

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. Condono 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. Condono 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. Condono 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 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 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, *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 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

SEXTO.- *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 recaee 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 trasparente, 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 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».

SSEXTO.- 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.