

CASACIÓN núm.: 2328/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente
García

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

Sentencia núm. 595/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 12 de noviembre de 2020.

Esta sala ha visto , constituida en pleno, el recurso de casación interpuesto por D. XXX, representado por el procurador D. Mariano de la Cuesta Hernández bajo la dirección letrada de D. Miguel Peralta López, contra la sentencia núm. 328/2016, de 26 de mayo, dictada por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Jaén, en el recurso de apelación núm. 1197/2015, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm.

466/2014 del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 y de lo Mercantil de Jaén. Ha sido parte recurrida Caixabank S.A., representada por la procuradora D.ª Elena Medina Cuadros y bajo la dirección letrada de D.ª Juana Inmaculada Serrano Melero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-*Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.ª Ana Belén Romero Iglesias, en nombre y representación de D. XXX, interpuso demanda de juicio ordinario contra Caixabank S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«por la que se declare:

1. La nulidad del apartado “a) de la cláusula TERCERA BIS estipulada en la Escritura Pública de fecha 29 de mayo de 2006 (préstamo número 294.273777-73), formalizada por mi mandante y la entidad demandada, en su siguiente contenido: “Llegada la fecha de variación del tipo establecido en la cláusula Tercera a), se aplicará para los sucesivos periodos el correspondiente al tipo medio de cajas de ahorro de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre-tipo de referencia oficial previsto en la disposición adicional segunda de la Orden de mayo de 1.994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, publicado en el mes anterior al que corresponda su aplicación. El tipo, es publicado mensualmente por el Banco de España en el Boletín Oficial del Estado”.

2. La nulidad del apartado “c)” de la cláusula TERCERA BIS de la escritura pública referenciada anteriormente en su siguiente contenido: “En el supuesto de que dejara de publicarse el tipo de referencia al apartado a), o dejara de ser tipo de referencia oficial, se sustituirá por el tipo activo de referencia de las cajas de ahorro, elaborado por la confederación española de cajas de ahorro. El índice sustitutivo, es publicado por el Banco de España con periodicidad mensual en el Boletín Oficial del Estado. Si dejara de publicarse este tipo sustitutivo, se aplicará a esta operación el catorce por ciento”.

3. La nulidad del apartado “d)” de la cláusula TERCERA BIS de la escritura pública antes mencionada en su siguiente contenido: “Se establece que, desde la primera revisión

de tipos de interés, en ningún caso, el tipo de interés será inferior al tres coma setenta y cinco”.

4. La nulidad o no procedencia de la aplicación de apartado “e)” de la cláusula TERCERA BIS de la escritura pública citada en su siguiente contenido: “ en el supuesto de que el tipo de interés calculado por el monte, en base a los criterios anteriores, sea rechazado por la parte prestataria, por causas ajenas al puro error material, el contrato quedará resuelto inmediatamente, debiendo proceder la parte prestataria a la cancelación total del préstamo en un plazo que no excederá de 45 días desde la fecha de finalización del anterior período de aplicación del tipo de interés.”

5. Que el tipo de interés que quede establecido en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria sea el tipo de interés EURIBOR, más el diferencial estipulado en escritura pública, es decir, EURIBOR+0,25.

»Y que se condene a la entidad demandada a:

1. Estar y pasar por las anteriores declaraciones.

2. Que sean devueltas las cantidades abonadas en exceso con motivo de la aplicación del tipo de interés impuesto en la cláusula TERCERA BIS, desde la fecha en la que se formalizó el contrato de préstamo hipotecario, esto es, 29 de mayo de 2006, hasta el mes de abril de 2014, que asciende a 15.479,7 €, así como las cantidades que se hayan abonado con posterioridad como consecuencia de la misma.

3. Que de forma subsidiaria, y en caso de que se entendiese que el tipo de interés que ha sido impuesto en el contrato ha de seguir rigiendo el mismo, que se devuelvan las cantidades abonadas en exceso como consecuencia de la aplicación del apartado “d)” de la cláusula TERCERA BIS (cláusula suelo), que ascienden hasta el mes de abril de 2014 a la cantidad de 1.059, 47 €, así como a las cantidades que hayan podido ser abonadas posteriormente como consecuencia de la misma.

4. Al pago de los intereses legales devengados conforme al artículo 1109 del Código Civil, así como al pago de las costas causadas en este procedimiento.»

2.- La demanda fue presentada el 16 de mayo de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 4 y de lo Mercantil de Jaén, se registró con el núm. 466/2014. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a Luisa Guzmán Herrera, en representación de Caixabank S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación de la demanda y la imposición de costas a la actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 4 y de lo Mercantil de Jaén dictó sentencia n.º 459/2015, de 21 de septiembre, con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando parcialmente la demanda presentada en representación de D. XXX contra CAIXABANK.

.- Declarar la nulidad del apartado d) de la cláusula tercera bis “desde la primera revisión de tipos de interés será inferior al 3’75%”

.- Condenar a la demandada a la devolución de la cantidad que se determine en ejecución de sentencia conforme a las bases señaladas en la fundamentación jurídica de esta resolución.

.- La nulidad del apartado e) de la cláusula tercera bis en el supuesto de que el tipo de interés calculado por el monte sea rechazado por la parte prestataria por causas ajenas al puro error material el contrato quedará resuelto inmediatamente...».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. XXX. La representación de Caixabank S.A. se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Jaén, que lo tramitó con el número de rollo 1197/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 26 de mayo de 2016, cuya parte dispositiva establece:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 y de lo Mercantil de Jaén, con fecha 21 de Septiembre de 2015, en autos de Juicio Ordinario, seguidos en dicho Juzgado con el nº 466 del año 2014, debemos confirmarla y la confirmamos íntegramente, con expresa imposición de las costas procesales de esta alzada al apelante y declarándose la pérdida del depósito constituido para recurrir.»

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- La procuradora D.ª Ana Belén Romero Iglesias, en representación de D. XXX, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo de lo establecido en el artículo 477.1 y 3 LEC, la cláusula relativa al IRPH no supera el control de transparencia. Infracción del artículo 1, 5, 7 y 8 LCGC, 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE y 80 TRLGDCU. Infracción de la doctrina del Tribunal Supremo (STS de 9 de mayo de 2013). Interés casacional.

Segundo.- Con fundamento en el artículo 477.1 LEC. Abusividad de la cláusula litigiosa dada la evidente manipulabilidad. Infracción del artículo 1256 CC. Consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 27 de mayo de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de XXX contra la sentencia dictada, el día 26 de mayo de 2016 por la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1ª), en el rollo de apelación n.º 1197/2015, dimanante del juicio ordinario n.º 466/2014, del Juzgado de Primera Instancia y Mercantil n.º 4 de Jaén.

2º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría y ambas partes podrán, además, hacer alegaciones sobre la sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020 (C-125/18)».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para deliberación votación y fallo del pleno de la Sala el día 30 de septiembre de 2020. Por providencia de 28 de septiembre de 2020 se acordó la suspensión del señalamiento, y por providencia de 6 de octubre de 2020 se señaló de nuevo para deliberación, votación y fallo del pleno de la Sala el 21 de octubre de 2020, en que tuvo lugar, con la asistencia presencial de ocho magistrados y la asistencia mediante el sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia del Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller y del Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 29 de mayo de 2006, D. XXX suscribió con la entidad Monte de Piedad y Caja de Ahorros de Huelva y Sevilla (actualmente, Caixabank S.A.) un préstamo hipotecario con un tipo de interés variable referenciado al índice IRPH Cajas, con un diferencial del 0,25%.

2.- El Sr. XXX interpuso una demanda contra Caixabank, en la que solicitó que se declarase la nulidad por abusivas de varias de las cláusulas del contrato y, en lo que ahora interesa, la que determinaba el interés del préstamo conforme al índice IRPH.

3.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda respecto de dicho particular. Consideró, resumidamente, que el IRPH era un interés admitido legalmente, normado y regulado por la autoridad bancaria, y que la cláusula que lo incorporaba al contrato era clara y transparente, puesto que el consumidor podía tener fácil conocimiento de que el interés de su préstamo se iba a regir por ese concreto índice.

4.- Recurrida dicha sentencia en apelación por el prestatario, la Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. Para ello, consideró resumidamente que: (i) la cláusula IRPH estaba correctamente incorporada al contrato y el prestatario conocía su funcionalidad, puesto que reconoció en el juicio que sabía que existían distintos índices legales de referencia; (ii) el mero hecho de que este índice, en su evolución posterior, haya resultado más gravoso que otros de los posibles, no lo convierte en abusivo, pues ello sería tanto como realizar un control de precios.

SEGUNDO.- *Pronunciamientos previos sobre el índice IRPH en la jurisprudencia de esta Sala y del TJUE*

1.- Esta Sala se ha pronunciado sobre el índice IRPH en una única sentencia, de pleno, 669/2017 de 14 de diciembre. En ella hicimos, resumidamente, los siguientes pronunciamientos:

(i) La cláusula del contrato de préstamo hipotecario en la que se establece el IRPH como índice de referencia del interés remuneratorio es una condición general de la contratación si no se ha negociado individualmente.

(ii) No hay inconveniente en que un índice de referencia legal (aprobado por la autoridad bancaria) se incorpore al contrato como tal condición general de la contratación.

(iii) En cuanto que condición general de la contratación predispuesta y utilizada en un contrato celebrado con consumidores, puede ser objeto de control de transparencia.

(iv) Por el contrario, los tribunales civiles no pueden controlar el procedimiento bancario-administrativo por el que se configura el índice.

2.- Asimismo, el TJUE (Gran Sala), en respuesta a una petición de decisión prejudicial de un juzgado de primera instancia de Barcelona, ha dictado la sentencia de 3 de marzo de 2020 (C-125/18). En dicha resolución, el TJUE concluye:

1) El artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que sí está comprendida en el ámbito de aplicación de esa misma Directiva la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que estipule que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y que las entidades de crédito pueden aplicar a los préstamos hipotecarios, cuando esa normativa no establezca ni la aplicación imperativa del índice en cuestión con independencia de la elección de las partes en el contrato ni su aplicación supletoria en el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa.

2) La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 8, debe interpretarse en el sentido de que los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con independencia de la transposición del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.

3) La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.

4) Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales.

3.- En los apartados siguientes analizaremos la repercusión de esta STJUE en nuestra propia jurisprudencia, las pautas que ofrece para el examen de la transparencia de las cláusulas de intereses IRPH y su eventual abusividad.

TERCERO.- *La posibilidad del control de transparencia sobre la cláusula que establece el índice de referencia*

1.- La cuestión prejudicial antes mencionada trasladó erróneamente al TJUE el sentido de la jurisprudencia de la Sala. En primer lugar, en el apartado 28 del auto de planteamiento, argumentó que nuestra sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, negaba la contractualidad de la cláusula. No fue así: en el fundamento jurídico segundo, apartado 4, declaramos:

«En consecuencia, como conceptualmente no es imposible que una cláusula en la que se establece el interés remuneratorio de un contrato de préstamo sea una condición general de la contratación, y como no consta que la que aquí nos ocupa fuera negociada individualmente, debe considerarse que tiene tal cualidad de condición general, en tanto que reúne todos y cada uno de los requisitos que hemos visto que son necesarios para su calificación como tal».

En segundo lugar, en el mismo apartado, afirmó que la misma sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, había concluido que no era posible realizar un control de transparencia de la cláusula que establecía el índice de referencia del interés variable del préstamo. Nada más lejos de la realidad: la sentencia se refería expresamente al control de transparencia de la cláusula de intereses variables y declaraba:

«Para limitar los efectos de la asimetría informativa que los consumidores pueden padecer respecto a la determinación de los índices, la normativa establece un principio de transparencia en la contratación en la que se incluyan índices financieros. Este principio de transparencia se traduce en un especial deber a cargo de las entidades financieras de informar tanto con carácter previo como durante la ejecución del contrato de financiación de manera clara, inteligible y comprensible sobre la definición legal del índice financiero elegido por las partes; los momentos contractuales en los que se deba producir la variación del tipo de interés aplicable y términos en los que se producirá tal variación en atención al valor de los índices de referencia adoptados; y la publicidad de los valores del índice de referencia adoptado para la adaptación del tipo de interés remuneratorio».

[...]«puede controlarse que la condición general de la contratación por la que se incluye en un contrato con consumidores esa disposición o previsión legal esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente».

2.- Es más, de hecho, la sentencia realizó el examen de la transparencia material de la cláusula (véanse los apartados 6 a 14 del fundamento jurídico sexto). Lo que excluyó fue que pudiera examinarse el índice «como tal», es decir que pudiera juzgarse el índice en sí (su definición y fórmula de cálculo), dado que venía determinado por la normativa administrativa bancaria. Lo que ha sido confirmado por la STJUE de 3 de marzo.

Asimismo, mantuvimos que, dado que la Ley no configura este índice como imperativo o supletorio, sino que su utilización es de carácter contractual, no resulta aplicable el art. 1.2 de la Directiva 93/13, lo que también ha confirmado el TJUE.

3.- Por tanto, que el TJUE afirme que la cláusula no está excluida de la Directiva, no supone que debamos modificar nuestra jurisprudencia al respecto, que era concorde con dicho pronunciamiento.

CUARTO.- *El control de transparencia según la STJUE de 3 de marzo de 2020*

1.- Los pronunciamientos de la STJUE de 3 de marzo de 2020 sobre el control de transparencia se contienen en los párrafos 52 a 56, cuyas ideas básicas son las siguientes:

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

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

En particular, el TJUE niega implícitamente el argumento del auto de planteamiento (vid. apartado 22), según el cual, como el IRPH era menos ventajoso que el Euribor, el banco debía informar del método de cálculo para cumplir el deber de transparencia. En este sentido, el TJUE afirma en ese apartado 53, que la publicación del IRPH «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 [...]».

La sentencia hace una referencia expresa a las conclusiones del AG en sus puntos 122 y 123, que descartan que el consumidor, en el caso analizado, no estuviera en condiciones de valorar las consecuencias económicas a su cargo, porque sabía que debía pagar el resultado de sumar el índice y el diferencial y podía comprender tanto la ecuación como el funcionamiento del IRPH, en cuanto formaba parte de la información públicamente accesible, en el sentido de que se componía con la media no solo de los índices, sino también de los diferenciales, comisiones y gastos añadidos. A juicio del Abogado General, la publicación en el BOE permite presumir que a un consumidor medio le resulta relativamente fácil acceder a los sistemas de cálculo de los diferentes índices oficiales y comparar las diferentes opciones que ofrecen las entidades bancarias. De hecho, concluía en el punto 124 que «la entidad bancaria cumplió la exigencia de transparencia impuesta por la Directiva 93/13», no obstante lo cual correspondía al órgano jurisdiccional remitente «efectuar las comprobaciones que considere necesarias a este respecto, verificando en particular que Bankia haya comunicado al demandante en el litigio principal, antes de la celebración del contrato de préstamo, información suficiente para que este pudiera tomar una decisión prudente y con pleno conocimiento de causa».

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

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

b) Los tribunales deberán comprobar también que se facilitó información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés. El párrafo 55 de la sentencia exhorta al órgano remitente a comprobar si en el contexto de la celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal la entidad prestamista cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional, y esas obligaciones incluían la entrega del folleto con el dato de la evolución pasada.

Respecto a este requisito de la información de la evolución previa del IRPH, habíamos declarado en la sentencia 669/2017, de 14 de diciembre:

«Y en cuanto al comportamiento anterior, hasta noviembre de 2008, el valor del IRPH y del Euribor había sido bastante similar (menos de un punto de diferencia), aparte de que no cabe olvidar que los diferenciales aplicados eran distintos y condicionaban el resultado final; y que esos diferenciales eran menores en los préstamos referenciados al IRPH que en los referenciados al Euribor, pues de otro modo los primeros no habrían resultado competitivos.

»En tales condiciones, lo único de lo que podría haberse informado, además de lo que se informó (que el índice era el IRPH, que ese índice se publicaba en el BOE y en qué consistía), era que si el IRPH evolucionaba más desfavorablemente que el Euribor, podría ser peor para el demandante, si pese a los distintos márgenes, el resultado era superior. Pero eso era una obviedad, porque resulta evidente que siempre que existen varios índices oficiales, los prestatarios cuyos préstamos estén referenciados al índice que en el futuro se comporte mejor (en el sentido de que baje más o suba menos) saldrán ganando, y los que lo estén al índice que evolucione peor, saldrán perdiendo. Como ocurre con los préstamos fijos: si el índice al que está referenciado el préstamo a interés variable más el diferencial baja por debajo del tipo fijo, los prestatarios que hayan optado por éste saldrán perdiendo; si ocurre lo contrario, saldrán ganando».

Esta referencia del TJUE a la normativa nacional está relacionada con los apartados 124 y 125 de las conclusiones del Abogado General, que incluían una nota final (93) con el siguiente contenido:

«a este respecto, de las observaciones del Gobierno español se deduce que el anexo VII de la Circular 8/1990 precisaba, como elementos mínimos que debían figurar

en los folletos sobre los préstamos hipotecarios, con relación al tipo de interés variable, el índice de referencia, en particular su «último valor disponible y evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales». En cambio, teniendo en cuenta el hecho de que las previsiones económicas son siempre inciertas y que determinadas variables, como los índices de referencia, son difíciles de prever, no me parece razonable exigir a la entidad bancaria que facilite al consumidor previsiones futuras relativas al índice de referencia propuesto».

Parece que, si el índice IRPH consiste en una media de los tipos de las operaciones de financiación con garantía hipotecaria para la adquisición de inmuebles con la finalidad de vivienda a un plazo superior a tres años, el consumidor medio puede comprender que este índice constituye una media del precio de operaciones homólogas a las contratadas por él y que, a diferencia de las operaciones que conforman otros índices diferentes, han sido previa y efectivamente realizadas.

2.- La normativa bancaria sobre el particular, en la fecha de la contratación del préstamo hipotecario, era la siguiente:

(i) La Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, modificada por Ley 2/1994, de 30 de marzo, en su art. 48, apartado segundo e), establecía que con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación, se facultaba al Ministro de Economía y Hacienda para efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de préstamos hipotecarios.

(ii) En el ejercicio de dicha facultad, se dictó la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, en su disposición adicional segunda establecía que «el Banco de España, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, definirá mediante Circular un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable, y hará públicos sus valores regularmente».

(iii) El art. 3 de la Orden 5 de mayo de 1994 añadía que: «Las entidades de crédito deberán obligatoriamente informar a quienes soliciten préstamos hipotecarios sujetos a esta Orden mediante la entrega de un folleto cuyo contenido mínimo será el establecido en el anexo I de esta norma».

(iv) El art. 1 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que entró en vigor el 9 de diciembre de 2007, modificó el art. 48.2.a) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito, cuyo inciso final quedó así: «La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos». En consonancia con esta norma, esta sala ya ha considerado que el límite cuantitativo había sido suprimido por la Ley 41/2007 para todos los préstamos posteriores al 9 de diciembre de 2007 (por ejemplo, sentencia 346/2020, de 23 de junio, entre las más recientes).

(v) En cumplimiento de lo previsto en la disposición adicional segunda de la referida Orden ministerial, se dictó la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Esta circular establecía que:

«3. A efectos de lo previsto en la Disposición Adicional Segunda de la Orden sobre préstamos hipotecarios, se consideran oficiales los siguientes índices o tipos de referencia, cuya definición y forma de cálculo se recoge en el anexo VIII:

a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por los bancos. (IRPH Bancos)

b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorro. **(IRPH Cajas)**

c) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito. **(IRPH Entidades)**

d) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorro.

e) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años.

f) Tipo interbancario a 1 año (Mibor).

A continuación, añadía que «El Banco de España dará una difusión adecuada a estos índices que, en todo caso, se publicarán, mensualmente, en el “Boletín Oficial del Estado”».

El Euribor se incorporó como índice oficial de referencia en la Circular del Banco de España 7/1999, de 29 de junio, sobre modificación de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones de protección a la clientela (BOE de 9 de julio).

(vi) La misma Circular del Banco de España establecía en su Anexo VII los elementos mínimos que debían contener los folletos sobre los préstamos hipotecarios a que se refiere el artículo 1 de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Entre tales elementos, la Circular disponía que el folleto debía contener el «índice o tipo de referencia, en préstamos a interés variable (identificación del índice o tipo, especificando si se trata o no de un índice de referencia oficial; último valor disponible y evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales)».

Con posterioridad a estas normas, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que reguló las llamadas Ficha de Información Precontractual (FIPRE) y Ficha de Información Personalizada (FIPER), no incluyó la obligatoriedad de ofrecer información sobre la evolución del tipo de interés de referencia. Como, por cierto, tampoco lo ha hecho la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

3.- En todo caso, ni el TJUE ha mantenido, ni resulta razonable considerarlo, que el juicio de transparencia implique la comprensibilidad del funcionamiento matemático/financiero del índice IRPH. Ningún índice, incluido el Euribor, resistiría dicha prueba. Es por ello, que afirmábamos en nuestra sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, que lo que se juzga es la cláusula, no el índice. Ya dijo el Abogado General, en el apartado 103 de su Informe, parafraseando al Gobierno español, que:

«[e]l requisito de informar al consumidor sobre el funcionamiento concreto del índice de referencia, es decir, su método exacto de cálculo, no es útil en la medida en que la fórmula matemática aplicable haría que la información resultase menos comprensible y, en consecuencia, menos transparente para el consumidor».

4.- Conforme a lo expuesto, a fin de cumplir con las exigencias de transparencia establecidas por el TJUE, para que se entienda que la suscripción de un contrato de préstamo hipotecario con un tipo de interés variable referenciado al índice IRPH supera el control de transparencia (apartados 52 a 54 de la sentencia de 3 de marzo de 2020), debe tenerse en cuenta, fundamentalmente:

(i) la publicación, a través del BOE, de los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros, por lo que «resultan fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario»; en concreto 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 el 0,25 %».

(ii) el cumplimiento por la entidad de crédito de la obligación de informar a los consumidores, conforme a la normativa nacional antes reseñada, 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 otras fórmulas de cálculo del tipo de interés».

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

QUINTO.- *El control de contenido o abusividad: que la cláusula, eventualmente, no sea transparente, no quiere decir que siempre y automáticamente sea abusiva*

1.- En todo caso, que la cláusula no sea transparente no implica necesariamente que sea abusiva. Respecto de los elementos esenciales del contrato (precio y prestación) se desprende del art. 4.2 de la Directiva 93/13, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, que los controles de transparencia y abusividad son diferentes y el primero es presupuesto o antecedente del segundo.

La redacción actual del art. 83 TRLCU no es óbice para ello, pues no estaba en vigor cuando se concertó el contrato de préstamo hipotecario, ya que se introdujo por la Ley 5/2019, de 5 de marzo, y por tanto no es aplicable para resolver el presente recurso, por lo que no procede ahora su interpretación, aunque sí conviene puntualizar que en la nueva redacción del precepto el «perjuicio de los consumidores» aparece expresamente contemplado al tratar de la nulidad de las cláusulas no transparentes.

A tal efecto, resulta aplicable la jurisprudencia del TJUE que establece que, respecto de los elementos esenciales del contrato (precio y prestación), una vez apreciada la falta de transparencia es cuando debe hacerse el juicio de abusividad (por todas, SSTJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, *Kásler*; de 26 febrero de 2015, C-143/13, *Matei*; de 20 de septiembre de 2017, C-186/16, *Andriuc*; de 14 de marzo de 2019, C-118/17, *Dunai*; y de 5 de junio de 2019, C-38/17, *GT*).

Es decir, en tales casos, la declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad (sentencias de esta sala 171/2017, de 9 de marzo; 538/2019, de 11 de octubre; 121/2020, de 24 de febrero; y 408/2020, de 7 de julio).

Como advertimos en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo: «la falta de transparencia no supone necesariamente que [las condiciones generales] sean desequilibradas». En este mismo sentido, la STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, caso *Banco Primus*, declaró que la falta de transparencia no eximía de realizar el juicio de abusividad, sino que simplemente permitía proyectarlo a los elementos esenciales del contrato:

«64. Por lo que se refiere, por una parte, a la cláusula 3 del contrato controvertido en el litigio principal, relativa al cálculo de intereses ordinarios, el órgano jurisdiccional remitente ha señalado que, pese a estar comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, esa cláusula no estaba redactada de manera clara y comprensible en el sentido de dicha disposición. En estas circunstancias, como señaló el Abogado General en el punto 61 de sus conclusiones, incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar el carácter abusivo de dicha cláusula y, en particular, si ésta causa, en detrimento del consumidor de que se trate, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato a la luz de las consideraciones expuestas en los apartados 58 a 61 de la presente sentencia. [...]»

Únicamente hemos asimilado falta de transparencia a abusividad en supuestos muy concretos, como las denominadas cláusulas suelo, porque como advertimos en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo, 138/2015, de 24 de marzo, 222/2015, de 29 de abril, 334/2017, de 25 de mayo, o 367/2017, de 8 de junio, tales condiciones generales entrañan un elemento engañoso, cual es que aparentan un interés variable cuando realmente establecen un interés fijo solo variable al alza y «provocan subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación».

2.- El art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE, *sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, establece:*

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

De manera concorde, el art. 82.1 TRLGCU dispone:

«Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato».

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

4.- En cuanto a la buena fe, parece difícil que se pueda vulnerar por ofrecer un índice oficial, aprobado por la autoridad bancaria, salvo que se pudiera afirmar que se podía conocer su evolución futura y ésta fuera necesariamente perjudicial para el prestatario y beneficiosa para la entidad prestamista. Lo que como hemos visto, no es el caso, ya que tal evolución futura no depende de la voluntad del predisponente.

La referencia IRPH fue recomendada por el Banco de España a finales de 1993 como uno de los tipos que podían ser utilizados para las operaciones de crédito hipotecario a tipo de interés variable. En la Circular 5/1994, de 22 de julio, se incluyó como índice de referencia oficial, de forma que el Banco de España se comprometió a publicarlo regularmente, con las ventajas desde el punto de vista de la oficialidad que implicaba su uso.

Las razones por las que el Banco de España hizo tal recomendación sobre el índice IRPH se recogieron en el Boletín Económico de diciembre de 1993 y fueron, resumidamente, las siguientes: (i) era un índice que no dependía exclusivamente de la propia entidad que concedía el crédito, ni era susceptible de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades; (ii) era un indicador de la evolución del mercado hipotecario que ya gozaba de amplia difusión y que, al incluirse con otros como tipo de referencia oficial (entre ellos el MIBOR y el de la Deuda Pública a plazos residuales de 2 a 6 años), permitiría a las entidades de crédito españolas disponer de una gama suficiente de referencias para atender sus diversas necesidades.

Junto a ello, a estos efectos del juicio de buena fe, no es desdeñable que el Gobierno central y varios Gobiernos autonómicos, en la fecha de suscripción del contrato y en la actualidad, a través de diversas disposiciones reglamentarias, tengan establecido el índice IRPH como referencia para la financiación (obtención de préstamos) de la adquisición de viviendas de protección oficial –VPO- (véase la respuesta negativa de la Secretaría de Estado de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, de junio de 2020, a la recomendación del Defensor del Pueblo de sustituir el índice IRPH por el Euríbor u otro índice oficial en viviendas de protección oficial).

Es decir, tanto la Administración General del Estado como diversas Administraciones autonómicas han venido considerando, a través de normas reglamentarias, que el índice IRPH era el más adecuado para utilizarlo como índice de referencia en el ámbito de la financiación protegida destinada a la adquisición de viviendas de protección oficial, en

el que el grado de intensidad de protección del consumidor se incrementa en atención al ámbito subjetivo de los beneficiarios que pueden acceder a dicha financiación. Por lo que resulta ilógico considerar como una actuación contraria a la buena fe la incorporación de ese mismo índice a contratos de préstamo hipotecario concertados fuera de ese ámbito de financiación oficial.

Como afirmó el TJUE en su sentencia de 14 de marzo de 2013, C-415/11, *Aziz*, (apartado 69), «en lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio “pese a las exigencias de la buena fe”, debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual». No resulta coherente estimar que la adaptación del comportamiento del profesional predisponente a una pauta (utilización del índice IRPH cajas en una cláusula de interés variable) que es la adoptada por diversas normas reglamentarias por las administraciones públicas competentes para la financiación de actuaciones protegibles en materia de vivienda, pueda infringir ese estándar de protección de la buena fe, en el sentido indicado.

5.- Respecto al otro parámetro -desequilibrio importante-, debe ser valorado en el momento de suscripción del contrato (art. 4.1 de la Directiva 93/13), por lo que la evolución más o menos favorable del índice durante el tiempo de vida del contrato, no puede ser determinante. Máxime cuando no consta que el prestamista tenga influencia razonable en esa evolución. Las cláusulas de determinación del tipo de interés variable por referencia a un índice buscan la actualización a valores de mercado del precio del préstamo, sin que dicha actualización pueda depender directamente de la voluntad de una de las partes. Así lo establece taxativamente la STJUE de 9 de julio de 2020, C-452/18, *Ibercaja Banco*, al declarar en su apartado 52:

«[n]o cabe exigir a un profesional que facilite información precisa acerca de las consecuencias económicas asociadas a las variaciones del tipo de interés durante la vigencia del contrato, ya que esas variaciones dependen de acontecimientos futuros no previsibles y ajenos a la voluntad del profesional».

Por otro lado, la STJUE de 3 de marzo de 2020 descarta que las entidades bancarias tuvieran obligación de facilitar información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura o de asesorar a sus clientes sobre el mejor préstamo posible. La herramienta más adecuada para la comparación entre el coste global de unas y otras modalidades de financiación sería, en todo caso, la TAE.

6.- En todo caso, como ya indicamos en la sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, que en un determinado momento de la vida del préstamo el IRPH se separe desfavorablemente de otros índices (específicamente, el Euribor) no quiere decir que se vaya a comportar siempre así durante el resto de vigencia del contrato, y ello por dos razones fundamentales:

(i) para el cálculo del IRPH se toman como elemento de cálculo no solo los préstamos con Euribor, sino también los préstamos referenciados a otros tipos variables y los préstamos a interés fijo; y

(ii) también se toman en cuenta los diferenciales.

Es decir, para apreciar que hay desequilibrio no basta con comparar el IRPH con otro índice de referencia (básicamente, el Euribor), porque –como mínimo y aparte de las consideraciones ya expuestas- hay que tener en cuenta el diferencial que, según los casos, puede aminorar o acercar la diferencia aplicativa entre ambos índices. De forma que el tipo nominal resultante de la aplicación del índice más el margen o diferencial puede ser superior, inferior o igual, en el momento de la contratación, utilizando el IRPH con un diferencial menor que utilizando el Euribor con un diferencial mayor. El diferencial aplicado en uno u otro caso junto con el índice, a cada operación concreta, vendrá determinado por la valoración del riesgo y demás características de la operación (solventía del deudor, calidad de las garantías concurrentes – fiadores -, plazo y cuantía del préstamo, contratación de otros productos o servicios, etc).

La evolución posterior no puede determinar el desequilibrio, que debe valorarse en la fecha de celebración del contrato (art. 4.1 de la Directiva 93/13). Que en su desenvolvimiento posterior el préstamo resulte ser más caro que otros, no supone desequilibrio determinante abusividad, puesto que el control de contenido no puede derivar en un control de precios.

Además, no cabe obviar que, de sustituirse el IRPH por el índice que el TJUE propone como sustitutivo en caso de abusividad y falta de pacto en los apartados 65 y 66 de la sentencia -«tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España»-, la diferencia entre índices seguiría siendo prácticamente la misma: el Euríbor estaba en -042%, en septiembre de 2020, y este índice sustitutivo en 1,74%, en agosto de 2020.

SEXTO.- *Examen del caso enjuiciado. Primer motivo del recurso de casación. Control de transparencia*

Planteamiento:

1.- El primer motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 1, 5, 7 y 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC), del art. 3.2 de la Directiva 93/13 y del art. 80 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLUCU), en relación con la sentencia de esta sala de 9 de mayo de 2013.

2.- En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que la sentencia recurrida no tiene en cuenta que la cláusula que incorpora el índice IRPH es una condición general de la contratación y que el prestatario no tuvo capacidad alguna de influir en su inclusión en el contrato. Partiendo de dicho dato, debía haberse tenido en cuenta que el prestatario carecía de conocimientos financieros, que no se le entregó la oferta vinculante exigida por la Orden de 5 de mayo de 1994 y que la mera redacción de la cláusula no ilustraba sobre sus consecuencias jurídicas y económicas. Por lo que no superaba el control de transparencia.

Decisión de la Sala:

1.- La sentencia recurrida no afirma en ningún momento que la cláusula por la que se referencia el interés del préstamo al índice IRPH no sea una condición general de la contratación. Por lo que las alegaciones del motivo sobre este particular son completamente ociosas.

2.- En cuanto al control de transparencia, en primer lugar, damos por reproducido lo expresado en el fundamento jurídico cuarto.

3.- Ya advertimos en la sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, que para limitar los efectos de la asimetría informativa que los consumidores pueden padecer respecto a la determinación de los índices de referencia, la normativa establece un principio de transparencia en la contratación en la que se incluyan índices financieros. Este principio de transparencia se traduce en un especial deber a cargo de las entidades financieras de informar tanto con carácter previo como durante la ejecución del contrato de financiación de manera clara, inteligible y comprensible sobre la definición legal del índice financiero elegido por las partes; los momentos contractuales en los que se deba producir la variación del tipo de interés aplicable y los términos en los que se producirá tal variación en atención al valor de los índices de referencia adoptados; y la publicidad de los valores del índice de referencia adoptado para la adaptación del tipo de interés remuneratorio.

4.- En particular, el art. 6 de la OM de 5 de mayo de 1994 establecía lo siguiente en sus apartados 2 y 3 respecto de los tipos de interés variable:

«2. En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones:

a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades.

b) Que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.

»3. En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, no será precisa la notificación individualizada al prestatario de las variaciones

experimentadas en el tipo de interés aplicable cuando se den simultáneamente las siguientes circunstancias:

1. Que se haya pactado la utilización de un índice o tipo de referencia oficial de los previstos en la disposición adicional segunda de esta Orden.

2. Que el tipo de interés aplicable al préstamo esté definido en la forma prevista en las letras a) o b) del número 1 de la cláusula 3. bis del anexo II de esta Orden.»

A su vez, la cláusula 3 bis del anexo II de la Orden establecía:

«3. bis. Tipo de interés variable.

1. Definición del tipo de interés aplicable.- Cuando el tipo de interés pueda variar en algún período, se expresará éste de alguna de las siguientes formas:

»a) Como suma de:

Un margen constante (positivo, nulo o negativo), expresado en puntos o fracciones de punto.

El tipo de interés de referencia.

»b) Como cierto porcentaje de un tipo de interés de referencia.»

5.- En este caso no consta que se ofreciera al prestatario la información exigida por la normativa de transparencia bancaria y, en particular, que se le advirtiera cuál había sido la evolución del índice elegido en los dos años anteriores a la suscripción del contrato, como hemos visto que es exigible conforme a la jurisprudencia del TJUE. Aunque es cierto que, hasta noviembre de 2008, el valor del IRPH y del Euribor había sido bastante similar (menos de un punto de diferencia) y que los diferenciales aplicados eran distintos y condicionaban el resultado final; y que esos diferenciales eran menores en los préstamos referenciados al IRPH que en los referenciados al Euribor, pues de otro modo los primeros no habrían resultado competitivos. Del resto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, tal y como resultan de las actuaciones, no se deriva ningún elemento que permita desvirtuar la anterior conclusión.

6.- Pero ello no puede determinar por sí mismo la nulidad de la condición general litigiosa, porque, aunque no superaba el control de transparencia, como quiera que, respecto del precio del contrato, la falta de transparencia es lo que permite examinar la posible abusividad, la consecuencia

inmediata es el análisis del segundo motivo de casación que, precisamente, se refiere a dicha cuestión.

Es decir, la falta de transparencia no determina *per se* la nulidad de la cláusula, sino que, al tratarse de una estipulación sobre un elemento esencial del contrato -el precio-, únicamente permite realizar un control de contenido sobre dicha cláusula. Que es sobre lo que versa el siguiente motivo de casación.

SÉPTIMO.- *Segundo motivo de casación. Abusividad*

Planteamiento:

- 1.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción del art. 1256 CC.
- 2.- Al desarrollar el motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que como el índice se forma con las informaciones que ofrecían las propias entidades de ahorro, era fácilmente manipulable. De tal manera que solo se tienen en cuenta los datos favorables a los prestamistas, de donde resulta que el cumplimiento del contrato quedaba a su arbitrio, lo que constituye en sí mismo abusividad contractual.

Decisión de la Sala:

- 1.- Esta cuestión de la supuesta manipulación del índice de referencia ya fue tratada en la sentencia 669/2017, de 14 de diciembre. En ella declaramos:

«No debe confundirse el hecho de que los datos facilitados por las entidades conformantes del índice afecten a su valor resultante, algo consustancial al procedimiento de su cálculo, con la posibilidad de su manipulación.

»Tampoco cabe presumir que se ofreció el IRPH porque se sabía que iba a tener un comportamiento más favorable para los prestamistas que el Euribor. Los valores del IRPH resultaban de la media de los tipos de interés medios aplicables para la adquisición de vivienda de precio libre en España, lo cual, por definición, incorporaba en dicha media todas operaciones de financiación hipotecaria tanto a interés fijo como variable, entre las que también se encontraban las operaciones referenciadas al Euribor. Ello es relevante porque, dado que hasta ahora el Euribor ha tenido un valor inferior al IRPH, el Euribor también influyó en la conformación a la baja de los valores del IRPH, puesto que las operaciones referenciadas a dicho índice se incluían en el cálculo de este

último. Lo que pone más que en entredicho la conclusión, también de sesgo retrospectivo, según la cual la prueba de que el IRPH convenía más *a priori* a las entidades financieras es que el Euribor bajó más».

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

3.- El art. 82.3 TRLCU establece que el carácter abusivo de una cláusula se apreciará considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración. La evolución más o menos favorable del índice durante la vida del préstamo no puede ser determinante de su carácter abusivo. Sin embargo, lo que el recurrente considera que ha provocado que, en contra de las exigencias de la buena fe, se haya causado, en su perjuicio, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, ha sido, en realidad, la evolución divergente del Euribor y del IRPH en los años posteriores a la contratación del préstamo, puesto que, aunque ambos índices oficiales han bajado desde que el demandante suscribió el préstamo hipotecario, el Euribor ha bajado más que el IRPH.

En el caso que nos ocupa, en la fecha de suscripción del préstamo (la relevante, según el art. 4.1 de la Directiva 93/13) entre el IRPH y el Euribor había menos de un punto de diferencia (4,08% el primero y 3,28% el segundo). Pero con la particularidad de que el diferencial del préstamo era solo el 0,25%.

La STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus, estableció como uno de los métodos de determinación de la abusividad de una cláusula de intereses remuneratorios la comparación con los tipos de interés legal (§ 67). Pues bien, en la fecha de suscripción del préstamo litigioso. Pues bien, como ya hemos visto, el IRPH contractual estaba en la fecha del contrato en 4,08%; mientras que el interés legal del dinero estaba en el 4%.

4.- En todo caso, lo que puede determinar la abusividad de la cláusula es la concurrencia de los dos parámetros a los que se refieren la Directiva y la legislación de consumidores, a los que hemos hecho mención en el fundamento jurídico quinto: el desequilibrio importante y la buena fe.

Ninguno de tales parámetros es siquiera objeto de tratamiento en el recurso, por lo que no podemos construir de oficio una alegación que no se ha efectuado (STJUE de 11 de marzo de 2020, asunto C-511/17).

5.- En consecuencia, el segundo motivo de casación debe ser desestimado. Sin que la apreciación de la falta de transparencia pueda tener ningún efecto sobre la nulidad pretendida, puesto que para que la cláusula fuera nula no solo debía ser in-transparente, sino que también debería ser abusiva, lo que no ha quedado acreditado. Lo que supone la desestimación del recurso de casación.

OCTAVO.- *Costas y depósitos.*

1.- Habida cuenta la desestimación del recurso de casación, deben imponerse al recurrente las costas causadas por el mismo, según determina el art. 398.1 LEC.

2.- Igualmente, debe acordarse la pérdida del depósito constituido para su formulación, a tenor de la Disposición adicional 15ª, apartado 9, LOPJ.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación formulado por D. XXX contra la sentencia núm. 328/2016, de 26 de mayo, dictada por la Audiencia Provincial de Jaén (sección 1ª), en el Recurso de Apelación núm. 1197/2015.

2.º- Imponer al recurrente las costas del recurso de casación y ordenar la pérdida del depósito constituido para su formulación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

El Excmo. Sr. D. Antonio Sala Carceller votó en sala, pero no pudo firmar por jubilación, haciéndolo en su lugar el Excmo. Sr. Presidente de la Sala, D. Francisco Marín Castán.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

VOTO PARTICULAR

Fecha de sentencia:

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número: 2328/2016

Magistrado/a que formula el voto particular: Excmo. Sr. D. Francisco

Javier Arroyo Fiestas

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia referida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Control de transparencia.*

Se comparte la decisión de la Sala, en cuanto reconoce que la cláusula en virtud de la cual se impone el IRPH no es transparente.

No en vano la sentencia, de 3 de marzo de 2020, del TJUE declara:

«54. También resulta pertinente para evaluar la transparencia de la cláusula controvertida la circunstancia de que, según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal, las entidades de crédito estuvieran obligadas a informar a los consumidores de cuál 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. Tal información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés».

Por tanto, la ausencia de esa información previa privó de la necesaria transparencia a la cláusula cuestionada.

SEGUNDO.- *Control de abusividad. Existencia de perjuicio.*

El art. 4.2 de la Directiva 13/1993 no establece que la falta de transparencia acarree, en todo caso, la abusividad, sino que debe ponerse en relación con un perjuicio material para el consumidor, consistente, en este caso, en la alteración sorpresiva del acuerdo económico que se creía haber alcanzado, a partir de la información precontractual, que resultó incompleta, privándole de la posibilidad de comparar las ofertas del mercado.

En el mismo sentido esta sala declaró en sentencia 54/2020, de 23 de enero:

«En cuanto a las consecuencias de la falta de transparencia, hemos dicho en diversas resoluciones que es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas. Pero como también hemos afirmado, no es el caso de las llamadas cláusulas suelo, cuya 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 el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado (por todas, sentencia 367/2017, de 8 de junio, y las que en ella se citan)».

A la vista de lo expuesto, es evidente el perjuicio causado al consumidor, en cuanto que por falta de información suficiente no ha podido comparar con otras ofertas del mercado, por lo que se le privó del ejercicio de un legítimo derecho de opción, del que quedó desposeído por la falta de transparencia.

No es la Sala la que debe valorar cuál índice le resultaba más interesante a la parte demandante, sino que era el consumidor quien debía tomar dicha decisión con la información que no se le facilitó.

En este sentido la STJUE de 16 de enero de 2014, en el asunto C-226/12, en interpretación del art. 3.1 de la Directiva 93/13, declaró que la existencia de un «desequilibrio importante» no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.

TERCERO.- *Control de abusividad. Ausencia de buena fe.*

El eje del sistema de protección del consumidor viene dado por la noción de cláusula abusiva contenida en el art. 3.1 de la Directiva 93/2013, que mide el eventual carácter abusivo de una cláusula en atención a un doble patrón: la contravención de las exigencias de la buena fe y la producción de un desequilibrio contractual importante.

Ya hemos dicho que ha existido desequilibrio, en cuanto se le sustrajo información, que le privo del ejercicio de una opción económica entre el IRPH y otros índices alternativos.

A continuación debemos concluir la ausencia manifiesta de buena fe.

En sentencia, de 14 de marzo de 2013, del TJUE (Caso Aziz) se declaró que:

«Para determinar si se causa el desequilibrio "pese a las exigencias de la buena fe", debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual».

A la vista de esta doctrina debemos pronunciar que el profesional no trató al consumidor de manera leal, al no ofrecerle la información

legalmente requerida sobre la evolución del índice IRPH y el incumplimiento manifiesto de dicho mandato normativo, priva de buena fe a la conducta del profesional.

CUARTO.- *Índice aplicable.*

De lo expuesto hasta ahora debe concluirse que el magistrado que formula el presente voto particular, entiende que por la Sala debió declararse abusiva la cláusula que establecía el IRPH como índice del préstamo, en tanto se predispuso con ausencia de buena fe y con perjuicio para el consumidor.

Una vez declarada abusiva, se debería decidir si debe mantenerse algún índice sustitutivo.

Son varias las opciones posibles:

a) Entender que no cabe mantener índice alguno, opción que este magistrado rechaza, dado que fue la voluntad de las partes mantener el interés remuneratorio referenciado a un índice.

b) Aplicar otro índice sustitutivo como el de la Ley 14/2013 que es la tesis que apoyan las entidades bancarias.

c) Aplicar el Euribor.

QUINTO.- *Índice Ley 14/2013.*

Este es el índice que se acepta como aplicable por la sentencia de esta sala, en relación con la que se formula el voto particular.

La aplicación del «Índice Ley 14/2013», basado en una forma de cálculo similar a la del IRPH, produciría una alteración insignificante en el resultado económico de los intereses abonables por el consumidor.

Con lo cual se estaría premiando al predisponente de la cláusula abusiva con un resultado que le resultaría favorable, no en vano las entidades bancarias aceptan sin fisuras la aplicación del «Índice Ley 14/2013».

Ciertamente el TJUE en la sentencia de 3 de marzo de 2020 entiende que se podría aplicar el «Índice Ley 14/2013», si es el criterio legal sustitutivo.

Esta cuestión, como bien reconoce el TJUE es una cuestión sujeta al Juez nacional, si bien debe declarar este magistrado discrepante que la aplicación del «Índice Ley 14/2013», además haría desaparecer el efecto disuasorio que pretende el art. 7 Dir. 93/13.

El efecto disuasorio es uno de los paradignas en la política de protección del consumidor, para evitar que se mantengan los efectos de las situaciones de abuso de superioridad por el profesional predisponente.

En este sentido la sentencia del TJUE, de 21 de diciembre de 2016, cuando declara:

«66. Por consiguiente, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva».

SEXTO.- *Nulidad de la cláusula abusiva.*

Una razón más para no aplicar el «Índice Ley 14/2013», es que se estableció para sustituir al IRPH, en caso de desaparición de éste.

Pero no nos encontramos ante un supuesto de desaparición, sino de una declaración de nulidad de cláusula abusiva, así lo pretende este voto particular.

Sería incoherente, tras la nulidad aplicar un índice que no está previsto para un supuesto de nulidad y que además se calcula en base a los mismos parámetros que el IRPH, con un resultado sensiblemente similar, con lo que se quebrantaría el principio de efectividad del Derecho Comunitario (sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020).

SÉPTIMO.- Euribor.

Descartado en este voto particular el «Índice Ley 14/2013», este magistrado debe proponer como aplicable el Euribor.

El Euribor es el índice mayoritariamente seguido en la práctica hipotecaria española, cuya aplicación supone un restablecimiento de las expectativas del consumidor sobre el coste del crédito.

La aplicación del Euribor en lugar del IRPH, no supone una actividad integradora del contrato, sino la aplicación del mayoritariamente aplicado en el Estado Español, por el que podría haber optado si se le hubiese ofrecido la información legalmente preceptiva, a la que hicimos referencia, siendo esta una solución compatible con el art. 6.1 de la Directiva 93/2013, dado que el consumidor aceptaba un préstamo referenciado a un índice.

PARTE DISPOSITIVA

1.º- Se debería declarar la nulidad de la cláusula referida al IRPH, en cuanto cláusula abusiva, como índice de aplicación en el préstamo concertado por la parte demandante.

2.º- Se debería sustituir el IRPH, por el Euribor, con la restitución de las cantidades indebidamente percibidas por la parte demandada.

3.º- Todo ello con las consecuencias derivadas, en relación con las costas procesales.

Lo acuerda y firma el Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

CASACIÓN núm.: 2863/2016

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles
Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

Sentencia núm. 596/2020

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 12 de noviembre de 2020.

Esta sala ha visto en pleno el recurso de casación interpuesto por Kutxabank S.A., representada por la procuradora D.^a Ana Prieto Lara-Barahona y bajo la dirección letrada de D.^a Itziar Santamaría Irizar, contra la sentencia n.º 227/2016, dictada en fecha 29 de junio por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava en el recurso de apelación n.º 334/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1127/2015

del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Vitoria-Gasteiz, sobre acción de nulidad de pleno derecho y reclamación de cantidad. Ha sido parte recurrida D. YYY y D.ª XXX, representados por la procuradora D.ª Isabel Gómez Pérez de Mendiola y bajo la dirección letrada de D. Miguel Ángel Rodríguez Filgueira.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1.- D. YYY y D.ª XXX no interpusieron demanda de juicio ordinario contra Kutxabank S.A. (anteriormente Caja de Ahorros de Vitoria y Álava –Caja Vital–) en la que solicitaban se dictara sentencia en la que:

«en relación al préstamo suscrito por D. YYY y D.ª XXX con la citada entidad de fecha de 13 de agosto de 2010 documentado en escritura n.º 995:

»1. Se declare la nulidad por abusivas ex artículos 8.2 de la LCGC y 82 de la LGCyU, de las siguientes cláusulas, manteniendo el contrato su vigencia con las restantes:

»a) El apartado d) de la estipulación Tercera donde se refiere al tipo IRPH Entidades con la siguiente redacción:

»"Para cada uno de los periodos semestrales siguientes, el tipo de interés será el que resulte de adicionar el MARGEN, al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de entidades de crédito definido por la circular 5/94 del Banco de España de 22 de julio de 1994 que se publica en el BOE de 3 de agosto de 1994.

»MARGEN, es el porcentaje a añadir al tipo I.R.P.H. determinado de acuerdo con el apartado anterior. El MARGEN será de UN ENTERO (1,00) punto.

»b) El apartado e) de la estipulación Tercera con la siguiente redacción:

»"El Tipo que servirá para el cálculo del interés, se define en la Circular 7/99 del Banco de España de 29-6-99 y se publica en el Boletín Oficial del Estado, tomándose como referencia el publicado el mes anterior a aquel en que deba efectuarse la revisión."

»c. El apartado f) de la estipulación Tercera al referirse como interés sustitutivo al índice de referencia IRPH con la siguiente redacción:

»El tipo de interés sustitutivo entrará en vigor cuando por cualquier razón dejara de publicarse el tipo de referencia y se tomará a sus mismos efectos el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorros definido por la circular 5/94 del Banco de España de 22 de julio de 1994 que se publicará en el BOE del 3 de Agosto de 1994.

»2. De forma subsidiaria, para el caso de que no se estime la anterior pretensión, se solicita que se declare la nulidad, por incumplimiento de normas imperativas ex artículos 8.1 de la L.C.G.C. y 6.3 del Código Civil, manteniendo el contrato su vigencia con las restantes, de las siguientes cláusulas:

»a. El apartado d) de la estipulación Tercera donde se refiere al tipo IRPH Entidades con la siguiente redacción:

»"Para cada uno de los periodos semestrales siguientes, el tipo de interés será el que resulte de adicionar el MARGEN, al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de entidades de crédito definido por la circular 5/94 del Banco de España de 22 de julio de 1994 que se publica en el BOE de 3 de agosto de 1994.

»MARGEN, es el porcentaje a añadir al tipo I.R.P.H. determinado de acuerdo con el apartado anterior. El MARGEN será de UN ENTERO (1,00) punto.

»b. El apartado e) de la estipulación Tercera con la siguiente redacción:

»" El Tipo que servirá para al cálculo del interés, se define en la Circular 7/99 del Banco de España de 29-6-99 y se publica en el Boletín Oficial del Estado, tomándose como referencia el publicado el mes anterior a aquel en que deba efectuarse la revisión".

»c. El apartado f) de la estipulación Tercera al referirse como interés sustitutivo al índice de referencia IRPH con la siguiente redacción:

»El tipo de interés sustitutivo entrará en vigor cuando por cualquier razón dejará de publicarse el tipo de referencia y se tomará a sus mismos efectos el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorros definido por la circular 5/94 del Banco de España de 22 de julio de 1994 que se publicará en el BOE del 3 de agosto de 1994.

»3. Se condene, en cualquiera de los casos, a la entidad Kutxabank a estar y pasar por las declaraciones anteriores, absteniéndose de aplicar en el futuro las indicadas cláusulas manteniendo el contrato su vigencia con las restantes.

»4. Se condene, en cualquiera de los casos, a la entidad Kutxabank a restituir a D. YYY y D.^a XXX no las cantidades que se han abonado, o se vayan abonando hasta la efectividad de la nulidad de la cláusula, indebidamente y cobrado en exceso, en virtud de

la aplicación de los índices impugnados IRPH –Entidades o IRPH– Cajas durante el periodo de vigencia del contrato de préstamo.

»5. Se condene, en cualquiera de los casos a abonar los intereses legales de las cantidades anteriores desde la fecha de su respectivo cobro hasta la fecha de sentencia y los intereses del 576 de la LEC desde la sentencia hasta el pago.

»6. Todo ello, en cualquiera de los casos, con imposición, en caso de oposición, de las costas generadas a la parte demandada.

2.- La demanda fue presentada el 6 de noviembre de 2015 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Vitoria-Gasteiz, fue registrada con el n.º 1127/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Kutxabank S.A. contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«que se desestimen íntegramente las pretensiones de la parte actora, condenándole al pago de las costas causadas».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Vitoria-Gasteiz dictó sentencia de fecha 5 de abril de 2016, con el siguiente fallo:

«Estimo la demanda formulada por D. YYY y D.ª XXX contra Kutxabank y, en su virtud:

»1. Declaro la nulidad por incumplimiento de los arts. 8 y ss de la LGCGC, y preceptos concordantes del código civil, y en su virtud, manteniendo el contrato su vigencia declaro la nulidad de la cláusula siguiente, apartado D. estipulación tercera. “Para cada uno de los periodos semestrales siguientes, el tipo de interés será el que resulte de adicionar al margen, al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre concedida por el conjunto de entidades de crédito definido por la circular 5/94 del BDE de 22 de julio de 1994, publicado en el BOE de 3 de agosto de 1994”. “El apartado E de la estipulación tercera, el tipo que servirá para el cálculo del interés, se define en la circular 7/99 BDE de 29 de junio de 99, que se publica en BOE, tomándose como referencia el publicado el mes anterior a aquel en que deba efectuarse la revisión”. “Apartado F estipulación 3, el tipo de interés sustitutivo entrará en vigor cuando por cualquier razón dejara de publicarse en el tipo de referencia y se tomara a sus mismos efectos el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre concedidos por las Cajas de Ahorros definidos por circular 5/94 del BDE de 22 de julio de 1994, que se publicará en BOR (sic) de 3 de agosto de 1994.

»2. Condeno a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a que se abstenga de aplicar en el futuro las indicadas cláusulas manteniendo el contrato su vigencia con los restantes.

»3. Condeno a la demandada a que abone a los actores las cantidades abonadas o que se hayan seguido abonando hasta la efectividad de la nulidad de la cláusula, indebidamente y cobrado en exceso en virtud del índice impugnado durante el período de vigencia del contrato de préstamo.

»4. Condeno a la demandada a que abone los intereses solicitados por la parte actora en su escrito de demanda.

»Con imposición de costas a la parte demandada».

SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Kutxabank S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Álava, que lo tramitó con el número de rollo 334/2016 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 29 de junio de 2016, con el siguiente fallo:

«1.- DESESTMAR el recurso de apelación formulado por el procurador de los tribunales D. Jesús M.^a de las Heras Miguel, en nombre y representación de Kutxabank S.A., frente a la sentencia de 5 de abril de 2016 dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 5 de Vitoria en el procedimiento ordinario n.º 1227/2015.

»2.- DECRETAR la pérdida para el apelante del depósito consignado para recurrir.

»3.- CONDENAR al recurrente al pago de las costas del recurso de apelación».

TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación

1.- Kutxabank S.A. interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Al amparo del artículo 477.2.3.º LEC, por infracción del artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, y la Jurisprudencia que lo desarrolla, en el sentido de que la sentencia de segunda instancia que recurrimos declara que el tipo de interés remuneratorio del contrato de préstamo no fue negociado entre las partes y lo califica como condición general de la contratación.

»Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3.º LEC, por infracción de los artículos 80.1 y 82 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores, y la Jurisprudencia desarrollada en interpretación de los mismos sobre el contenido y el alcance del control de transparencia aplicable a las condiciones generales que definen el objeto principal del contrato, en el sentido de que la sentencia recurrida declara que los apartados d), e) y f) de la cláusula tercera, en la que se pactó que el tipo de interés remuneratorio del préstamo sería el resultante de añadir un margen del 1% al índice oficial IRPH Entidades, no supera las exigencias que dicho control impone para su validez, por no haber sido explicada la fórmula de cálculo del índice, por no haber sido explicado el comportamiento del IRPH en los últimos años en comparación con el de otros índices oficiales y, en especial, por no haber sido ofrecidos al cliente otros índices como el Euribor que, a juicio del juzgador, serán más favorables.

»Tercero.- Al amparo del artículo 477.2.3.º LEC, por infracción de los artículos 80.1 y 82 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en cuanto al modo en que la sentencia recurrida realiza el control de transparencia, y el juicio de abusividad, sobre la cláusula del contrato en la que se pactó como tipo de interés de la operación el resultante de añadir un margen del 1% al índice oficial IRPH Entidades, concluyendo dicha sentencia que la cláusula no es transparente y debe ser declarada nula por no haberse explicado la fórmula de cálculo del índice ni el comportamiento de este en los últimos años en comparación con el de otros índices oficiales y, en especial, por no haberse ofrecido al cliente otros índices como el Euribor que, a juicio del juzgador, serían más favorables, cuestión sobre la que existen posturas contrapuestas en la llamada "jurisprudencia menor" de las Audiencias Provinciales que justifica el "interés casacional" del presente recurso».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 27 de mayo de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

«LA SALA ACUERDA:

»Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Kutxabank S.A. contra la sentencia dictada, el día 5 de abril de 2016 por la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 334/2016, dimanante del juicio ordinario n.º 1127/2015, del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Vitoria».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para deliberación votación y fallo del pleno de la Sala el día 30 de septiembre de 2020. Por providencia de 28 de septiembre de 2020 se acordó la suspensión del señalamiento, y por providencia de 6 de octubre de 2020 se señaló de nuevo para deliberación, votación y fallo del pleno de la Sala el 21 de octubre de 2020, en que tuvo lugar, con la asistencia presencial de ocho magistrados y la asistencia mediante el sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia del Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller y del Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 13 de agosto de 2010, D. YYY y D.^a XXX suscribieron con Caja Vital Kutxa (actualmente, Kutxabank S.A.) un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, por importe de 75.000 € y plazo de veinticinco años.

2.- Respecto del interés remuneratorio, se pactó en la cláusula tercera del préstamo que durante un primer período de un año se devengaría un interés fijo del 3,50% anual. El segundo periodo, que comprendería el resto del plazo, se subdividiría en periodos de interés fijo sucesivos, cuya duración sería de un semestre natural.

Las letras d), e) y f) de la cláusula tercera decían lo siguiente (las negritas y mayúsculas están en el original):

«3d.- VARIACIÓN DE TIPO DE INTERES.

»Tipo aplicable para la variación.

»Para cada uno de los **períodos semestrales** siguientes, el tipo de interés será el resultante de adicionar el MARGEN al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más

de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22 de julio de 1994 que se publica en el B.O.E de 3 de agosto de 1994.

MARGEN, es el porcentaje a añadir al tipo IRPH determinado de acuerdo con el apartado anterior. El MARGEN será UN ENTERO (1,00) punto.

»3.e.-----

»El tipo que servirá para el cálculo del interés se define en la Circular 7/99 del Banco de España de 29.6-99 y se publica en el Boletín Oficial del Estado, **tomándose como referencia el publicado el mes anterior** a aquel en que deba efectuarse la revisión. -----

»3.f. Interés sustitutivo. -----

El tipo de interés sustitutivo entrará en vigor cuando por cualquier razón dejara de publicarse el citado tipo de referencia, y se tomará como tal, a sus mismos efectos el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros, definido por la Circular 5/1994 del Banco de España de 22 de julio de 1994 que se publica en el BOE del 3 agosto de 1994, más el margen de **0,25** puntos».

3.- El Sr. YYY y la Sra. XXX interpusieron una demanda contra Kutxabank en la que solicitaron la declaración de nulidad por abusivos de los apartados d), e) y f) de cláusula tercera del contrato de préstamo, de acuerdo con los arts. 8.2 de la Ley 7/1988, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC) y 82 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores (TRLGCU). Subsidiariamente, solicitaron la declaración de nulidad de los mismos apartados de la cláusula tercera del contrato por incumplimiento de normas imperativas conforme a los arts. 8.1 LCGC y 6.3 CC.

En cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, alegaron que el contrato debía subsistir sin tipo de referencia aplicable y solicitaron la condena a la demandada a restituir lo cobrado en virtud de la aplicación de los índices impugnados IRPH-Entidades o IRPH Cajas durante el período de vigencia del contrato.

4.- La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda.

5.- Recurrida la sentencia en apelación por la entidad prestamista, la Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. Para ello, consideró, resumidamente: i) es la demandada quien redacta la cláusula de forma semejante a la que utiliza en otros contratos, por lo que se trata de una condición general idéntica a la de otros muchos contratos; ii) la demandada no ha probado que la cláusula impugnada fuera negociada; iii) la cláusula se refiere a la remuneración que debe pagar el cliente a la entidad bancaria, por lo que define el objeto principal del contrato y no puede ser sometida al control de abusividad del precio, pero sí al doble control de transparencia, formal y material o de comprensibilidad; (iv) por lo que se refiere al control «formal o documental», la oferta vinculante no consta signada por ambos prestatarios ni tampoco aparece incorporada a la escritura, pues el notario declara que se le ha exhibido y que coincide con las cláusulas estipuladas en la escritura; v) respecto al segundo control de transparencia, material o de comprensibilidad, tras citar la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, concluye que en el caso «no hay otra constancia que la oferta vinculante, porque no hay otra prueba de que se diera información de los diferentes índices que podrían haberse aplicado, su distinto comportamiento, la forma en que se confeccionan, el importe que alcanzan, o sus diferencias en contextos similares. Podrían haberse elaborado gráficos y superponerse los correspondientes a distintos índices para percibir cómo funcionan y disponer de la información precisa que exige la directiva y la norma transpuesta. Pero nada de esto se alega ni consta acreditado». Finalmente, con cita otras sentencias de la misma Audiencia Provincial de Álava, declara que «corresponde a la demandada acreditar que ofreció al cliente otras alternativas, que el índice IRPH no fue la única propuesta, y que dentro del posible abanico el cliente pudo elegir, pero nada de esto ha acreditado».

6.- La entidad prestamista interpone recurso de casación.

7.- En su escrito de oposición al recurso, la parte recurrida interesa que se acuerde la suspensión de su tramitación hasta que el TJUE dé respuesta

a una segunda cuestión prejudicial que, según dice sin mayor precisión, habría sido planteada.

Esta sala considera que no procede la suspensión interesada porque las cuestiones que se plantean en este recurso han sido aclaradas ya por el TJUE en la reciente STJUE (Gran Sala) de 3 de marzo de 2020 (C-125/18).

SEGUNDO.- *Pronunciamientos previos sobre el índice IRPH en la jurisprudencia de esta Sala y del TJUE*

1.- Esta Sala se ha pronunciado sobre el índice IRPH en una única sentencia, de pleno, 669/2017 de 14 de diciembre. En ella hicimos, resumidamente, los siguientes pronunciamientos:

(i) La cláusula del contrato de préstamo hipotecario en la que se establece el IRPH como índice de referencia del interés remuneratorio es una condición general de la contratación si no se ha negociado individualmente.

(ii) No hay inconveniente en que un índice de referencia legal (aprobado por la autoridad bancaria) se incorpore al contrato como tal condición general de la contratación.

(iii) En cuanto que condición general de la contratación predispuesta y utilizada en un contrato celebrado con consumidores, puede ser objeto de control de transparencia.

(iv) Por el contrario, los tribunales civiles no pueden controlar el procedimiento bancario-administrativo por el que se configura el índice.

2.- Asimismo, el TJUE (Gran Sala), en respuesta a una petición de decisión prejudicial de un juzgado de primera instancia de Barcelona, ha dictado la sentencia de 3 de marzo de 2020 (C-125/18). En dicha resolución, el TJUE concluye:

«1) El artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que sí está comprendida en el ámbito de aplicación de esa misma Directiva la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado

entre un consumidor y un profesional que estipule que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y que las entidades de crédito pueden aplicar a los préstamos hipotecarios, cuando esa normativa no establezca ni la aplicación imperativa del índice en cuestión con independencia de la elección de las partes en el contrato ni su aplicación supletoria en el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa.

»2) La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 8, debe interpretarse en el sentido de que los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con independencia de la transposición del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.

»3) La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.

»4) Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales.

3.- En los apartados siguientes analizaremos la repercusión de esta STJUE en nuestra propia jurisprudencia, las pautas que ofrece para el

examen de la transparencia de las cláusulas de intereses IRPH y su eventual abusividad.

TERCERO.- *La posibilidad del control de transparencia sobre la cláusula que establece el índice de referencia*

1.- La cuestión prejudicial antes mencionada trasladó erróneamente al TJUE el sentido de la jurisprudencia de la Sala. En primer lugar, en el apartado 28 del auto de planteamiento, argumentó que nuestra sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, negaba la contractualidad de la cláusula. No fue así: en el fundamento jurídico segundo, apartado 4, declaramos:

«En consecuencia, como conceptualmente no es imposible que una cláusula en la que se establece el interés remuneratorio de un contrato de préstamo sea una condición general de la contratación, y como no consta que la que aquí nos ocupa fuera negociada individualmente, debe considerarse que tiene tal cualidad de condición general, en tanto que reúne todos y cada uno de los requisitos que hemos visto que son necesarios para su calificación como tal».

En segundo lugar, en el mismo apartado, afirmó que la misma sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, había concluido que no era posible realizar un control de transparencia de la cláusula que establecía el índice de referencia del interés variable del préstamo. Nada más lejos de la realidad: la sentencia se refería expresamente al control de transparencia de la cláusula de intereses variables y declaraba:

«Para limitar los efectos de la asimetría informativa que los consumidores pueden padecer respecto a la determinación de los índices, la normativa establece un principio de transparencia en la contratación en la que se incluyan índices financieros. Este principio de transparencia se traduce en un especial deber a cargo de las entidades financieras de informar tanto con carácter previo como durante la ejecución del contrato de financiación de manera clara, inteligible y comprensible sobre la definición legal del índice financiero elegido por las partes; los momentos contractuales en los que se deba producir la variación del tipo de interés aplicable y términos en los que se producirá tal variación en atención al valor de los índices de referencia adoptados; y la publicidad de los valores del índice de referencia adoptado para la adaptación del tipo de interés remuneratorio».

[...]«puede controlarse que la condición general de la contratación por la que se incluye en un contrato con consumidores esa disposición o previsión legal esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente».

2.- Es más, de hecho, la sentencia de esta sala realizó el examen de la transparencia material de la cláusula (véanse los apartados 6 a 14 del fundamento jurídico sexto). Lo que excluyó fue que pudiera examinarse el índice «como tal», es decir que pudiera juzgarse el índice en sí (su definición y fórmula de cálculo), dado que venía determinado por la normativa administrativa bancaria. Lo que ha sido confirmado por la STJUE de 3 de marzo.

Asimismo, mantuvimos que, dado que la ley no configura este índice como imperativo o supletorio, sino que su utilización es de carácter contractual, no resulta aplicable el art. 1.2 de la Directiva 93/13, lo que también ha confirmado el TJUE.

3.- Por tanto, que el TJUE afirme que la cláusula no está excluida de la Directiva no supone que debamos modificar nuestra jurisprudencia al respecto, que era concorde con dicho pronunciamiento.

CUARTO.- *El control de transparencia según la STJUE de 3 de marzo de 2020*

1.- Los pronunciamientos de la STJUE de 3 de marzo de 2020 sobre el control de transparencia se contienen en los párrafos 52 a 56, cuyas ideas básicas son las siguientes:

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

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

En particular, el TJUE niega implícitamente el argumento del auto de planteamiento (vid. apartado 22), según el cual, como el IRPH era menos ventajoso que el Euribor, el banco debía informar del método de cálculo para cumplir el deber de transparencia. En este sentido, el TJUE afirma en ese apartado 53, que la publicación del IRPH «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 [...]».

La sentencia hace una referencia expresa a las conclusiones del Abogado General en sus puntos 122 y 123, que descartan que el consumidor, en el caso analizado, no estuviera en condiciones de valorar las consecuencias económicas a su cargo, porque sabía que debía pagar el resultado de sumar el índice y el diferencial y podía comprender tanto la ecuación como el funcionamiento del IRPH, en cuanto formaba parte de la información públicamente accesible, en el sentido de que se componía con la media no solo de los índices, sino también de los diferenciales, comisiones y gastos añadidos. A juicio del Abogado General, la publicación en el BOE permite presumir que a un consumidor medio le resulta relativamente fácil acceder a los sistemas de cálculo de los diferentes índices oficiales y comparar las diferentes opciones que ofrecen las entidades bancarias. De hecho, concluía en el punto 124 que «la entidad bancaria cumplió la exigencia de transparencia impuesta por la Directiva 93/13», no obstante lo cual correspondía al órgano jurisdiccional remitente «efectuar las comprobaciones que considere necesarias a este respecto,

verificando en particular que Bankia haya comunicado al demandante en el litigio principal, antes de la celebración del contrato de préstamo, información suficiente para que este pudiera tomar una decisión prudente y con pleno conocimiento de causa».

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

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

b) Los tribunales deberán comprobar también que se facilitó información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés. El párrafo 55 de la sentencia exhorta al órgano remitente a comprobar si en el contexto de la celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal la entidad prestamista cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional, y esas obligaciones incluían la entrega del folleto con el dato de la evolución pasada.

Respecto a este requisito de la información de la evolución previa del IRPH, habíamos declarado en la sentencia 669/2017, de 14 de diciembre:

«Y en cuanto al comportamiento anterior, hasta noviembre de 2008, el valor del IRPH y del Euribor había sido bastante similar (menos de un punto de diferencia), aparte de que no cabe olvidar que los diferenciales aplicados eran distintos y condicionaban el resultado final; y que esos diferenciales eran menores en los préstamos referenciados al IRPH que en los referenciados al Euribor, pues de otro modo los primeros no habrían resultado competitivos.

»En tales condiciones, lo único de lo que podría haberse informado, además de lo que se informó (que el índice era el IRPH, que ese índice se publicaba en el BOE y en qué consistía), era que si el IRPH evolucionaba más desfavorablemente que el Euríbor, podría ser peor para el demandante, si pese a los distintos márgenes, el resultado era superior. Pero eso era una obviedad, porque resulta evidente que siempre que existen varios índices oficiales, los prestatarios cuyos préstamos estén referenciados al índice que en el futuro se comporte mejor (en el sentido de que baje más o suba menos) saldrán ganando, y los que lo estén al índice que evolucione peor, saldrán perdiendo. Como ocurre con los préstamos fijos: si el índice al que está referenciado el préstamo a interés variable más el diferencial baja por debajo del tipo fijo, los prestatarios que hayan optado por éste saldrán perdiendo; si ocurre lo contrario, saldrán ganando».

Esta referencia del TJUE a la normativa nacional está relacionada con los apartados 124 y 125 de las conclusiones del Abogado General, que incluían una nota final (93) con el siguiente contenido:

«a este respecto, de las observaciones del Gobierno español se deduce que el anexo VII de la Circular 8/1990 precisaba, como elementos mínimos que debían figurar en los folletos sobre los préstamos hipotecarios, con relación al tipo de interés variable, el índice de referencia, en particular su «último valor disponible y evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales». En cambio, teniendo en cuenta el hecho de que las previsiones económicas son siempre inciertas y que determinadas variables, como los índices de referencia, son difíciles de prever, no me parece razonable exigir a la entidad bancaria que facilite al consumidor previsiones futuras relativas al índice de referencia propuesto».

Parece que, si el índice IRPH consiste en una media de los tipos de las operaciones de financiación con garantía hipotecaria para la adquisición de inmuebles con la finalidad de vivienda a un plazo superior a tres años, el consumidor medio puede comprender que este índice constituye una media del precio de operaciones homólogas a las contratadas por él y que, a diferencia de las operaciones que conforman otros índices diferentes, han sido previa y efectivamente realizadas.

2.- La normativa bancaria sobre el particular, en la fecha de la contratación del préstamo hipotecario, era la siguiente:

(i) La Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, modificada por Ley 2/1994, de 30 de marzo, en su art. 48, apartado segundo e), establecía que con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de

crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación, se facultaba al Ministro de Economía y Hacienda para efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de préstamos hipotecarios.

(ii) En el ejercicio de dicha facultad, se dictó la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, que en su disposición adicional segunda establecía que «el Banco de España, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, definirá mediante Circular un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable, y hará públicos sus valores regularmente».

(iii) El art. 3 de la Orden 5 de mayo de 1994 añadía que: «Las entidades de crédito deberán obligatoriamente informar a quienes soliciten préstamos hipotecarios sujetos a esta Orden mediante la entrega de un folleto cuyo contenido mínimo será el establecido en el anexo I de esta norma».

(iv) El art. 1 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que entró en vigor el 9 de diciembre de 2007, modificó el art. 48.2.a) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito, cuyo inciso final quedó así: «La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos». En consonancia con esta norma, esta sala ya ha considerado que el límite cuantitativo había sido suprimido por la Ley 41/2007 para todos los préstamos posteriores al 9 de diciembre de 2007 (por ejemplo, sentencia 346/2020, de 23 de junio, entre las más recientes).

(v) En cumplimiento de lo previsto en la disposición adicional segunda de la referida Orden ministerial, se dictó la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España a entidades de crédito, sobre modificación

de la Circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Esta circular establecía que:

«3. A efectos de lo previsto en la Disposición Adicional Segunda de la Orden sobre préstamos hipotecarios, se consideran oficiales los siguientes índices o tipos de referencia, cuya definición y forma de cálculo se recoge en el anexo VIII:

»a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por los bancos. (IRPH Bancos)

»b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorro. **(IRPH Cajas)**

»c) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito. **(IRPH Entidades)**

»d) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorro.

»e) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años.

»f) Tipo interbancario a 1 año (Mibor).

A continuación, añadía que «El Banco de España dará una difusión adecuada a estos índices que, en todo caso, se publicarán, mensualmente, en el “Boletín Oficial del Estado”».

El Euribor se incorporó como índice oficial de referencia en la Circular del Banco de España 7/1999, de 29 de junio, sobre modificación de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones de protección a la clientela (BOE de 9 de julio).

(vi) La misma Circular del Banco de España establecía en su Anexo VII los elementos mínimos que debían contener los folletos sobre los préstamos hipotecarios a que se refiere el artículo 1 de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Entre tales elementos, la Circular disponía que el folleto debía contener el «índice o tipo de referencia, en préstamos a interés variable (identificación del índice o tipo, especificando si se trata o no de un índice de referencia oficial; último valor disponible y evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales)».

Con posterioridad a estas normas, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que reguló las llamadas Ficha de Información Precontractual (FIPRE) y Ficha de Información Personalizada (FIPER), no incluyó la obligatoriedad de ofrecer información sobre la evolución del tipo de interés de referencia. Como, por cierto, tampoco lo ha hecho la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

3.- En todo caso, ni el TJUE ha mantenido, ni resulta razonable considerarlo, que el juicio de transparencia implique la comprensibilidad del funcionamiento matemático/financiero del índice IRPH. Ningún índice, incluido el Euribor, resistiría dicha prueba. Es por ello, que afirmábamos en nuestra sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, que lo que se juzga es la cláusula, no el índice. Ya dijo el Abogado General, en el apartado 103 de su Informe, parafraseando al Gobierno español, que:

«[e]l requisito de informar al consumidor sobre el funcionamiento concreto del índice de referencia, es decir, su método exacto de cálculo, no es útil en la medida en que la fórmula matemática aplicable haría que la información resultase menos comprensible y, en consecuencia, menos transparente para el consumidor».

4.- Conforme a lo expuesto, a fin de cumplir con las exigencias de transparencia establecidas por el TJUE, para que se entienda que la suscripción de un contrato de préstamo hipotecario con un tipo de interés variable referenciado al índice IRPH supera el control de transparencia (apartados 52 a 54 de la sentencia de 3 de marzo de 2020), debe tenerse en cuenta, fundamentalmente:

(i) la publicación, a través del BOE, de los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros, por lo que «resultan fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario»; en concreto 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 el 0,25 %».

(ii) el cumplimiento por la entidad de crédito de la obligación e informar a los consumidores, conforme a la normativa nacional antes reseñada, 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 otras fórmulas de cálculo del tipo de interés».

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

QUINTO.- *El control de contenido o abusividad: que la cláusula, eventualmente, no sea transparente, no quiere decir que siempre y automáticamente sea abusiva*

1.- En todo caso, que la cláusula no sea transparente no implica necesariamente que sea abusiva. Respecto de los elementos esenciales del contrato (precio y prestación) se desprende del art. 4.2 de la Directiva 93/13, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, que los controles de transparencia y abusividad son diferentes y el primero es presupuesto o antecedente del segundo.

La redacción actual del art. 83 TRLCU no es óbice para ello, pues no estaba en vigor cuando se concertó el contrato de préstamo hipotecario,

ya que se introdujo por la Ley 5/2019, de 5 de marzo, y por tanto no es aplicable para resolver el presente recurso, por lo que no procede ahora su interpretación, aunque sí conviene puntualizar que en la nueva redacción del precepto el «perjuicio de los consumidores» aparece expresamente contemplado al tratar de la nulidad de las cláusulas no transparentes.

A tal efecto, resulta aplicable la jurisprudencia del TJUE que establece que, respecto de los elementos esenciales del contrato (precio y prestación), una vez apreciada la falta de transparencia es cuando debe hacerse el juicio de abusividad (por todas, SSTJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, *Kásler*; de 26 febrero de 2015, C-143/13, *Matei*; de 20 de septiembre de 2017, C-186/16, *Andriuc*; de 14 de marzo de 2019, C-118/17, *Dunai*; y de 5 de junio de 2019, C-38/17, *GT*).

Es decir, en tales casos, la declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad (sentencias de esta sala 171/2017, de 9 de marzo; 538/2019, de 11 de octubre; 121/2020, de 24 de febrero; y 408/2020, de 7 de julio).

Como advertimos en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo: «la falta de transparencia no supone necesariamente que [las condiciones generales] sean desequilibradas». En este mismo sentido, la STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, caso *Banco Primus*, declaró que la falta de transparencia no eximía de realizar el juicio de abusividad, sino que simplemente permitía proyectarlo a los elementos esenciales del contrato:

«64. Por lo que se refiere, por una parte, a la cláusula 3 del contrato controvertido en el litigio principal, relativa al cálculo de intereses ordinarios, el órgano jurisdiccional remitente ha señalado que, pese a estar comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, esa cláusula no estaba redactada de manera clara y comprensible en el sentido de dicha disposición. En estas circunstancias, como señaló el Abogado General en el punto 61 de sus conclusiones, incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar el carácter abusivo de dicha cláusula y, en particular, si ésta causa, en detrimento del consumidor de que se trate, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato a la luz de las consideraciones expuestas en los apartados 58 a 61 de la presente sentencia. [...]»

Únicamente hemos asimilado falta de transparencia a abusividad en supuestos muy concretos, como las denominadas cláusulas suelo, porque como advertimos en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo, 138/2015, de 24 de marzo, 222/2015, de 29 de abril, 334/2017, de 25 de mayo, o 367/2017, de 8 de junio, tales condiciones generales entrañan un elemento engañoso, cual es que aparentan un interés variable cuando realmente establecen un interés fijo solo variable al alza y «provocan subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación».

2.- El art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, establece:

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

De manera concorde, el art. 82.1 TRLGCU dispone:

«Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato».

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

exigencias de la buena fe», habrá que comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.

4.- En cuanto a la buena fe, parece difícil que se pueda vulnerar por ofrecer un índice oficial, aprobado por la autoridad bancaria, salvo que se pudiera afirmar que se podía conocer su evolución futura y ésta fuera necesariamente perjudicial para el prestatario y beneficiosa para la entidad prestamista. Lo que como hemos visto, no es el caso, ya que tal evolución futura no depende de la voluntad del predisponente.

La referencia IRPH fue recomendada por el Banco de España a finales de 1993 como uno de los tipos que podían ser utilizados para las operaciones de crédito hipotecario a tipo de interés variable. En la Circular 5/1994, de 22 de julio, se incluyó como índice de referencia oficial, de forma que el Banco de España se comprometió a publicarlo regularmente, con las ventajas desde el punto de vista de la oficialidad que implicaba su uso.

Las razones por las que el Banco de España hizo tal recomendación sobre el índice IRPH se recogieron en el Boletín Económico de diciembre de 1993 y fueron, resumidamente, las siguientes: (i) era un índice que no dependía exclusivamente de la propia entidad que concedía el crédito, ni era susceptible de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades; (ii) era un indicador de la evolución del mercado hipotecario que ya gozaba de amplia difusión y que, al incluirse con otros como tipo de referencia oficial (entre ellos el MIBOR y el de la Deuda Pública a plazos residuales de 2 a 6 años), permitiría a las entidades de crédito españolas disponer de una gama suficiente de referencias para atender sus diversas necesidades.

Junto a ello, a estos efectos del juicio de buena fe, no es desdeñable que el Gobierno central y varios Gobiernos autonómicos, en la fecha de suscripción del contrato y en la actualidad, a través de diversas disposiciones reglamentarias, tengan establecido el índice IRPH como referencia para la financiación (obtención de préstamos) de la adquisición

de viviendas de protección oficial –VPO- (véase la respuesta negativa de la Secretaría de Estado de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, de junio de 2020, a la recomendación del Defensor del Pueblo de sustituir el índice IRPH por el Euríbor u otro índice oficial en viviendas de protección oficial).

Es decir, tanto la Administración General del Estado como diversas Administraciones autonómicas han venido considerando, a través de normas reglamentarias, que el índice IRPH era el más adecuado para utilizarlo como índice de referencia en el ámbito de la financiación protegida destinada a la adquisición de viviendas de protección oficial, en el que el grado de intensidad de protección del consumidor se incrementa en atención al ámbito subjetivo de los beneficiarios que pueden acceder a dicha financiación. Por lo que resulta ilógico considerar como una actuación contraria a la buena fe la incorporación de ese mismo índice a contratos de préstamo hipotecario concertados fuera de ese ámbito de financiación oficial.

Como afirmó el TJUE en su sentencia de 14 de marzo de 2013, C-415/11, *Aziz*, (apartado 69), «en lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio “pese a las exigencias de la buena fe”, debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual». No resulta coherente estimar que la adaptación del comportamiento del profesional predisponente a una pauta (utilización del índice IRPH en una cláusula de interés variable) que es la adoptada por diversas normas reglamentarias por las administraciones públicas competentes para la financiación de actuaciones protegibles en materia de vivienda, pueda infringir ese estándar de protección de la buena fe, en el sentido indicado.

5.- Respecto al otro parámetro -desequilibrio importante-, debe ser valorado en el momento de suscripción del contrato (art. 4.1 de la Directiva

93/13), por lo que la evolución más o menos favorable del índice durante el tiempo de vida del contrato, no puede ser determinante. Máxime cuando no consta que el prestamista tenga influencia razonable en esa evolución. Las cláusulas de determinación del tipo de interés variable por referencia a un índice buscan la actualización a valores de mercado del precio del préstamo, sin que dicha actualización pueda depender directamente de la voluntad de una de las partes. Así lo establece taxativamente la STJUE de 9 de julio de 2020, C-452/18, *Ibercaja Banco*, al declarar en su apartado 52:

«[n]o cabe exigir a un profesional que facilite información precisa acerca de las consecuencias económicas asociadas a las variaciones del tipo de interés durante la vigencia del contrato, ya que esas variaciones dependen de acontecimientos futuros no previsibles y ajenos a la voluntad del profesional».

Por otro lado, la STJUE de 3 de marzo de 2020 descarta que las entidades bancarias tuvieran obligación de facilitar información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura o de asesorar a sus clientes sobre el mejor préstamo posible. La herramienta más adecuada para la comparación entre el coste global de unas y otras modalidades de financiación sería, en todo caso, la TAE.

6.- En todo caso, como ya indicamos en la sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, que en un determinado momento de la vida del préstamo el IRPH se separe desfavorablemente de otros índices (específicamente, el Euribor) no quiere decir que se vaya a comportar siempre así durante el resto de vigencia del contrato, y ello por dos razones fundamentales:

(i) para el cálculo del IRPH se toman como elemento de cálculo no solo los préstamos con Euribor, sino también los préstamos referenciados a otros tipos variables y los préstamos a interés fijo; y

(ii) también se toman en cuenta los diferenciales.

Es decir, para apreciar que hay desequilibrio no basta con comparar el IRPH con otro índice de referencia (básicamente, el Euribor), porque –como mínimo y aparte de las consideraciones ya expuestas- hay que tener en cuenta el diferencial que, según los casos, puede aminorar o acercar la diferencia aplicativa entre ambos índices. De forma que el tipo

nominal resultante de la aplicación del índice más el margen o diferencial puede ser superior, inferior o igual, en el momento de la contratación, utilizando el IRPH con un diferencial menor que utilizando el Euribor con un diferencial mayor. El diferencial aplicado en uno u otro caso, a cada operación concreta, vendrá determinado por la valoración del riesgo y demás características de la operación (solventía del deudor, calidad de las garantías concurrentes –fiadores-, plazo y cuantía del préstamo, contratación de otros productos o servicios, etc.).

La evolución posterior no puede determinar el desequilibrio, que debe valorarse en la fecha de celebración del contrato (art. 4.1 de la Directiva 93/13). Que en su desenvolvimiento posterior el préstamo resulte ser más caro que otros, no supone desequilibrio determinante abusividad, puesto que el control de contenido no puede derivar en un control de precios.

Además, no cabe obviar que, de sustituirse el IRPH por el índice que el TJUE propone como sustitutivo en caso de abusividad y falta de pacto en los apartados 65 y 66 de la sentencia -«tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España»-, la diferencia entre índices seguiría siendo prácticamente la misma: el Euríbor estaba en -0,42%, en septiembre de 2020, y este índice sustitutivo en 1,74%, en agosto de 2020.

Recurso de casación

SEXO.- *Motivos*

1.- *Planteamiento del primer motivo.*

El motivo denuncia que la sentencia recurrida, al declarar que el tipo de interés remuneratorio del contrato de préstamo no fue negociado entre las partes y calificarlo como condición general de la contratación, infringe el art. 1 LCGC y la jurisprudencia que lo interpreta.

En su desarrollo argumenta que el tipo de interés, como elemento esencial del contrato, siempre es negociado; que la cláusula impugnada

fue fruto del consenso alcanzado en la fase de tratos previos, no fue prerredactada, ni impuesta por la entidad; que tampoco se ha redactado por la entidad para incorporarla a una pluralidad de contratos, ya que concede préstamos referenciados a los diferentes índices oficiales, por lo que falta el requisito de la «generalidad» propio de las condiciones generales de la contratación. Alega que, en el caso, el proceso negociador entre las partes quedó acreditado con la documental aportada, de la que resulta que el préstamo litigioso tenía como finalidad reunificar dos préstamos concedidos con anterioridad al actor en los que el tipo de interés se calculaba con referencia a otros índices, de modo que en la renegociación se modificó el tipo de interés, lo que pone de manifiesto que es una condición negociada.

El motivo, por lo que se dice a continuación, va a ser desestimado.

2.- Decisión de la sala. Desestimación del primer motivo.

Como presupuesto del control de transparencia que aplica, la sentencia recurrida considera que la cláusula impugnada es una condición general de la contratación, predispuesta, impuesta, e idéntica a la utilizada por la entidad en otros muchos contratos. Frente a ello, el primer motivo del recurso se basa en que la cláusula impugnada no puede ser objeto de la acción de nulidad ejercitada porque, según alega, no se dan los requisitos de las condiciones generales de la contratación, por ser una cláusula negociada que no se ha incorporado a una pluralidad de operaciones para disciplinar uniformemente los contratos que se realicen.

A) Debemos partir de la doctrina sobre las condiciones generales de la contratación y las cláusulas no negociadas individualmente en contratos con consumidores.

i) El art. 1 LCGC dice que son condiciones generales de la contratación «las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos».

ii) La sentencia 649/2017, de 29 de noviembre, con cita de sentencias anteriores, recuerda que para que se dé el requisito de la «generalidad» de las condiciones generales de la contratación: «Las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin, ya que se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse». También que: «La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario».

iii) Además, la protección específica prevista para los consumidores se aplica a las «cláusulas no negociadas individualmente» (arts. 80 y 82 TRLGCU). Añade el art. 80.2 TRLGCU que «el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba». El art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, establece que se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente «cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los contratos de adhesión».

iv) La doctrina de esta sala ha aclarado que: «a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula, o debe renunciar a contratar. b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios» (sentencia 649/2017, de 29 de noviembre, con cita

de otras anteriores, y seguida por las posteriores, 489/2018, de 13 de septiembre, 422/2019, de 16 de julio).

De acuerdo con esta jurisprudencia, para que una cláusula pueda considerarse negociada en un contrato suscrito por un profesional o empresario con un consumidor es necesaria una prueba suficiente de los hitos en que el proceso de negociación se plasmó (sentencia 24/2018, de 17 de enero).

v) Recuerda la sentencia del pleno de esta sala 669/2017, de 14 de diciembre, con cita de otras anteriores, que es posible que una cláusula que se refiere al objeto principal del contrato se haya incluido en el clausulado general y se configure como una condición general de la contratación. También que es posible que una cláusula que recae sobre el objeto principal del contrato no haya sido objeto de negociación individual.

Así lo había venido considerando también el TJUE en diversas sentencias relacionadas con intereses remuneratorios de préstamos a consumidores (STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15; STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16).

La reciente STJUE (Gran Sala) de 3 de marzo de 2020 (C-125/18) ha reiterado que los tribunales de los Estados miembros están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato.

B) La aplicación de la anterior doctrina determina la desestimación de este primer motivo.

Como conceptualmente no es imposible que una cláusula en la que se establece el interés remuneratorio de un contrato de préstamo sea una condición general de la contratación, el debate debe centrarse en si en el caso concurren los requisitos necesarios para su calificación como tal. La sentencia recurrida ha considerado que sí y, partiendo de los hechos acreditados, esta sala considera que la valoración jurídica de la Audiencia no es ilógica ni arbitraria y debe ser respetada.

De una parte, la sentencia declara que la cláusula fue redactada para ser incluida en una pluralidad de contratos, lo que considera acreditado porque aparece de forma semejante en otros contratos en los que ha sido demandada la misma entidad y de los que ha conocido la propia Audiencia. Frente a este razonamiento de la sentencia recurrida no es suficiente para desvirtuar el requisito de la «generalidad» que la entidad haya celebrado contratos utilizando otros índices, pues la generalidad requerida por el art. 1 LCGC no exige que la cláusula se incluya en todos los contratos que celebre el predisponente, sino en una «pluralidad de contratos». Tampoco es suficiente que en otros contratos el diferencial aplicable fuera distinto, pues lo que se impugna es la utilización como referencia del índice utilizado.

Por otra parte, como bien dice la sentencia recurrida, corresponde a la recurrente acreditar la negociación (art. 82.2 TRLGCU), y ni el hecho de que con el préstamo que incluye la cláusula litigiosa se refinanciara un préstamo anterior, ni el que los prestatarios trataran de renegociar las condiciones del préstamo anterior, ni que la oferta vinculante se remitiera a la notaría, acreditan, ni de manera separada ni conjuntamente, que hubiera negociación de la cláusula controvertida.

Partiendo de que se trata de una cláusula no negociada en un contrato entre un empresario y un consumidor (en el caso no ha sido discutida esta condición de los demandantes) y que la cláusula constituye una condición general de la contratación, procede aplicar tanto el control de incorporación previsto en la Ley 7/1988, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación como el control específico del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores.

Por todo ello, el primer motivo de casación debe ser desestimado.

3.- Planteamiento del segundo motivo.

El motivo denuncia infracción de los arts. 80.1 y 82 TRLGCU y 4.2 de la Directiva 93/13/CEE por lo que se refiere al contenido y al alcance del control de transparencia aplicables a las condiciones.

En su desarrollo argumenta que la sentencia recurrida introduce un elemento (el ofrecimiento al cliente de otros índices como el Euribor para que pudiese optar entre el IRPH y el Euribor) que no forma parte de la transparencia como mecanismo de control de las condiciones generales que definen el objeto principal del contrato. Alega que, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia, la transparencia está relacionada con la comprensibilidad real por parte del cliente del contenido de la cláusula y que, en el caso, la cláusula supera los controles de inclusión y de transparencia porque: las condiciones del préstamo, incluido el tipo de interés fueron negociadas, luego incorporadas a la oferta vinculante entregada al cliente y conforme a la cual se redactó la escritura pública notarial; la cláusula está redactada con claridad, sin remisión a otros documentos y ubicada en el lugar más idóneo dentro del contrato (cláusula tercera, referida al tipo de interés remuneratorio, en cumplimiento de la estructura establecida en el Anexo II de la orden de 5 de mayo de 1994); la cláusula incorpora en su letra d) una definición del índice oficial que contiene una explicación de su forma de cálculo; la cláusula no altera subrepticamente el objeto del contrato o su equilibrio económico, ni podía pasar inadvertida a un adherente medio.

El motivo, por lo que se dice a continuación, va a ser desestimado.

4.- Decisión de la sala. Desestimación del segundo motivo.

En el desarrollo del motivo se acumulan una variedad de argumentos (negociación, incorporación, transparencia, abusividad). En primer lugar, no insistiremos en que no ha quedado acreditado que la cláusula fuera negociada, puesto que nos hemos pronunciado sobre este asunto al resolver el primer motivo de este recurso.

En segundo lugar, aunque en el caso sí se supera el control de incorporación, pues la cláusula consta en la escritura y no plantea

problemas gramaticales de comprensión, la cláusula no supera el control de transparencia.

Por lo que se refiere al control de transparencia, damos por reproducido lo expresado en el fundamento jurídico cuarto.

Puesto que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4 bis LOPJ, debemos estar a la doctrina del Tribunal de Justicia, debemos concluir que, en el caso, la cláusula no es transparente, pero no por las razones que considera la sentencia recurrida, puesto que la STJUE de 3 de marzo de 2020 ha descartado la exigencia de que la entidad bancaria debiera facilitar información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura, ni tampoco que tuviera que asesorar sobre el mejor préstamo posible. De acuerdo con la mencionada sentencia, la cláusula no es transparente porque no consta que la entidad proporcionara a los prestatarios información sobre la evolución del índice que se iba a aplicar en el contrato en los dos años anteriores.

Finalmente, las alegaciones que realiza la recurrente acerca de que la cláusula no altera subrepticamente el objeto del contrato o su equilibrio económico, son ajenas al juicio de transparencia al que se dedica este motivo, y se refieren en realidad al juicio de abusividad, que es objeto de análisis en el motivo tercero de este recurso de casación.

Por todo ello, el segundo motivo de casación debe ser desestimado.

5.- Planteamiento del tercer motivo.

El motivo denuncia infracción de los arts. 80.1 y 82 TRLGCU y 4.2 de la Directiva 93/13/CEE en cuanto al modo que realiza el control de transparencia y el juicio de abusividad sobre la cláusula tercera del contrato.

En su desarrollo argumenta que la cláusula es válida, porque no resulta contraria a la buena fe ni causa en perjuicio del consumidor un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

El motivo, por lo que se dice a continuación, va a ser estimado.

6.- Decisión de la sala. Estimación del tercer motivo.

Ya hemos explicado en el fundamento quinto de esta sentencia que, de acuerdo con la doctrina del TJUE, la falta de transparencia no determina en todos los casos la nulidad de la cláusula, sino que permite proyectar el control de abusividad sobre los elementos esenciales del contrato. En todo caso, lo que puede determinar la abusividad de la cláusula es la concurrencia de los dos parámetros a que hemos hecho mención en el fundamento jurídico quinto: el desequilibrio importante y la buena fe. La misma sentencia 241/2013, de 9 mayo, en la que se apoya la sentencia recurrida para realizar el juicio de transparencia, declaró en su apartado 229 que «la falta de transparencia no supone necesariamente que sean desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor».

Pero el presente litigio, a diferencia del que resolvió la citada sentencia 241/2013, no tiene por objeto una cláusula suelo, sino una cláusula sobre el tipo de interés variable referenciado a un determinado índice, y la sentencia recurrida declara su nulidad por falta de transparencia sin analizar la concurrencia de los parámetros de desequilibrio importante y buena fe que en este caso determinarían su abusividad. Procede por ello estimar el recurso de casación.

7.- Asunción de la instancia.

La estimación del recurso de casación determina que, al asumir la instancia, estimemos el motivo del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada en el que defendía que, aunque la cláusula litigiosa adoleciese de falta de transparencia, ello no supondría que fuese abusiva.

En su demanda, los demandantes apoyaron la abusividad de la cláusula impugnada en que la evolución del índice aplicado en el contrato ha resultado más perjudicial que si se hubiese incluido el Euríbor. También argumentaron, de manera subsidiaria, que la demandante había incumplido una norma imperativa, al utilizar un índice susceptible de influencia por ella.

Estos argumentos no pueden ser aceptados.

Ya hemos explicado en el fundamento quinto las razones por las que, en primer lugar, no puede considerarse vulnerada la buena fe por el ofrecimiento por parte de la entidad de un índice oficial, así como las razones por las que no puede apreciarse desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes porque en un momento determinado de la vida del préstamo el IRPH se separe desfavorablemente de otros índices, señaladamente el Euríbor. A lo dicho allí nos remitimos, por ser plenamente aplicable al caso.

Por lo que se refiere a la supuesta manipulación del índice de referencia por parte de la entidad, como dijimos en la sentencia 669/2017, de 14 de diciembre:

«No debe confundirse el hecho de que los datos facilitados por las entidades conformantes del índice afecten a su valor resultante, algo consustancial al procedimiento de su cálculo, con la posibilidad de su manipulación.

»Tampoco cabe presumir que se ofreció el IRPH porque se sabía que iba a tener un comportamiento más favorable para los prestamistas que el Euríbor. Los valores del IRPH resultaban de la media de los tipos de interés medios aplicables para la adquisición de vivienda de precio libre en España, lo cual, por definición, incorporaba en dicha media todas operaciones de financiación hipotecaria tanto a interés fijo como variable, entre las que también se encontraban las operaciones referenciadas al Euríbor. Ello es relevante porque, dado que hasta ahora el Euríbor ha tenido un valor inferior al IRPH, el Euríbor también influyó en la conformación a la baja de los valores del IRPH, puesto que las operaciones referenciadas a dicho índice se incluían en el cálculo de este último. Lo que pone más que en entredicho la conclusión, también de sesgo retrospectivo, según la cual la prueba de que el IRPH convenía más *a priori* a las entidades financieras es que el Euríbor bajó más».

En consecuencia, se estima el recurso de apelación y se desestima íntegramente la demanda.

SÉPTIMO.- Costas

1.- Dada la estimación del recurso de casación no procede hacer expresa condena en las costas causadas por el mismo (art. 398.2 LEC).

2.- Dada la estimación del recurso de apelación tampoco procede imponer las costas de la segunda instancia (art. 398.2 LEC).

3.- La estimación del recurso de apelación determina la desestimación de la demanda, por lo que las costas de la primera instancia se imponen a los demandantes (art. 394.1 LEC).

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Kutxabank S.A. contra la sentencia 227/2016, de 5 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 334/2016.

2.º- Casar y anular la mencionada sentencia y en su lugar, con estimación del recurso de apelación interpuesto por Kutxabank S.A., desestimar la demanda interpuesta por D. YYY y D.ª XXX contra Kutxabank S.A.

3.º- No imponer las costas de la casación ni las de la apelación e imponer a los demandantes las costas de la primera instancia.

4.º- Ordenar la restitución del depósito constituido para la interposición del recurso.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

El Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller votó en sala pero no pudo firmar por jubilación, haciéndolo en su lugar el Excmo. Sr. Presidente de la Sala D. Francisco Marín Castán.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO D. FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DICTADA POR LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN EL RECURSO DE CASACIÓN 2863/2016.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia referida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Control de transparencia.*

Se comparte la decisión de la Sala, en cuanto reconoce que la cláusula en virtud de la cual se impone el IRPH no es transparente.

No en vano la sentencia, de 3 de marzo de 2020, del TJUE declara:

«54. También resulta pertinente para evaluar la transparencia de la cláusula controvertida la circunstancia de que, según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal, las entidades de crédito estuvieran obligadas a informar a los consumidores de cuál 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. Tal información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés».

Por tanto, la ausencia de esa información previa privó de la necesaria transparencia a la cláusula cuestionada.

SEGUNDO.- *Control de abusividad. Existencia de perjuicio.*

El art. 4.2 de la Directiva 13/1993 no establece que la falta de transparencia acarree, en todo caso, la abusividad, sino que debe ponerse en relación

con un perjuicio material para el consumidor, consistente, en este caso, en la alteración sorpresiva del acuerdo económico que se creía haber alcanzado, a partir de la información precontractual, que resultó incompleta, privándole de la posibilidad de comparar las ofertas del mercado.

En el mismo sentido esta sala declaró en sentencia 54/2020, de 23 de enero:

«En cuanto a las consecuencias de la falta de transparencia, hemos dicho en diversas resoluciones que es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas. Pero como también hemos afirmado, no es el caso de las llamadas cláusulas suelo, cuya 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 el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado (por todas, sentencia 367/2017, de 8 de junio, y las que en ella se citan)».

A la vista de lo expuesto, es evidente el perjuicio causado al consumidor, en cuanto que por falta de información suficiente no ha podido comparar con otras ofertas del mercado, por lo que se le privó del ejercicio de un legítimo derecho de opción, del que quedó desposeído por la falta de transparencia.

No es la Sala la que debe valorar cuál índice le resultaba más interesante a la parte demandante, sino que era el consumidor quien debía tomar dicha decisión con la información que no se le facilitó.

En este sentido la STJUE de 16 de enero de 2014, en el asunto C-226/12, en interpretación del art. 3.1 de la Directiva 93/13, declaró que la existencia de un «desequilibrio importante» no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación

jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.

TERCERO.- *Control de abusividad. Ausencia de buena fe.*

El eje del sistema de protección del consumidor viene dado por la noción de cláusula abusiva contenida en el art. 3.1 de la Directiva 93/2013, que mide el eventual carácter abusivo de una cláusula en atención a un doble patrón: la contravención de las exigencias de la buena fe y la producción de un desequilibrio contractual importante.

Ya hemos dicho que ha existido desequilibrio, en cuanto se le sustrajo información, que le privo del ejercicio de una opción económica entre el IRPH y otros índices alternativos.

A continuación debemos concluir la ausencia manifiesta de buena fe.

En sentencia, de 14 de marzo de 2013, del TJUE (Caso Aziz) se declaró que:

«Para determinar si se causa el desequilibrio "pese a las exigencias de la buena fe", debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual».

A la vista de esta doctrina debemos pronunciar que el profesional no trató al consumidor de manera leal, al no ofrecerle la información legalmente requerida sobre la evolución del índice IRPH y el incumplimiento manifiesto de dicho mandato normativo, priva de buena fe a la conducta del profesional.

CUARTO.- *Índice aplicable.*

De lo expuesto hasta ahora debe concluirse que el magistrado que formula el presente voto particular, entiende que por la Sala debió declararse

abusiva la cláusula que establecía el IRPH como índice del préstamo, en tanto se predispuso con ausencia de buena fe y con perjuicio para el consumidor.

Una vez declarada abusiva, se debería decidir si debe mantenerse algún índice sustitutivo.

Son varias las opciones posibles:

a) Entender que no cabe mantener índice alguno, opción que este magistrado rechaza, dado que fue la voluntad de las partes mantener el interés remuneratorio referenciado a un índice.

b) Aplicar otro índice sustitutivo como el de la Ley 14/2013 que es la tesis que apoyan las entidades bancarias.

c) Aplicar el Euribor.

QUINTO.- Índice Ley 14/2013.

Este es el índice que se acepta como aplicable por la sentencia de esta sala, en relación con la que se formula el voto particular.

La aplicación del «Índice Ley 14/2013», basado en una forma de cálculo similar a la del IRPH, produciría una alteración insignificante en el resultado económico de los intereses abonables por el consumidor.

Con lo cual se estaría premiando al predisponente de la cláusula abusiva con un resultado que le resultaría favorable, no en vano las entidades bancarias aceptan sin fisuras la aplicación del «Índice Ley 14/2013».

Ciertamente el TJUE en la sentencia de 3 de marzo de 2020 entiende que se podría aplicar el «Índice Ley 14/2013», si es el criterio legal sustitutivo.

Esta cuestión, como bien reconoce el TJUE es una cuestión sujeta al Juez nacional, si bien debe declarar este magistrado discrepante que la aplicación del «Índice Ley 14/2013», además haría desaparecer el efecto disuasorio que pretende el art. 7 Dir. 93/13.

El efecto disuasorio es uno de los paradigmas en la política de protección del consumidor, para evitar que se mantengan los efectos de las situaciones de abuso de superioridad por el profesional predisponente.

En este sentido la sentencia del TJUE, de 21 de diciembre de 2016, cuando declara:

«66. Por consiguiente, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva».

SEXTO.- *Nulidad de la cláusula abusiva.*

Una razón más para no aplicar el «Índice Ley 14/2013», es que se estableció para sustituir al IRPH, en caso de desaparición de éste.

Pero no nos encontramos ante un supuesto de desaparición, sino de una declaración de nulidad de cláusula abusiva, así lo pretende este voto particular.

Sería incoherente, tras la nulidad aplicar un índice que no está previsto para un supuesto de nulidad y que además se calcula en base a los mismos parámetros que el IRPH, con un resultado sensiblemente similar, con lo que se quebrantaría el principio de efectividad del Derecho Comunitario (sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020).

SÉPTIMO.- *Euribor.*

Descartado en este voto particular el «Índice Ley 14/2013», este magistrado debe proponer como aplicable el Euribor.

El Euribor es el índice mayoritariamente seguido en la práctica hipotecaria española, cuya aplicación supone un restablecimiento de las expectativas del consumidor sobre el coste del crédito.

La aplicación del Euribor en lugar del IRPH, no supone una actividad integradora del contrato, sino la aplicación del mayoritariamente aplicado en el Estado Español, por el que podría haber optado si se le hubiese ofrecido la información legalmente preceptiva, a la que hicimos referencia, siendo esta una solución compatible con el art. 6.1 de la Directiva 93/2013, dado que el consumidor aceptaba un préstamo referenciado a un índice.

PARTE DISPOSITIVA

- 1.º-** Se debería declarar la nulidad de la cláusula referida al IRPH, en cuanto cláusula abusiva, como índice de aplicación en el préstamo concertado por la parte demandante.
- 2.º-** Se debería sustituir el IRPH, por el Euribor, con la restitución de las cantidades indebidamente percibidas por la parte demandada.
- 3.º-** Todo ello con las consecuencias derivadas, en relación con las costas procesales.

Lo acuerda y firma el Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

CASACIÓN núm.: 12/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente
García

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

Sentencia núm. 597/2020

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 12 de noviembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.^a XXX, representada por la procuradora D.^a Alicia Míguez Parada, bajo la dirección letrada de D.^a María Victoria Castillo Moreno, contra la sentencia n.º 282716, dictada por la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Badajoz, en el recurso de apelación n.º 383/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 90/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de

Badajoz. Ha sido parte recurrida Caixabank, S.A., representada por la procuradora D.^a Elena Medina Cuadros y bajo la dirección letrada de D.^a Elisa Espada Imedio.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Luis Seoane Spiegelberg.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.^a María Andrino Delgado, en nombre y representación de D.^a XXX, interpuso demanda de juicio ordinario contra La Caixa, en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] por la que:

A) Declare la nulidad del pacto tercero bis de la escritura de préstamo hipotecario de 6 de abril de 1999. Tipo de interés variable. Segunda Fase. Punto B) índice de referencia adoptado y punto C) Índice de referencia sustitutivo, por infracción de normas imperativas, de transparencia y por tener carácter abusivo.

B) Condene a la demanda a pasar por la anterior declaración y a dejar de aplicar en el futuro las cláusulas citadas.

C) Condene a la demanda a abonar a la actora el importe recibido en concepto de interés derivado de la aplicación de estas cláusulas por el préstamo de fecha 6 de abril de 1999 con sus correspondientes intereses».

2.- La demanda fue presentada el 30 de diciembre de 2015, y repartida al Juzgado de primera Instancia n.º 7 de Badajoz, se registró con el n.º 3/2006. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a Elena Medina Cuadros, en representación de Caixabank, S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

«[...] dicte sentencia por la que desestime íntegramente la demanda de contrario, con imposición de costas a la parte actora».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Jueza del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Badajoz dictó sentencia de fecha 10 de mayo de 2016, con la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimo íntegramente la demanda interpuesta por Dña. XXX, representada por la Procuradora Sra. Andrino Delgado y defendida por el Letrado Sr. Fernández De Soria frente a La Caixa, S.A., representada por la Procuradora Sra. Medina Cuadros y asistida de la Letrada Sra. Espada Imedio y, en consecuencia, absuelvo a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra, declarando la validez de la cláusula impugnada.

Se imponen las costas a Dña. XXX».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D.^a XXX.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Badajoz, que lo tramitó con el número de rollo 383/16, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 26 de septiembre de 2016, cuya parte dispositiva dispone:

«FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación formulado contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Badajoz, con fecha de 10 de mayo de 2016, a que se contrae el presente rollo, debemos confirmar y confirmamos íntegramente el fallo de dicha resolución, con imposición a la recurrente de las costas causadas en la alzada».

TERCERO.- *Interposición del recurso de casación*

1.- La procuradora D.^a Rosa Andrino Delgado, en representación de D.^a XXX, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«PRIMERO.- Infracción del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, modificada por la disposición adicional 3 de la Ley 7/1998 de 13 de abril, de Condiciones Generales de Contratación: al declarar la vigencia cláusula IRPH no habiendo sido negociada individualmente con la recurrente, tratándose de una condición general de contratación impuesta al cliente sin posibilidad de intervenir en su contenido y, por tanto, su aplicación es abusiva y nula.

SEGUNDO.- Infracción del artículo 5 de la Ley General de Contratación 7/1998 de 13 de abril de Condiciones Generales de Contratación: al aplicar la cláusula IRPH que no pasa el control de transparencia y es abusiva, por tanto, nula».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 27 de mayo de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª XXX presentó contra la sentencia dictada, el día 26 de septiembre de 2016, por la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 2.ª), en el rollo de apelación 383/2016 dimanante del juicio ordinario n.º 3/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Badajoz.

2º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría y ambas partes podrán, además, hacer alegaciones sobre la sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020 (C-125/18).

Frente a esta resolución no cabe interponer recurso alguno».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 10 de julio de 2020 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó que el asunto pasara a conocimiento del Pleno de la Sala, y por resolución de 7 de octubre del presente se señaló para votación y fallo el 21 de octubre de 2020, fecha en que ha tenido lugar con la asistencia presencial de ocho magistrados y mediante el sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia del Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller y del Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes relevantes*

A los efectos decisorios del presente recurso hemos de partir de los siguientes hechos relevantes.

1.- *La relación contractual que vincula a las partes y la condición general litigiosa*

La demandante suscribió con la entidad financiera La Caixa, con fecha 6 de abril de 1999, un crédito abierto con garantía hipotecaria, instrumentalizado en escritura pública de tal fecha, por importe de 36.060,73 €, con un periodo de amortización de 364 mensualidades.

Para la determinación de los tipos de interés aplicables se dividió el plazo total del préstamo en dos fases. Una primera, con interés fijo del 4,75% durante los tres trimestres naturales siguientes a la suscripción del contrato; y, a partir de tal data, un interés variable definido en la condición tercera bis del siguiente tenor literal:

«A) Tipo de Interés Nominal.

El tipo de interés nominal aplicable en cada uno de los períodos de revisión de esta fase será igual a la suma del índice de Referencia y del Diferencial, redondeada, si es necesario, en la cifra más próxima múltiplo superior de 0,25.

B) Índice de Referencia Adoptado.

Es el "Tipo medio de los Préstamos Hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorros" que se publica por el Banco de España con periodicidad mensual, en el Boletín Oficial del Estado.

Este índice se define por el Anexo VIII, apartado 2 de la circular 8/90 del Banco de España, como la media simple de los tipos de interés medios ponderados de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria, a plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas por el conjunto de Cajas de Ahorros en el mes al que se refiere el índice, declarados al Banco de España de acuerdo con la norma segunda de la expresada circular. El referido índice se tomará directamente, es decir, como si estuviera expresado en términos de interés nominal anual.

El índice de Referencia que se tendrá en cuenta, será el último publicado en el Boletín Oficial del Estado, al último día del tercer mes anterior al del inicio de cada período de revisión de la segunda fase, aunque en su publicación no se haya respetado la periodicidad prevista en la Resolución que lo define.

C) Índice de Referencia Sustitutivo.

No obstante, en el supuesto de que en la fecha establecida para el cálculo del tipo de interés nominal anual correspondiente a cada período de interés de la segunda fase, hubiese transcurrido más de dos meses sin que el índice de referencia Adoptado se hubiese publicado en el BO, se adoptará como Índice de Referencia el "Tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorro" que se define en el Anexo VIII, apartado 4 de la Circular 8/90 del Banco de España, índice que se publica por el dicho Banco con periodicidad mensual en el Boletín Oficial del Estado.

El referido índice se tomará directamente, es decir, como si estuviera expresado en términos de interés nominal anual.

La interrupción a su vez, durante un lapso de tiempo superior a dos meses de la publicación del Índice de Referencia Sustitutivo, implicará la perduración de la aplicabilidad al préstamo del último tipo de interés nominal anual que haya sido posible calcular.

Si se reemprendiese la publicación en el BOE del Índice de Referencia Adoptado o del Sustitutivo, volverán a utilizarse, con preferencia del primero sobre el segundo, para el cálculo del tipo de interés nominal anual correspondiente al siguiente período de revisión, determinado con arreglo al epígrafe B) del pacto anterior.

D) Diferencial.

Es una magnitud porcentual invariable durante toda la vigencia del préstamo. El Diferencial es de CERO COMA VEINTICINCO puntos, para el índice de Referencia Adoptado y de CERO COMA VEINTICINCO puntos, para el sustitutivo.

E) Comunicaciones.

La comunicación a los interesados del índice de Referencia se efectuará mediante anuncio a publicar en el Boletín Oficial del Estado y en el diario "LA VANGUARDIA" dentro de la primera quincena del mes natural siguiente al de la fecha establecida en el epígrafe B) anterior de este pacto, lo que podrá acreditarse por cualquier medio admitido en Derecho.

Los índices de referencia quedarán acreditados por su publicación en el Boletín Oficial del Estado o bien por su justificación mediante certificación de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera o del Banco de España, así como también por cualquier otro medio admitido en Derecho.

De no convenirle el nuevo tipo de interés aplicable en el siguiente período de revisión, la PARTE DEUDORA deberá comunicarlo a "La Caixa" con, por lo menos, quince días naturales de anticipación sobre el del inicio del siguiente período de revisión, quedando obligada, en tal caso, a cancelar anticipadamente el préstamo en el plazo de seis meses, contados partir de la fecha de entrada en vigor del nuevo tipo, durante cuyo plazo los intereses se satisfarán al tipo nominal anual anterior. Transcurrido dicho plazo

sin haberse cancelado el préstamo “La Caixa” podrá darlo por vencido y reclamar judicialmente tanto el préstamo como las demás responsabilidades accesorias a él inherentes.

F) Límite a la variación del tipo de interés aplicable.

A efectos hipotecarios, tanto respecto de la parte deudora como de terceros, el tipo máximo que puede alcanzar el interés nominal anual aplicable al préstamo, durante la fase sujeta a intereses variables, será del NUEVE COMO SETENTA Y CINCO por ciento.

A efectos obligacionales tal limitación del tipo de interés no existirá respecto de la PARTE DEUDORA, cuya responsabilidad, conforme a la Ley, será por tanto ilimitada».

2.- Sobre la demanda

Por la actora se presentó demanda contra La Caixa, en la que se postuló se declararse la nulidad del referido pacto tercero bis de la escritura de préstamo hipotecario de 6 de abril de 1999, relativo al tipo de interés variable IRPH, así como el índice de referencia sustitutivo, con condena a la entidad financiera a abonar el importe recibido en concepto de intereses derivados de su aplicación, todo ello además con sus correspondientes intereses legales.

Y, subsidiariamente, se solicitó la condena de la demandada a la aplicación del punto tercero de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, concretamente en su Disposición Adicional Decimoquinta, relativa al régimen de transición para la desaparición de índices o tipos de interés de referencia, y a devolver a la actora el cobro de lo indebidamente percibido con los correspondientes intereses legales, así como se proclamase la obligación de volver a calcular las cuotas del préstamo hipotecario con la aplicación de lo dispuesto en la precitada disposición.

La demanda se fundamentó en la nulidad por abusiva, con infracción de la Directiva CE 93/13, de la precitada condición contractual tercera bis, dado que el IRPH fue impuesto a los prestatarios consumidores, sin ser objeto de una negociación individual, así como por su falta de transparencia.

Se señaló igualmente que son las propias Cajas las que influyen en la elaboración del tal índice, al facilitar los datos para su determinación y ser además cada vez menos las entidades de tal clase que concurren en su fijación, con lo que se vulnera lo dispuesto en los arts. 1256 del Código Civil, 6.2 a) de la Orden de 5 de mayo de 1994, en tanto en cuanto condiciona la validez de los índices oficiales de referencia a la circunstancia de «[...] que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras Entidades», así como lo dispuesto en el art. 2 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo.

Se reprocha a la demandada que no explicase, al menos, el modo en que se determina la cuantía del IRPH; pues tal circunstancia pudo haber pesado en la decisión de los actores de elegir otro tipo oficial al tiempo de contratar el préstamo con garantía hipotecaria (existían 7 tipos oficiales).

Se consideró igualmente infringido el principio de transparencia, desde el momento en que el predisponente se aparta del índice de referencia más utilizado en el tráfico jurídico y económico como es el Euribor, más aun si la Caja de Ahorros conoce que, con aplicación del IRPH, obtendrá mayor rentabilidad del préstamo, con el consiguiente sacrificio patrimonial del consumidor, al haberse situado siempre este último por encima de aquél.

La circunstancia de que el tipo de interés se fije en dos fases también dificulta la comprensión del consumidor. Existe, además, otro dato relevante en la determinación del IRPH, pues las entidades declaraban el tipo con la tasa anual equivalente, es decir, incluyendo comisiones, lo que provoca, en caso de que cada Caja decidiera aumentar o reforzar el coste por comisiones, un aumento correlativo del resultado del referido índice.

Por último, se estimó que la demandada no estaba haciendo aplicación de lo establecido en ley 14/2013, de 27 de septiembre, al haber desaparecido también el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato y no aplicar el determinado en dicha norma general.

3.- Sobre los argumentos de la contestación a la demanda

En su contestación a la demanda, La Caixa, en síntesis, sostuvo, con carácter previo, que el tipo de referencia Euribor no existía en la fecha de la constitución del préstamo con garantía hipotecaria objeto del proceso, dado que fue reconocido, como nuevo tipo de referencia oficial en el mercado hipotecario español, mediante Circular del Banco de España 7/1999, de 29 de junio, posterior a la suscripción del contrato, por lo que las referencias efectuadas relativas al análisis comparativo de costes entre IRPH y Euribor eran imposibles de considerar.

La demandada continuó su oposición con el argumento de que el índice de referencia pactado era un índice legal acorde a las exigencias de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, la Circular del Banco de España 8/1990 y la Orden Ministerial de 28 de octubre de 2011, que no ha sido manipulado por la demandada, que tampoco tenía posibilidad de hacerlo. El hecho de que el cálculo del índice empleara datos facilitados por las Cajas de Ahorro venía impuesto por imperativo legal. Incluso el Euribor se determina a través de una media de los tipos de interés a partir de los datos ofrecidos por varias entidades de crédito. El propio Banco de España ha afirmado que el IRPH nunca ha sido manipulado y no existe ninguna investigación abierta sobre esta cuestión.

Con relación a la falta de transparencia se alegó que el IRPH es un índice de referencia similar al Euribor, que no requiere mayor control que éste. Tampoco se acredita que sea un índice más rentable para la entidad financiera, puesto que es necesario tener en cuenta también el diferencial aplicado que es más bajo.

La cláusula que determina el índice de referencia es la que fija el tipo de interés aplicable; es decir, el precio que la entidad financiera cobra por sus servicios, por lo que se trata de un elemento esencial del contrato y, por tanto, no cabe el control de abusividad del mismo. En el supuesto de considerarse condición general de la contratación es una cláusula clara y comprensible, además la actora contó con la correspondiente oferta vinculante. Circunstancias que determinan que quedase superado el control de incorporación y transparencia.

El canon valorativo a tener en cuenta, se siguió alegando, según la jurisprudencia comunitaria, es la del consumidor «normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz», que cuenta con el derecho-deber de actuar con la diligencia a su alcance y no con una completa pasividad o falta de interés. En este sentido, no es creíble que la parte actora acudiera directamente a la notaría a ciegas, sin saber las condiciones esenciales del préstamo, entre ellas, qué capital le iban a prestar, cuál era el plazo de amortización y qué precio tenía que pagar como contraprestación, el cual se calcularía a partir de un índice de referencia más un diferencial. Los acreditados además fueron puntualmente informados en la oficina gestora del préstamo de todas y cada una de las condiciones del crédito que firmaron en una negociación individualmente dirigida a ellos.

Finalmente se señala que el apartado c) de la cláusula tercera bis se limita a establecer un índice de referencia sustitutivo para el supuesto de que se dejase de publicar el índice adoptado en el contrato, por lo que la actuación del Banco es conforme con lo dispuesto en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre.

En definitiva, con base en el conjunto argumental expuesto, se solicitó la desestimación de la demanda.

4.- *La sentencia del Juzgado*

Seguido el procedimiento, en todos sus trámites, se dictó sentencia por parte del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Badajoz, que desestimó la demanda.

En síntesis, se razonó, que la cláusula, por la que se fija el tipo de interés de referencia, es una condición general de la contratación que, por afectar a un elemento esencial del contrato, el precio, en principio, no puede someterse al control de abusividad, siempre que sea transparente.

A continuación, se procedió a determinar si el contrato litigioso superaba el control de transparencia en la contratación con consumidores, razonando al respecto, que la actora conocía que el tipo de interés variable pactado era el «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres

años de cajas de ahorros». No puede pretenderse que los consumidores entendieran, de forma cabal y completa, la manera de determinarse el IRPH, como tampoco resulta fácilmente comprensible para el ciudadano medio la manera de calcularse el Euribor. La primera pregunta que se hace cualquier cliente es cuál es el tipo de referencia aplicable y cuál el margen diferencial que se suma al objeto de valorar el coste del préstamo. El hecho de que la Caja impusiera el tipo de interés no puede ser valorado como abusivo al amparo del art. 4.2 de la Directiva 93/13.

La obligación de la entidad financiera en cuanto al precio es que éste sea claro. Y dicha claridad y transparencia no requiere que se ofrezcan otros índices. Si se aceptara este argumento los contratos, en los que se ha utilizado el Euribor, también podrían declararse nulos por el hecho de no haber ofertado o informado de la existencia de otra clase de tipos variables. En cualquier caso, la actora pudo haber acudido a otra entidad en busca de un interés inferior.

Igualmente se consideró que debe rechazarse la alegación de la capacidad de influencia que en la fijación del IRPH tiene la entidad demandada, tratándose de un índice oficial fijado por el Consejo de Ministros y publicado en el BOE.

Por último, con respecto a la Disposición Adicional 15 de la Ley 14/2013, se razonó que el contrato estableció un índice de referencia sustitutivo, por lo que debe, en consecuencia, aplicarse la previsión contractual, al ser la establecida, para tales casos, en dicha ley.

5.- El recurso de apelación y la decisión de la Audiencia Provincial

Contra la precitada sentencia se interpuso por la demandante recurso de apelación, cuyo conocimiento correspondió a la sección segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz, que lo desestimó, en función de que la sentencia apelada no había incurrido en un error en la apreciación de la prueba y que la actora conocía perfectamente los términos del compromiso contractual asumido. Se estimó que la cláusula era gramaticalmente comprensible, que no se incorporó enmascarada y que venía precedida por una oferta vinculante en la que se describió detalladamente el pago de

intereses. Además, se razonó que la condición contractual litigiosa era fruto del consentimiento informado de las partes y, por último, que la escritura fue leída por el notario, En virtud de los argumentos expuestos, llegó a la conclusión de que no podía reputarse como abusiva la condición contractual cuestionada con lo que se confirmó la sentencia del Juzgado.

Contra dicha resolución se interpuso por la demandante el recurso de casación cuya decisión nos compete.

SEGUNDO.- *Pronunciamientos previos sobre el índice IRPH en la jurisprudencia de esta Sala y del TJUE*

1.- Esta Sala se ha pronunciado sobre el índice IRPH en una única sentencia, de pleno, 669/2017 de 14 de diciembre. En ella hicimos, resumidamente, los siguientes pronunciamientos:

(i) La cláusula del contrato de préstamo hipotecario en la que se establece el IRPH como índice de referencia del interés remuneratorio es una condición general de la contratación si no se ha negociado individualmente.

(ii) No hay inconveniente en que un índice de referencia legal (aprobado por la autoridad bancaria) se incorpore al contrato como tal condición general de la contratación.

(iii) En cuanto que condición general de la contratación predispuesta y utilizada en un contrato celebrado con consumidores, puede ser objeto de control de transparencia.

(iv) Por el contrario, los tribunales civiles no pueden controlar el procedimiento bancario-administrativo por el que se configura el índice.

2.- Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), en respuesta a una petición de decisión prejudicial de un juzgado de primera instancia de Barcelona, ha dictado la sentencia de 3 de marzo de 2020 (C-125/18). En dicha resolución, el Tribunal concluye:

1) El artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que sí

está comprendida en el ámbito de aplicación de esa misma Directiva la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que estipule que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y que las entidades de crédito pueden aplicar a los préstamos hipotecarios, cuando esa normativa no establezca ni la aplicación imperativa del índice en cuestión con independencia de la elección de las partes en el contrato ni su aplicación supletoria en el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa.

2) La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 8, debe interpretarse en el sentido de que los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con independencia de la transposición del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.

3) La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la

evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.

4) Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales.

3.- En los apartados siguientes analizaremos la repercusión de esta sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en nuestra propia jurisprudencia, las pautas que ofrece para el examen de la transparencia de las cláusulas de intereses IRPH y su eventual abusividad.

TERCERO.- *La posibilidad del control de transparencia sobre la cláusula que establece el índice de referencia*

1.- La cuestión prejudicial antes mencionada trasladó erróneamente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea el sentido de la jurisprudencia de la Sala. En primer lugar, en el apartado 28 del auto de planteamiento, argumentó que nuestra sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, negaba la contractualidad de la cláusula. No fue así: en el fundamento jurídico segundo, apartado 4, declaramos:

«En consecuencia, como conceptualmente no es imposible que una cláusula en la que se establece el interés remuneratorio de un contrato de préstamo sea una condición general de la contratación, y como no consta que la que aquí nos ocupa fuera negociada individualmente, debe considerarse que tiene tal cualidad de condición general, en tanto que reúne todos y cada uno de los requisitos que hemos visto que son necesarios para su calificación como tal».

En segundo lugar, en el mismo apartado, afirmó que la misma sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, había concluido que no era posible realizar un control de transparencia de la cláusula que establecía el índice de referencia del interés variable del préstamo. Nada más lejos

de la realidad: la sentencia se refería expresamente al control de transparencia de la cláusula de intereses variables y declaraba:

«Para limitar los efectos de la asimetría informativa que los consumidores pueden padecer respecto a la determinación de los índices, la normativa establece un principio de transparencia en la contratación en la que se incluyan índices financieros. Este principio de transparencia se traduce en un especial deber a cargo de las entidades financieras de informar tanto con carácter previo como durante la ejecución del contrato de financiación de manera clara, inteligible y comprensible sobre la definición legal del índice financiero elegido por las partes; los momentos contractuales en los que se deba producir la variación del tipo de interés aplicable y términos en los que se producirá tal variación en atención al valor de los índices de referencia adoptados; y la publicidad de los valores del índice de referencia adoptado para la adaptación del tipo de interés remuneratorio».

«[...] puede controlarse que la condición general de la contratación por la que se incluye en un contrato con consumidores esa disposición o previsión legal esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente».

2.- Es más, de hecho, la sentencia realizó el examen de la transparencia material de la cláusula (véanse los apartados 6 a 14 del fundamento jurídico sexto). Lo que excluyó fue que pudiera examinarse el índice «como tal», es decir que pudiera juzgarse el índice en sí (su definición y fórmula de cálculo), dado que venía determinado por la normativa administrativa bancaria. Lo que ha sido confirmado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo.

Asimismo, mantuvimos que, dado que la Ley no configura este índice como imperativo o supletorio, sino que su utilización es de carácter contractual, no resulta aplicable el art. 1.2 de la Directiva 93/13, lo que también ha confirmado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

3.- Por tanto, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea afirme que la cláusula no está excluida de la Directiva, no supone que debamos modificar nuestra jurisprudencia al respecto, que era concorde con dicho pronunciamiento.

CUARTO.- *El control de transparencia según la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2020*

1.- Los pronunciamientos de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2020 sobre el control de transparencia se contienen en los párrafos 52 a 56, cuyas ideas básicas son las siguientes:

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

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

En particular, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea niega implícitamente el argumento del auto de planteamiento (vid. apartado 22), según el cual, como el IRPH era menos ventajoso que el Euribor, el banco debía informar del método de cálculo para cumplir el deber de transparencia. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea afirma en ese apartado 53, que la publicación del IRPH «[...] 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 [...]».

La sentencia hace una referencia expresa a las conclusiones del AG en sus puntos 122 y 123, que descartan que el consumidor, en el caso analizado, no estuviera en condiciones de valorar las consecuencias económicas a su cargo, porque sabía que debía pagar el resultado de sumar el índice y el diferencial y podía comprender tanto la ecuación como el funcionamiento del IRPH, en cuanto formaba parte de la información públicamente accesible, en el sentido de que se componía con la media no solo de los índices, sino también de los diferenciales, comisiones y gastos añadidos. A juicio del Abogado General, la publicación en el BOE permite presumir que a un consumidor medio le resulta relativamente fácil acceder a los sistemas de cálculo de los diferentes índices oficiales y comparar las diferentes opciones que ofrecen las entidades bancarias. De hecho, concluía en el punto 124 que «[...] la entidad bancaria cumplió la exigencia de transparencia impuesta por la Directiva 93/13», no obstante lo cual correspondía al órgano jurisdiccional remitente «[...] efectuar las comprobaciones que considere necesarias a este respecto, verificando en particular que Bankia haya comunicado al demandante en el litigio principal, antes de la celebración del contrato de préstamo, información suficiente para que este pudiera tomar una decisión prudente y con pleno conocimiento de causa».

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

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

b) Los tribunales deberán comprobar también que se facilitó información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés. El párrafo 55 de la sentencia exhorta al órgano remitente a comprobar si en el contexto de la celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal la entidad prestamista cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional, y esas obligaciones incluían la entrega del folleto con el dato de la evolución pasada.

Respecto a este requisito de la información de la evolución previa del IRPH, habíamos declarado en la sentencia 669/2017, de 14 de diciembre:

«Y en cuanto al comportamiento anterior, hasta noviembre de 2008, el valor del IRPH y del Euribor había sido bastante similar (menos de un punto de diferencia), aparte de que no cabe olvidar que los diferenciales aplicados eran distintos y condicionaban el resultado final; y que esos diferenciales eran menores en los préstamos referenciados al IRPH que en los referenciados al Euribor, pues de otro modo los primeros no habrían resultado competitivos.

»En tales condiciones, lo único de lo que podría haberse informado, además de lo que se informó (que el índice era el IRPH, que ese índice se publicaba en el BOE y en qué consistía), era que si el IRPH evolucionaba más desfavorablemente que el Euribor, podría ser peor para el demandante, si pese a los distintos márgenes, el resultado era superior. Pero eso era una obviedad, porque resulta evidente que siempre que existen varios índices oficiales, los prestatarios cuyos préstamos estén referenciados al índice que en el futuro se comporte mejor (en el sentido de que baje más o suba menos) saldrán ganando, y los que lo estén al índice que evolucione peor, saldrán perdiendo. Como ocurre con los préstamos fijos: si el índice al que está referenciado el préstamo a interés variable más el diferencial baja por debajo del tipo fijo, los prestatarios que hayan optado por éste saldrán perdiendo; si ocurre lo contrario, saldrán ganando».

Esta referencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la normativa nacional está relacionada con los apartados 124 y 125 de las conclusiones del Abogado General, que incluían una nota final (93) con el siguiente contenido:

«[...] a este respecto, de las observaciones del Gobierno español se deduce que el anexo VII de la Circular 8/1990 precisaba, como elementos mínimos que debían figurar en los folletos sobre los préstamos hipotecarios, con relación al tipo de interés variable, el índice de referencia, en particular su «último valor disponible y evolución durante, al

menos, los dos últimos años naturales». En cambio, teniendo en cuenta el hecho de que las previsiones económicas son siempre inciertas y que determinadas variables, como los índices de referencia, son difíciles de prever, no me parece razonable exigir a la entidad bancaria que facilite al consumidor previsiones futuras relativas al índice de referencia propuesto».

Parece que, si el índice IRPH consiste en una media de los tipos de las operaciones de financiación con garantía hipotecaria para la adquisición de inmuebles con la finalidad de vivienda a un plazo superior a tres años, el consumidor medio puede comprender que este índice constituye una media del precio de operaciones homólogas a las contratadas por él y que, a diferencia de las operaciones que conforman otros índices diferentes, han sido previa y efectivamente realizadas.

2.- La normativa bancaria sobre el particular, en la fecha de la contratación del préstamo hipotecario, era la siguiente:

(i) La Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, modificada por Ley 2/1994, de 30 de marzo, en su art. 48, apartado segundo e), establecía que con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación, se facultaba al Ministro de Economía y Hacienda para efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de préstamos hipotecarios.

(ii) En el ejercicio de dicha facultad, se dictó la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, en su disposición adicional segunda establecía que «el Banco de España, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, definirá mediante Circular un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable, y hará públicos sus valores regularmente».

(iii) El art. 3 de la Orden 5 de mayo de 1994 añadía que: «Las entidades de crédito deberán obligatoriamente informar a quienes soliciten préstamos hipotecarios sujetos a esta Orden mediante la entrega de un folleto cuyo contenido mínimo será el establecido en el anexo I de esta norma».

(iv) El art. 1 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que entró en vigor el 9 de diciembre de 2007, modificó el art. 48.2.a) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito, cuyo inciso final quedó así: «La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos». En consonancia con esta norma, esta sala ya ha considerado que el límite cuantitativo había sido suprimido por la Ley 41/2007 para todos los préstamos posteriores al 9 de diciembre de 2007 (por ejemplo, sentencia 346/2020, de 23 de junio, entre las más recientes).

(v) En cumplimiento de lo previsto en la disposición adicional segunda de la referida Orden ministerial, se dictó la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Esta circular establecía que:

«3. A efectos de lo previsto en la Disposición Adicional Segunda de la Orden sobre préstamos hipotecarios, se consideran oficiales los siguientes índices o tipos de referencia, cuya definición y forma de cálculo se recoge en el anexo VIII:

a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por los bancos. (IRPH Bancos)

b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorro. (IRPH Cajas)

c) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito. (IRPH Entidades)

d) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorro.

e) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años.

f) Tipo interbancario a 1 año (Mibor)».

A continuación, añadía que «El Banco de España dará una difusión adecuada a estos índices que, en todo caso, se publicarán, mensualmente, en el “Boletín Oficial del Estado”».

El Euribor se incorporó como índice oficial de referencia en la Circular del Banco de España 7/1999, de 29 de junio, sobre modificación de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones de protección a la clientela (BOE de 9 de julio).

(vi) La misma Circular del Banco de España establecía en su Anexo VII los elementos mínimos que debían contener los folletos sobre los préstamos hipotecarios a que se refiere el artículo 1 de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Entre tales elementos, la Circular disponía que el folleto debía contener el «[...] índice o tipo de referencia, en préstamos a interés variable (identificación del índice o tipo, especificando si se trata o no de un índice de referencia oficial; último valor disponible y evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales)».

Con posterioridad a estas normas, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que reguló las llamadas Ficha de Información Precontractual (FIPRE) y Ficha de Información Personalizada (FIPER), no incluyó la obligatoriedad de ofrecer información sobre la evolución del tipo de interés de referencia. Como, por cierto, tampoco lo ha hecho la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

3.- En todo caso, ni el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha mantenido, ni resulta razonable considerarlo, que el juicio de transparencia implique la comprensibilidad del funcionamiento matemático/financiero del índice IRPH. Ningún índice, incluido el Euribor, resistiría dicha prueba. Es por ello, que afirmábamos en nuestra sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, que lo que se juzga es la cláusula, no el índice. Ya dijo el Abogado General, en el apartado 103 de su Informe, parafraseando al Gobierno español, que:

«[e]l requisito de informar al consumidor sobre el funcionamiento concreto del índice de referencia, es decir, su método exacto de cálculo, no es útil en la medida en que la fórmula matemática aplicable haría que la información resultase menos comprensible y, en consecuencia, menos transparente para el consumidor».

4.- Conforme a lo expuesto, a fin de cumplir con las exigencias de transparencia establecidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para que se entienda que la suscripción de un contrato de préstamo hipotecario con un tipo de interés variable referenciado al índice IRPH supera el control de transparencia (apartados 52 a 54 de la sentencia de 3 de marzo de 2020), debe tenerse en cuenta, fundamentalmente:

(i) la publicación, a través del BOE, de los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros, por lo que «[...] resultan fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario»; en concreto afirma el Tribunal de Justicia de la Unión Europea 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 el 0,25 %».

(ii) el cumplimiento por la entidad de crédito de la obligación de informar a los consumidores, conforme a la normativa nacional antes reseñada, 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 Tribunal de Justicia de la Unión Europea que «tal información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés».

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

QUINTO.- *El control de contenido o abusividad: que la cláusula, eventualmente, no sea transparente, no quiere decir que siempre y automáticamente sea abusiva*

1.- En todo caso, que la cláusula no sea transparente no implica necesariamente que sea abusiva. Respecto de los elementos esenciales del contrato (precio y prestación) se desprende del art. 4.2 de la Directiva 93/13, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, que los controles de transparencia y abusividad son diferentes y el primero es presupuesto o antecedente del segundo.

La redacción actual del art. 83 TRLCU no es óbice para ello, pues no estaba en vigor cuando se concertó el contrato de préstamo hipotecario, ya que se introdujo por la Ley 5/2019, de 5 de marzo, y por tanto no es aplicable para resolver el presente recurso, por lo que no procede ahora su interpretación, aunque sí conviene puntualizar que en la nueva redacción del precepto el «perjuicio de los consumidores» aparece expresamente contemplado al tratar de la nulidad de las cláusulas no transparentes.

A tal efecto, resulta aplicable la jurisprudencia del TJUE que establece que, respecto de los elementos esenciales del contrato (precio y prestación), una vez apreciada la falta de transparencia es cuando debe hacerse el juicio de abusividad (por todas, sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014, C-26/13, Kásler; de 26 febrero de 2015, C-143/13, Matej; de 20 de septiembre de 2017, C-186/16, Andriuc; de 14 de marzo de 2019, C-118/17, Dunai; y de 5 de junio de 2019, C-38/17, GT).

Es decir, en tales casos, la declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad (sentencias de esta sala 171/2017, de 9 de marzo; 538/2019, de 11 de octubre; 121/2020, de 24 de febrero; y 408/2020, de 7 de julio).

Como advertimos en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo: «la falta de transparencia no supone necesariamente que [las condiciones generales] sean desequilibradas». En este mismo sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, caso Banco Primus, declaró que la falta de transparencia no eximía de realizar el juicio de abusividad, sino que simplemente permitía proyectarlo a los elementos esenciales del contrato:

«64. Por lo que se refiere, por una parte, a la cláusula 3 del contrato controvertido en el litigio principal, relativa al cálculo de intereses ordinarios, el órgano jurisdiccional remitente ha señalado que, pese a estar comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, esa cláusula no estaba redactada de manera clara y comprensible en el sentido de dicha disposición. En estas circunstancias, como señaló el Abogado General en el punto 61 de sus conclusiones, incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar el carácter abusivo de dicha cláusula y, en particular, si ésta causa, en detrimento del consumidor de que se trate, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato a la luz de las consideraciones expuestas en los apartados 58 a 61 de la presente sentencia. [...]»

Únicamente hemos asimilado falta de transparencia a abusividad en supuestos muy concretos, como las denominadas cláusulas suelo, porque como advertimos en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo, 138/2015, de 24 de marzo, 222/2015, de 29 de abril, 334/2017, de 25 de mayo, o 367/2017, de 8 de junio, tales condiciones generales entrañan un elemento engañoso, cual es que aparentan un interés variable cuando realmente establecen un interés fijo solo variable al alza y «provocan subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación».

2.- El art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, establece:

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

De manera concorde, el art. 82.1 TRLGCU dispone:

«Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato».

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

4.- En cuanto a la buena fe, parece difícil que se pueda vulnerar por ofrecer un índice oficial, aprobado por la autoridad bancaria, salvo que se pudiera afirmar que se podía conocer su evolución futura y ésta fuera necesariamente perjudicial para el prestatario y beneficiosa para la entidad prestamista. Lo que como hemos visto, no es el caso, ya que tal evolución futura no depende de la voluntad del predisponente.

La referencia IRPH fue recomendada por el Banco de España a finales de 1993 como uno de los tipos que podían ser utilizados para las operaciones de crédito hipotecario a tipo de interés variable. En la Circular 5/1994, de 22 de julio, se incluyó como índice de referencia oficial, de forma que el Banco de España se comprometió a publicarlo regularmente, con las ventajas desde el punto de vista de la oficialidad que implicaba su uso.

Las razones por las que el Banco de España hizo tal recomendación sobre el índice IRPH se recogieron en el Boletín Económico de diciembre de 1993 y fueron, resumidamente, las siguientes: (i) era un índice que no dependía exclusivamente de la propia entidad que concedía el crédito, ni era susceptible de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades; (ii) era un indicador de la evolución del mercado hipotecario que ya gozaba de amplia difusión y que, al incluirse con otros como tipo de referencia oficial (entre ellos el MIBOR y el de la Deuda Pública a plazos residuales de 2 a 6 años), permitiría a las entidades de crédito españolas disponer de una gama suficiente de referencias para atender sus diversas necesidades.

Junto a ello, a estos efectos del juicio de buena fe, no es desdeñable que el Gobierno central y varios Gobiernos autonómicos, en la fecha de suscripción del contrato y en la actualidad, a través de diversas disposiciones reglamentarias, tengan establecido el índice IRPH como referencia para la financiación (obtención de préstamos) de la adquisición de viviendas de protección oficial –VPO- (véase la respuesta negativa de la Secretaría de Estado de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, de junio de 2020, a la recomendación del Defensor del Pueblo de sustituir el índice IRPH por el Euríbor u otro índice oficial en viviendas de protección oficial).

Es decir, tanto la Administración General del Estado como diversas Administraciones autonómicas han venido considerando, a través de normas reglamentarias, que el índice IRPH era el más adecuado para utilizarlo como índice de referencia en el ámbito de la financiación protegida destinada a la adquisición de viviendas de protección oficial, en

el que el grado de intensidad de protección del consumidor se incrementa en atención al ámbito subjetivo de los beneficiarios que pueden acceder a dicha financiación. Por lo que resulta ilógico considerar como una actuación contraria a la buena fe la incorporación de ese mismo índice a contratos de préstamo hipotecario concertados fuera de ese ámbito de financiación oficial.

Como afirmó el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 14 de marzo de 2013, C-415/11, Aziz, (apartado 69), «[...] en lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio "pese a las exigencias de la buena fe", debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual». No resulta coherente estimar que la adaptación del comportamiento del profesional predisponente a una pauta (utilización del índice IRPH cajas en una cláusula de interés variable) que es la adoptada por diversas normas reglamentarias por las administraciones públicas competentes para la financiación de actuaciones protegibles en materia de vivienda, pueda infringir ese estándar de protección de la buena fe, en el sentido indicado.

5.- Respecto al otro parámetro -desequilibrio importante-, debe ser valorado en el momento de suscripción del contrato (art. 4.1 de la Directiva 93/13), por lo que la evolución más o menos favorable del índice durante el tiempo de vida del contrato, no puede ser determinante. Máxime cuando no consta que el prestamista tenga influencia razonable en esa evolución. Las cláusulas de determinación del tipo de interés variable por referencia a un índice buscan la actualización a valores de mercado del precio del préstamo, sin que dicha actualización pueda depender directamente de la voluntad de una de las partes. Así lo establece taxativamente la STJUE de 9 de julio de 2020, C-452/18, *Ibercaja Banco*, al declarar en su apartado 52:

«[n]o cabe exigir a un profesional que facilite información precisa acerca de las consecuencias económicas asociadas a las variaciones del tipo de interés durante la vigencia del contrato, ya que esas variaciones dependen de acontecimientos futuros no previsibles y ajenos a la voluntad del profesional».

Por otro lado, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2020 descarta que las entidades bancarias tuvieran obligación de facilitar información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura o de asesorar a sus clientes sobre el mejor préstamo posible. La herramienta más adecuada para la comparación entre el coste global de unas y otras modalidades de financiación sería, en todo caso, la TAE.

6.- En todo caso, como ya indicamos en la sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, que en un determinado momento de la vida del préstamo el IRPH se separe desfavorablemente de otros índices (específicamente, el Euribor) no quiere decir que se vaya a comportar siempre así durante el resto de vigencia del contrato, y ello por dos razones fundamentales:

(i) para el cálculo del IRPH se toman como elemento de cálculo no solo los préstamos con Euribor, sino también los préstamos referenciados a otros tipos variables y los préstamos a interés fijo; y

(ii) también se toman en cuenta los diferenciales.

Es decir, para apreciar que hay desequilibrio no basta con comparar el IRPH con otro índice de referencia (básicamente, el Euribor), porque – como mínimo y aparte de las consideraciones ya expuestas- hay que tener en cuenta el diferencial que, según los casos, puede aminorar o acercar la diferencia aplicativa entre ambos índices. De forma que el tipo nominal resultante de la aplicación del índice más el margen o diferencial puede ser superior, inferior o igual, en el momento de la contratación, utilizando el IRPH con un diferencial menor que utilizando el Euribor con un diferencial mayor. El diferencial aplicado en uno u otro caso junto con el índice, a cada operación concreta, vendrá determinado por la valoración del riesgo y demás características de la operación (solventía del deudor, calidad de las garantías concurrentes - fiadores -, plazo y cuantía del préstamo, contratación de otros productos o servicios, etc).

La evolución posterior no puede determinar el desequilibrio, que debe valorarse en la fecha de celebración del contrato (art. 4.1 de la Directiva 93/13). Que en su desenvolvimiento posterior el préstamo resulte ser más caro que otros, no supone desequilibrio determinante abusividad, puesto que el control de contenido no puede derivar en un control de precios.

Además, no cabe obviar que, de sustituirse el IRPH por el índice que el TJUE propone como sustitutivo en caso de abusividad y falta de pacto en los apartados 65 y 66 de la sentencia -«tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España»-, la diferencia entre índices seguiría siendo prácticamente la misma: el Euríbor estaba en -042%, en septiembre de 2020, y este índice sustitutivo en 1,74%, en agosto de 2020.

SEXTO.- *El recurso de casación y las causas de inadmisibilidad opuestas por la parte recurrida*

El recurso de casación se formuló, por interés casacional, el cual se fundamentó de la manera siguiente:

Infracción del artículo 10 bis de la Ley 26/1984, 19 julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, modificada por la disposición adicional 3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de contratación, al declarar la vigencia de la cláusula IRPH no habiendo sido negociada individualmente con la recurrente, tratándose de una condición general de contratación impuesta al cliente, sin posibilidad de intervenir en su contenido y, por tanto, su aplicación es abusiva y nula.

El segundo, motivo se fundamenta en la infracción del artículo 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de contratación, al aplicar la cláusula de IRPH, que no pasa el control de transparencia y es abusiva, por tanto, nula.

Para apoyar este último motivo se cita como contraste las sentencias de la Audiencia Provincial de Álava, de fecha 31 de mayo de 2016, que considera que las cláusulas referidas al IRPH no pasan el control

de transparencia y se incorporan al contrato sin que la entidad bancaria se asegurase de que el cliente comprendía su contenido, en tanto en cuanto razona:

«[...] En el caso de autos la cláusula ni siquiera aparece destacada en la escritura pública, se trata de una de las condiciones más importantes del contrato, la que afecta a su patrimonio, la suma de dinero que deberá devolver mensualmente al banco por el dinero prestado y si bien no podemos declarar la abusividad de la cláusula en relación al precio del contrato, sin embargo, la cláusula no puede pasar el filtro de la transparencia, se incorporó al contrato sin que la entidad bancaria se asegurase que el cliente comprendía su contenido, sin explicarle la forma de determinar este índice por el Banco de España ni las diferencias entre el IRPH y el resto de los índices, y su comportamiento en los últimos años. Y lo que es más importante, sin poder elegir entre este índice y otros como el euribor que eran más ventajosos para el cliente y precisamente por esta razón se omitieron. Falta de transparencia que la Sala considera suficiente para declarar la nulidad de la cláusula tercera bis del contrato».

Y, en el mismo sentido, se cita también la sentencia de 10 de marzo de 2016 de dicho tribunal provincial que, en este punto, razona:

«[...] Ahora bien, la cláusula no puede pasar el filtro de la transparencia, se incorporó al contrato sin que la entidad bancaria se asegurase que el cliente comprendía su contenido, sin explicarle la forma de determinar este índice por el banco de España ni las diferencias entre el IRPH y el resto de los índices, y su comportamiento en los últimos años. Y lo que es más importante, sin poder elegir entre este índice y otros como el euribor que eran más ventajosos para el cliente y precisamente por esta razón se omitieron».

La entidad financiera recurrida se opuso a la admisibilidad del recurso de casación interpuesto.

Los óbices de inadmisibilidad esgrimidos no podemos acogerlos. En el recurso interpuesto se respetan los hechos probados de la instancia, planteándose un problema jurídico que, por su indiscutible interés, fue abordado por sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, del Pleno de la Sala, posterior a la fecha de la sentencia recurrida, y que alcanza una nueva dimensión, con respecto al alcance del control de transparencia cuestionado, tras la sentencia de 3 de marzo de 2020 (C-125/18) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), en respuesta a una petición de decisión prejudicial formulada por un juzgado de primera instancia de Barcelona.

En el contexto expuesto como señala la sentencia 2/2017, de 17 de enero:

«[...] tampoco deberá ser inadmitido un recurso que, al margen de elementos formales irrelevantes, o en todo caso secundarios, plantee con la suficiente claridad un problema jurídico sustantivo que presente, desde un análisis razonable y objetivo, interés casacional. Como declara la sentencia de esta Sala núm. 439/2013, de 25 de junio, puede ser suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo de la cuestión, la correcta identificación de determinados problemas jurídicos, la exposición aun indiciaria de cómo ve la parte recurrente el interés casacional y una exposición adecuada que deje de manifiesto la consistencia de las razones de fondo. En tales casos, una interpretación rigurosa de los requisitos de admisibilidad que impidan el acceso a los recursos extraordinarios no es adecuada a las exigencias del derecho de tutela efectiva jurídica de la sentencia».

En el mismo sentido, las sentencias 351/2015, de 15 de junio; 550/2015, de 13 de octubre; 577/2015, de 5 de noviembre; 188/2016, de 18 de marzo; 331/2016, de 19 de mayo; 667/2016, de 14 de noviembre; 579/2016, de 30 de septiembre; 727/2016, de 19 de diciembre; 2/2017, de 10 de enero; 243/2019, de 24 de abril; 146/2020, de 2 de marzo y 420/2020, de 14 de julio, entre otras.

SÉPTIMO.- *Análisis del primero de los motivos de casación*

El primero de los motivos del recurso de casación no puede ser acogido. De su contenido resulta que la parte recurrente entiende que la contratación seriada a través de condiciones generales de contratación impuestas por la parte predisponente determina, por la circunstancia de no haber sido negociadas individualmente, la condición de abusivas y como tales nulas.

Una condición general de contratación ha de reunir los requisitos establecidos en el art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, que reputa como tal a las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

Son manifestación, en definitiva, de lo que las sentencias 406/2012, de 18 de junio; 241/2013, de 9 de mayo; 649/2017, de 29 de noviembre o 205/2018, de 11 de abril, denominan «contratación seriada» y califican como «un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico».

Es posible que una cláusula que recae sobre el objeto principal del contrato no haya sido objeto de negociación individual (sentencias 166/2014, de 7 de abril y 669/2017, de 14 de diciembre), puesto que ésta exige que las partes puedan tener capacidad de influir en la configuración del contenido convencional, lo que tiene difícil encaje en los contratos de consumo, pues en ellos el consumidor de ordinario carece de posibilidades efectivas de modificar el clausulado predispuesto, con lo que quedan limitadas sus facultades a adherirse a las estipulaciones contractuales ofertadas o, en otro caso, rechazarlas, negándose a firmar el contrato.

Por otra parte, es al empresario a quien compete la carga de la prueba de la negociación individual (sentencias 241/2013, de 9 de mayo y 265/2015, de 22 de abril o STJUE de 16 de enero de 2014, C-226/12, Constructora Principado), y así lo establece tanto el art. 3 de la Directiva 93/13 como el art. 82.2.II del TRLGDCU.

En la sentencia del pleno de esta Sala 669/2017, de 14 de diciembre, se consideró que una condición que fije el interés remuneratorio, aunque constituya objeto principal del contrato, cabe que sea reputada como condición general, si no consta fuera negociada individualmente y siempre que reúna los requisitos necesarios para su calificación como tal (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad) en los términos que son exigidos por el art. 1 de la LCGC.

Así lo ha considerado además el TJUE, en diversas sentencias relacionadas con intereses remuneratorios de préstamos a consumidores, por ejemplo en materia de cláusula suelo (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15) o de hipoteca multidivisa (STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16).

Ahora bien, atribuida la naturaleza jurídica de condición general de contratación a una cláusula que establece el interés retributivo mediante un índice IRPH, no significa, por esa única circunstancia, que podamos reputarla como abusiva en irremediable consecuencia jurídica, salvo que concurren los requisitos legales condicionantes de su declaración de abusividad, al haber sido impuesta con infracción de las exigencias de transparencia y vulneración de los requisitos de la buena fe y justo equilibrio de los derechos y obligaciones de ambas partes (arts. 3.1 y 4.2 de la Directiva 93/13 y 10 bis. 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, vigente al celebrarse el contrato litigioso), lo que se analiza en el siguiente motivo de casación.

En definitiva, la oportunidad de conocer una cláusula para emitir un consentimiento contractual no significa negociación individual, de la misma manera que no podemos identificar contratación seriada con abusividad. La sentencia recurrida no niega que estemos ante una condición general de contratación susceptible de un control de tal naturaleza.

El recurso debe ser, en consecuencia, desestimado.

OCTAVO.- *Examen del segundo de los motivos de casación*

En este motivo de casación, se alega como infringido el art. 5 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de contratación, y se considera que la cláusula de IRPF no pasa el control de transparencia y es abusiva.

1.- *Planteamiento del recurso*

A pesar de que el art. 5 de la precitada ley se refiere al control de incorporación, la cita de las sentencias, en las que se fundamenta el interés casacional alegado, permiten deducir, en beneficio del recurrente, que sus fundamentos consisten en que la condición general impugnada se incorporó al contrato sin que la entidad bancaria se asegurase de que el cliente comprendía su contenido, sin explicarle la forma de determinar este índice por el Banco de España, ni las diferencias entre el IRPH y el resto de los índices, y su comportamiento en los últimos años, sin poder elegir entre el mismo y otros existentes como el Euribor, que eran más ventajosos

para el cliente y precisamente por esta razón se omitieron; es decir que impedían el conocimiento de la carga económica y jurídica real del contrato de préstamo suscrito y que además le causaba un desequilibrio contrario a la buena fe.

2.- Análisis de las circunstancias concurrentes a la fecha de celebración del contrato litigioso

Para apreciar si una cláusula contractual debe considerarse abusiva, el juez nacional deberá tener en cuenta, como indica el artículo 4 de la Directiva 93/13, la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, considerando «en el momento de la celebración del mismo» todas las circunstancias que concurran (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de julio de 2015, Bucura, C-348/14, no publicada, EU:C:2015:447, apartado 48 y jurisprudencia citada).

A tales efectos, además de lo que hemos razonado anteriormente, ponderamos las circunstancias siguientes concurrentes en el contrato litigioso:

(i) En primer lugar, que el contrato objeto del proceso se celebra el 6 de abril de 1999, mientras que el Euribor se incorpora como índice oficial de referencia en la Circular del Banco de España 7/1999, de 29 de junio, sobre modificación de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones de protección a la clientela (BOE de 9 de julio), con el objeto ajustar el cuadro de tipos oficiales de referencia para préstamos hipotecarios tras la introducción del euro, creando una nueva referencia interbancaria a un año ligada al comportamiento de dicho índice.

Con ello, queremos destacar que difícilmente cabría que la entidad bancaria informase sobre la evolución del índice Euribor a la fecha de contratación, es decir, en el mes de abril de 1999, como se reprocha en el recurso, independientemente de lo manifestado con anterioridad sobre la inexistencia de la obligación de las entidades financieras de facilitar información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura o de asesorar a los clientes sobre el mejor préstamo posible.

(ii) En segundo lugar, que, en las condiciones del préstamo, se hacía concreta alusión a que el interés variable pactado se determinaba con base a un concreto índice oficial, que se especificaba debidamente, cual era el «tipo medio de los Préstamos Hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorros», explicándose, en el texto del propio contrato, que se trataba de la «[...] media simple de los tipos de interés medios ponderados de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria, a plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas por el conjunto de Cajas de Ahorros en el mes al que se refiere el índice, declarados al Banco de España de acuerdo con la norma segunda de la expresada circular».

Se indicó además que se publicaba, por el Banco de España, con periodicidad mensual, en el Boletín Oficial del Estado.

Todo ello, consta expresamente informado en la condición general tercera bis apartado B) del contrato litigioso antes transcrito.

En consecuencia, el tipo de índice pactado y su variabilidad no sólo fue expresamente especificado en el clausulado contractual, sino que era fácilmente asequible para un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

(iii) Con la remisión al IRPH no se está imponiendo, por parte de la entidad financiera, una forma manifiestamente desequilibrada de determinación de la prestación o la contraprestación de las partes, ni es contrario a la buena fe fijar el interés variable con remisión a un índice oficial fijado por el Banco de España.

(iv) En momento alguno se alega, lo que tampoco es creíble, máxime cuando se recibió información por parte de un empleado del banco, que se desconociera cual era el IRPH vigente a la firma del contrato. Su evolución ulterior no podía conocerse en ese momento, puesto que, como declaró la STJUE 3 de marzo de 2020, tal y como hicimos anterior referencia, «esas variaciones dependen de acontecimientos futuros no previsibles y ajenos a la voluntad del profesional».

(v) Realmente la demanda no fundamenta el supuesto desequilibrio sufrido por el consumidor, en una previsible y silenciada evolución desfavorable experimentada por el IRPH, sino en su comparación con la más positiva del Euribor, lo que, desde luego, no constituye argumento susceptible de fundamentar un recurso como el interpuesto, cuando consta como la parte demandante tuvo perfecto conocimiento del índice aplicable al interés variable de su préstamo, cuyo diferencial del 0,25% adicional, es manifiestamente inferior, además, a los predispuestos en los casos en que se toma el Euribor como índice de referencia.

(vi) Por último, el contrato litigioso contempla, en el apartado E) de la condición general tercera bis, la posibilidad de que el prestatario, en el supuesto de no convenirle el nuevo tipo de interés aplicable en el siguiente período de revisión, se lo comunique a La Caixa, abriéndosele en tal caso la posibilidad de desligarse del contrato cancelando anticipadamente el préstamo en el plazo de seis meses, durante el cual los intereses se satisfarán al tipo nominal anual anterior. Con lo que se le está confiriendo al consumidor una facultad de desvincularse del contrato en el supuesto de que la revisión del interés variable le resultase económicamente gravosa a sus intereses.

3.- Desestimación del recurso

En definitiva, el juez nacional debe verificar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartados 68 y 69 y 20 de septiembre de 2017, C-186-16, Andriuc, apartado 57).

Pues bien, no vemos razones objetivas para que la actora no aceptase una cláusula contractual relativa a los tipos medios de los préstamos hipotecarios de las Cajas de Ahorros, a pesar de no ser informada sobre la evolución del IRPH en los dos años anteriores, dado el conjunto argumental anteriormente expuesto.

Por todo lo razonado, el segundo motivo del recurso de casación debe ser también desestimado.

NOVENO.- Costas y depósito

De conformidad con lo previsto en art. 398.1 LEC, al haberse desestimado el recurso de casación interpuesto, deben imponerse a la parte recurrente las costas causadas y decretarse la pérdida del depósito constituido para recurrir (disposición adicional 15.^a, apartado 9 de la LOPJ).

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 26 de septiembre de 2016, dictada por la sección segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz, en el recurso de apelación n.º 383/2016.

2.º- Imponer a la recurrente las costas de dicho recurso, con pérdida del depósito constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

El Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller votó en sala pero no pudo firmar por jubilación, haciéndolo en su lugar el Excmo. Sr. Presidente de la Sala D. Francisco Marín Castán.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO D. FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DICTADA POR LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN EL RECURSO DE CASACIÓN 12/2017.

ANTECEDENTES DE HECHO.

Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia referida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO.- *Control de transparencia.*

Se comparte la decisión de la Sala, en cuanto reconoce que la cláusula en virtud de la cual se impone el IRPH no es transparente.

No en vano la sentencia, de 3 de marzo de 2020, del TJUE declara:

«54. También resulta pertinente para evaluar la transparencia de la cláusula controvertida la circunstancia de que, según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal, las entidades de crédito estuvieran obligadas a informar a los consumidores de cuál 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. Tal información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés».

Por tanto, la ausencia de esa información previa privó de la necesaria transparencia a la cláusula cuestionada.

SEGUNDO.- *Control de abusividad. Existencia de perjuicio.*

El art. 4.2 de la Directiva 13/1993 no establece que la falta de transparencia acarree, en todo caso, la abusividad, sino que debe ponerse en relación con un perjuicio material para el consumidor, consistente, en este caso, en la alteración sorpresiva del acuerdo económico que se creía haber alcanzado, a partir de la información precontractual, que resultó incompleta, privándole de la posibilidad de comparar las ofertas del mercado.

En el mismo sentido esta sala declaró en sentencia 54/2020, de 23 de enero:

«En cuanto a las consecuencias de la falta de transparencia, hemos dicho en diversas resoluciones que es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas. Pero como también hemos afirmado, no es el caso de las llamadas cláusulas suelo, cuya 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 el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado (por todas, sentencia 367/2017, de 8 de junio, y las que en ella se citan)».

A la vista de lo expuesto, es evidente el perjuicio causado al consumidor, en cuanto que por falta de información suficiente no ha podido comparar con otras ofertas del mercado, por lo que se le privó del ejercicio de un legítimo derecho de opción, del que quedó desposeído por la falta de transparencia.

No es la Sala la que debe valorar cuál índice le resultaba más interesante a la parte demandante, sino que era el consumidor quien debía tomar dicha decisión con la información que no se le facilitó.

En este sentido la STJUE de 16 de enero de 2014, en el asunto C-226/12, en interpretación del art. 3.1 de la Directiva 93/13, declaró que la existencia de un «desequilibrio importante» no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.

TERCERO.- *Control de abusividad. Ausencia de buena fe.*

El eje del sistema de protección del consumidor viene dado por la noción de cláusula abusiva contenida en el art. 3.1 de la Directiva 93/2013, que mide el eventual carácter abusivo de una cláusula en atención a un doble patrón: la contravención de las exigencias de la buena fe y la producción de un desequilibrio contractual importante.

Ya hemos dicho que ha existido desequilibrio, en cuanto se le sustrajo información, que le privo del ejercicio de una opción económica entre el IRPH y otros índices alternativos.

A continuación debemos concluir la ausencia manifiesta de buena fe.

En sentencia, de 14 de marzo de 2013, del TJUE (Caso Aziz) se declaró que:

«Para determinar si se causa el desequilibrio "pese a las exigencias de la buena fe", debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual».

A la vista de esta doctrina debemos pronunciar que el profesional no trató al consumidor de manera leal, al no ofrecerle la información legalmente requerida sobre la evolución del índice IRPH y el incumplimiento manifiesto de dicho mandato normativo, priva de buena fe a la conducta del profesional.

CUARTO.- *Índice aplicable.*

De lo expuesto hasta ahora debe concluirse que el magistrado que formula el presente voto particular, entiende que por la Sala debió declararse abusiva la cláusula que establecía el IRPH como índice del préstamo, en tanto se dispuso con ausencia de buena fe y con perjuicio para el consumidor.

Una vez declarada abusiva, se debería decidir si debe mantenerse algún índice sustitutivo.

Son varias las opciones posibles:

a) Entender que no cabe mantener índice alguno, opción que este magistrado rechaza, dado que fue la voluntad de las partes mantener el interés remuneratorio referenciado a un índice.

b) Aplicar otro índice sustitutivo como el de la Ley 14/2013 que es la tesis que apoyan las entidades bancarias.

c) Aplicar el Euribor.

QUINTO.- Índice Ley 14/2013.

Este es el índice que se acepta como aplicable por la sentencia de esta sala, en relación con la que se formula el voto particular.

La aplicación del «Índice Ley 14/2013», basado en una forma de cálculo similar a la del IRPH, produciría una alteración insignificante en el resultado económico de los intereses abonables por el consumidor.

Con lo cual se estaría premiando al predisponente de la cláusula abusiva con un resultado que le resultaría favorable, no en vano las entidades bancarias aceptan sin fisuras la aplicación del «Índice Ley 14/2013».

Ciertamente el TJUE en la sentencia de 3 de marzo de 2020 entiende que se podría aplicar el «Índice Ley 14/2013», si es el criterio legal sustitutivo.

Esta cuestión, como bien reconoce el TJUE es una cuestión sujeta al Juez nacional, si bien debe declarar este magistrado discrepante que la aplicación del «Índice Ley 14/2013», además haría desaparecer el efecto disuasorio que pretende el art. 7 Dir. 93/13.

El efecto disuasorio es uno de los paradigmas en la política de protección del consumidor, para evitar que se mantengan los efectos de las situaciones de abuso de superioridad por el profesional predisponente.

En este sentido la sentencia del TJUE, de 21 de diciembre de 2016, cuando declara:

«66. Por consiguiente, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un

contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva».

SEXTO.- Nulidad de la cláusula abusiva.

Una razón más para no aplicar el «Índice Ley 14/2013», es que se estableció para sustituir al IRPH, en caso de desaparición de éste.

Pero no nos encontramos ante un supuesto de desaparición, sino de una declaración de nulidad de cláusula abusiva, así lo pretende este voto particular.

Sería incoherente, tras la nulidad aplicar un índice que no está previsto para un supuesto de nulidad y que además se calcula en base a los mismos parámetros que el IRPH, con un resultado sensiblemente similar, con lo que se quebrantaría el principio de efectividad del Derecho Comunitario (sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020).

SÉPTIMO.- Euribor.

Descartado en este voto particular el «Índice Ley 14/2013», este magistrado debe proponer como aplicable el Euribor.

El Euribor es el índice mayoritariamente seguido en la práctica hipotecaria española, cuya aplicación supone un restablecimiento de las expectativas del consumidor sobre el coste del crédito.

La aplicación del Euribor en lugar del IRPH, no supone una actividad integradora del contrato, sino la aplicación del mayoritariamente aplicado en el Estado Español, por el que podría haber optado si se le hubiese ofrecido la información legalmente preceptiva, a la que hicimos referencia, siendo esta una solución compatible con el art. 6.1 de la Directiva 93/2013, dado que el consumidor aceptaba un préstamo referenciado a un índice.

PARTE DISPOSITIVA.

1.º- Se debería declarar la nulidad de la cláusula referida al IRPH, en cuanto cláusula abusiva, como índice de aplicación en el préstamo concertado por la parte demandante.

2.º- Se debería sustituir el IRPH, por el Euribor, con la restitución de las cantidades indebidamente percibidas por la parte demandada.

3.º- Todo ello con las consecuencias derivadas, en relación con las costas procesales.

Lo acuerda y firma el Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

CASACIÓN núm.: 2007/2017

Ponente: Excm.a Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles
Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

Sentencia núm. 598/2020

Excmos. Sres. y Excm.a Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 12 de noviembre de 2020.

Esta sala ha visto en pleno el recurso de casación interpuesto por D. YYY y D.^a. XXX, representados por el procurador D. Javier Huidobro Sánchez-Toscano y bajo la dirección letrada de D. Pablo Piris del Campo, contra la sentencia n.º 170/2017, dictada en fecha 27 de marzo de 2017 por la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Cantabria en el recurso de apelación n.º 570/2016, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario

n.º 107/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Santander, sobre contratos bancarios. Ha sido parte recurrida Kutxabank S.A., representada por la procuradora D.ª Ana Prieto Lara-Barahona y bajo la dirección letrada de D. Igor Ortega Ochoa.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D. YYY y su esposa D.ª XXX interpusieron demanda de juicio ordinario contra la entidad bancaria Bilbao Bizcaia Kutxa (actualmente Kutxabank S.A.) en la que solicitaban se dictara sentencia por la que, con estimación de la presente demanda:

«1.º Se declare, en relación con el contrato de préstamo litigioso, la nulidad de las Cláusulas Tercera bis, Cuarta (párrafo último) y Sexta.

»2.º Se condene a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración,

»a) Absteniéndose de aplicar en el futuro las indicadas cláusulas, manteniendo la vigencia del contrato con las restantes.

»b) A devolver a los actores las cantidades cobradas en concepto de interés remuneratorio calculado sobre la base del *IRPH Entidades, IRPH Cajas o CECA* durante el segundo periodo previsto en el contrato, es decir, a partir del primer año; asimismo, en el caso de que se hubieran cobrado, deberá restituir las cantidades cobradas en concepto de interés de demora, todo ello a determinar en ejecución de sentencia.

2.- La demanda fue presentada el 1 de febrero de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Santander, fue registrada con el n.º 107/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Kutxabank S.A. contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

«se dicte sentencia en la que se desestimen íntegramente las pretensiones de la parte actora, condenándole el pago de las costas causadas».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Santander dictó sentencia de fecha 18 de julio de 2016, con el siguiente fallo:

«Que, con estimación parcial de la demanda interpuesta por la procuradora D.ª Henar Calvo Sánchez, a instancia de D. YYY y Dª XXX, contra Kutxabank S.A., acuerdo los siguientes pronunciamientos:

»1/ DECLARO, en relación con el contrato de préstamo objeto de este procedimiento, la nulidad de las cláusulas cuarta (párrafo último) y sexta en la medida en que incorporan una comisión de reclamación por posiciones deudoras vencidas y un tipo de interés de mora del 19%.

»2/ CONDENO a la demandada a estar y pasar por la anterior declaración y a los siguientes pronunciamientos:

»a) Abstenerse de aplicar en el futuro las indicadas cláusulas, en la medida en que son nulas, manteniendo la vigencia del contrato con las restantes.

»b) Devolver los actores las cantidades cobradas en concepto de interés de demora, todo ello a determinar en ejecución de sentencia.

»c) Abonar los intereses legales de las cantidades anteriores desde la fecha de cada cobro, sin perjuicio de la aplicación del artículo 576 LEC desde el dictado de la sentencia hasta su pago.

»3/ No se hace expresa condena en las costas».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. YYY y Dª XXX.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Cantabria, que lo tramitó con el número de rollo 570/2016 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 27 de marzo de 2017, con el siguiente fallo:

«Que debemos desestimar y desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la conjunta representación de D. YYY y D.ª XXX contra la ya citada sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Santander, la que debemos confirmar y confirmamos en todas sus partes, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1.- D. YYY y D.^a XXX interpusieron recurso de casación.

El único motivo del recurso de casación fue:

«Al amparo de lo dispuesto en el art. 477.2.3.º LEC se invoca la existencia de interés casacional en relación con los artículos 5, 7 y 8.2 Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y 80.1 del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLUCU), existiendo:

»a) Oposición a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo y

»b) Contratación de jurisprudencia de Audiencias Provinciales en interpretación y desarrollo de dichos artículos».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 27 de mayo de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

«LA SALA ACUERDA:

»Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.^a XXX y D. YYY contra la sentencia dictada el día 27 de marzo de 2017 por la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 4.^a), en el rollo de apelación n.º 570/2016, dimanante del juicio ordinario n.º 107/2016, del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Santander».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para deliberación votación y fallo del pleno de la Sala el día 30 de septiembre de 2020. Por providencia de 28 de septiembre de 2020 se acordó la suspensión del señalamiento, y por providencia de 6 de octubre de 2020 se señaló de nuevo para deliberación, votación y fallo del pleno de la Sala el 21 de octubre de 2020, en que tuvo lugar, con la asistencia presencial de ocho magistrados y la asistencia mediante el sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia del Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller y del Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 5 de diciembre de 2005, D.^a XXX y D. YYY suscribieron con Bilbao Bizkaia Kutxa (actualmente, Kutxabank S.A.) un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, por importe de 202.725 € y plazo de treinta años.

2.- Respecto del interés remuneratorio, se pactó en la cláusula tercera del préstamo que durante los primeros doce meses se devengaría un interés fijo del 3,45% anual. Transcurrido ese periodo, según la misma cláusula, «dicho tipo se modificará conforme a lo pactado en la estipulación Tercera Bis».

La cláusula tercera bis, bajo la rúbrica «Tipo de interés variable», decía lo siguiente:

«El tipo de interés nominal anual a aplicar variará anualmente y será el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda libre del conjunto de entidades de crédito, que publica mensualmente el Banco de España en el Boletín Oficial del Estado. Este tipo se aplicará como tipo de interés nominal anual, tomándose el correspondiente al segundo mes anterior al de la variación, más 0,00 puntos.

»En el supuesto de que por cualquier causa dejara de publicarse el índice de referencia anterior, se establece como sustitutivo el “Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre de Cajas de Ahorros, tomándose el correspondiente al mismo mes, en la misma forma, y diferencial indicados para el IRPH del Conjunto de Entidades.

»En el caso de que dejara de publicarse este índice sustitutivo (IRPH-Cajas de Ahorros), se establece como segundo sustitutivo el tipo de interés CECA o Tipo Activo de Referencia de las Cajas de Ahorro, tomándose el correspondiente al mismo mes, y en la misma forma indicada para el anterior.

»Todos los tipos de referencia mencionados son considerados “tipos de referencia oficiales” que publica mensualmente el Banco de España en el Boletín Oficial del Estado, además de publicarse en las páginas financieras de algunos periódicos de amplia difusión y en el propio Boletín Estadístico del Banco de España.

»En las revisiones periódicas la parte prestataria podrá conocer el tipo de referencia consultando cualquiera de los medios indicados y se entenderá que acepta el

nuevo tipo aplicable, si no comunica expresamente a BBK su negativa en un plazo de diez días contados desde la fecha de iniciación del periodo de intereses cuya modificación rechaza.

»En el supuesto de que la parte prestataria no acepte el nuevo tipo, dispondrá del plazo de un mes a contar desde la fecha de iniciación del periodo de intereses cuya modificación rechaza para reembolsar el capital dispuesto, que se le liquidará al último tipo aplicado, pudiendo resolver BILBAO BIZKAIA KUTXA en dicho caso este contrato al término de este plazo de reembolso y estando facultada para reclamar el capital e intereses y las demás responsabilidades accesorias que acredite.

»Las partes contratantes convienen expresamente que recaerá sobre la parte prestataria la carga de la prueba de haber efectuado en las fechas convenidas cualquier comunicación a BILBAO BIZKAIA KUTXA, a cuyo fin solicitarán cuando lo estimen oportuno, el pertinente acuse de recibo.

»En cualquier caso, cada vez que se produzca una modificación del tipo de interés aplicable del préstamo, BILBAO BIZKAIA KUTXA comunicará a la parte prestataria el nuevo tipo de interés y el importe de las cuotas resultantes para el siguiente periodo, antes de la fecha en que deba realizarse el pago de la primera cuota con el interés modificado».

3.- En enero de 2016, la Sra. XXX y el Sr. YYY interpusieron una demanda contra Kutxabank en la que solicitaron la declaración de nulidad de diversas cláusulas y, entre ellas, en lo que interesa para el recurso de casación, la cláusula tercera bis. Basaban su pretensión en la falta de transparencia de la cláusula por cuanto en ningún momento se proporcionó a los actores la información necesaria para lograr su comprensibilidad real, en atención al claro tenor técnico y por tanto complejo de su redacción. Invocaban como fundamento de su pretensión el art. 10 bis.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) y el art. 8 de la Ley 7/1988, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (LCGC); a mayor abundamiento, invocaban los arts. 1258 y 1256 CC en relación con el art. 8.1 LCGC por contravención de norma imperativa, con el argumento de que la entidad demandada influye directamente en el importe del IRPH, porque para su elaboración son utilizados los datos que facilitan las entidades bancarias al Banco de España.

Como consecuencia de la declaración de nulidad solicitaban la supresión de la cláusula, sin integración por ningún tipo de interés y la condena a la demandada a devolver las cantidades cobradas en concepto de interés remuneratorio calculado sobre la base del IRPH Entidades, IRPH Cajas o CECA durante un segundo periodo previsto en el contrato, es decir, a partir del primer año.

4.- La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda y, en lo que aquí es relevante, desestimó la pretensión de los actores que instaba la declaración de nulidad de la cláusula tercera bis.

5.- Los demandantes recurrieron en apelación y la Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia.

Para ello, consideró que:

i) Los actores son consumidores y la cláusula tercera bis es una condición general de la contratación que define el objeto principal del contrato, ya que determina la remuneración que debe satisfacer el cliente a la entidad bancaria por el préstamo.

ii) La cláusula tercera bis supera el control de incorporación, porque «está redactada de manera clara y comprensible, expone de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula, de manera que el consumidor está en condiciones de valorarla, basándose en criterios precisos e inteligibles. El interés variable no tiene por qué referirse siempre al Euribor. El Euribor es un índice más. El IRPH entidades es uno de los siete índices oficiales previstos en el apartado tercero de la norma sexta bis de la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. El IRPH entidades se publica mensualmente por el Banco de España en el BOE. Por tanto, el cliente pudo conocer cuál era el IRPH entidades en las fechas de la firma del contrato. La entidad demandada facilitó una oferta a los actores, en la que se fija el tipo de interés variable, y se describe en qué consiste el índice y cómo se obtiene».

iii) Respecto al segundo control de transparencia, declaró: «[C]onforme al Anexo VIII de la Circular 8/1990, el IRPH entidades se

define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de los operadores de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para la adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario. Es decir, el IRPH entidades se establece sobre la base de los datos que facilitan las entidades al Banco de España. Este organismo elabora el índice sobre la base de la fórmula que define la Circular 8/90 (hoy, Circular 5/12). Se trata de unos tipos de interés obtenidos de los datos resultantes de la participación y comportamiento de las propias entidades en el mercado hipotecario, de forma que, en función de los tipos de interés aplicados en cada momento por las entidades, se va a configurar el índice de referencia para los préstamos a IRPH».

iv) No se acredita la abusividad de la cláusula. El hecho de que el legislador estableciese el IRPH entidades como uno de los tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario no constituye una lesión de la situación jurídica del consumidor. No supone una restricción de derechos del consumidor, ni un obstáculo a su ejercicio, ni le supone una obligación adicional no prevista. El desequilibrio se daría si la entidad financiera pudiera influir en la configuración del índice. Sin embargo, la incidencia de la actuación de la entidad demandada en la configuración del índice no es algo que dependa de su exclusiva voluntad, porque para concretar las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria cuyo interés se toma en consideración en orden a calcular el índice, es preciso que la entidad financiera y el consumidor hayan llegado a un acuerdo (el cálculo se hace sobre los préstamos otorgados, no sobre ofertas realizadas), de modo que en la configuración del índice influyen no solo los bancos, cajas de ahorros y sociedades de crédito hipotecario que otorgan los préstamos, sino también los consumidores que los suscriben.

6.- La Sra. XXX y el Sr. YYY interponen recurso de casación.

SEGUNDO.- *Pronunciamientos previos sobre el índice IRPH en la jurisprudencia de esta Sala y del TJUE*

1.- Esta Sala se ha pronunciado sobre el índice IRPH en una única sentencia, de pleno, 669/2017 de 14 de diciembre. En ella hicimos, resumidamente, los siguientes pronunciamientos:

(i) La cláusula del contrato de préstamo hipotecario en la que se establece el IRPH como índice de referencia del interés remuneratorio es una condición general de la contratación si no se ha negociado individualmente.

(ii) No hay inconveniente en que un índice de referencia legal (aprobado por la autoridad bancaria) se incorpore al contrato como tal condición general de la contratación.

(iii) En cuanto que condición general de la contratación predispuesta y utilizada en un contrato celebrado con consumidores, puede ser objeto de control de transparencia.

(iv) Por el contrario, los tribunales civiles no pueden controlar el procedimiento bancario-administrativo por el que se configura el índice.

2.- Asimismo, el TJUE (Gran Sala), en respuesta a una petición de decisión prejudicial de un juzgado de primera instancia de Barcelona, ha dictado la sentencia de 3 de marzo de 2020 (C-125/18). En dicha resolución, el TJUE concluye:

«1) El artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que sí está comprendida en el ámbito de aplicación de esa misma Directiva la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que estipule que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y que las entidades de crédito pueden aplicar a los préstamos hipotecarios, cuando esa normativa no establezca ni la aplicación imperativa del índice en cuestión con independencia de la elección de las partes en el contrato ni su aplicación supletoria en el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa.

»2) La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 8, debe interpretarse en el sentido de que los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con independencia de la transposición del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.

»3) La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.

»4) Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales.

3.- En los apartados siguientes analizaremos la repercusión de esta STJUE en nuestra propia jurisprudencia, las pautas que ofrece para el examen de la transparencia de las cláusulas de intereses IRPH y su eventual abusividad.

TERCERO.- *La posibilidad del control de transparencia sobre la cláusula que establece el índice de referencia*

1.- La cuestión prejudicial antes mencionada trasladó erróneamente al TJUE el sentido de la jurisprudencia de la Sala. En primer lugar, en el apartado 28 del auto de planteamiento, argumentó que nuestra sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, negaba la contractualidad de la cláusula. No fue así: en el fundamento jurídico segundo, apartado 4, declaramos:

«En consecuencia, como conceptualmente no es imposible que una cláusula en la que se establece el interés remuneratorio de un contrato de préstamo sea una condición general de la contratación, y como no consta que la que aquí nos ocupa fuera negociada individualmente, debe considerarse que tiene tal cualidad de condición general, en tanto que reúne todos y cada uno de los requisitos que hemos visto que son necesarios para su calificación como tal».

En segundo lugar, en el mismo apartado, afirmó que la misma sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, había concluido que no era posible realizar un control de transparencia de la cláusula que establecía el índice de referencia del interés variable del préstamo. Nada más lejos de la realidad: la sentencia se refería expresamente al control de transparencia de la cláusula de intereses variables y declaraba:

«Para limitar los efectos de la asimetría informativa que los consumidores pueden padecer respecto a la determinación de los índices, la normativa establece un principio de transparencia en la contratación en la que se incluyan índices financieros. Este principio de transparencia se traduce en un especial deber a cargo de las entidades financieras de informar tanto con carácter previo como durante la ejecución del contrato de financiación de manera clara, inteligible y comprensible sobre la definición legal del índice financiero elegido por las partes; los momentos contractuales en los que se deba producir la variación del tipo de interés aplicable y términos en los que se producirá tal variación en atención al valor de los índices de referencia adoptados; y la publicidad de los valores del índice de referencia adoptado para la adaptación del tipo de interés remuneratorio».

[...]«puede controlarse que la condición general de la contratación por la que se incluye en un contrato con consumidores esa disposición o previsión legal esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente».

2.- Es más, de hecho, la sentencia de esta sala realizó el examen de la transparencia material de la cláusula (véanse los apartados 6 a 14 del fundamento jurídico sexto). Lo que excluyó fue que pudiera examinarse el índice «como tal», es decir que pudiera juzgarse el índice en sí (su definición y fórmula de cálculo), dado que venía determinado por la normativa administrativa bancaria. Lo que ha sido confirmado por la STJUE de 3 de marzo.

Asimismo, mantuvimos que, dado que la ley no configura este índice como imperativo o supletorio, sino que su utilización es de carácter

contractual, no resulta aplicable el art. 1.2 de la Directiva 93/13, lo que también ha confirmado el TJUE.

3.- Por tanto, que el TJUE afirme que la cláusula no está excluida de la Directiva no supone que debamos modificar nuestra jurisprudencia al respecto, que era concorde con dicho pronunciamiento.

CUARTO.- *El control de transparencia según la STJUE de 3 de marzo de 2020*

1.- Los pronunciamientos de la STJUE de 3 de marzo de 2020 sobre el control de transparencia se contienen en los párrafos 52 a 56, cuyas ideas básicas son las siguientes:

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

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

En particular, el TJUE niega implícitamente el argumento del auto de planteamiento (vid. apartado 22), según el cual, como el IRPH era menos ventajoso que el Euribor, el banco debía informar del método de

cálculo para cumplir el deber de transparencia. En este sentido, el TJUE afirma en ese apartado 53, que la publicación del IRPH «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 [...]».

La sentencia hace una referencia expresa a las conclusiones del Abogado General en sus puntos 122 y 123, que descartan que el consumidor, en el caso analizado, no estuviera en condiciones de valorar las consecuencias económicas a su cargo, porque sabía que debía pagar el resultado de sumar el índice y el diferencial y podía comprender tanto la ecuación como el funcionamiento del IRPH, en cuanto formaba parte de la información públicamente accesible, en el sentido de que se componía con la media no solo de los índices, sino también de los diferenciales, comisiones y gastos añadidos. A juicio del Abogado General, la publicación en el BOE permite presumir que a un consumidor medio le resulta relativamente fácil acceder a los sistemas de cálculo de los diferentes índices oficiales y comparar las diferentes opciones que ofrecen las entidades bancarias. De hecho, concluía en el punto 124 que «la entidad bancaria cumplió la exigencia de transparencia impuesta por la Directiva 93/13», no obstante lo cual correspondía al órgano jurisdiccional remitente «efectuar las comprobaciones que considere necesarias a este respecto, verificando en particular que Bankia haya comunicado al demandante en el litigio principal, antes de la celebración del contrato de préstamo, información suficiente para que este pudiera tomar una decisión prudente y con pleno conocimiento de causa».

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

los casos en que el tipo de interés aplicable se basara en cualquiera de los índices de referencia oficiales, es decir, también al Euribor.

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

b) Los tribunales deberán comprobar también que se facilitó información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés. El párrafo 55 de la sentencia exhorta al órgano remitente a comprobar si en el contexto de la celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal la entidad prestamista cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional, y esas obligaciones incluían la entrega del folleto con el dato de la evolución pasada.

Respecto a este requisito de la información de la evolución previa del IRPH, habíamos declarado en la sentencia 669/2017, de 14 de diciembre:

«Y en cuanto al comportamiento anterior, hasta noviembre de 2008, el valor del IRPH y del Euribor había sido bastante similar (menos de un punto de diferencia), aparte de que no cabe olvidar que los diferenciales aplicados eran distintos y condicionaban el resultado final; y que esos diferenciales eran menores en los préstamos referenciados al IRPH que en los referenciados al Euribor, pues de otro modo los primeros no habrían resultado competitivos.

»En tales condiciones, lo único de lo que podría haberse informado, además de lo que se informó (que el índice era el IRPH, que ese índice se publicaba en el BOE y en qué consistía), era que si el IRPH evolucionaba más desfavorablemente que el Euribor, podría ser peor para el demandante, si pese a los distintos márgenes, el resultado era superior. Pero eso era una obviedad, porque resulta evidente que siempre que existen varios índices oficiales, los prestatarios cuyos préstamos estén referenciados al índice que en el futuro se comporte mejor (en el sentido de que baje más o suba menos) saldrán ganando, y los que lo estén al índice que evolucione peor, saldrán perdiendo. Como ocurre con los préstamos fijos: si el índice al que está referenciado el préstamo a interés variable más el diferencial baja por debajo del tipo fijo, los prestatarios que hayan optado por éste saldrán perdiendo; si ocurre lo contrario, saldrán ganando».

Esta referencia del TJUE a la normativa nacional está relacionada con los apartados 124 y 125 de las conclusiones del Abogado General, que incluían una nota final (93) con el siguiente contenido:

«a este respecto, de las observaciones del Gobierno español se deduce que el anexo VII de la Circular 8/1990 precisaba, como elementos mínimos que debían figurar en los folletos sobre los préstamos hipotecarios, con relación al tipo de interés variable, el índice de referencia, en particular su «último valor disponible y evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales». En cambio, teniendo en cuenta el hecho de que las previsiones económicas son siempre inciertas y que determinadas variables, como los índices de referencia, son difíciles de prever, no me parece razonable exigir a la entidad bancaria que facilite al consumidor previsiones futuras relativas al índice de referencia propuesto».

Parece que, si el índice IRPH consiste en una media de los tipos de las operaciones de financiación con garantía hipotecaria para la adquisición de inmuebles con la finalidad de vivienda a un plazo superior a tres años, el consumidor medio puede comprender que este índice constituye una media del precio de operaciones homólogas a las contratadas por él y que, a diferencia de las operaciones que conforman otros índices diferentes, han sido previa y efectivamente realizadas.

2.- La normativa bancaria sobre el particular, en la fecha de la contratación del préstamo hipotecario, era la siguiente:

(i) La Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, modificada por Ley 2/1994, de 30 de marzo, en su art. 48, apartado segundo e), establecía que con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación, se facultaba al Ministro de Economía y Hacienda para efectuar, por sí o a través del Banco de España, la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos a interés variable, especialmente en el caso de préstamos hipotecarios.

(ii) En el ejercicio de dicha facultad, se dictó la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, que en su disposición adicional segunda establecía que «el Banco de España, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, definirá mediante Circular un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles

de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable, y hará públicos sus valores regularmente».

(iii) El art. 3 de la Orden 5 de mayo de 1994 añadía que: «Las entidades de crédito deberán obligatoriamente informar a quienes soliciten préstamos hipotecarios sujetos a esta Orden mediante la entrega de un folleto cuyo contenido mínimo será el establecido en el anexo I de esta norma».

(iv) El art. 1 de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, que entró en vigor el 9 de diciembre de 2007, modificó el art. 48.2.a) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito, cuyo inciso final quedó así: «La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos». En consonancia con esta norma, esta sala ya ha considerado que el límite cuantitativo había sido suprimido por la Ley 41/2007 para todos los préstamos posteriores al 9 de diciembre de 2007 (por ejemplo, sentencia 346/2020, de 23 de junio, entre las más recientes).

(v) En cumplimiento de lo previsto en la disposición adicional segunda de la referida Orden ministerial, se dictó la Circular 5/1994, de 22 de julio, del Banco de España a entidades de crédito, sobre modificación de la Circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Esta circular establecía que:

«3. A efectos de lo previsto en la Disposición Adicional Segunda de la Orden sobre préstamos hipotecarios, se consideran oficiales los siguientes índices o tipos de referencia, cuya definición y forma de cálculo se recoge en el anexo VIII:

»a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por los bancos. (IRPH Bancos)

»b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorro. **(IRPH Cajas)**

»c) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por el conjunto de las entidades de crédito. **(IRPH Entidades)**

»d) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorro.

»e) Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años.

»f) Tipo interbancario a 1 año (Mibor).

A continuación, añadía que «El Banco de España dará una difusión adecuada a estos índices que, en todo caso, se publicarán, mensualmente, en el “Boletín Oficial del Estado”».

El Euribor se incorporó como índice oficial de referencia en la Circular del Banco de España 7/1999, de 29 de junio, sobre modificación de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones de protección a la clientela (BOE de 9 de julio).

(vi) La misma Circular del Banco de España establecía en su Anexo VII los elementos mínimos que debían contener los folletos sobre los préstamos hipotecarios a que se refiere el artículo 1 de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Entre tales elementos, la Circular disponía que el folleto debía contener el «índice o tipo de referencia, en préstamos a interés variable (identificación del índice o tipo, especificando si se trata o no de un índice de referencia oficial; último valor disponible y evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales)».

Con posterioridad a estas normas, la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que reguló las llamadas Ficha de Información Precontractual (FIPRE) y Ficha de Información Personalizada (FIPER), no incluyó la obligación de ofrecer información sobre la evolución del tipo de interés de referencia. Como, por cierto, tampoco lo ha hecho la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

3.- En todo caso, ni el TJUE ha mantenido, ni resulta razonable considerarlo, que el juicio de transparencia implique la comprensibilidad del funcionamiento matemático/financiero del índice IRPH. Ningún índice, incluido el Euribor, resistiría dicha prueba. Es por ello, que afirmábamos en nuestra sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, que lo que se juzga es la

cláusula, no el índice. Ya dijo el Abogado General, en el apartado 103 de su Informe, parafraseando al Gobierno español, que:

«[e]l requisito de informar al consumidor sobre el funcionamiento concreto del índice de referencia, es decir, su método exacto de cálculo, no es útil en la medida en que la fórmula matemática aplicable haría que la información resultase menos comprensible y, en consecuencia, menos transparente para el consumidor».

4.- Conforme a lo expuesto, a fin de cumplir con las exigencias de transparencia establecidas por el TJUE, para que se entienda que la suscripción de un contrato de préstamo hipotecario con un tipo de interés variable referenciado al índice IRPH supera el control de transparencia (apartados 52 a 54 de la sentencia de 3 de marzo de 2020), debe tenerse en cuenta, fundamentalmente:

(i) la publicación, a través del BOE, de los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros, por lo que «resultan fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario»; en concreto 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 el 0,25 %».

(ii) el cumplimiento por la entidad de crédito de la obligación e informar a los consumidores, conforme a la normativa nacional antes reseñada, 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 otras fórmulas de cálculo del tipo de interés».

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

QUINTO.- *El control de contenido o abusividad: que la cláusula, eventualmente, no sea transparente, no quiere decir que siempre y automáticamente sea abusiva*

1.- En todo caso, que la cláusula no sea transparente no implica necesariamente que sea abusiva. Respecto de los elementos esenciales del contrato (precio y prestación) se desprende del art. 4.2 de la Directiva 93/13, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, que los controles de transparencia y abusividad son diferentes y el primero es presupuesto o antecedente del segundo.

La redacción actual del art. 83 TRLCU no es óbice para ello, pues no estaba en vigor cuando se concertó el contrato de préstamo hipotecario, ya que se introdujo por la Ley 5/2019, de 5 de marzo, y por tanto no es aplicable para resolver el presente recurso, por lo que no procede ahora su interpretación, aunque sí conviene puntualizar que en la nueva redacción del precepto el «perjuicio de los consumidores» aparece expresamente contemplado al tratar de la nulidad de las cláusulas no transparentes.

A tal efecto, resulta aplicable la jurisprudencia del TJUE que establece que, respecto de los elementos esenciales del contrato (precio y prestación), una vez apreciada la falta de transparencia es cuando debe hacerse el juicio de abusividad (por todas, SSTJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, *Kásler*; de 26 febrero de 2015, C-143/13, *Matei*; de 20 de

septiembre de 2017, C-186/16, *Andriuc*; de 14 de marzo de 2019, C-118/17, *Dunai*; y de 5 de junio de 2019, C-38/17, *GT*).

Es decir, en tales casos, la declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad (sentencias de esta sala 171/2017, de 9 de marzo; 538/2019, de 11 de octubre; 121/2020, de 24 de febrero; y 408/2020, de 7 de julio).

Como advertimos en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo: «la falta de transparencia no supone necesariamente que [las condiciones generales] sean desequilibradas». En este mismo sentido, la STJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, caso *Banco Primus*, declaró que la falta de transparencia no eximía de realizar el juicio de abusividad, sino que simplemente permitía proyectarlo a los elementos esenciales del contrato:

«64. Por lo que se refiere, por una parte, a la cláusula 3 del contrato controvertido en el litigio principal, relativa al cálculo de intereses ordinarios, el órgano jurisdiccional remitente ha señalado que, pese a estar comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, esa cláusula no estaba redactada de manera clara y comprensible en el sentido de dicha disposición. En estas circunstancias, como señaló el Abogado General en el punto 61 de sus conclusiones, incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar el carácter abusivo de dicha cláusula y, en particular, si ésta causa, en detrimento del consumidor de que se trate, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato a la luz de las consideraciones expuestas en los apartados 58 a 61 de la presente sentencia. [...]»

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

representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación».

2.- El art. 3.1 de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, establece:

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

De manera concorde, el art. 82.1 TRLGCU dispone:

«Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato».

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

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

prestamista. Lo que como hemos visto, no es el caso, ya que tal evolución futura no depende de la voluntad del predisponente.

La referencia IRPH fue recomendada por el Banco de España a finales de 1993 como uno de los tipos que podían ser utilizados para las operaciones de crédito hipotecario a tipo de interés variable. En la Circular 5/1994, de 22 de julio, se incluyó como índice de referencia oficial, de forma que el Banco de España se comprometió a publicarlo regularmente, con las ventajas desde el punto de vista de la oficialidad que implicaba su uso.

Las razones por las que el Banco de España hizo tal recomendación sobre el índice IRPH se recogieron en el Boletín Económico de diciembre de 1993 y fueron, resumidamente, las siguientes: (i) era un índice que no dependía exclusivamente de la propia entidad que concedía el crédito, ni era susceptible de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades; (ii) era un indicador de la evolución del mercado hipotecario que ya gozaba de amplia difusión y que, al incluirse con otros como tipo de referencia oficial (entre ellos el MIBOR y el de la Deuda Pública a plazos residuales de 2 a 6 años), permitiría a las entidades de crédito españolas disponer de una gama suficiente de referencias para atender sus diversas necesidades.

Junto a ello, a estos efectos del juicio de buena fe, no es desdeñable que el Gobierno central y varios Gobiernos autonómicos, en la fecha de suscripción del contrato y en la actualidad, a través de diversas disposiciones reglamentarias, tengan establecido el índice IRPH como referencia para la financiación (obtención de préstamos) de la adquisición de viviendas de protección oficial –VPO- (véase la respuesta negativa de la Secretaría de Estado de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, de junio de 2020, a la recomendación del Defensor del Pueblo de sustituir el índice IRPH por el Euríbor u otro índice oficial en viviendas de protección oficial).

Es decir, tanto la Administración General del Estado como diversas Administraciones autonómicas han venido considerando, a través de normas reglamentarias, que el índice IRPH era el más adecuado para

utilizarlo como índice de referencia en el ámbito de la financiación protegida destinada a la adquisición de viviendas de protección oficial, en el que el grado de intensidad de protección del consumidor se incrementa en atención al ámbito subjetivo de los beneficiarios que pueden acceder a dicha financiación. Por lo que resulta ilógico considerar como una actuación contraria a la buena fe la incorporación de ese mismo índice a contratos de préstamo hipotecario concertados fuera de ese ámbito de financiación oficial.

Como afirmó el TJUE en su sentencia de 14 de marzo de 2013, C-415/11, *Aziz*, (apartado 69), «en lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio “pese a las exigencias de la buena fe”, debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual». No resulta coherente estimar que la adaptación del comportamiento del profesional predisponente a una pauta (utilización del índice IRPH cajas en una cláusula de interés variable) que es la adoptada por diversas normas reglamentarias por las administraciones públicas competentes para la financiación de actuaciones protegibles en materia de vivienda, pueda infringir ese estándar de protección de la buena fe, en el sentido indicado.

5.- Respecto al otro parámetro -desequilibrio importante-, debe ser valorado en el momento de suscripción del contrato (art. 4.1 de la Directiva 93/13), por lo que la evolución más o menos favorable del índice durante el tiempo de vida del contrato, no puede ser determinante. Máxime cuando no consta que el prestamista tenga influencia razonable en esa evolución. Las cláusulas de determinación del tipo de interés variable por referencia a un índice buscan la actualización a valores de mercado del precio del préstamo, sin que dicha actualización pueda depender directamente de la voluntad de una de las partes. Así lo establece taxativamente la STJUE de

9 de julio de 2020, C-452/18, *Ibercaja Banco*, al declarar en su apartado 52:

«[n]o cabe exigir a un profesional que facilite información precisa acerca de las consecuencias económicas asociadas a las variaciones del tipo de interés durante la vigencia del contrato, ya que esas variaciones dependen de acontecimientos futuros no previsibles y ajenos a la voluntad del profesional».

Por otro lado, la STJUE de 3 de marzo de 2020 descarta que las entidades bancarias tuvieran obligación de facilitar información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura o de asesorar a sus clientes sobre el mejor préstamo posible. La herramienta más adecuada para la comparación entre el coste global de unas y otras modalidades de financiación sería, en todo caso, la TAE.

6.- En todo caso, como ya indicamos en la sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, que en un determinado momento de la vida del préstamo el IRPH se separe desfavorablemente de otros índices (específicamente, el Euribor) no quiere decir que se vaya a comportar siempre así durante el resto de vigencia del contrato, y ello por dos razones fundamentales:

(i) para el cálculo del IRPH se toman como elemento de cálculo no solo los préstamos con Euribor, sino también los préstamos referenciados a otros tipos variables y los préstamos a interés fijo; y

(ii) también se toman en cuenta los diferenciales.

Es decir, para apreciar que hay desequilibrio no basta con comparar el IRPH con otro índice de referencia (básicamente, el Euribor), porque –como mínimo y aparte de las consideraciones ya expuestas- hay que tener en cuenta el diferencial que, según los casos, puede aminorar o acercar la diferencia aplicativa entre ambos índices. De forma que el tipo nominal resultante de la aplicación del índice más el margen o diferencial puede ser superior, inferior o igual, en el momento de la contratación, utilizando el IRPH con un diferencial menor que utilizando el Euribor con un diferencial mayor. El diferencial aplicado en uno u otro caso, a cada operación concreta, vendrá determinado por la valoración del riesgo y demás características de la operación (solventía del deudor, calidad de las

garantías concurrentes –fiadores-, plazo y cuantía del préstamo, contratación de otros productos o servicios, etc.).

La evolución posterior no puede determinar el desequilibrio, que debe valorarse en la fecha de celebración del contrato (art. 4.1 de la Directiva 93/13). Que en su desenvolvimiento posterior el préstamo resulte ser más caro que otros, no supone desequilibrio determinante abusividad, puesto que el control de contenido no puede derivar en un control de precios.

Además, no cabe obviar que, de sustituirse el IRPH por el índice que el TJUE propone como sustitutivo en caso de abusividad y falta de pacto en los apartados 65 y 66 de la sentencia -«tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España»-, la diferencia entre índices seguiría siendo prácticamente la misma: el Euríbor estaba en -042%, en septiembre de 2020, y este índice sustitutivo en 1,74%, en agosto de 2020.

Recurso de Casación

SEXTO.- *Motivos*

1.- *Planteamiento del único motivo del recurso.*

El único motivo del recurso denuncia infracción de los arts. 5, 7 y 8.2 LCGC y art. 80 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores (TRLGCU).

En el desarrollo del motivo se sostiene que para declarar la nulidad de la cláusula que no ha sido negociada y que se refiere a un elemento esencial del contrato solo debe afirmarse si supera o no el doble control de inclusión y transparencia, de acuerdo con la doctrina de la sala.

Añade que, en el caso, la sentencia recurrida no tiene presentes los parámetros establecidos jurisprudencialmente sobre el control de incorporación porque la entidad financiera no cumplió las obligaciones fundamentales establecidas en la normativa aplicable. Respecto del

control de transparencia porque lo verdaderamente relevante es el grado de comprensión del tipo de referencia que se alcanzó por los consumidores, lo que depende de la información que se les facilitó. Argumenta la parte recurrente que la cláusula no era transparente porque no se hicieron simulaciones de escenarios diferentes relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés ni hubo información previa clara sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo o advertencia de que al concreto perfil del cliente no se le ofertaban las mismas. Suplica que se estime el recurso y se acuerde la nulidad de la cláusula litigiosa.

2.- Decisión de la sala. Desestimación del recurso.

2.1. En este caso, que la redacción de la cláusula, aisladamente considerada, fuera clara y comprensible, permitiría considerarla incorporada al contrato, pero no determina que supere el control de transparencia material.

2.2. En cuanto al control de transparencia, damos por reproducido lo expresado en el fundamento jurídico cuarto.

El hecho de que, por su cuantía, el préstamo no estuviera comprendido en el ámbito de aplicación de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (art. 1.3), vigente cuando se celebró el contrato, no significa que no fuera exigible la información precisa para cumplir el principio de transparencia que, en relación con las condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores, establecen los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE y, en nuestro ordenamiento interno, los preceptos de la Ley 7/1988, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación y de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente cuando se celebró el contrato.

Ello no implica, frente a lo que dicen los recurrentes, que la entidad bancaria debiera facilitarles información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura, ni tampoco que tuviera que

asesorarles sobre el mejor préstamo posible, pues ambas exigencias han sido descartadas por la STJUE de 3 de marzo de 2020.

Sin embargo, puesto que de conformidad con lo dispuesto en el art. 4 bis LOPJ debemos estar a la doctrina del Tribunal de Justicia, debemos concluir que, en el caso, la cláusula no es transparente, porque no consta que la entidad proporcionara a los prestatarios información sobre la evolución del índice que se iba a aplicar en el contrato en los dos años anteriores.

2.3. Lo anterior, con todo, no permite estimar el recurso de casación porque, contra lo que sostienen los recurrentes, de acuerdo con la doctrina del TJUE, la falta de transparencia no determina en todos los casos la nulidad de la cláusula, sino que permite proyectar el control de abusividad sobre los elementos esenciales del contrato. La falta de transparencia, en definitiva, no exime de realizar el juicio de abusividad, tal y como hemos recordado en el fundamento jurídico quinto. En este sentido, como recuerda la sentencia 511/2020, de 6 de octubre, hemos mantenido en diversas resoluciones que es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas.

En el caso, la sentencia recurrida explica por qué considera que no ha quedado acreditada la abusividad (se trata de un índice oficial, la entidad financiera no puede influir en su configuración). Frente a ello, los recurrentes se limitan a invocar la sentencia 241/2013, de 9 mayo, en la que se declaró la abusividad de las cláusulas suelo no transparentes. Esta sentencia ha sido seguida de otras muchas en las que, como hemos recordado en el fundamento jurídico quinto, se ha tenido en cuenta que, en el caso de las llamadas cláusulas suelo, la falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en que aparentan un interés variable cuando realmente establecen un interés fijo solo variable al alza y «provocan subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con

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

Pero no es el caso del presente litigio, en el que lo que se plantea es el empleo de un tipo de interés variable referenciado al índice IRPH. Frente al juicio de la sentencia recurrida, que niega la existencia de abusividad, los recurrentes no justifican las razones por las que se causa, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes en contra de las exigencias de la buena fe, de acuerdo con los razonamientos que hemos expuesto en el fundamento jurídico quinto. Ello conduce necesariamente a la desestimación del recurso de casación.

SÉPTIMO.- *Costas y depósitos.*

1.- Habida cuenta la desestimación del recurso de casación, deben imponerse a los recurrentes las costas causadas por el mismo, según determina el art. 398.1 LEC.

2.- Igualmente, debe acordarse la pérdida del depósito constituido para su interposición, de acuerdo con la Disposición adicional 15ª, apartado 9, LOPJ.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D.ª XXX y D. YYY contra la sentencia dictada el día 27 de marzo de 2017 por la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 570/2016.

2.º- Imponer a los recurrentes las costas del recurso de casación y ordenar la pérdida del depósito constituido para su interposición.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

El Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller votó en sala pero no pudo firmar por jubilación, haciéndolo en su lugar el Excmo. Sr. Presidente de la Sala D. Francisco Marín Castán.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO D. FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DICTADA POR LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN EL RECURSO DE CASACIÓN 2007/2017.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia referida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Control de transparencia.*

Se comparte la decisión de la Sala, en cuanto reconoce que la cláusula en virtud de la cual se impone el IRPH no es transparente.

No en vano la sentencia, de 3 de marzo de 2020, del TJUE declara:

«54. También resulta pertinente para evaluar la transparencia de la cláusula controvertida la circunstancia de que, según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal, las entidades de crédito estuvieran obligadas a informar a los consumidores de cuál 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. Tal información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés».

Por tanto, la ausencia de esa información previa privó de la necesaria transparencia a la cláusula cuestionada.

SEGUNDO.- *Control de abusividad. Existencia de perjuicio.*

El art. 4.2 de la Directiva 13/1993 no establece que la falta de transparencia acarree, en todo caso, la abusividad, sino que debe ponerse en relación con un perjuicio material para el consumidor, consistente, en este caso, en

la alteración sorpresiva del acuerdo económico que se creía haber alcanzado, a partir de la información precontractual, que resultó incompleta, privándole de la posibilidad de comparar las ofertas del mercado.

En el mismo sentido esta sala declaró en sentencia 54/2020, de 23 de enero:

«En cuanto a las consecuencias de la falta de transparencia, hemos dicho en diversas resoluciones que es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas. Pero como también hemos afirmado, no es el caso de las llamadas cláusulas suelo, cuya 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 el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado (por todas, sentencia 367/2017, de 8 de junio, y las que en ella se citan)».

A la vista de lo expuesto, es evidente el perjuicio causado al consumidor, en cuanto que por falta de información suficiente no ha podido comparar con otras ofertas del mercado, por lo que se le privó del ejercicio de un legítimo derecho de opción, del que quedó desposeído por la falta de transparencia.

No es la Sala la que debe valorar cuál índice le resultaba más interesante a la parte demandante, sino que era el consumidor quien debía tomar dicha decisión con la información que no se le facilitó.

En este sentido la STJUE de 16 de enero de 2014, en el asunto C-226/12, en interpretación del art. 3.1 de la Directiva 93/13, declaró que la existencia de un «desequilibrio importante» no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato,

en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.

TERCERO.- *Control de abusividad. Ausencia de buena fe.*

El eje del sistema de protección del consumidor viene dado por la noción de cláusula abusiva contenida en el art. 3.1 de la Directiva 93/2013, que mide el eventual carácter abusivo de una cláusula en atención a un doble patrón: la contravención de las exigencias de la buena fe y la producción de un desequilibrio contractual importante.

Ya hemos dicho que ha existido desequilibrio, en cuanto se le sustrajo información, que le privo del ejercicio de una opción económica entre el IRPH y otros índices alternativos.

A continuación debemos concluir la ausencia manifiesta de buena fe.

En sentencia, de 14 de marzo de 2013, del TJUE (Caso Aziz) se declaró que:

«Para determinar si se causa el desequilibrio "pese a las exigencias de la buena fe", debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual».

A la vista de esta doctrina debemos pronunciar que el profesional no trató al consumidor de manera leal, al no ofrecerle la información legalmente requerida sobre la evolución del índice IRPH y el incumplimiento manifiesto de dicho mandato normativo, priva de buena fe a la conducta del profesional.

CUARTO.- *Índice aplicable.*

De lo expuesto hasta ahora debe concluirse que el magistrado que formula el presente voto particular, entiende que por la Sala debió declararse

abusiva la cláusula que establecía el IRPH como índice del préstamo, en tanto se predispuso con ausencia de buena fe y con perjuicio para el consumidor.

Una vez declarada abusiva, se debería decidir si debe mantenerse algún índice sustitutivo.

Son varias las opciones posibles:

a) Entender que no cabe mantener índice alguno, opción que este magistrado rechaza, dado que fue la voluntad de las partes mantener el interés remuneratorio referenciado a un índice.

b) Aplicar otro índice sustitutivo como el de la Ley 14/2013 que es la tesis que apoyan las entidades bancarias.

c) Aplicar el Euribor.

QUINTO.- *Índice Ley 14/2013.*

Este es el índice que se acepta como aplicable por la sentencia de esta sala, en relación con la que se formula el voto particular.

La aplicación del «Índice Ley 14/2013», basado en una forma de cálculo similar a la del IRPH, produciría una alteración insignificante en el resultado económico de los intereses abonables por el consumidor.

Con lo cual se estaría premiando al predisponente de la cláusula abusiva con un resultado que le resultaría favorable, no en vano las entidades bancarias aceptan sin fisuras la aplicación del «Índice Ley 14/2013».

Ciertamente el TJUE en la sentencia de 3 de marzo de 2020 entiende que se podría aplicar el «Índice Ley 14/2013», si es el criterio legal sustitutivo.

Esta cuestión, como bien reconoce el TJUE es una cuestión sujeta al Juez nacional, si bien debe declarar este magistrado discrepante que la aplicación del «Índice Ley 14/2013», además haría desaparecer el efecto disuasorio que pretende el art. 7 Dir. 93/13.

El efecto disuasorio es uno de los paradigmas en la política de protección del consumidor, para evitar que se mantengan los efectos de las situaciones de abuso de superioridad por el profesional predisponente.

En este sentido la sentencia del TJUE, de 21 de diciembre de 2016, cuando declara:

«66. Por consiguiente, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva».

SEXO.- *Nulidad de la cláusula abusiva.*

Una razón más para no aplicar el «Índice Ley 14/2013», es que se estableció para sustituir al IRPH, en caso de desaparición de éste.

Pero no nos encontramos ante un supuesto de desaparición, sino de una declaración de nulidad de cláusula abusiva, así lo pretende este voto particular.

Sería incoherente, tras la nulidad aplicar un índice que no está previsto para un supuesto de nulidad y que además se calcula en base a los mismos parámetros que el IRPH, con un resultado sensiblemente similar, con lo que se quebrantaría el principio de efectividad del Derecho Comunitario (sentencia del TJUE de 16 de julio de 2020).

SÉPTIMO.- *Euribor.*

Descartado en este voto particular el «Índice Ley 14/2013», este magistrado debe proponer como aplicable el Euribor.

El Euribor es el índice mayoritariamente seguido en la práctica hipotecaria española, cuya aplicación supone un restablecimiento de las expectativas del consumidor sobre el coste del crédito.

La aplicación del Euribor en lugar del IRPH, no supone una actividad integradora del contrato, sino la aplicación del mayoritariamente aplicado en el Estado Español, por el que podría haber optado si se le hubiese ofrecido la información legalmente preceptiva, a la que hicimos referencia, siendo esta una solución compatible con el art. 6.1 de la Directiva 93/2013, dado que el consumidor aceptaba un préstamo referenciado a un índice.

PARTE DISPOSITIVA

1.º- Se debería declarar la nulidad de la cláusula referida al IRPH, en cuanto cláusula abusiva, como índice de aplicación en el préstamo concertado por la parte demandante.

2.º- Se debería sustituir el IRPH, por el Euribor, con la restitución de las cantidades indebidamente percibidas por la parte demandada.

3.º- Todo ello con las consecuencias derivadas, en relación con las costas procesales.

Lo acuerda y firma el Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.