empresari no va oferir la informació exigida per la normativa de transparència bancaria, i en particular, tampoc va advertir sobre quina havia sigut l'evolució de l'índex en els últims 2 anys anteriors a la firma del contracte, tal i com exigeix la jurisprudència europea.

Es a dir, no hi va haver transparència per part de l'entitat bancària, però es quan fa el control d'abusivitat (que segons aquesta tesi són dos fases diferenciades) tampoc aprecia abusivitat.

Per al control d'abusivitat, es remet a l'art. 3.1 de la Directiva 93/13, que diu: "*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*

q d n k i c e k q p g u " f g " n c u " r c t v g u " s w g " u g " f g t k x c p "

Doncs segons el Suprem, no hi va haver mala fe per part de l'entitat bancària, ni el fet de no informar degudament al consumidor causa un desequilibri important entre les parts.

4. Tesi del Ex-Magistrat Javier Orduña. Anàlisi

En el seu article⁴⁶, Orduña explica que el Suprem fa una interpretació restrictiva del principi de transparència i vulnera les pròpies directius que ha marcat el TJUE sobre la interpretació de la pròpia Directiva 93/13.

Tot i que és cert que la valoració del caràcter abusiú d'una clàusula predisposada correspon als òrgans jurisdiccionals nacionals, això no implica que el Suprem pugui ignorar les directius sobre la interpretació de la Directiva⁴⁷.

Es d'important rellevància ressaltar que el TJUE ha qualificat la protecció que proporciona la Directiva com un assumpte “d'interès públic”, connexa al correcte funcionament del mercat intern (Art. 169 TFUE) i als drets fonamentals de la UE (Art. 38 de la Carta), així com als assumpte C-168/05, C-243/08 i C-26/13.

Aquest interès públic que ofereix la Directiva pretén protegir els drets bàsics del consumidor a ser informats correctament per poder comparar i decidir segons els seus interessos i preferències. Per tant, la conclusió que arriba Orduña es que la vulneració directa d'aquest dret bàsic comporta **implícitament** la abusivitat, ja que aquest comportament es clarament antijurídic.

Per tant, la interpretació restrictiva que fa el Suprem no pot cabre en aquesta matèria, i així ho ha entès la jurisprudència del TJUE (SSTJUE 3 de març de 2020 (C-125/18) i de 9 de juliol 2020 (C-452/18)) relatives a l'IRPH i a la novació de les clàusules terra, on en els seus apartats 50 i 44 estableixen que la transparència a la que obliga la Directiva “ **h a d ' i n s t e r f e r e m a n e r a c a u s a d e l e n s i v a** ” seu interès públic.

⁴⁶ *Doctrina jurisprudencial del TJUE: claves conceptuales a propósito del IRPH, Revista de Derecho vLex - Núm. 198, Noviembre 2020.*

⁴⁷ Guia que va emetre la Comissió Europea en el Comunitat de 27 de setembre de 2019 , on s'il·lustra sobre el mètode d'interpretació i el seu caràcter vinculant respecte a “com” s'ha d'aplicar la Directiva 93/13 per a brindar als consumidors una tutela judicial efectiva (entre altres assumptes, C-243/08, C-415/11, C-421/14, C-96/16, C-94/17 y C-118/17).

Respecte a la abusivitat, els arts. 3.1 i 4.1 de la Directiva estableixen que perquè una clàusula sigui abusiva, aquesta haurà d'anar en contra de les exigències de la bona fe i causar un desequilibri important en els drets i obligacions de les parts, en perjudici del consumidor.

Com ja hem vist, la interpretació que fa el Suprem d'aquests articles estableix que el control de transparència es un pas previ a la abusivitat, i en això basa l'afirmació de "la no transparència no té perquè causar la abusivitat".

Ara bé, segons Orduña, aquesta interpretació es metodològicament incorrecta, ja que en sí mateixa entranya una interpretació restrictiva de l'abast de la transparència i condueix a una decisió injustificada.

Citant literalment les paraules del Ex-Magistrat < " ò n c " h q t o w n c e k » p " f g n " 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 q " r g t l w k e k q " f g n " e q p u w o k f q t 0 ö

Es a dir, agafant la literalitat de l'article 3.1, s'arriba a la conclusió que la falta de transparència comporta l'incompliment d'un deure especial i essencial de l'entitat bancària, i que sens dubte, **c a u s a u n d e s e q u i l i b r i e n e l d r** **assisteix al consumidor.**

Aquesta interpretació extensiva es també la que ha desenvolupat de forma reiterada el TJUE, equiparant la falta de transparència i el caràcter abusiu de les clàusules contractuals de forma conjunta (assumpes C-92/11, C-26/13, C-191/15 i els assumpes acumulats C-70 i C-179/17, entre molts altres).

I es precisament aquest criteri metodològic el que ha fet servir el mateix Suprem en les sentències que han incorporat la doctrina del TJUE sobre la nul·litat de les clàusules terra i la nul·litat parcial de les clàusules relatives al préstec multividua (STS 367/2017, de 8 de juny i 608/2017, de 15 de novembre, respectivament).

Es més, el propi Suprem en les seves sentències núm. 138/2015, de 24 de març i 334/2017, de 25 de maig explicava: *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 met e c f q ö 0*

Per tant, es elemental coincidir en que la falta de transparència priva al consumidor d'una informació substancial sobre un element essencial del contracte (la determinació del preu) que comporta que la clàusula sigui considerada abusiva, ja que el perjudici ve implícit al privar-li al consumidor una decisió lliure i informada.

Intentar argumentar el contrari amb l'IRPH es incoherent (ningú entén que es pugui vulnerar un dret bàsic i el principi de bona fe i que no porti conseqüències) sinó també injustificat, ja que l'argument que es fa servir en les SSTS núm. 585/2020 i 595/2020, en els apartats 22 i 1 del fonament cinquè, respectivament, justificant que amb les clàusules terra i els préstecs multividua la abusivitat només es donava perquè es considerava que les clàusules eren “enganyoses” es senzillament **erroni**, ja que la vulneració del principi de transparència en la comprensió d'un element essencial del contracte que ha de comportar directament aquesta abusivitat.

Afirmar ara que els elements relatius al càlcul del IRPH eren fàcilment assequibles per qualsevol persona, simplement per estar publicat en el BOE, es en sí una interpretació restrictiva i demostra un profund desconeixement de la realitat social, a no ser que consideréssim com a consumidor mig un professional en la pràctica de préstecs hipotecaris.

Tanmateix, el Suprem no para de repetir que l'índex IRPH es un índex regulat pel BDE i que es publica en el BOE, però la discussió no està en aquest fet, sinó en la informació prèvia que s'hauria d'haver donat al consumidor.

En aquest sentit, la Exposició de motius de la Circular del BDE 5/1994, explicava que la referència IRPH no era un tipus d'interès que podia esperar qualsevol consumidor mig, sinó era una TAE. Fins i tot la Circular advertia 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*".

Per tant, com es pot afirmar que la comprensió i càlcul de l'IRPH es una tasca senzilla i adequada per a qualsevol consumidor mig, quan implica llegir el BOE i les Circulars del BDE?

5. Conseqüències de la STS de 12 de novembre de 2020. En quina situació es troben els Consumidors?

Doncs bé, les primeres reaccions a aquesta sentència ha sigut interposar noves qüestions prejudicials al TJUE, per esclarir tota aquesta situació.

En concret, el TJUE ja ha admès a tràmit la qüestió prejudicial elevada per la Magistrada Carmen Robles Zamora, titular del jutjat de primera instància 2 d'Eivissa (especialitzat en clàusules abusives) per a que és pronunciï sobre si les últimes sentències dictades per la Sala de lo Civil del TS sobre el IRPH van en contra del Dret de la UE, així com la qüestió prejudicial interposada al desembre de 2020 pel magistrat del JPI núm. 38 de BCN, Francisco González de Audicana^{48 49}.

La qüestió prejudicial plantejada per la magistrada d'Eivissa en el seu auto ve motivada perquè: *õ G Tribunal Supremo español ha realizado una reinterpretación, con el dictado de una reciente jurisprudencia a raíz de las*

⁴⁸ *El TJUE admite a trámite la cuestión prejudicial sobre el IRPH elevada por el Juzgado de Ibiza - Confilegal, s.d.*

⁴⁹ Per veure les preguntes completes, Vid. Annex 8

Sentencias 595, 596, 597 y 598/2020 de 12 de Noviembre de 2020, de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 3 de Marzo de 2020 que resolvía la Cuestión Prejudicial C-347/13: " ÷ E c u q " I desaleguha" f g n " O q t c perspectiva abruptamente contraria a lo dispuesto expresamente en la citada sentencia así como en decenas de sentencias relativas a los criterios interpretativos de la Directiva 93/13/CE en relación a la protección de los derechos de los consumidores en contratos celebrados con profesionales"

Segons la magistrada, la Sentència del Suprem ha provocat una preocupant situació d'inseguretat jurídica al estar causant resolucions diferents i contradictòries entre els jutjats de 1^a i 2^a instància que estan causant un dany material a tots els consumidors, en molts casos irreparable.

La qüestió prejudicial conté un total de 16 preguntes⁵⁰ i s'espera amb la seva resposta que el TJUE posi una mica de seny i proporcioni justícia als consumidors.

6. A c t u a l i t a t s o b r e l ' I R P H . I m p a c t e e n l a p o

Dijous 29 d'abril de 2021 es va debatre al congrés dels diputats quina havia de ser la postura del Govern d'Espanya davant de les noves qüestions prejudicials que s'havien plantejat al TJUE.⁵¹

A proposta del Grup parlamentari EH-Bildu, s'instava al govern a personar-se davant del TJUE per a defensar les persones afectades, o bé en el cas que el Govern decidís no defensar a la ciutadania, adoptar una postura neutral sense personant-se en l'assumpte, no com va fer al 2017 quan es va personar per defensar la banca.

La iniciativa va ser rebutjada amb els vots en contra dels grups Parlamentaris PSOE, PP, Vox i Ciutadans, que recolzen d'aquesta manera que el Govern sigui facilitant a la banca una defensa pagada amb diners públics.

⁵⁰ Per a llegir les 16 preguntes, Vid. Auto de la Magistrada Carmen Robles Zamora de 5 de gener de 2021

⁵¹ *El Congreso debate una PNL para definir el papel de la Abogacía del Estado en las nuevas cuestiones prejudiciales del IRPH - Confilegal, s.d.*

Només Unidas Podemos i ERC han recolzat a EH Bildu. En aquest sentit, em produeix una profunda desesperació pensar que els errors es repeteixen, i que enlloc d'evitar el que ja es va fer al 2017, en aquest nou judici **una advocada pagada amb els diners de tots actuarà en contra nostra, mentre el representant de la Comissió Europea defensarà els nostres drets com a consumidors.**

Per a Carlos Belluguera, president del CCU, *“la neutralidad del Estado en los contratos hipotecarios de consumo entre persona consumidora y banco solo se cumple si el Estado, considerando como tal todos sus órganos, incluido el legislativo y el judicial, actúan para **reequilibrar** el contrato”*.

Per a Belluguera, el resultat d'aquesta votació posa al Govern contra els arts. 9.2 i 51 de la Constitució, que imposen a tots els poders públics remoure obstacles per a la igualtat efectiva dels ciutadans, així com exigeixen a les autoritats protegir els interessos econòmics dels consumidors.

Segons la seva opinió, no es possible ni concorda amb la CE que el Govern, ja sigui mitjançant el legislatiu o l'Advocacia de l'Estat enquadrada en l'executiu, defensin els interessos de la banca tal i com ja ha fet prèviament a les qüestions prejudicials plantejades davant el TJUE sobre l'IRPH.

CONCLUSIONS

Una vegada analitzats aquests dos productes, toca reflexionar sobre el perquè de tot plegat.

Com hem vist, en el cas de les Targetes Revolving, el Suprem ha sabut estar a l'altura del que era demandat per la Societat i ha ajudat, amb dues sentències concloents, a que els consumidors recuperin els diners.

Si bé es cert que podria haver-ho fet millor, com per exemple posar un tipus d'interès màxim on sempre serà considerat abusiú, independentment de la comparació que es faci amb les dades que publica el BDE, tampoc ens podem queixar coneixent els precedents.

No es pot negar que aquestes dues sentències han complert la seva funció, i que una gran majoria de consumidors han deixat de deure quantitats astronòmiques al banc gràcies a aquesta jurisprudència.

No obstant, tampoc podem oblidar tots aquells consumidors que queden desemparats d'aquesta protecció. Per exemple, seria el cas d'un consumidor que té una TAE d'un 24% de l'any 2019. Com que en aquell any el BDE publicava unes TAE que rondaven el 21%, quedaria a discrecionalitat del jutge determinar la usura d'aquest tipus d'interès, i ja avanço que molt probablement seria un cas que es perdria, ja sigui en primera instància o en segona (el banc sempre té recursos per recórrer).

Respecte a l'IRPH, m'agradaria plantejar un parell de preguntes:

1. Creu el lector que si el consumidor hagués estat informat correctament sobre aquest índex, si se li hagués dit que **mai estaria per sota** de l'Euríbor com no pot ser d'una altre manera, hagués acceptat el préstec?
2. Creu el lector que el banquer sabia que si explicava correctament les particularitats de l'IRPH ningú firmaria una hipoteca amb aquest índex?

La resposta a les dues preguntes és òbvia.

Respecte al IRPH; queda clar que la Sala Primera es com la cabina dels Germans Marx, és a dir, jo tinc una jurisprudència i sinó em serveix per aquest cas concret, en tinc una altre, sempre i quan arribi on jo vull, que és donar la raó a la banca.

Amb la clàusula terra, el mateix Suprem deia que la no transparència era suficient i que automàticament s'havia de declarar nul·la la clàusula i s'havien de tornar els diners al consumidor. Amb la clàusula IRPH, no ho és.

I és que no hi ha justificació possible perquè una clàusula no transparent pugui no ser abusiva.

Així ho va entendre també l'Advocat General en les seves conclusions de l'assumpte C-125/18⁵², on raonava que quan una clàusula no és clara i no compleix el control de transparència, **ja hem acabat**. Si es considera que la clàusula compleix els controls de transparència, aleshores valorarem la seva abusivitat, però s'ha d'entendre aquest procediment com dues rondes diferenciades. Si la clàusula cau a la primera "ronda", no s'entra a valorar la segona.

En conclusió, la clàusula IRPH es abusiva perquè genera un desequilibri entre les parts, perquè una part pot influir i l'altre no, i perquè es contraria a la bona fe, ja que si el consumidor hagués tingut tota la informació necessària mai hagués acceptat.

En aquest sentit, la decepció amb el Suprem ha sigut majúscula, però previsible. La banca ja anunciava a principis del 2020 que tenien "por" que la sentència de TJUE

⁵² Conclusió 127: *"Por último, es preciso considerar que, en caso de que el órgano jurisdiccional remitente llegara a la conclusión de que la exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por lo tanto, de transparencia ha sido respetada habida cuenta de los elementos que el Tribunal de Justicia facilitará en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas, ello no implicaría la exención del deber de someter, en cualquier caso, la cláusula controvertida a un examen referido a su eventual carácter abusivo en cuanto al fondo, habida cuenta de la posible existencia de un desequilibrio importante causado, en detrimento del consumidor, entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. (94) En ese contexto incumbe al juez nacional, atendiendo a los criterios enunciados en el artículo 3, apartado 1, y en el artículo 5 de la Directiva 93/13, determinar si, dadas las circunstancias propias del presente caso, (95) una cláusula como la controvertida en el litigio principal cumple asimismo las exigencias de buena fe y equilibrio impuestas por esta Directiva. (96) Sin embargo, esta cuestión sobrepasa el objeto de la presente petición de decisión prejudicial, por lo que no*

no contaminés els resultats del 2019, si seguia les directius que havia marcat el Advocat General Maciej Szpunar.

Entre totes les entitats financeres, Caixabank es la que té més en joc. Es calcula que té un marge d'hipoteques amb IRPH prop dels 6.400 milions, per davant de Santander (4.300 milions), BBVA (3.100 milions), Bankia (1.600 milions) i Sabadell (830 milions)⁵³.

Per altra banda, Goldman Sachs va calcular que, en total, la banca es juga fins a 44.000 milions per l'IRPH, tenint en compte que tots els consumidors amb aquest índex demandessin a la seva entitat bancaria.⁵⁴

Totes aquestes dades ajuden a esclarir el perquè de tot això. No és cap secret que a Espanya no hi ha separació de poders. La alta politització de les Sales més rellevants del Suprem es cada dia més exagerada, fet que es pot veure clarament en casos tant importants com aquests.

Quan Javier Orduña estava al Suprem i Juan Antonio Xiol presidia la Sala, les sentències tendien a afavorir als consumidors. Tendència que s'ha vist clarament modificada quan en els dos Magistrats van abandonar el Suprem i el Magistrat Francisco Marín Castán, de caire més conservador, va passar a ser el nou president.

S'ha de tenir en compte també que la Sentència del Suprem, que havia de seguir la línia del TJUE, va sortir en plena pandèmia (Novembre del 2020), i es per això que m'atreveixo a afirmar que hi havia masses interessos contraposats com perquè el Suprem fallés a favor del consumidor.

Entenc que el Tribunal, amb aquest argumentari, pretén guanyar temps. Guanyar temps perquè estic convençut que avui per avui, la banca no té solvència ni és veu capaç de restituir totes aquelles quantitats adquirides de més si es declarés l'índex IRPH com a abusi, i és exclusivament per això que el Suprem treu la jurisprudència de "una clàusula pot no ser transparent però això no implica la abusivitat".

⁵³ Bravo, P. (2020). *N c " d c p e c " v g o g " s w g " n c " u g p c i e r g e p l e t e f e r e n c i a d e g n " K T R J " o "* 2019

⁵⁴ *La banda se juega desde mañana hasta 44.000 millones por el IRPH, s.d.*

Jurídicament es un sense sentit, tal i com hem vist en els apartats anteriors, i és per això que tinc la convicció que, en el moment de treure la sentència, hi van haver pressions, ja sigui per part del mateix Govern o les entitats financeres perquè la sentència fallés a favor de la banca.

Negar-ho seria negar una evidència. Si és el Parlament qui nombra al Consell General del Poder Judicial, que a la seva vegada nombren els alts càrrecs que ocuparan el Suprem, realment és d'estranyar preveure que es fallaria a favor de la banca, si el mateix Govern és persona a favor de les entitats bancàries a Europa?

La resposta és òbvia.

Tot i això, no cal perdre l'esperança. Estic convençut que s'acabarà fent justícia, que un tribunal independent com el TJUE acabarà reconeixent que si una clàusula es declarada com a no transparent implica que es abusiva, i que els milers de consumidors afectats per l'IRPH acabaran recuperant els seus diners.

I és que el que ha fet el Suprem amb la seva sentència no es, ni més ni menys, que guanyar temps.

És una crònica d'una mort anunciada.

En conclusió, podem observar com dos productes bancaris, aparentment diferents, tenen més en comú del que sembla.

Podria haver parlat de molts productes bancaris que també s'han considerat abusius (Clàusules terra, despeses hipotecaries, Swaps, Hipoteques Multidivisa, microcrèdits, etc.) però he elegit aquests per dos pels següents motius:

Respecte a les Revolvings, volia il·lustrar com el Suprem, quan vol, sap donar resposta al que demana la societat. Ja ho va fer amb les revolving, amb les clàusules terra i inclús amb la pionera sentència que donaria pas al control de transparència.

També perquè volia afegir un producte bancari que fos abusu per diferents motius, i no exclusivament perquè no s'ha complert el control de transparència (les revolving tenen la particularitat de la usura, mentre que en general, la discussió sobre altres productes bancaris sol anar respecte a si s'havia informat correctament al consumidor o no).

Respecte al IRPH, volia il·lustrar com els tribunals son capaços de tergiversar un argument per evitar fallar en contra de la banca, desobeint la jurisprudència comunitària i el sentit comú.

Com a reflexió, m'agradaria destacar que en moltes ocasions el Suprem ha sabut estar a l'altura. Fa 30 anys era impensable litigar contra la banca, i ara tenim multitud de jurisprudència que dona la raó al consumidor sobre diferents productes bancaris.

Es per això que no tinc cap dubte que el Suprem acabarà rectificat, encara que vingui de la mà d'Europa, i acabarà fallant a favor del consumidor en el cas del IRPH.

La nostra societat ja no pot tolerar més aquesta opulència bancària i demana, cada cop més, justícia.

Anteriorment s'ha aconseguit, i no veig cap motiu per pensar el contrari en aquest cas, especialment sabent que hi ha una multitud d'advocats entregats a la causa que defensen i litiguen diàriament contra grans entitats bancàries. Sense la seva feina indispensable no podríem ni tan sols debatre sobre aquests productes, ni jo podria donar a conèixer un sector que, apart dels que s'hi especialitzen, segueix sent molt desconegut.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Orduña Moreno, F. J. (2020). DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TJUE: Claves conceptuales a propósito del IRPH. Revista de Derecho VLEX, Núm. 198,(May), 1-8.
- 2.- Penadés, J. P. (2013). Delimitación del control de transparencia de las condiciones generales de la contratación, sobre la base de la STS de 9 de mayo de 2013 sobre cláusulas suelo. *Diario La Ley*, 8112, 3.
- 3.- Bravo, P. (2020). *N c " d c p e c " v g o g " s w g " n c " u g p v g p e k c " f cierre del ejercicio 2019*. Recuperat 10 de maig 2021, de <https://www.asufin.com/wp-content/uploads/2019/12/La-banca-teme-que-la-sentencia-del-IRPH-contamine-el-cierre-del-ejercicio-2019-Empresas-Diario-La-Informacion.pdf>
- 4.- Asufin. (2020). *II BARÓMETRO TARJETAS REVOLVING*. Recuperat 10 de Maig 2021, de https://www.asufin.com/wpcontent/uploads/2020/06/ASUFIN_II_BAROMETRO_REVOLVING_JUNIO_2020_FINAL.pdf

WEBGRAFIA

- 1.- [Vídeo completo] IRPH: José María Erauskin sobre la postura del Tribunal Supremo - YouTube. (s.d.). Recuperat 10 maig 2021, de <https://www.youtube.com/watch?v=X66W2twndV4&t=324s>
- 2.- Asufin presenta la primera demanda colectiva para exigir la nulidad del IRPH. (s.d.). 06/02/2017. Recuperat 10 maig 2021, de <https://www.lavanguardia.com/vida/20170206/414054653424/asufin-presenta-la-primera-demanda-colectiva-para-exigir-la-nulidad-del-irph.html>
- 3.- Berbell, C. (2021). *El TJUE admite a trámite la cuestión prejudicial sobre el IRPH elevada por el Juzgado de Ibiza* - Confilegal. 18/02/2021. <https://confilegal.com/20210218-el-tjue-admite-a-tramite-la-cuestion-prejudicial-sobre-el-irph-elevada-por-el-juzgado-de-ibiza/>
- 4.- Bolaños, A. (s.d.). *El euríbor de las hipotecas se sitúa en negativo por primera vez* | Economía | EL PAÍS. 05/02/2016. Recuperat 10 maig 2021, de https://elpais.com/economia/2016/02/05/actualidad/1454672632_233272.html
- 5.- Finanzas.com. (2019). *La banca se juega desde mañana hasta 44.000 millones por el IRPH*. https://www.finanzas.com/mercados/la-banca-se-juega-desde-manana-hasta-44-000-millones-por-el-irph_13999326_102.html
- 6.- Javier Sanchez, L. (2021a). *El Congreso debate una PNL para definir el papel de la Abogacía del Estado en las nuevas cuestiones prejudiciales del IRPH* - Confilegal. 29/04/2021. <https://confilegal.com/20210429-el-congreso-debate-una-pnl-para-definir-el-papel-de-la-abogacia-del-estado-en-las-nuevas-cuestiones-prejudiciales-del-irph/>
- 7.- Javier Sanchez, L. (2021b). *PP, PSOE, VOX y Ciudadanos rechazan la PNL sobre el papel de la Abogacía del Estado en la nueva cuestión prejudicial del IRPH* - Confilegal. 30/04/2021. <https://confilegal.com/20210430-pp-psoe-vox-y-ciudadanos-rechazan-la-pnl-sobre-el-papel-de-la-abogacia-del-estado-en-la-nueva-cuestion-prejudicial-del-irph/>

- 8.- Montserrat Valentí, P. (s.d.). *IRPH vs Euribor: comparativa de los índices hipotecarios* - *Futur Legal*. 08/03/2020. Recuperat 10 maig 2021, de <https://futurlegal.com/2020/03/08/irph-vs-euribor/>
- 9.- Moreno, M. (s.d.). *Muere el IRPH de bancos y cajas: el BOE no publica la media de octubre*. 28/11/2013. Recuperat 10 maig 2021, de https://www.elplural.com/economia/muere-el-irph-de-bancos-y-cajas-el-boe-no-publica-la-media-de-octubre_64667102
- 10.- *Obligación de informar de los tipos de interés aplicados - Cliente Bancario, Banco de España*. (s.d.). Recuperat 10 maig 2021, de https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productosservici/relacionados/tiposinteres/guia-textual/tiposinteresprac/Obligacion_de_i_dfed071cbf28d51.html
- 11.- *Tipos de tarjetas - Cliente Bancario, Banco de España*. (s.d.). Recuperat 10 maig 2021, de <https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productosservici/serviciospago/tarjetas/guia-textual/tipos-de-tarjeta/>

ANNEXOS

ANNEX 1: Jurisprudència sobre el Contracte

El Tribunal Suprem ha definit en nombroses ocasions el contracte d'adhesió. Per exemple, en la STS de 13 de novembre de 1998 deia: "*sus cláusulas han sido predispuestas por una parte e impuestas a la otra, sin que ésta tenga posibilidad de negociarlas, hacer contraofertas o modificarlas, sino que simplemente puede*

En aquest sentit, la SJM de 7 de desembre de 2016⁵⁵ diu: "**sólo se puede afirmar que las condiciones generales no son sino las cláusulas de un contrato de adhesión, cuando están destinadas a ser incorporadas a una pluralidad indeterminada de contratos. Por tanto, la calificación de una cláusula como condición general no depende de que haya sido, o no, conocida y aceptada libremente por el adherente (esto podría determinar su no incorporación al contrato, conforme al art. 7 de la Ley 7/98, pero no excluiría su calificación como condición general), sino, más bien, de que el contenido de la misma no haya sido fruto de una previa negociación entre las partes, y esté destinado a incorporarse a una pluran**

ANNEX 2: Jurisprudència i Legislació sobre la condició de Consumidor

Per una banda, la STS de 18 d'octubre de 2019 diu "*El Texto Refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGCU) abandonó el criterio del destino final de los bienes o servicios que se recogía en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, para adoptar el de la **celebración del contrato en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.***

Este mismo concepto de consumidor que utiliza el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), referido al ámbito objetivo de la operación y no a la personalidad del contratante, es también el que ha tomado en consideración esta sala, por ejemplo, en las sentencias 149/2014, de 10 de marzo; 166/2014, de 7 de abril; 688/2015, de 15 de diciembre; 367/2016, de 3 de junio; 16/2017, de 16 de enero; 224/2017, de 5 de abril; y 594/2017, de 7 de p q x k g o d t g ö 0

També la sentència de 3 d'octubre de 2019, Petruchová, C-208/18⁵⁶, en el seu apartat 56, deixa clar que la condició de consumidor ha de ser examinada **únicament** a la posició que ocupa en un contracte determinat, tenint en compte la naturalesa i finalitat d'aquest.

⁵⁵ SJM B 4780/2016 - ECLI:ES:JMB:2016:4780

⁵⁶ EU:C:2019:825

Respecte a la STS d' 11 d' abril de 2019, qu de gener de 2018, C-498/16⁵⁷ (Asunto Schrems), el resum sobre la jurisprudència comunitària es el següent:

(I) El concepto «consumidor» debe interpretarse en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de éste, y no con la situación objetiva de dicha personas dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras.

(II) Sólo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, le es de aplicación el régimen específico establecido para la protección del consumidor como parte considerada económicamente más débil, mientras que esta protección no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto consiste en una actividad profesional.

(III) Dado que el concepto de «consumidor» se define por oposición al de «operador económico» y que es independiente de los conocimientos y de la información de que la persona de que se trate dispone realmente, ni la especialización que esa persona pueda alcanzar en el ámbito del que forman parte dichos servicios ni su implicación activa en la representación de los derechos e intereses de los usuarios de éstos, le privan de la condición de «consumidor».

(IV) Por lo que respecta, concretamente, a una persona que celebra un contrato para un uso que está relacionado parcialmente con su actividad profesional y que, por tanto, tan solo es parcialmente ajeno a ésta, el Tribunal de Justicia ha considerado que podría ampararse en dichas disposiciones únicamente en el supuesto de que el vínculo de dicho contrato con la actividad profesional del interesado fuera tan tenue que pudiera considerarse marginal y, por tanto, sólo tuviera un papel insignificante en el contexto de la operación, considerada globalmente, respecto de la cual se hubiera celebrado el contrato.

⁵⁷ EU:C:2018:37

ANNEX 3: STJUE sobre Jugador de Pòquer Online

En el seu argumentari, el TJUE precisa que el concepte de “consumidor” i el sentit de l’art 14.2001, que es defineix per oposició al de “operador econòmic”, presenta un caràcter subjectiu i es independent els coneixements i la informació de la persona tingui realment.

També recalca el TJUE que la qualitat de consumidor **no pot dependre** dels coneixements i de la informació que posseeix un contractant en una àrea concreta, ja que això equivaldria a qualificar un contractant com a consumidor en funció de la **situació subjectiva** que tingués (FJ 39).

Acaba la Sentència remarcant que una persona física domiciliada en un Estat Membre, que ha celebrat amb una societat establerta a un altre Estat membre un contracte per jugar a Pòquer online, que conté condicions generals de la contractació predeterminades, y que per una altre banda, no ha declarat oficialment aquesta activitat ni l’ha ofert a tercers com a un servei, **no perd la condició de consumidor, encara que hi dediqui un gran coneixements amplis en el joc.**

En conclusió, la interpretació jurisprudencial de la condició de consumidor depèn del destí del préstec, o a efectes revolving o de la contractació de la Hipoteca amb clàusula IRPH, independentment del coneixement previ que tingués el consumidor sobre el producte. Si el destí es per satisfer les necessitats de consum privat, aleshores aquesta persona tindrà la condició legal de consumidor.

ANNEX 4: Redacció arts. 5 i 7 LCGC i Jurisprudència que se’n deriva

Començant per l’article 5, estableix el següent:

- a) Les condicions generals passaran formar part del contracte quan s’accepti la seva incorporació per l’adherent i sigui firmat per tots els contractants.
- b) Tots els contractes hauran de fer referencia a les condicions generals incorporades.
- c) No podrà entendre’s que hi ha hagut acceptació de la incorporació de les condicions generals al contracte quan el predisposant no hagi informat expressament al adherent sobre la seva existència i no li hagi facilitat un exemplar.
- d) La redacció de les clàusules haurà d’ajustar-se als criteris de transparència, concreció i senzillesa.

De la mateixa manera, l’article 7 de la LCGC, estableix que no quedaran incorporades al contracte les condicions generals de contractació que:

- a) L'adherent no hagi tingut l' oportunitat de conèixer la redacció completa al temps de celebració del contracte o quan no hagin sigut firmades, si així ho exigís l'article 5.
- b) Les que siguin **il·legibles, ambigües, obscures i incomprensibles**.

Aquest control també va ser definit per la STS de 12 de juny de 2020, on s'explicava: *"...el control de incorporación o inclusión es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad. Lo que requiere, en primer lugar, que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato la existencia de la condición general controvertida, y, en segundo lugar, que la misma tenga una redacción clara, concreta y sencilla, que permita la comprensión*

I ja per acabar, la SAP Secció núm. 5 de Oviedo, en la Seva Sentència 0048/2017, de 13 de febrer de 2017, conclouia: *"(...)Así, no cumplirían el control de incorporación aquéllas que no fueren gramaticalmente comprensibles o fueren ilegibles (ya por ser su letra minúe w n c " q " õ n g v t c " e j k e c ö + " r w f k g p a u t a g e n e r a l e l t a m a ñ o q u e n o s u p e r e e l m i l í m e t r o y m e d i o a d o p t a d o e n l a L e y d e C o n s u m i d o r e s y U s u a r i o s t r a s l a r e f o r m a d e 2 7 / 0 3 / 2 0 1 4 , o q u e e l a d h e r e n t e n o h a y a t e n i d o o c a s i ó n d e c o n o c e r a l t i e m p o d e l a c e l e b r a c i ó n d e l c o n t r a t o o e c t g e k g t g p " f g " h k t o c 0 " K i w c n o g p v g . " e w c p f q " t g*

ANNEX 6: Memòria de Reclamacions del BDE; Targetes Revolving

Las tarjetas revolving son una tipología especial de tarjeta de crédito. Su principal característica es el establecimiento de un límite de crédito cuyo disponible coincide inicialmente con dicho límite, que disminuye según se realizan cargos (compras, disposiciones de efectivo, transferencias, liquidaciones de intereses y gastos y otros) y se repone con abonos (pago de los recibos periódicos, devoluciones de compras, etc.).

Las principales características de este tipo de tarjeta son:

1. La posibilidad de activar un crédito revolving. Frecuentemente ofrecen la posibilidad de operar alternativamente con la modalidad de pago, diferido a fin de mes.
2. La modalidad de pago asociada al crédito revolving. Estas tarjetas permiten el cobro aplazado mediante cuotas que pueden variar en función del uso que se haga del instrumento de pago y de los abonos que se realicen en la cuenta de crédito asociada, mientras que en las estrictamente de crédito se abonan de una vez las cantidades adeudadas, o bien se establecen cuotas fijas hasta el total abono de los intereses y la amortización de la financiación solicitada, como si de un préstamo se tratara; en relación con esta cuestión, debe observarse con especial interés el criterio expuesto en el apartado precedente, donde nos referimos a las formas de pago de la deuda de la tarjeta.
3. La reconstrucción del capital que se debe devolver en el crédito revolving. Las cuantías de las cuotas que el titular de la tarjeta abona de forma periódica vuelven a formar parte del crédito disponible del cliente (de ahí su nombre, revolving), por lo que constituye un crédito que se renueva de manera automática a su vencimiento mensual, de tal forma que en realidad es un crédito rotativo equiparable a una línea de crédito permanente, y sobre el capital dispuesto se aplica el tipo de interés pactado.

Adicionalmente, si se producen impagos, la deuda impagada se capitaliza nuevamente con devengo de intereses. El funcionamiento revolving consiste en la

disposición de un crédito, con un límite determinado (que suele oscilar entre 600 y 6.000 euros, aunque algunas entidades lleguen a permitir u ofrecer hasta 30.000 euros -estos importes se han tomado de la observación de la práctica bancaria general, pero nada impide que las entidades financieras puedan establecer límites inferiores o superiores a los indicados-), cuya amortización se efectúa con las cuotas mensuales abonadas al banco, contando con un tipo de interés generalmente más elevado que el utilizado en los préstamos, que se corresponde con el habitualmente mayor riesgo de la financiación concedida en estos casos por las entidades emisoras de las tarjetas.

No existiendo hasta la fecha límite legal o jurisprudencial a los tipos de interés remuneratorios pactados por las partes en los contratos de tarjetas revolving, se ha de señalar, como se ha hecho en numerosos informes durante 2018, que el DCMR carece de competencia para entrar a valorar y declarar el posible carácter usurario del tipo de interés fijado en dichos documentos contractuales, a la luz de las sentencias emanadas de los órganos jurisdiccionales, pues tal pronunciamiento les corresponde en exclusividad a estos. En esta tipología de tarjeta, el titular puede disponer de hasta el límite de crédito concedido a cambio del pago aplazado de las cuotas periódicas fijadas en el contrato, las cuales pueden consistir en un porcentaje de la deuda (con un mínimo según contrato) o una cuota fija que el cliente puede elegir y cambiar dentro de unos mínimos establecidos por la entidad.

El hecho de que los intereses generados, las comisiones y otros gastos repercutibles al cliente se sumen y financien junto con el resto de las operaciones (pagos en comercios, en Internet o reintegros de cajero) implica que, ante elevados tipos de interés de la deuda de la tarjeta, cuando se pagan cuotas mensuales bajas respecto al importe total de la deuda, la amortización del principal se realizará en un período de tiempo muy prolongado, lo que supone el pago total de una cifra elevada de intereses a medio y a largo plazo, y que se calculan sobre el total de la deuda pendiente.

Por ello, en tarjetas de esta tipología, este DCMR considera que una buena práctica financiera consistiría en que, para los casos en los que la amortización del principal

se vaya a realizar en un plazo muy largo (y, en todo caso, cuando la forma de pago elegida por el acreditado fuera el «mínimo»), la entidad financiera facilitara de manera periódica (por ejemplo, mensual o trimestralmente) información a su cliente sobre los siguientes extremos:


- i) El plazo de amortización previsto, teniendo en cuenta la deuda generada y pendiente por el uso de la tarjeta y la cuota elegida por el cliente (cuándo terminaría el cliente de pagar la deuda si no se realizasen más disposiciones ni se modificase la cuota).
- ii) Ejemplos de escenarios sobre el posible ahorro que representaría aumentar el importe de la cuota sobre el mínimo elegido.
- iii) El importe de la cuota mensual que permitiría liquidar toda la deuda en el plazo de un año.

La elevación de la cuota mensual, por tanto, haría que se acortara el período de amortización de la deuda, con la consecuente reducción del importe absoluto de intereses que se han de pagar durante la vida de la operación. El efecto de toda la operativa descrita es que no sea posible emitir un cuadro de amortización previo (como sí ocurre cuando se contrata un préstamo, en el que el importe de las cuotas está previamente determinado), dada la variabilidad de las cuotas mes a mes, según el capital pendiente y las disposiciones efectuadas con la tarjeta.

ANNEX 7: Quadres Comparatius

Quadre general Any 2015

Quadre Específic Anys 2010-2021

Acceso por año 

Tipos de interés a				
Mes	Crédito al consumo (*)			
	Operaciones a plazo entre 1 y 5 años		T.A.E. (tasa media ponderada de todos los plazos)	
	España	Zona €	España	Zona €
Ene	9,58	5,5	9,37	6,73
Feb	9,66	5,57	9,58	6,82
Mar	9,23	5,36	8,95	6,50
Abr	9,07	5,37	8,86	6,42
May	9,39	5,48	8,99	6,60
Jun	9,03	5,32	8,81	6,45
Jul	9,49	5,39	9,05	6,53
Ago	9,74	5,56	9,43	6,62
Sep	9,60	5,45	9,23	6,55
Oct	9,34	5,27	9,05	6,43
Nov	9,14	5,46	8,66	6,60
Dic	9,13	5,24	8,43	6,25

	Descu- bier- tos y líneas de crédi- to	Crédito a la vivienda					Tarjetas de cré- dito y Tarjetas 'revolving' (b)	
		Tipo medio ponde- rado	Hasta 1 año	Más de 1 y hasta 5 años	Más de 5 y hasta 10 años	Más de 10 años		
	1	2	3	4	5	6	7	
10	R	4,72	2,60	2,52	2,94	7,07	2,87	19,32
11		5,28	3,58	3,47	3,97	8,99	4,85	20,45
12		4,92	2,81	2,66	3,05	5,82	4,86	20,90
13		4,85	2,99	2,84	3,13	5,85	4,62	20,68
14		4,77	2,56	2,40	2,69	6,64	4,36	21,17
15		3,93	1,98	1,78	2,08	5,37	2,75	21,13
16		3,47	1,91	1,59	1,87	3,83	2,20	20,84
17		3,39	1,83	1,59	1,58	3,71	2,33	20,80
18		3,12	1,99	1,67	1,72	3,49	2,35	19,98
19		2,90	1,69	1,56	1,51	3,60	1,75	19,67
20								
<i>Feb</i>		2,95	1,81	1,60	1,71	4,18	1,81	19,81
<i>Mar</i>		2,94	1,81	1,60	1,67	4,16	1,84	18,94
<i>Abr</i>		2,90	1,72	1,63	1,50	3,34	1,79	18,69
<i>May</i>		2,71	1,75	1,67	1,58	3,49	1,79	18,68
<i>Jun</i>		2,58	1,78	1,64	1,66	3,65	1,82	18,60
<i>Jul</i>		2,49	1,75	1,61	1,64	3,83	1,76	18,37
<i>Ago</i>		2,43	1,78	1,67	1,63	3,88	1,79	18,36
<i>Sep</i>		2,46	1,72	1,58	1,53	3,75	1,76	18,34
<i>Oct</i>		2,48	1,71	1,59	1,51	3,88	1,72	18,25
<i>Nov</i>		2,46	1,65	1,51	1,43	3,70	1,69	18,10
<i>Dic</i>		2,34	1,51	1,41	1,31	3,19	1,58	18,06
21								
<i>Ene</i>		2,40	1,56	1,44	1,36	3,93	1,57	18,02
<i>Feb</i>		2,47	1,53	1,34	1,37	3,82	1,56	17,85
<i>Mar</i>	P	2,31	1,54	1,43	1,37	3,71	1,53	17,91

**ANNEX 8: Preguntes del Magistrat Francisco González de Audicana, JPI
núm. 38 de BCN**

PRIMERA: ¿Resulta contrario al artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE, que el profesional que impone un índice de implantación minoritaria como el IRPH en un contrato suscrito con un consumidor, no incorpore al contrato la definición completa del mismo tal y como viene recogida en las normas que lo regulan o no le entregue, previo a la suscripción del mismo, un folleto informativo que recoja su anterior evolución?

SEGONA: La publicación del IRPH Cajas en el BOE, ¿salva para todos los casos las exigencias de transparencia en cuanto a composición y cálculo del IRPH Cajas, incluida la obligación profesional de informar al consumidor contratante respecto de conceptos como «tipo de interés», «índice de referencia» o «tasa anual equivalente»?

TERCERA⁵⁸: ¿Resulta contrario a los artículos 3, 4.2, 5 y 6 de la Directiva 93/13/CEE, y a la Jurisprudencia del TJUE, al efecto disuasorio, una vez constatado que la cláusula IRPH Cajas no supera los criterios de exigencia de transparencia exigidos, realizar un juicio posterior de abusividad para declarar su nulidad?

¿El no proporcionar el dato objetivo de la evolución del índice durante los 2 últimos años constituye de por sí, que sea una cláusula abusiva y que ha actuado en contra de las exigencias de la buena fe, por no facilitar la comparativa con el resto de índices?

⁵⁸ Es la pregunta més interessant. És pretén que el TJUE es pronunciï sobre l'argumentari del Suprem, i que esclareixi si el control de transparència i abusivitat son dos fases diferenciades, o bé el segon es una conseqüència automàtica del primer.

¿El no aplicar un diferencial negativo, como señala el Banco de España, supone un desequilibrio entre los derechos y deberes de las partes que tiene acogida en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE?

QUARTA: ¿Resulta contrario a los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y a la Jurisprudencia del TJUE derivada de la STJUE C-260/18, que el juez nacional que entiende que el contrato objeto de controversia no puede subsistir sin la cláusula relativa al tipo de interés declarada abusiva no ofrezca al consumidor la posibilidad de optar entre la nulidad del contrato o la integración del mismo?

CINQUENA: ¿Resulta contrario a los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y al efecto disuasorio como principio comunitario, dada la alteración insignificante que se daría en el resultado económico, que declarada abusiva la cláusula que incorpora el índice IRPH Cajas al contrato suscrito por un profesional y un consumidor, el juez nacional sustituya dicha cláusula por otra que incorpore el índice IRPH Entidades al contrato, teniendo en cuenta que ambos se determinan por idéntico y complejo método de cálculo y el ordenamiento nacional contempla esta sustitución en los supuestos pacíficos en los que se pretende el mantenimiento del equilibrio de prestaciones entre las partes?

SISENA: ¿Los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE deben entenderse en el sentido de que el juez nacional que con arreglo a su ordenamiento interno aplica una cláusula supletoria a fin de evitar la nulidad del contrato en su integridad debe condenar al profesional a reintegrar al consumidor la totalidad de lo detráido en aplicación de la cláusula abusiva hasta el momento de la sustitución, o, por el contrario, deben entenderse en el sentido de que el profesional ha de ser condenado a reintegrar al consumidor la diferencia entre lo detráido en aplicación de la cláusula abusiva y lo que hipotéticamente hubiera cobrado de haber aplicado el tipo sustitutivo?