

CASACIÓN núm.: 2007/2017

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. 598/2020

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

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

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

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

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

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

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

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

El único motivo del recurso de casación fue:

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

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

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

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

«LA SALA ACUERDA:

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

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Para ello, consideró que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

En particular, el TJUE niega implícitamente el argumento del auto de planteamiento (vid. apartado 22), según el cual, como el IRPH era menos ventajoso que el Euribor, el banco debía informar del método de

cálculo para cumplir el deber de transparencia. En este sentido, el TJUE afirma en ese apartado 53, que la publicación del IRPH «permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades [...]».

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

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

los casos en que el tipo de interés aplicable se basara en cualquiera de los índices de referencia oficiales, es decir, también al Euribor.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable, y hará públicos sus valores regularmente».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.- En todo caso, ni el TJUE ha mantenido, ni resulta razonable considerarlo, que el juicio de transparencia implique la comprensibilidad del funcionamiento matemático/financiero del índice IRPH. Ningún índice, incluido el Euribor, resistiría dicha prueba. Es por ello, que afirmábamos en nuestra sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, que lo que se juzga es la

cláusula, no el índice. Ya dijo el Abogado General, en el apartado 103 de su Informe, parafraseando al Gobierno español, que:

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

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

(i) la publicación, a través del BOE, de los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros, por lo que «resultan fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario»; en concreto afirma el TJUE que «esta circunstancia permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, y que, en el contrato de préstamo hipotecario en cuestión, ese índice se redondeaba por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en el 0,25 %».

(ii) el cumplimiento por la entidad de crédito de la obligación e informar a los consumidores, conforme a la normativa nacional antes reseñada, de «cual había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible».

Afirma el TJUE que «tal información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en

el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés».

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

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

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

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

A tal efecto, resulta aplicable la jurisprudencia del TJUE que establece que, respecto de los elementos esenciales del contrato (precio y prestación), una vez apreciada la falta de transparencia es cuando debe hacerse el juicio de abusividad (por todas, SSTJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, *Kásler*; de 26 febrero de 2015, C-143/13, *Matej*; de 20 de

septiembre de 2017, C-186/16, *Andriciuc*; de 14 de marzo de 2019, C-118/17, *Dunai*; y de 5 de junio de 2019, C-38/17, *GT*).

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

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

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

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

representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación».

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

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

De manera concorde, el art. 82.1 TRLGCU dispone:

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

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

4.- En cuanto a la buena fe, parece difícil que se pueda vulnerar por ofrecer un índice oficial, aprobado por la autoridad bancaria, salvo que se pudiera afirmar que se podía conocer su evolución futura y ésta fuera necesariamente perjudicial para el prestatario y beneficiosa para la entidad

prestamista. Lo que como hemos visto, no es el caso, ya que tal evolución futura no depende de la voluntad del predisponente.

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

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

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

Es decir, tanto la Administración General del Estado como diversas Administraciones autonómicas han venido considerando, a través de normas reglamentarias, que el índice IRPH era el más adecuado para

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

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

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

9 de julio de 2020, C-452/18, *Ibercaja Banco*, al declarar en su apartado 52:

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

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

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

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

(ii) también se toman en cuenta los diferenciales.

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

garantías concurrentes –fiadores-, plazo y cuantía del préstamo, contratación de otros productos o servicios, etc.).

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

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

Recurso de Casación

SEXTO.- Motivos

1.- Planteamiento del único motivo del recurso.

El único motivo del recurso denuncia infracción de los arts. 5, 7 y 8.2 LCGC y art. 80 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores (TRLGCU).

En el desarrollo del motivo se sostiene que para declarar la nulidad de la cláusula que no ha sido negociada y que se refiere a un elemento esencial del contrato solo debe afirmarse si supera o no el doble control de inclusión y transparencia, de acuerdo con la doctrina de la sala.

Añade que, en el caso, la sentencia recurrida no tiene presentes los parámetros establecidos jurisprudencialmente sobre el control de incorporación porque la entidad financiera no cumplió las obligaciones fundamentales establecidas en la normativa aplicable. Respecto del

control de transparencia porque lo verdaderamente relevante es el grado de comprensión del tipo de referencia que se alcanzó por los consumidores, lo que depende de la información que se les facilitó. Argumenta la parte recurrente que la cláusula no era transparente porque no se hicieron simulaciones de escenarios diferentes relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés ni hubo información previa clara sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo o advertencia de que al concreto perfil del cliente no se le ofertaban las mismas. Suplica que se estime el recurso y se acuerde la nulidad de la cláusula litigiosa.

2.- Decisión de la sala. Desestimación del recurso.

2.1. En este caso, que la redacción de la cláusula, aisladamente considerada, fuera clara y comprensible, permitiría considerarla incorporada al contrato, pero no determina que supere el control de transparencia material.

2.2. En cuanto al control de transparencia, damos por reproducido lo expresado en el fundamento jurídico cuarto.

El hecho de que, por su cuantía, el préstamo no estuviera comprendido en el ámbito de aplicación de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (art. 1.3), vigente cuando se celebró el contrato, no significa que no fuera exigible la información precisa para cumplir el principio de transparencia que, en relación con las condiciones generales de la contratación en contratos con consumidores, establecen los arts. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE y, en nuestro ordenamiento interno, los preceptos de la Ley 7/1988, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación y de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente cuando se celebró el contrato.

Ello no implica, frente a lo que dicen los recurrentes, que la entidad bancaria debiera facilitarles información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura, ni tampoco que tuviera que

asesorarles sobre el mejor préstamo posible, pues ambas exigencias han sido descartadas por la STJUE de 3 de marzo de 2020.

Sin embargo, puesto que de conformidad con lo dispuesto en el art. 4 bis LOPJ debemos estar a la doctrina del Tribunal de Justicia, debemos concluir que, en el caso, la cláusula no es transparente, porque no consta que la entidad proporcionara a los prestatarios información sobre la evolución del índice que se iba a aplicar en el contrato en los dos años anteriores.

2.3. Lo anterior, con todo, no permite estimar el recurso de casación porque, contra lo que sostienen los recurrentes, de acuerdo con la doctrina del TJUE, la falta de transparencia no determina en todos los casos la nulidad de la cláusula, sino que permite proyectar el control de abusividad sobre los elementos esenciales del contrato. La falta de transparencia, en definitiva, no exime de realizar el juicio de abusividad, tal y como hemos recordado en el fundamento jurídico quinto. En este sentido, como recuerda la sentencia 511/2020, de 6 de octubre, hemos mantenido en diversas resoluciones que es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas.

En el caso, la sentencia recurrida explica por qué considera que no ha quedado acreditada la abusividad (se trata de un índice oficial, la entidad financiera no puede influir en su configuración). Frente a ello, los recurrentes se limitan a invocar la sentencia 241/2013, de 9 mayo, en la que se declaró la abusividad de las cláusulas suelo no transparentes. Esta sentencia ha sido seguida de otras muchas en las que, como hemos recordado en el fundamento jurídico quinto, se ha tenido en cuenta que, en el caso de las llamadas cláusulas suelo, la falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en que aparentan un interés variable cuando realmente establecen un interés fijo solo variable al alza y «provocan subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con

carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación».

Pero no es el caso del presente litigio, en el que lo que se plantea es el empleo de un tipo de interés variable referenciado al índice IRPH. Frente al juicio de la sentencia recurrida, que niega la existencia de abusividad, los recurrentes no justifican las razones por las que se causa, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes en contra de las exigencias de la buena fe, de acuerdo con los razonamientos que hemos expuesto en el fundamento jurídico quinto. Ello conduce necesariamente a la desestimación del recurso de casación.

SÉPTIMO.- Costas y depósitos.

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

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

F A L L O

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D.ª XXX y D. YYY contra la sentencia dictada el día 27 de marzo de 2017 por la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 570/2016.

2.º- Imponer a los recurrentes las costas del recurso de casación y ordenar la pérdida del depósito constituido para su interposición.

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

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

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

Así se acuerda y firma.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO D. FRANCISCO JAVIER ARROYO FIESTAS, EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA DICTADA POR LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN EL RECURSO DE CASACIÓN 2007/2017.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Control de transparencia.*

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

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

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

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

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

El art. 4.2 de la Directiva 13/1993 no establece que la falta de transparencia acarree, en todo caso, la abusividad, sino que debe ponerse en relación con un perjuicio material para el consumidor, consistente, en este caso, en

la alteración sorpresiva del acuerdo económico que se creía haber alcanzado, a partir de la información precontractual, que resultó incompleta, privándole de la posibilidad de comparar las ofertas del mercado.

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

«En cuanto a las consecuencias de la falta de transparencia, hemos dicho en diversas resoluciones que es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas. Pero como también hemos afirmado, no es el caso de las llamadas cláusulas suelo, cuya falta de transparencia provoca un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, objetivamente incompatible con las exigencias de la buena fe, consistente en la imposibilidad de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener el préstamo con cláusula suelo en el caso de bajada del índice de referencia, lo que priva también al consumidor de la posibilidad de comparar correctamente entre las diferentes ofertas existentes en el mercado (por todas, sentencia 367/2017, de 8 de junio, y las que en ella se citan)».

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

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

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

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

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

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

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

A continuación debemos concluir la ausencia manifiesta de buena fe.

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

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

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

CUARTO.- *Índice aplicable.*

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

abusiva la cláusula que establecía el IRPH como índice del préstamo, en tanto se 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.