

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 lmedio 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 debemos 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, 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 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.