

**TRIBUNAL SUPREMO
SALA CIVIL
GABINETE TÉCNICO**

**Sentencias de Pleno 1590/2025 y 1591/2025, de 11 de noviembre de 2025.
Recursos (CAS) 4416/2017 y 2535/2021**

**Préstamos hipotecarios con cláusulas de intereses remuneratorios que
incluyen el IRPH como índice de referencia. Parámetros de los controles
de transparencia y de abusividad tras las SSTJUE de 13 de julio de 2023
(C-265/22) y 12 de diciembre de 2024 (C-300/23).**

El Pleno de la Sala Primera ha resuelto sendos recursos de casación en los que se dilucidaba la validez la cláusula de intereses remuneratorios referenciados al IRPH contenida en préstamos hipotecarios suscritos por consumidores.

Después de exponer su jurisprudencia y la del Tribunal de Justicia (tras las SSTJUE de 13 de julio de 2023, C-265/22, y 12 de diciembre de 2024, C-300/23), la sala concluye que no cabe dar una solución unívoca sobre el carácter transparente y la abusividad de esta cláusula, que dependerá de las concretas circunstancias de cada préstamo y de cada litigio, en función de los hechos que queden probados en aquel.

No obstante, en cumplimiento de su obligación de formar doctrina jurisprudencial y de la función que, como tribunal de casación, le corresponde en orden a la armonización de la interpretación del Derecho nacional y en aras de la seguridad jurídica, la sala proporciona un catálogo de los diferentes elementos que habrán de ser tenidos en cuenta por los órganos jurisdiccionales en la realización del control de transparencia y de abusividad.

Control de transparencia (sentencia 1590/2025)

El préstamo hipotecario se suscribió el 24 de enero de 2007 con Kutxabank. El capital del préstamo fue de 135.000 €, a amortizar en 300 cuotas mensuales y un interés remuneratorio con dos periodos diferentes: el primero, con una duración de un año, del 5,250%(TIN) y del 5,454% (TAE); y el segundo (Clausula 3 bis), el IRPH-Entidades como tipo principal (y el IRPH-Cajas como sustitutivo) al que se adicionaba un diferencial del 0,60%.

La demanda que interpuso la prestataria consumidora fue estimada en primera y en segunda instancia al considerar que no superaba el control de transparencia.

Recorre en casación la entidad financiera y la sala fija los parámetros del control de transparencia, que pueden condensarse en los siguientes:

i) La primera comprobación será la correspondiente al régimen jurídico del préstamo, esto es, la aplicación del bloque normativo de la Orden de 1994 y de la Circular 5/1994, del propio de la Orden EHA/2899/2011 y la Circular 5/2012, o, por último, exclusivamente la normativa general sobre condiciones generales de la contratación y consumo. Esto último sucederá en los préstamos que, por su fecha o cuantía, quedaron fuera del ámbito de aplicación de la Orden de 5 de

mayo de 1994, esto es, todos los anteriores al 9 de diciembre de 2007 en los que el capital prestado excediera de 25 millones de pesetas (150.253,03 €).

ii) Solo en los préstamos sometidos a la Orden de 1994 será necesario comprobar las circunstancias relativas a la entrega del folleto previsto en su Anexo I-3 y al diferencial negativo mencionado en la Circular 5/1994.

iii) Como regla general, el acceso al conocimiento de la composición, de las peculiaridades, de los valores y de la evolución del tipo oficial estará garantizado a través de la publicación en el BOE de las Circulares 5/1994 y 5/2012 y de los sucesivos valores de los índices IRPH (trasladados luego a la sede electrónica del Banco de España), lo que permitirá entender superado este elemento del control de transparencia.

iv) La Directiva 93/13 no impone que la información sobre la evolución pasada y el último valor del índice, ni siquiera en los préstamos sometidos a la Orden de 1994, tuvieran que ser necesariamente facilitados por la entidad prestamista. La información necesaria puede provenir de elementos no facilitados directamente por dicha entidad, siempre que esos elementos estén públicamente disponibles y pueda accederse a ellos, en su caso, a través de ciertas indicaciones dadas en tal sentido por ese profesional, para lo que bastará que en la información facilitada conste la mención a la Circular 5/1994.

v) No será suficiente, a estos efectos, la sola mención de la Circular 8/1990.

vi) Si en los préstamos sometidos a la Orden de 1994 la entidad prestamista ha incumplido el deber de entrega del folleto mencionado en el Anexo I, apartado 3, habrá que tener en cuenta si en el concreto procedimiento se acredita que esa omisión pudo ser suplida por la información facilitada por otros medios, incluidas las indicaciones sobre la fuente y publicación de los datos pertinentes sobre el índice.

vii) El TJUE trata la pertinencia de tomar en consideración, en la información que precisa un consumidor medio, el llamado «diferencial negativo» que se menciona en el preámbulo de la Circular 5/1994 como una información instrumental que permita la adecuada comprensión del concepto de TAE en tal contexto y la diferencia entre los tipos de funcionan estructuralmente como una TAE –los IRPH- y el resto. La omisión de una referencia concreta a este «diferencial negativo» resultará irrelevante si la información incluía la referencia a la Circular 5/1994 y, en caso de existir una primera franja temporal a tipo fijo, se indicaba la TAE aplicable a ese primer periodo, o mencionaba cualquier otra referencia al concepto TAE. No será suficiente, a estos efectos, la sola mención de la Circular 8/1990.

viii) La utilización del IRPH en sí no merma la posibilidad del consumidor de comparar una propuesta de préstamo que utilice este índice de referencia con otras propuestas que utilicen otros índices oficiales que no consisten estructuralmente en una TAE.

En el caso enjuiciado, la sala aplica los anteriores parámetros a los hechos declarados probados y concluye que la cláusula supera el control de transparencia porque: i) existió la necesaria información precontractual; ii) la cláusula 3 bis tenía una redacción clara, detallada y extensa que permitía a los prestatarios comprender, sin mayor dificultad; iii) los clientes disponían de una referencia con la que comparar otros préstamos hipotecarios comercializados por otras entidades, y la diferencia con el tipo fijo del primer periodo.

Al ser transparente la cláusula, no cabe realizar el control de abusividad (artículo 4.2 de la Directiva 93/13) y, al sumir la instancia, la sala estima el recurso de apelación del Banco y desestima la demanda.

Control de abusividad (sentencia 1591/2025)

El préstamo hipotecario se suscribió el 11 de julio de 2008, con la entidad Unión de Créditos Inmobiliarios, S.A., por un importe de 206.0000 euros, a cuarenta años y una TAE de 6,21%. Se pactó un inicial interés fijo del 6,00% nominal anual durante seis meses. A continuación, se aplicó un interés variable, referenciado al índice IRPH Cajas, más 0,25 puntos.

La demanda interpuesta por los consumidores fue desestimada en primera instancia y se confirmó por la Audiencia Provincial.

La sentencia recurrida consideró que la cláusula no era transparente y este pronunciamiento quedó firme al no haber sido recurrido, razón por la que la sala no entra a enjuiciarla.

En relación con el control de abusividad (buena fe y desequilibrio en detrimento del consumidor) sintetiza los siguientes criterios:

i) Se han de tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el momento de la contratación.

ii) Depende esencialmente de la comparación entre el tipo de interés que resulta efectivamente de esta cláusula (el índice de referencia y el diferencial aplicado) y los tipos de interés habituales del mercado.

iii) Se han de tener en cuenta las demás cláusulas del contrato, en especial las de comisiones, para comprobar si existe un riesgo de doble retribución. Pero el hecho de que índices como los IRPH se determinen tomando como referencias diferentes TAE, no produce el efecto de transformar el tipo de interés en una TAE que pueda desglosarse en un tipo de interés ordinario propiamente dicho y en diferenciales, comisiones y gastos.

iv) El hecho de que en la cláusula se haga uso de un índice de referencia establecido a partir de una TAE que incluya elementos derivados de cláusulas que se declaren abusivas posteriormente, no implica que la cláusula del tipo de interés del contrato deba considerarse abusiva.

v) Se ha de comparar el tipo efectivo de los intereses ordinarios resultante de la aplicación de la cláusula IRPH y el tipo efectivo de esos intereses resultante con los métodos de cálculo generalmente aplicados, y, entre otros, con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha de contratación a préstamos de un importe y una duración equivalentes.

vi) Otros aspectos del método de cálculo del tipo de interés contractual o del índice de referencia pueden ser pertinentes, si pueden crear un desequilibrio en detrimento del consumidor, para lo que habrá que estar a las circunstancias de cada caso.

Para realizar la comparación de los tipos efectivos, se debe tener en cuenta lo siguiente:

i) Los índices de referencia aplicables a los préstamos hipotecarios que se supervisan por el Banco de España y que se publican mensualmente de forma agrupada en el BOE, ya que son una información pública y accesible para cualquiera, que permite confrontarlos entre sí.

ii) Se han de comparar los tipos de interés resultantes de sumar el diferencial al índice de referencia de que se trate.

iii) No es correcto hacer una comparación exclusivamente entre el tipo resultante de aplicar al índice IRPH el diferencial pactado, y el resultante de sumar al Euríbor ese mismo diferencial. Sobre todo, porque se desconoce cuál hubiera sido el diferencial que se le habría aplicado si se hubiera referenciado al Euríbor.

iv) Sí puede resultar pertinente atender al interés fijo pactado por las partes, en su caso, para un primer periodo. No obstante, la comparativa debe hacerse con la TAE del contrato, que incluye el efecto de las comisiones y gastos.

v) El Banco de España publica desde octubre de 2012 la «Tabla de los tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario», referida a cada anualidad, que permite conocer los diversos tipos en los doce meses del año. Uno de los epígrafes de esta tabla es el «Tipo medio de préstamos hipotecarios» para las «Entidades de crédito en la zona euro».

vi) El Banco de España también publica en su web un gráfico denominado «Tipos sintéticos de interés de nuevas operaciones de las entidades de crédito y los establecimientos financieros de crédito», «Hogares y sociedades no financieras», que permite conocer el tipo sintético mensual de estos préstamos y créditos desde enero de 2003.

vii) También puede resultar pertinente la información que publica el INE como «Notas de prensa» y las «Estadísticas de hipotecas» correspondientes a un determinado periodo (anual o mensual).

viii) Para apreciar la abusividad, sin incurrir en un control de precios, la desproporción debe ser muy evidente.

En el caso enjuiciado, la sala acude a los tipos publicados en la época (julio de 2008): i) por el Banco de España sobre IRPH (6,044%); ii) el Euríbor (5,393%); iii) los tipos medios de las hipotecas en el año 2008 publicados por el INE (5,29%); iv) el tipo de interés medio de los préstamos hipotecarios de Cajas de Ahorros (5,20%) y Bancos (5,29%); y v) el tipo sintético (6,36%).

La sala concluye de todo ello que la cláusula no es abusiva porque no causa un desequilibrio importante al consumidor y el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo de resultados de una negociación individual.

CASACIÓN núm.: 4416/2017

Ponente: Excm.a Sra. D.ª Raquel Blázquez Martín

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Fernando Javier
Navalón Romero

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

Sentencia núm. 1590/2025

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Ignacio Sancho Gargallo, presidente

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

D. Manuel Almenar Belenguer

D.ª Raquel Blázquez Martín

D.ª Nuria Auxiliadora Orellana Cano

D. Fernando Cerdá Alberó

En Madrid, a 11 de noviembre de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por Kutxabank S.A. frente a la sentencia 398/2017, dictada el 20 de septiembre de 2017 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava en el recurso de apelación 314/2017, derivado del juicio ordinario 1037/2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Vitoria-Gasteiz.

La parte recurrente está representada por el procurador D. José Luis Pinto-Marabotto Ruiz y actúa bajo la dirección letrada de D. Carlos Losada Pereda.

Es parte recurrida D.^a M, representada por la procuradora D.^a Isabel Gómez Pérez de Mendiola y bajo la dirección letrada de D.^a Gracia María Herrera Delgado.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Raquel Blázquez Martín.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-*Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.^a Isabel Gómez Pérez de Mendiola, en nombre y representación de D.^a M, interpuso demanda de juicio ordinario contra Kutxabank S.A. en la que solicitaba se dictara sentencia por la que:

«[...]».

»1.- Declare la nulidad de la cláusula 3^a-Bis, en sus apartados 1 y 2.c, del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 24.1.2007 que referencia el préstamo al IRPH Entidades, y como índice sustitutivo el IRPH Cajas, para toda la vida de préstamo una vez superado el primer periodo de dos años (sic) de vigencia del préstamo.

»2.- Condene a la entidad a la devolución de las cantidades cobradas en concepto de interés remuneratorio calculado sobre la base del índice de referencia IRPH Entidades o Cajas, durante el segundo periodo previsto en el contrato, es decir a partir de 1 año de vigencia.

»3.- A Abonar los intereses legales de las cantidades anteriores desde la fecha de su respectivo cobro.

»4.- Y condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 16 de diciembre de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Vitoria-Gasteiz, fue registrada con

el núm. 1037/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a Concepción Mendoza Abajo, en representación de Kutxabank S.A., contestó a la demanda en el sentido de solicitar su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia 2 de Vitoria-Gasteiz dictó sentencia 86/2017, de 9 de marzo, cuyo fallo es como sigue:

«ESTIMO la demanda de juicio ordinario, interpuesta para declaración de nulidad de condiciones generales de la contratación con acción acumulada de reclamación de cantidad, seguidos ante este Juzgado, al que por turno de reparto corresponden, a instancia de la Procuradora Sra. Gómez, en representación de D^a. M [...] y en consecuencia, de conformidad con los anteriores fundamentos

»1.- DECLARO la NULIDAD, por falta de transparencia, del punto 1 de la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario objeto de este procedimiento, suscrito entre las partes (entonces la demandada, Caja Vital), el 24 de enero de 2007, ante el notario D. J, número de protocolo 174, con el contenido señalado en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución, manteniendo la vigencia del resto del contrato, y además,

»2.- CONDENO a la demandada, la devolución de las cantidades cobradas de (sic) en concepto de interés remuneratorio calculado sobre la base del índice de referencia IRPH entidades, durante la vigencia del contrato, y todo ello, con el correspondiente interés legal del dinero desde las respectivas fechas de cobro hasta el pago, y sin perjuicio de la aplicación del art. 576 LEC».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Kutxabank S.A. La representación de D^a. M se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava, que lo tramitó con el número 314/2017 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia 398/2017, de 20 de septiembre, cuyo fallo es como sigue:

«Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Kutxabank, S.A., contra la sentencia nº 86/17, dictada en el procedimiento ordinario seguido bajo nº 1037/16 ante el

Juzgado de Primera Instancia Núm. Dos de Vitoria-Gasteiz, y en consecuencia confirmamos dicha sentencia e imponemos a la recurrente las costas de la apelación».

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación*

1.- La procuradora D.^a Concepción Mendoza Abajo, en representación de KUTXABANK, SA, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron (énfasis original no transcrito):

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

«SEGUNDO MOTIVO.- [...] Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, por infracción de los artículos 80.1 y 82 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y la Jurisprudencia desarrollada en interpretación de los mismos sobre el contenido y el alcance del control de transparencia aplicable a las condiciones generales que definen el objeto principal del contrato, en el sentido de que la sentencia recurrida declara que la cláusula en la que se pactó que el tipo de interés remuneratorio del préstamo sería el resultante de añadir un margen del 0,60% al índice oficial IRPH Entidades, no supera las exigencias que dicho control impone para su validez:

- por no haber explicado a los prestatarios la forma de determinar el índice,
- por no haber sido explicado la evolución del IRPH en los últimos años en comparación con el de otros índices oficiales
- y -como principal reproche- por no haber experimentado el IRPH un descenso igual al seguido por el Euríbor».

«TERCER MOTIVO.- [...] Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, por infracción de los artículos 80.1 y 82 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en cuanto al modo en que la sentencia recurrida realiza el control de transparencia, y el juicio de abusividad, sobre la cláusula del contrato en la que se pactó como tipo de interés de la operación el resultante de añadir un margen del 0,60% al índice oficial IRPH Entidades, concluyendo dicha sentencia que la cláusula no es transparente

y debe ser declarada nula por no haberse explicado a los demandantes la fórmula de cálculo del índice, ni el comportamiento de éste en los últimos años en comparación con el de otros índices oficiales y por no haberse ofrecido a la cliente otros índices como el Euribor que, a juicio del juzgador, serían más favorables, cuestión sobre la que existen posturas contrapuestas en la llamada “jurisprudencia menor” de las Audiencias Provinciales que justifica el “interés casacional” del presente recurso.»

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento de esta resolución, por providencia de 25 de noviembre de 2020 se pusieron de manifiesto a las partes las posibles causas de inadmisión del recurso. La parte recurrente se opuso a las causas de inadmisión, mientras que la parte recurrida interesó la inadmisión del recurso y, subsidiariamente, la suspensión de su tramitación estar pendiente una cuestión prejudicial ante el TJUE.

Finalmente, por auto de 30 de marzo de 2022 se admitió el recurso y se acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- D.^a M se opuso al recurso.

4.- Con carácter previo a señalar la votación y fallo del recurso se abrió un trámite de alegaciones sobre la STJUE de 13 de julio de 2023 (asunto C-265/22).

5.- Por providencia de 16 de julio de 2025 se acordó designar como ponente a quien lo es en este trámite, señalar el 1 de octubre de 2025 para la deliberación, votación y fallo del recurso por el pleno de la sala, sin celebración de vista, y conceder a las partes un nuevo plazo de alegaciones, en este caso sobre la STJUE de 12 de diciembre de 2024 (asunto C-300/23).

6.- Las dos partes presentaron escritos de alegaciones, que han quedado unidos a las actuaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso

1.- El 24 de enero de 2007 el matrimonio formado por D.^a M y D. J, junto con su hijo D. A, suscribieron con la entonces Caja de Ahorros de Vitoria y Álava (Caja Vital, hoy Kutxabank S.A.) un préstamo hipotecario que quedó documentado en escritura pública otorgada ante el notario don J. Los dos primeros actuaron como prestatarios hipotecantes y el Sr. J en calidad de prestatario no hipotecante.

2.- El capital del préstamo fue de 135.000 €, a amortizar en 300 cuotas mensuales entre el 24 de febrero de 2007 y el 24 de enero de 2032. El interés remuneratorio quedó establecido en las cláusulas tercera y tercera bis de la escritura, que contemplaron dos periodos diferentes: el primero, con una duración de un año contado desde el otorgamiento de la escritura, y el segundo, que comprendería los 24 años restantes.

El tipo de interés aplicable a estos dos periodos era diferente. Durante el primer periodo regiría un tipo de interés anual (TIN) del 5,250%, calculado según la fórmula descrita en la cláusula 3.a). En la cláusula 4-bis.b) se ofrecía la información sobre el tipo de interés de este primer periodo en términos TAE («según establece la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, del Banco de España, BOE 20-9-90», dice literalmente la escritura), que se fijó en el 5,454%, y se explicó que se había tomado en consideración a estos efectos la comisión de apertura del 0,75% establecida en la cláusula quinta, no así los honorarios, aranceles y gastos del préstamo.

Para el segundo periodo de vida del préstamo el tipo de interés quedó definido en estos términos, que se reproducen literalmente respetando el énfasis original de la escritura:

«3-bis.1- Para cada uno de los periodos semestrales siguientes, el tipo de interés será el resultante de adicional (sic) el MARGEN al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de las entidades de crédito.

»**MARGEN**, es el porcentaje de añadir al tipo IRPH del total de entidades determinado de acuerdo con el apartado anterior. El **MARGEN será de +0,600 PUNTOS PORCENTUALES**.

»A todos los efectos, el tipo de interés de referencia podrá acreditarse mediante cualquier medio admitido en derecho.

»**3-bis.2-a.** El tipo que servirá para este cálculo se define en la circular 5/94 del Banco de España de 22-7-94 que se publica en el BOE de 3-8-94, tomándose como referencia el publicado el mes anterior a aquel en que deba efectuarse la revisión.

»**3-bis.2-c Interés sustitutivo.** El tipo de interés sustitutivo entrará en vigor cuando por cualquier razón dejará de publicarse el citado tipo de referencia, y se tomará como tal, a sus mismos efectos el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las caja [sic] de ahorros, definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22-7-94 que se publica en el BOE del 3-8-94, más un margen de +0,600.

»Se conviene que siempre que fuese necesario aplicar el tipo de interés sustituto, el periodo de interés será de tres meses de duración. En todo caso dos días antes del vencimiento trimestral en el que se hubiera aplicado el tipo de interés sustitutivo, se reiniciara el proceso para la determinación del tipo de interés normal. El tipo de interés sustitutivo podrá aplicarse un número indefinido de periodos.

»**3-bis.3-** Debido a que los tipos de interés variable que se toman como referencia se publican en el B.O.E., ello se considera un medio suficiente para que pueda ser conocido en cada momento no solo por la parte prestataria sino también por cualquier tercer interesado.

»La parte deudora, asimismo, podrá tomar conocimiento y obtener la información pertinente del tipo de interés en cualquiera de las oficinas de la Caja de Ahorros de Vitoria y Álava, que en adelante denominaremos Caja, mediante manifestación a la misma, o a persona por ella autorizada, y entrega, si así lo solicitara, de nota escrita y sellada comprensiva de aquella información, pudiendo la Caja exigir la firma del duplicado. Todo ello sin perjuicio de que la Caja, fuera del marco obligacional de este contrato, remita, por correo ordinario, la citada información a la parte deudora, directamente a su domicilio, cumpliendo de esta forma lo que es uso del tráfico y práctica habitual informativa de la propia Caja.

»Las partes aceptan de forma expresa el sistema de comunicación establecido, conviniendo que, en su conjunto, satisface plenamente el legítimo derecho de acceso de la parte deudora al conocimiento del tipo de interés de referencia, asumiendo, a todos los efectos, sus consecuencias, especialmente en orden a la aplicabilidad de las variaciones correspondiente a los tipos de interés».

3.- Como garantía del cumplimiento de las obligaciones de los prestatarios se constituyó una hipoteca sobre la vivienda sita en la calle B (luego C/ A) número, que estaba acogida a los beneficios de protección oficial según los expedientes administrativos identificados en la escritura. La vivienda contaba, como cargas previas, con una hipoteca a favor del Instituto Nacional de la Vivienda, según escritura de 20 de agosto de 1980, y con otras tres hipotecas a favor de la Caja de Ahorros de Vitoria y Álava formalizadas en escrituras públicas de 16 de septiembre de 1998, 9 de octubre de 2001 y de 5 de noviembre de 2003. Solo respecto de esta última se indicó en la escritura el plazo de amortización del préstamo garantizado, que era de 240 meses a contar desde el 5 de noviembre de 2003, por lo que su vencimiento natural se produciría en octubre de 2023.

4.- El prestatario D. J falleció en 2016. Su esposa D^a. M es su única heredera.

5.- El 1 de noviembre de 2016 M dirigió a Kutxabank una reclamación extrajudicial firmada por la abogada que le asiste en este procedimiento en la que manifestaba que el préstamo litigioso estaba referenciado al índice IRPH-Entidades y que no había recibido información adecuada para conocer las consecuencias económicas de lo que firmaba, ya que en todo momento pensaba que era un préstamo referenciado al Euríbor.

La reclamación fue desestimada por comunicación del 14 de noviembre siguiente, en la que la entidad explicó que durante la negociación previa al préstamo el personal de la oficina había informado adecuadamente de las condiciones de la operación y del tipo de interés, al ser este un extremo de determinante importancia, que fue conocido y aceptado libremente por los prestatarios. Kutxabank añadió que la escritura pública había estado a disposición de los mismos antes de la firma y que había sido leída por el notario con carácter previo a su suscripción.

6.- La demandante y su esposo habían obtenido otros tres préstamos hipotecarios de la misma entidad en las fechas que ya se han indicado en la reseña de las cargas de la vivienda hipotecada. El de 16 de septiembre de 1998 estaba referenciado a Mibor, con un diferencial de 1 punto

porcentual, y los de 18 de julio de 2001 y 5 de noviembre de 2003 a Euríbor, con diferenciales respectivos del 1,25% y del 1,50%. Respecto del préstamo hipotecario concedido por el Instituto Nacional de la Vivienda no existe ninguna Información diferente de la que consta en la escritura, por lo que se desconoce cuál fue el tipo de interés remuneratorio acordado.

En un documento interno de la entidad fechado nueve días antes de la firma de la escritura, el 15 de enero de 2007 (documento 1 de la contestación), se evaluaron las circunstancias y la solvencia de los prestatarios, haciendo constar que habían solicitado financiación por valor de 35.000 € para la compra de una furgoneta y de un nicho familiar y para cancelar una deuda de 6.000 €. La propuesta de la entidad fue refinanciar los préstamos que mantenían con ella (un préstamo personal de 6.600 y un préstamo hipotecario de 85.000 €, sin perjuicio de las otras cargas que soportaba la vivienda hipotecada) en un único préstamo hipotecario a 25 años, con lo que los prestatarios cancelarían esos dos préstamos y obtendrían la nueva financiación que necesitaban con una cuota de 810 € mensuales (15 € más de lo que venían abonando por las financiaciones anteriores), lo que suponía una ratio del endeudamiento del 37%. Se informó también favorablemente la suficiencia de la garantía, pues la vivienda había sido tasada en 191.000 € y el préstamo hipotecario comprometía el 71% de dicha valoración.

7.- La entidad bancaria redactó también una oferta vinculante, que dice haber entregado a D. J, si bien en el documento aportado -documento 6 de la contestación- no consta la firma del destinatario. La Audiencia ha considerado acreditado que esta oferta vinculante fue remitida a la notaría junto con la minuta de la operación, pero no que fuera entregada directamente a los prestatarios.

Esa oferta vinculante data del 19 de enero de 2007. En ella se indican el tipo TIN y TAE del primer periodo, la cuota resultante (808,98 €), la comisión de apertura del 0,75% y el índice que regiría el tramo de tipo variable, que se definió como «IRPH total entidades (TAE)» más un diferencial del 0,6%.

8.- El 16 de diciembre de 2016 D.^a M presentó la demanda que ha dado lugar a este procedimiento, en la que alegaba, en síntesis, que no había sido informada de que se iba a utilizar como tipo de referencia el IRPH-Entidades como tipo principal y el IRPH-Cajas como sustitutivo, que desconocía como se calculaba este índice y que había sido impuesto por la entidad en su propio beneficio, al tratarse de un valor mucho más elevado que el Euríbor. Añadió que el IRPH era un índice oscuro en su elaboración y falto de todo control sobre la veracidad de los datos que transmiten las entidades de crédito al Banco de España y, por tanto, fácilmente manipulable. La consecuencia de todo ello era, a su juicio, la falta de transparencia de la cláusula que establece el interés remuneratorio del préstamo, fundamento éste sobre el que se construyó el *suplico* transcrito en los antecedentes de hecho de esta resolución.

9.- La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda y declaró la nulidad, por falta de transparencia, del punto 1 de la cláusula tercera bis del préstamo hipotecario, manteniendo la vigencia del resto del contrato, y condenó a la entidad demandada a la devolución de las cantidades cobradas en concepto de interés remuneratorio calculado sobre la base del IRPH-Entidades durante la vigencia del contrato.

El Juzgado consideró que la cláusula en cuestión no superaba el control de transparencia por la ausencia de oferta vinculante u otro documento con indicación resaltada del índice de referencia, la ausencia de explicación personalizada al cliente sobre el sistema de fijación del índice IRPH y sobre su incidencia en el interés remuneratorio, teniendo en cuenta su comportamiento previo o histórico, y la ausencia de comparativa con otros índices que pudieran haberse aplicado. En la fundamentación jurídica declaró que tampoco procedía la aplicación del índice sustitutivo IRPH-Cajas ni la del diferencial, por lo que, aunque esta decisión no se trasladó al fallo, el préstamo quedó sin interés.

10.- La Audiencia Provincial desestimó el recurso de Kutxabank y confirmó la sentencia del Juzgado, aunque sus razonamientos no fueron exactamente coincidentes. La Audiencia validó que la cláusula no superaba el control de transparencia porque no constaba que se hubiera

facilitado a la demandante información suficiente sobre cómo se determinaba el tipo de referencia, su evolución y las diferencias con otros índices. Tuvo en cuenta como hecho significativo que el descenso del Euríbor no había sido seguido en igual forma por el IRPH, y también que «no hubo oferta vinculante, solo minuta remitida por la entidad» (entendemos que a la notaría). Concluyó que la falta de transparencia apreciada era suficiente para declarar directamente la abusividad de la cláusula, al causar un desequilibrio importante en perjuicio de la demandante, y no abordó la cuestión del índice sustitutivo o del tipo de interés aplicable, por lo que de hecho ratificó la consecuencia de dejar el préstamo sin interés.

11.- Kutxabank ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial basado en los tres motivos transcritos en los antecedentes de hecho de esta resolución.

SEGUNDO.- *Primer motivo del recurso. La cláusula que contiene el IRPH es una condición general de la contratación. Desestimación*

Planteamiento. El primer motivo del recurso se basa en la infracción del art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación (LCGC), en la que habría incurrido la sentencia recurrida al calificar como condición general de la contratación el propio tipo de interés remuneratorio pactado entre las partes, esto es, el precio del contrato en sí mismo, que fue negociado y que por tanto no reúne los requisitos del art. 1 LCGC.

Decisión del Tribunal. Este motivo del recurso será desestimado porque existe una doctrina reiterada de esta sala sobre el carácter de condición general de una cláusula que recae sobre el objeto principal del contrato y, en particular, de una cláusula que define el interés remuneratorio en un contrato de préstamo. Las sentencias 122/2022, de 15 de febrero, y 596/2020, de 12 de noviembre (esta última del pleno de la sala), precisamente en relación con las cláusulas que definen el tipo de interés de los préstamos hipotecarios referenciados al índice IRPH, han explicado las razones por las que es posible que una cláusula que afecta al objeto

principal del contrato se configure como una condición general de la contratación. En palabras de la sentencia 122/2022, de 15 de febrero:

«3.- Para que se cumpla el requisito de la generalidad de las condiciones generales de la contratación, las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin, ya que se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen por finalidad disciplinar uniformemente los contratos que van a celebrarse por el empresario o profesional.

»4.- En cuanto al requisito de la ausencia de negociación individual, como también hemos afirmado en múltiples sentencias (649/2017, de 29 de noviembre; 489/2018, de 13 de septiembre; o 422/2019, de 16 de julio), no puede equipararse la negociación individual con la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. Tampoco equivale a negociación individual la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. Esta doctrina es aplicable también a los supuestos en que el cliente bancario no tenga la cualidad de consumidor.

»5.- Siendo notorio que la contratación bancaria se desarrolla con carácter general mediante el uso de condiciones generales, el carácter negociado de este tipo de cláusulas es un hecho excepcional que requiere de prueba. La Audiencia Provincial ha declarado que no hay prueba de que tal negociación hubiera tenido lugar».

En el mismo sentido, la sentencia del pleno 596/2020, de 12 de noviembre, con cita de la sentencia, también del pleno, 669/2017, de 14 de diciembre, resume así la doctrina pertinente:

«(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».

En el caso que enjuiciamos no existe ninguna prueba de la existencia real de una negociación propiamente individual sobre la redacción de la cláusula cuestionada, por lo que este primer motivo del recurso debe ser desestimado.

TERCERO.- *Segundo y tercer motivo del recurso. El alcance del control de transparencia de las cláusulas que contienen el IRPH como índice de referencia de los préstamos hipotecarios. Planteamiento*

1.- El segundo motivo de casación alega la vulneración de los artículos 80.1 y 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, TRLDCU) y del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, Directiva 93/13), así como de la jurisprudencia creada en interpretación de los mismos acerca del contenido y del alcance del control de transparencia aplicable a las condiciones generales que definen el objeto principal del contrato. Aclaramos que, por la fecha de celebración del préstamo, las normas citadas como infringidas serían las equivalentes de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigente en ese momento, si bien la cuestión no es relevante para la resolución del recurso.

2.- En el desarrollo del motivo la recurrente argumenta que los parámetros que emplea la Audiencia para concluir que la cláusula cuestionada no supera el control de transparencia (no haber explicado a los prestatarios la forma de determinar el índice, no haber sido explicado la evolución del IRPH en los últimos años en comparación con el de otros índices oficiales y –como principal reproche- la desigual evolución posterior del IRPH con respecto al Euríbor) no son los correctos, ya que los términos de la cláusula son los de la oferta vinculante, y su redacción, clara y precisa, incorpora la definición del índice oficial de referencia que, por lo demás, al ser el tipo medio de los préstamos para adquisición de vivienda libre de duración superior a tres años, resulta más sencillo de entender para un consumidor medio que el Euríbor.

Respecto de la evolución posterior de uno y otro índice, la recurrente argumenta que hasta 2011 la trayectoria fue similar, con una diferencia en torno al 1%, y que fue a partir de ese año cuando el Euríbor, directamente influido por los tipos de intervención del Banco Central Europeo, experimentó un descenso hasta niveles nunca conocidos. Así, la

exposición del comportamiento de ambos índices en los años anteriores a la formalización del préstamo no hubiera permitido a la demandante prever su evolución futura. En todo caso, añade, el control de transparencia no obliga a las entidades bancarias a ofertar a cada cliente distintos índices de referencia, y lo relevante a estos efectos es la explicación de la TAE, sin que en ningún caso la eventual falta de transparencia equivalga directamente a la abusividad de la cláusula. Abusividad que es negada en la última parte del desarrollo de este segundo motivo sobre la base del mantenimiento del IRPH Entidades en la Orden EHA 2899/2011 y de los valores vigentes en los meses previos a la presentación del recurso (1,953% en agosto de 2017).

3.- El tercer motivo del recurso plantea la infracción de las mismas normas ya citadas en el motivo anterior en cuanto al modo en que la sentencia recurrida realiza el control de transparencia y el juicio de abusividad, que está en contradicción con lo resuelto por otras Audiencias Provinciales.

4.- La oposición al recurso se limita a transcribir el contenido del voto particular formulado a la sentencia del Pleno 595/2020, de 12 de noviembre.

5.- Las partes han hecho alegaciones tras las SSTJUE de 13 de julio de 2023 (C-265/22) y 12 de diciembre de 2024 (C-300/23), que se examinarán al hilo del análisis de ambas sentencias.

6.- Los motivos segundo y tercero serán resueltos conjuntamente a la vista de su evidente conexión.

CUARTO.- *Segundo y tercer motivo del recurso. El alcance del control de transparencia de las cláusulas que contienen el IRPH como índice de referencia de los préstamos hipotecarios. Decisión de la Sala (I). La regulación de los índices de referencia oficiales de los préstamos hipotecarios*

1.- Para contextualizar los parámetros que debe cumplir el control de transparencia de las cláusulas de préstamos hipotecarios que contienen como índice de referencia el IRPH es preciso remontarse a la disposición adicional 2ª de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las

condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (en adelante, Orden de 5 de mayo de 1994 u Orden de 1994). Es necesario precisar que inicialmente la Orden solo se aplicaba a los préstamos garantizados con hipoteca sobre vivienda contratados por personas físicas y cuyo importe fuera igual o inferior a 25 millones de pesetas (150.253,03 €). Solo a partir del 9 de diciembre de 2007, fecha de entrada en vigor de la modificación del art. 48 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, según la reforma introducida por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, la información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios debía suministrarse con independencia de la cuantía de los mismos siempre que la hipoteca recayera sobre una vivienda.

Pues bien, la disposición adicional 2ª de la Orden de 1994 estableció la siguiente previsión:

«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».

El art. 6 de la Orden de 5 de mayo de 1994 establecía además lo siguiente respecto de los tipos de interés variable:

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

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

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

»3. En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, no será precisa la notificación individualizada al prestatario de las variaciones experimentadas en el tipo de interés aplicable cuando se den simultáneamente las siguientes circunstancias:

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

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

2.- Antes de la Orden de 5 de mayo de 1994 el Banco de España (BdE) había dictado la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, que versaba sobre otras cuestiones diferentes. Pues bien, para dar cumplimiento a la citada disposición adicional 2ª de la Orden de 1994 el BdE no dictó una circular autónoma y *ex novo*, sino que aprovechó una reforma de la Circular 8/1990 para introducir los índices de referencia oficiales de los préstamos hipotecarios.

3.- Se aprobó así la «Circular 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela» (en adelante, Circular 5/1994) que fue publicada en el BOE de 3 de agosto de 1994 y que introdujo en la Circular 8/1990 la norma Sexta bis, apartado 3, que contenía los índices de referencia que se enuncian en ese precepto y se desarrollaban en el anexo VIII.

El contenido más relevante de la nueva regulación, a los efectos que aquí interesan, es, por tanto, el del anexo VIII, que contiene el desarrollo de los índices oficiales de referencia aplicables a los préstamos hipotecarios concertados a tipo variable. Se trataba con esta circular, se dice en su preámbulo, de «lograr que la objetividad del cálculo de los índices y su difusión hicieran innecesaria la comunicación individual al prestatario de las variaciones de tipos de interés que, en otro caso, resultaría obligatoria».

Sobre los concretos índices de referencia creados, el BdE explicó que había optado «por una oferta limitada de referencias, tratando de combinar la conveniencia de homogeneizar el mercado, para mayor claridad de la clientela, con la de atender las diferentes necesidades de los operadores, y la de suministrar tipos alternativos (que los contratos siempre deberían prever) para el caso de que, en el futuro, se interrumpa por cualquier circunstancia la publicación de algún tipo oficial».

Los índices de referencia definidos entonces fueron seis: el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de bancos -IRPH Bancos-; el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorro -IRPH Cajas-; el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años del conjunto de entidades -IRPH Entidades-; el tipo activo de referencia de las cajas de ahorro -CECA-; el tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años; y el tipo interbancario a 1 año -Mibor-. Estos tipos de referencia fueron luego evolucionando. Así, el Mibor fue progresivamente sustituido por el Euríbor. El RD 692/1996, de 26 de abril, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito, obligó a las sociedades de crédito hipotecario autorizadas a la entrada en vigor de esa norma a transformarse en establecimientos financieros de crédito antes del 1 de enero de 1997. Como consecuencia de dicha transformación, el IRPH-Entidades se calculó, desde el 1 de enero de 2007, únicamente a partir de los datos declarados por los bancos y las cajas de ahorros.

Por otro lado, la disposición adicional 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, suprimió el IRPH Bancos, el IRPH Cajas y el CECA, tal y como ya había previsto la Disposición Transitoria de la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Según la citada disposición adicional 15ª:

«1. Con efectos desde el 1 de noviembre de 2013 el Banco de España dejará de publicar en su sede electrónica y se producirá la desaparición completa de los siguientes índices oficiales aplicables a los préstamos o créditos hipotecarios de conformidad con la legislación vigente:

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

»b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros.

»c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros.

»2. Las referencias a los tipos previstos en el apartado anterior serán sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato.

»3. En defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España», aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo.

»La sustitución de los tipos de conformidad con lo previsto en este apartado implicará la novación automática del contrato sin suponer una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita.

»4. Las partes carecerán de acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo o crédito como contrapartida de la aplicación de lo dispuesto en esta Disposición».

A partir de la Orden EHA/2899/2011, el único índice IRPH subsistente es el que se define en el art. 27.1.a) de dicha norma («[t]ipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España») y en el Anejo 8 de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (en adelante, Circular 5/2012), que tiene este contenido:

«1. Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España.

»Se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas por los bancos y las cajas de ahorros en el mes a que se refiere el índice.

»Dichos tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de bancos y cajas de ahorros, de acuerdo con el apartado 4 de la norma decimosexta» [sigue al Anejo con la exposición de la fórmula matemática de cálculo]».

4.- Según la Circular 5/1994 todos los tipos oficiales debían tratarse, a efectos de homogeneizar la información pública que ofrece el Banco de España, como tasas anuales equivalentes. Dos de ellos -el IRPH Bancos

y Entidades- lo eran por definición, porque los tipos medios que se utilizan en la fórmula de cálculo incorporan ya el efecto de las comisiones.

Es en este contexto en el que el preámbulo de la Circular 5/1994 apunta que, siendo así «su simple utilización directa como tipos contractuales implicaría situar la tasa anual equivalente de la operación hipotecaria por encima del tipo practicado por el mercado. Para igualar la TAE de esta última con la del mercado sería necesario aplicar un diferencial negativo, cuyo valor variaría según las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas». Para ello se ofrecía, a título orientativo en el Anexo IX «una tabla de diferenciales para los tipos, comisiones y frecuencia de las cuotas, más usuales en la actualidad» que, no obstante, no servía para decodificar el tipo activo de las cajas de ahorros (CECA), por las peculiaridades de su confección.

En el Anexo IX se ofrecía, en definitiva, la fórmula de ese diferencial negativo, de la que se decía que suponía «una simplificación respecto a la fórmula financiera básica del cálculo de la TAE». La fórmula en cuestión era $D = TAE - k \cdot ik$, de la que se ofrecía esta explicación:

«Siendo:

$$ik = (((TAE - Comisiones/n)/100 + 1) \text{ elevado a } 1/k - 1)100$$

n = número de años del contrato.

k = número de períodos en que se divide el año».

La mención al diferencial negativo desapareció en las normas posteriores. Ni la Orden EHA/2899/2011, ni la Circular BdeE 5/2012, ni la disposición adicional 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre contienen referencia alguna al respecto. Tampoco hay constancia de que el Banco de España controlara ese diferencial negativo en su labor de supervisión de los tipos efectivos de interés de los préstamos hipotecarios, en el sentido de exigir a las entidades bancarias que los préstamos referenciados al IRPH fueran acompañados de un diferencial negativo y no positivo, como se hacía en la práctica, sin perjuicio de la ponderación que realizara del Anexo IX en las indicaciones de los datos estadísticos que debían facilitar las entidades bancarias, así como en el tratamiento, en la elaboración y en la publicación de los mismos.

Sí es un hecho notorio que, como regla general, a igualdad de condiciones de capital prestado, duración y condiciones de vinculación, a los préstamos referenciados a IRPH se les aplicaba un diferencial inferior al de otros índices como el Euríbor. En este concreto caso, el diferencial del 0,60% estaba muy por debajo de los diferenciales aplicados a los préstamos previos concedidos a la demandante referenciados al Mibor (+1) y al Euríbor (+1,25% y +1,50%).

QUINTO.- *Segundo y tercer motivo del recurso. El alcance del control de transparencia de las cláusulas que contienen el IRPH como índice de referencia de los préstamos hipotecarios. Decisión de la sala (II). Doctrina jurisprudencial de la Sala Primera hasta el año 2022 y necesidad de incorporar los pronunciamientos del TJUE en sus sentencias de 13 de julio de 2023 (C-265/22) y 12 de diciembre de 2024 (C-300/23)*

1.- Esta sala fue definiendo los parámetros del control de transparencia de las cláusulas que utilizan el IRPH como índice de referencia del interés remuneratorio del préstamo en una serie de sentencias dictadas entre los años 2017 y 2022.

2.- Inicialmente, la sentencia del pleno 669/2017, de 14 de diciembre, primera dictada por la sala en la materia, declaró que este tipo de cláusulas que, como condiciones generales de la contratación que son, deben ser objeto de control de transparencia, superaban tal control, en síntesis, porque incluían como referencia del interés remuneratorio un índice oficial, publicado y accesible respecto del que los tribunales civiles no podían controlar el procedimiento bancario-administrativo de conformación del mismo, y porque las entidades bancarias no estaban obligadas a suministrar al consumidor información relativa a la evolución futura ni pasada del mismo ni a ofrecerle comparativas con otros índices oficiales como el Euríbor.

3.- Esta doctrina inicial fue modulada tras la STJUE de 3 de marzo de 2020 (C-125/18), que, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia 38 de Barcelona, declaró entre otros extremos que las entidades bancarias no estaban obligadas a informar

sobre la definición completa del índice ni sobre la fórmula de cálculo («los elementos principales relativos al cálculo del IRPH [...] resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el Boletín Oficial del Estado. 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», apartado 53). Pero añadió a continuación que, según la normativa nacional, en referencia a la Orden de 1994, las entidades de crédito estaban 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.

Esa referencia al derecho nacional era esencialmente el art. 3.1 de la Orden de 5 de mayo de 1994 que, puesto en relación con el Anexo I.3, imponía a las entidades la obligación de informar al cliente a través de un folleto en el que debía constar la identificación del índice o tipo y la indicación de su evolución durante los dos años anteriores y el último valor disponible. Esta mención desapareció como tal de la Orden EHA/2899/2011, que entró en vigor el 29 de abril de 2012.

Al asumir la doctrina del TJUE, esta sala, en sentencia de pleno 595/2020, de 12 de noviembre (seguida de las 596, 597 y 598/2020, todas de la misma fecha), matizó su jurisprudencia en el sentido de que la superación del control de transparencia requería que la entidad hubiera identificado el índice e informado sobre su evolución durante los dos años anteriores a la suscripción del contrato y el último valor disponible. No se entendió necesario, por lo demás, que se ofreciera al consumidor una comparativa entre el IRPH y otros índices oficiales. En los casos que resolvieron estas sentencias se entendió que las cláusulas enjuiciadas no superaban el control de transparencia porque faltaba la información al consumidor sobre la evolución pasada del índice y su último valor

disponible. Pero se consideró que, en todo caso, tales cláusulas no podían considerarse abusivas, ya que no concurría ninguno de los dos requisitos que exige dicha calificación, según la doctrina del TJUE: ni el desequilibrio importante para el consumidor, que debía valorarse al tiempo de la celebración del contrato, y no por la evolución posterior de los diferentes índices de referencia, ni la vulneración de la buena fe contractual, pues ofrecer un índice oficial, aprobado por la autoridad bancaria y que era además utilizado por la administración pública en sus campañas de financiación de vivienda protegida no parecía contrario a las reglas de la buena fe.

4.- Posteriormente el TJUE dictó dos autos de la misma fecha, 17 de noviembre de 2021 (asuntos C-655/20 y C-79/21), que resolvieron otras dos cuestiones prejudiciales sobre aspectos similares. La primera había sido formulada de nuevo por el Juzgado de Primera Instancia 38 de Barcelona, en el mismo asunto al que se refería la STJUE de 3 de marzo de 2020 (C-125/18), y la segunda por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Ibiza. En estos dos autos, el TJUE matizó su doctrina y parecía prescindir, como elemento del juicio de transparencia, de la obligación por parte de la entidad prestamista de suministrar información al consumidor sobre la evolución pasada del IRPH y el último valor disponible, ya que se trataba de datos publicados en el BOE, y ello garantizaba la accesibilidad para un consumidor medio, atento y perspicaz. Según el párrafo 34 del primero de los autos citados, que se reitera en el apartado primero de su parte dispositiva:

«De lo anterior se deduce que procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y segunda que el artículo 5 de la Directiva 93/13 y la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, deben interpretarse en el sentido de que permiten al profesional no incluir en tal contrato la definición completa del índice de referencia que sirve para calcular un tipo de interés variable o no entregar al consumidor, antes de la celebración de ese contrato, un folleto informativo que recoja la evolución anterior de ese índice, por la razón de que la información relativa al mencionado índice es objeto de publicación oficial, siempre que, habida cuenta de los datos públicamente disponibles y accesibles y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estuviera en condiciones de comprender el

funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras».

A la misma conclusión llegó el segundo auto de 17 de noviembre de 2021, dictado en el asunto C-79/21, cuando se le preguntó si la superación del control de transparencia exigía a las entidades bancarias facilitar información sobre la evolución pasada del IRPH, en este caso en comparación con otros índices oficiales. Según el párrafo 30, que se reproduce en esencia en el primer apartado de la parte dispositiva:

«[E]l artículo 5 de la Directiva 93/13 y la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, en el marco de un préstamo hipotecario, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa y a una jurisprudencia nacionales que dispensan al profesional de proporcionar al consumidor, en el momento de la celebración de un contrato de préstamo hipotecario, la información relativa a la evolución en el pasado del índice de referencia, al menos durante los dos últimos años, en comparación con, al menos, otro índice distinto como el índice euríbor, siempre que esa normativa y esa jurisprudencia permitan al juez comprobar no obstante que, habida cuenta de los datos públicamente disponibles y accesibles y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estuvo en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras».

5.- Mediante nuevas sentencias 42, 43 y 44/2022, de 27 de enero, y 423/2022, de 25 de mayo, todas ellas sobre los controles de transparencia y contenido de la cláusula IRPH, esta sala reiteró la doctrina establecida en sentencias 595, 596, 597 y 598/2020, de 12 de noviembre, y se hizo eco del cambio de criterio del TJUE en cuanto a la trascendencia que podía tener la información facilitada por el profesional sobre la evolución pasada y el último valor disponible del IRPH, pues tras los autos de 17 de noviembre de 2021 el foco de esta información viró, en la formulación del TJUE, hacia el concepto de la accesibilidad de los datos disponibles en el BOE y de la cognoscibilidad de esas variables por un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

SEXTO.- *Segundo y tercer motivo del recurso. El alcance del control de transparencia de las cláusulas que contienen el IRPH como índice de referencia de los préstamos hipotecarios. Decisión de la sala (III). Los parámetros del control de transparencia en las SSTJUE de 13 de julio de 2023 (C-265/22) y 12 de diciembre de 2024 (C-300/23)*

1.- Esta sala no se ha pronunciado aún sobre la medida en que las sentencias del TJUE de 13 de julio de 2023 (C-265/22) y 12 de diciembre de 2024 (C-300/23) inciden sobre los parámetros del control de transparencia consolidados hasta 2022, que es el análisis que se abordará a continuación. Estas dos últimas sentencias daban respuesta a otras dos cuestiones prejudiciales en las que se preguntaba al TJUE, esencialmente -dejando al margen ahora otros aspectos ajenos al control de transparencia- acerca, de nuevo, de la incidencia de la información sobre la evolución pasada y el último valor del índice, y de la trascendencia que a estos efectos podía tener la mención que el preámbulo de la Circular 5/1994 hacía al diferencial negativo de los índices IRPH.

2.- En la respuesta del TJUE, el punto de partida sigue siendo el mismo: la exigencia de transparencia «se ha de entender en el sentido de que impone, en particular, que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del método de cálculo de ese tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras» (STJUE de 13 de julio de 2023, C-265/22, apartado 55 y STJUE de 12 de diciembre de 2024, C-300/23, apartado 79). Para ello, los elementos pertinentes que debe tomar en consideración el juez nacional son:

i) La circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del índice de referencia -fórmula y valores- resultan fácilmente asequibles por haber sido publicados (STJUE de 13 de julio de 2023, C-265/22, apartado 55, y STJUE de 12 de diciembre de 2024, C-300/23, apartado 80).

Esta última sentencia profundiza en las implicaciones de esta exigencia en un triple sentido. En primer lugar, incide (apartado 81) en la importancia de que el índice de referencia se haya establecido mediante un acto administrativo que haya sido objeto de una publicación oficial, ya que, en principio, los prestatarios tienen de este modo acceso a información que puede permitir a un consumidor medio comprender el método de cálculo de este índice hasta el punto de que tal publicación puede dispensar al prestamista de proporcionar al consumidor determinadas informaciones (apartado 82).

En segundo lugar, el TJUE precisa en ese mismo apartado 82 que para que esa dispensa de información no perjudique el control de transparencia será necesario que el consumidor esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del método de cálculo del tipo de interés variable, en particular en la medida en que este método implique un índice de referencia -precisión que está relacionada con el hecho de que un índice de referencia es siempre oficial- y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras; para ello, el TJUE contempla dos fuentes de información: la primera y obligatoria es la información públicamente disponible y accesible, y la segunda, tratada como contingente («en su caso »), la información facilitada por el profesional. Las referencias de la sentencia al «funcionamiento concreto del método de cálculo del tipo de interés variable» hacen alusión al tipo efectivo aplicado, esto es, a la suma del índice de referencia más el diferencial.

En este punto, el TJUE refuerza la importancia de la disponibilidad y de la accesibilidad de la información cuando afirma (apartado 83) que la información necesaria para que el consumidor comprenda el alcance de la aceptación de una propuesta de préstamo «puede provenir de elementos no facilitados directamente por el prestamista profesional, siempre que esos elementos estén públicamente disponibles y pueda accederse a ellos, en su caso, a través de ciertas indicaciones dadas en tal sentido por ese profesional». Se pronuncia, además, de forma expresa (apartado 84) sobre

«la accesibilidad de [la] información no facilitada directamente por el profesional», con remisión al apartado 60 de la sentencia de 13 de julio de 2023, C-265/22, en el sentido de que «es importante que ese profesional dé indicaciones suficientemente precisas y exactas a los potenciales prestatarios para que estos puedan adquirir conocimiento de esa información sin llevar a cabo una actividad que, por pertenecer al ámbito de la investigación jurídica, no puede exigírsele razonablemente a un consumidor medio».

En tercer lugar, el TJUE analiza, ya en el caso concreto de la cuestión prejudicial, la forma en la que se define el índice IRPH en el contrato de préstamo, en la medida en que omite la información sobre su configuración como un índice TAE y la mención al diferencial negativo del preámbulo de la Circular 5/1994. Sobre este concreto aspecto volveremos más adelante, al tratar precisamente la cuestión del diferencial negativo.

ii) El contenido de la información proporcionada por el prestamista en el marco de la negociación del préstamo (sentencia de 13 de julio de 2023, C-265/22, apartado 55 y sentencia de 12 de diciembre de 2024, C-300/2023, apartado 80). La sentencia de 12 de diciembre de 2024, C-300/23, contiene algún matiz adicional sobre lo razonado acerca de esta cuestión en los autos de 17 de noviembre de 2021 (C-655/2020 y C-79/21), ya que precisa que si la normativa nacional imponía a las entidades de crédito determinadas obligaciones específicas en materia de información para con los potenciales prestatarios, como resulta de los apartados 54 y 55 de la sentencia de 3 de marzo de 2020, C-125/18, tales obligaciones deben ser cumplidas (apartado 92). Sin embargo, el TJUE no asocia ninguna consecuencia a un eventual incumplimiento de la entrega del folleto, y se limita a recordar (apartado 93) que el artículo 8 de la Directiva 93/13 autoriza expresamente a los Estados miembros a adoptar disposiciones más estrictas con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección, y que tales disposiciones pueden referirse a cierta información que los profesionales deben proporcionar obligatoriamente en el marco de la celebración de determinados contratos.

En definitiva, con la aplicación estricta de la Directiva sería suficiente para cumplir el control de transparencia con la disponibilidad y la accesibilidad al valor y a la evolución pasada del índice por los datos oficiales publicados, según los mencionados autos de 17 de noviembre de 2021. La Orden de 5 de mayo de 1994, al establecer (Anexo I, apartado 3) la obligación de incluir en el folleto informativo mencionado en el art. 3 «el índice o tipo de referencia, en préstamos a interés variable (identificación del índice o tipo, indicándose su evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales, así como el último valor disponible)», forma parte de la mejora del nivel de protección de los consumidores que permite el art. 8 de la Directiva (apartados 92 y 93) y el TJUE no precisa qué consecuencias debe tener el incumplimiento de esa obligación, seguramente porque se trata de una normativa nacional que supera el ámbito de protección de la Directiva y que, por tanto, no forma parte de su labor interpretativa que debe quedar reservada a los tribunales nacionales, cuestión esta sobre la que se volverá más adelante.

Por todo lo expuesto, entendemos que la STJUE de 12 de diciembre de 2024, C-300/23, vincula este bloque del control de transparencia al hecho de que la información sobre la definición y los valores del índice sean suficientemente accesibles para un consumidor medio. Esa accesibilidad se puede lograr gracias a las indicaciones dadas en tal sentido por el profesional, pero dichas indicaciones no son la única fuente posible, ni siquiera prioritaria, de modo que la publicación del índice en el BOE colmaría el control de transparencia siempre que la entidad indique al consumidor tal circunstancia para que se le presente como accesible. Se reitera, pues, que el banco no está obligado a informar de la definición del índice y su cálculo, ni de su evolución anterior, siempre que estos elementos resulten suficientemente accesibles para aquel gracias a las indicaciones del profesional al respecto. Ahora bien, en ausencia de esas indicaciones que permiten al consumidor medio la accesibilidad a los datos, incumbe al profesional ofrecer directamente una definición completa del índice y cualquier otra información pertinente, «en particular por lo que se refiere a una eventual advertencia hecha por la autoridad que haya

establecido dicho índice acerca de sus particularidades y de las consecuencias de este que puedan considerarse importantes para el consumidor con el fin de evaluar correctamente las consecuencias económicas de la celebración del contrato de préstamo hipotecario que se le propone» (apartado 94).

La decisión del TJUE sobre los temas tratados en este bloque se condensa en la primera parte del fallo de la sentencia de 12 de diciembre de 2024, C-300/23, que reproducimos literalmente:

«Los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13/CEE [...]

»deben interpretarse en el sentido de que

»el requisito de transparencia derivado de estas disposiciones se cumple en la celebración de un contrato de préstamo hipotecario por lo que se refiere a la cláusula de ese contrato que prevé la adaptación periódica del tipo de interés tomando como referencia el valor de un índice oficial establecido mediante un acto administrativo, que incluye la definición de dicho índice, por el mero hecho de que ese acto y los valores anteriores del correspondiente índice hayan sido publicados en el diario oficial del Estado miembro de que se trate, sin que, en consecuencia, el prestamista esté obligado a informar al consumidor acerca de la definición de ese índice y de su evolución anterior, incluso si, debido a su método de cálculo, tal índice no se corresponde con un tipo de interés remuneratorio, sino con una Tasa Anual Equivalente (TAE), siempre que, debido a su publicación, esos elementos resulten suficientemente accesibles para un consumidor medio gracias a las indicaciones dadas en tal sentido por este profesional. En ausencia de esas indicaciones, incumbe al profesional ofrecer directamente una definición completa de ese índice y cualquier otra información pertinente, en particular por lo que se refiere a una eventual advertencia hecha por la autoridad que haya establecido dicho índice acerca de sus particularidades y de las consecuencias de este que puedan considerarse importantes para el consumidor con el fin de evaluar correctamente las consecuencias económicas de la celebración del contrato de préstamo hipotecario que se le propone. En cualquier caso, incumbe al profesional ofrecer al consumidor toda la información que, en virtud de la normativa nacional aplicable en el momento de la celebración del contrato, esté obligado a proporcionar».

3.- En cuanto a la trascendencia que en el control de transparencia puede tener la mención que el preámbulo de la Circular 5/1994 hacía al diferencial negativo de los índices IRPH, en el asunto C-265/22 el Juzgado remitente planteaba, en esencia, si era compatible con la Directiva que el derecho nacional validara una cláusula IRPH a la que se aplica un incremento,

cuando la mencionada circular, en su preámbulo, recomendaba que los préstamos referenciados al IRPH, dado el método de cálculo de dicho índice, fueran siempre acompañados de la aplicación de un diferencial negativo a fin de igualar el tipo de interés con el tipo de mercado. El Juzgado también cuestionó la interpretación del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 en el escenario de la celebración de un contrato de préstamo cuyo tipo de interés se presenta de manera engañosa, incumpliendo las exigencias de la Directiva 2005/29, pero este planteamiento no fue aceptado por el TJUE, ya que esta segunda directiva no era aplicable al préstamo litigioso, celebrado el 12 de mayo de 2006. Ciertamente la cuestión prejudicial omitió explicar que al préstamo en cuestión tampoco le era aplicable la Orden de 5 de mayo de 1994, ya que por su cuantía (197.934,54 €) superaba el tope máximo vigente hasta el 9 de diciembre de 2007.

Pero, haciendo abstracción de estas omisiones, la STJUE de 13 de julio de 2024 dio respuesta a esta duda del Juzgado en el siguiente sentido:

i) Sobre la cuestión de si el consumidor medio podía tener conocimiento efectivo de los métodos de cálculo del índice de referencia y ser consciente de sus consecuencias económicas en ausencia de la información sobre el diferencial negativo, el TJUE resolvió que el órgano jurisdiccional «habrá de tener en cuenta la importancia que tenía esta información para que ese consumidor pudiera evaluar correctamente las consecuencias económicas» del préstamo y que el hecho del que el BdE «hubiera estimado oportuno, en ese preámbulo, llamar la atención de las entidades de crédito sobre el tipo de los IRPH en relación con el tipo de interés del mercado y sobre la necesidad de aplicar un diferencial negativo para igualarlos con dicho tipo de interés constituye un indicio pertinente de la utilidad que la mencionada información tenía para el consumidor» (apartado 59).

ii) En el préstamo del litigio en el que se promovió la cuestión prejudicial, el TJUE consideró pertinente la circunstancia de que esta información, pese a haber sido publicada en el BOE, figurara en el preámbulo de la Circular 5/1994 y no en la Circular (8/1990), a la que se

remitía la cláusula controvertida, por lo que correspondía al órgano jurisdiccional competente comprobar si la obtención de esa información suponía llevar a cabo una actividad que, por pertenecer ya al ámbito de la investigación jurídica, no podía exigírsele razonablemente a un consumidor medio (apartado 60).

iii) Concluyó la sentencia que «[l]os artículos 3, apartado 1, 4 y 5 de la Directiva 93/13/CEE [...], deben interpretarse en el sentido de que, para apreciar la transparencia y el carácter eventualmente abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario [...] que designa, como índice de referencia [...] un índice establecido por una circular que fue publicada oficialmente y al que se aplica un incremento, es pertinente el contenido de la información incluida en otra circular de la que se desprende la necesidad de aplicar a ese índice, dado su modo de cálculo, un diferencial negativo a fin de igualar dicho tipo de interés con el tipo de interés del mercado. También es pertinente determinar si esa información es suficientemente accesible para un consumidor medio».

4.- Volvió sobre esta cuestión del diferencial negativo la STJUE de 12 de diciembre de 2024, C-300/23, en términos que nos parecen más clarificadores. Sus apartados 86 y 87 explican que el órgano remitente basaba sus dudas sobre el cumplimiento del deber de transparencia -como sucedía en la cuestión C-265/22- en el hecho de que el préstamo litigioso contenía la definición del IRPH-Cajas, pero no hacía ninguna mención al BOE ni a la Circular 5/1994, ni precisaba una parte de la definición oficial, concretamente la que establece que los tipos de interés medio que conforman el IRPH son tipos TAE, ni tampoco mencionaba la advertencia hecha por el Banco de España en el preámbulo de la citada circular sobre los diferenciales negativos.

El TJUE reitera lo ya dicho en la sentencia de 13 de julio de 2023 (C-265/22), pero explica con más detalle el sentido que tiene en el control de transparencia el acceso a esta información sobre el preámbulo de la Circular 5/1994:

i) El fin esencial del conocimiento de este dato se expresa en estos términos: «dicha advertencia [sobre el diferencial negativo] puede

constituir un indicio pertinente de la utilidad de la información sobre la homogeneización de los tipos de referencia oficiales como tipos TAE, ya que el Banco de España parece haber considerado útil precisar que los tipos medios de los préstamos hipotecarios tomados en consideración para calcular el valor de un IRPH son TAE porque esos tipos medios incluyen, además, el efecto de las comisiones» (apartado 89).

ii) La utilización del IRPH en sí no merma la posibilidad del consumidor de comparar una propuesta de préstamo que utilice este índice de referencia con otras propuestas que utilicen otros índices oficiales que no consisten estructuralmente en una TAE, siempre que el valor actual y los valores históricos de dichos índices se comuniquen o sean accesibles, pues el consumidor medio puede comparar los tipos de interés previstos en las distintas propuestas y para obtener valores comparables lo único que tiene que hacer es añadir a los diferentes índices de referencia el diferencial designado, en caso de exista (apartado 90).

iii) La utilización del IRPH, por el hecho de proceder de valores TAE, no produce el efecto de transformar el tipo de interés en una TAE que pueda desglosarse en tipo de interés remuneratorio, por un lado, y diferenciales, comisiones y gastos, por otro. Como tal índice de referencia, y al igual que sucede con el resto de los índices, su única finalidad es establecer un método de cálculo contractual del tipo de interés remuneratorio, sin modificar su estructura (apartado 91).

iv) La circunstancia de que en las TAE de los contratos tomados en consideración para calcular los valores sucesivos de los índices IRPH algunos elementos puedan resultar de cláusulas contractuales que se revelan, a posteriori, abusivas, no puede ni poner en tela de juicio el carácter de referencia oficial de este índice ni afectar retroactivamente a la validez de una cláusula de otro contrato que se remita a ese índice (apartado 123).

5.- De estos apartados de la STJUE de 12 de diciembre de 2024 (C-300/23) puede extraerse la conclusión de que el TJUE trata la pertinencia de tomar en consideración, en la información que precisa un consumidor medio, el llamado «diferencial negativo» que se menciona en el preámbulo

de la Circular 5/1994 como una información instrumental que permita la adecuada comprensión del concepto de TAE en tal contexto y la diferencia entre los tipos de funcionan estructuralmente como una TAE –los IRPH- y el resto.

6.- Se entenderá mejor esta conclusión si tomamos como ejemplo los datos fácticos del asunto que enjuiciamos. El primer año de vida del contrato se regía por un TIN fijo del 5,25%, que tenía que ofrecerse necesariamente en términos TAE, y así se hizo (5,454% TAE), de modo que el prestatario ya tenía una referencia homologable con la que comparar, en primer lugar, otros préstamos hipotecarios comercializados por otras entidades (y que debían facilitarse, conforme a lo dicho, en términos TAE), y en segundo lugar, la diferencia que podía razonablemente existir entre el tipo fijo de ese primer periodo y el posible interés variable del resto de la vida del préstamo.

En efecto, teniendo en cuenta la redacción de cláusula 3ª bis, la información de que a la fecha de firma del préstamo el último valor del IRPH-Entidades publicado era del 4,645% -y esa referencia era ya homologable con la TAE- era fácilmente accesible, ya que estaba publicada en el BOE de 23 de diciembre de 2006 la Resolución de 19 de diciembre de 2006, del Banco de España, por la que mensualmente se hacen públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda. Esta Resolución, publicada y accesible, ofrecía la información pertinente con referencia expresa a la Circular 5/1994, de 22 de julio, de la que se ofrecía además la fecha de publicación en el BOE -3 de agosto siguiente-, lo que facilitaba la disponibilidad de su contenido íntegro. Este es el contenido de esa disposición publicada en el BOE de 23 de diciembre de 2006:

«Mensualmente se hacen públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda (1).

»Noviembre 2006:

Porcentaje	
1. Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre:	
a) De bancos	4,622
b) De cajas de ahorro	4,664
c) Del conjunto de entidades de crédito	4,645
2. Tipo activo de referencia de las cajas de ahorro	5,250
3. Rendimiento interno en el mercado secundario de la Deuda Pública entre dos y seis años	3,666
4. Tipo interbancario a 1 año (Mibor) 2	3,858
5. Referencia interbancaria a 1 año (Euribor)	3,864

(1) La definición y forma de cálculo de estos índices se recoge en las Circulares del Banco de España 5/1994, de 22 de julio (BOE del 3 de agosto), 7/1999, de 29 de junio (BOE del 9 de julio) y 1/2000, de 28 de enero (BOE del 10 de febrero) ».

7.- Debe tenerse en cuenta, además, que lo que establecía la Circular 5/1994 no era que cuando se empleaban los índices IRPH no fuera posible establecer sobre ellos un diferencial positivo y fuera obligatorio un diferencial negativo, ya que se trata de dos conceptos distintos: este último iría destinado a asegurar el efectivo conocimiento del interés medio del mercado, al detraer de la TAE el coste de las comisiones, mientras que el diferencial positivo es el margen con el que se incrementa el índice de referencia para determinar la remuneración del préstamo. A estos efectos no tiene especial relevancia el hecho de que, por ejemplo, en los planes públicos de vivienda sí llegara a contemplarse en algunos casos un diferencial negativo, lo que se explica por la propia finalidad de esa actuación institucional en el ámbito de la vivienda protegida.

Sustenta esta conclusión lo ya dicho sobre la falta de desarrollo normativo de esa mención del preámbulo, sobre la desaparición de cualquier referencia a esta cuestión en la Orden EHA/2899/2011, en la Circular BdeE 5/2012, y en la D.A. 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, y sobre la falta de constancia de que el Banco de España controlara ese diferencial negativo en su labor de supervisión de los tipos efectivos de interés de los préstamos hipotecarios, sin perjuicio de su

ponderación en las indicaciones, tratamiento y elaboración de los datos estadísticos que publica periódicamente. Es igualmente relevante la consideración, ya apuntada, del hecho notorio según el cual, como regla general, a igualdad de condiciones de capital, duración y condiciones de vinculación, a los préstamos referenciados a IRPH se les aplicaba un diferencial inferior al de otros índices como el Euríbor.

SÉPTIMO.- *Segundo y tercer motivo del recurso. El alcance del control de transparencia de las cláusulas que contienen el IRPH como índice de referencia de los préstamos hipotecarios. Decisión de la sala (IV). Conclusiones sobre los parámetros del control de transparencia de las cláusulas que contienen el IRPH como índice de referencia.*

1.- De este amplio y complejo recorrido normativo y jurisprudencial se desprende que la superación o no del control de transparencia de las cláusulas que contienen el IRPH como índice de referencia no admite una respuesta única y que la solución dependerá de las concretas circunstancias de cada préstamo y de cada litigio, en función de los hechos que queden probados en el mismo.

2.- Esta apreciación no nos exime de facilitar un catálogo de los diferentes elementos que habrán de ser tenidos en cuenta por los órganos jurisdiccionales en la realización del control de transparencia, en cumplimiento de nuestra obligación de formar doctrina jurisprudencial (art. 1.6 CC) y de la función que, como tribunal de casación, nos corresponde en orden a la armonización de la interpretación del Derecho nacional y en aras de la seguridad jurídica (SSTJUE de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C96/16 y C- 94/17, y 14 de marzo de 2019, C-118/17).

3.- El control de transparencia debe garantizar que un consumidor medio esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del método de cálculo de ese tipo de interés (IRPH más diferencial) y de valorar así, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de la cláusula de intereses remuneratorios sobre sus obligaciones financieras. El catálogo elementos a tener en cuenta en la realización de este control se extrae del contenido

de los fundamentos jurídicos anteriores y puede condensarse en los siguientes parámetros:

i) Será necesario comprobar, en primer lugar, si el préstamo litigioso, por su fecha y cuantía, está sujeto al bloque normativo de la Orden de 1994 y de la Circular 5/1994, o al de la Orden EHA/2899/2011 y la Circular 5/2012, o, por último, exclusivamente a la normativa general sobre condiciones generales de la contratación y consumo. Esto último sucederá en los préstamos que, por su fecha o cuantía, quedaron fuera del ámbito de aplicación de la Orden de 5 de mayo de 1994, esto es, todos los anteriores al 9 de diciembre de 2007 en los que el capital prestado excediera de 25 millones de pesetas (150.253,03 €).

ii) Sobre el conocimiento de la composición, de las peculiaridades, de los valores y de la evolución del tipo oficial, como regla general, y sin perjuicio de lo que precisaremos en los puntos iii) y iv), la publicación en el BOE de las Circulares 5/1994 y 5/2012 y de los sucesivos valores de los índices IRPH (trasladados luego a la sede electrónica del Banco de España) permitirá entender superado este elemento del control de transparencia, pues esta circunstancia permite 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 las diferentes entidades, al que habría que añadir el diferencial pactado en el caso concreto.

Tenemos en cuenta a este respecto que ya desde la sentencia 669/2017 hemos insistido en que los intereses remuneratorios del préstamo, que constituyen, esencialmente, el precio del negocio, admiten dos sistemas de determinación: el interés nominal fijo, inmune a las fluctuaciones de los tipos de interés, y el interés variable, en cuyo cálculo se establecen dos elementos contractuales que, conjuntamente, intentan mantener la economicidad del contrato: el elemento temporal (la revisión periódica del tipo aplicable) y el elemento cuantitativo, conforme al cual el tipo de interés resultante se desglosa en dos componentes: un tipo de referencia indicativo del precio del dinero (en nuestro caso, el IRPH) y un

margen o diferencial establecido en términos porcentuales. En consecuencia, cuando se utiliza el sistema de índice de referencia más diferencial, el precio del préstamo no es solo el correspondiente al índice, sino el resultante de la suma del valor del índice en cada periodo contractual más el margen.

iii) La Directiva 93/13 no impone que la información sobre la evolución pasada y el último valor del índice, ni siquiera en los préstamos sometidos a la Orden de 1994, tuvieran que ser necesariamente facilitados por la entidad prestamista, pues el índice de referencia quedó establecido mediante un acto administrativo que fue objeto de una publicación oficial, y en principio, los prestatarios tienen de este modo acceso a la información que puede permitir a un consumidor medio comprender el método de cálculo y los sucesivos valores del índice. La información necesaria puede provenir de elementos no facilitados directamente por el prestamista profesional, siempre que esos elementos estén públicamente disponibles y pueda accederse a ellos, en su caso, a través de ciertas indicaciones dadas en tal sentido por ese profesional, para lo que bastará que en la información facilitada conste la mención a la Circular 5/1994.

No será suficiente, a estos efectos, la sola mención de la Circular 8/1990, pues no llegó a publicarse en el BOE una versión consolidada que incluyera los contenidos añadidos por la Circular 5/1994, de modo que, en tales casos, el consumidor no podría lograr la accesibilidad al contenido de esta última circular sin llevar a cabo una tarea que excede de la diligencia de un consumidor medio y se adentra en el campo de la investigación jurídica.

iv) Si, en los préstamos sometidos a la Orden de 1994, la entidad prestamista ha incumplido el deber de entrega del folleto mencionado en el Anexo I, apartado 3, y sin perjuicio de las consecuencias que procedan en el ámbito de la disciplina de las entidades de crédito, la consecuencia no habrá de ser necesariamente la falta de transparencia. En tales casos, habrá que valorar si en el concreto procedimiento se acredita que esa omisión pudo ser suplida por la información facilitada por otros medios,

incluidas las indicaciones sobre la fuente y publicación de los datos pertinentes sobre el índice.

En este sentido, ha de aplicarse la reiterada jurisprudencia de esta sala (por todas, sentencia 1574/2024, de 20 de noviembre) según la cual el requisito de la transparencia material persigue un resultado insustituible, que es un consumidor suficientemente informado, pero que ese objetivo puede alcanzarse por pluralidad de medios:

«2.-Como hemos declarado en reiteradas ocasiones (sentencias 509/2020, de 6 de octubre, 564/2020, de 27 de octubre y 642/2020, de 27 de noviembre), no existen medios tasados para obtener el resultado que con el requisito de la transparencia material se persigue: un consumidor suficientemente informado. El adecuado conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios. Así lo pusimos también de relieve en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, en que afirmamos que en cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia».

Por ello, de la misma manera que hemos afirmado que el mero cumplimiento de los deberes de entrega documental establecidos en normas sectoriales no colma por sí solo el deber de transparencia cuando esa entrega documental no ha garantizado la información material a la que el consumidor tiene derecho (a título de ejemplo, y entre otras muchas, sentencia 328/2021, de 17 de mayo), habremos de valorar que la ausencia del folleto no equivaldrá a una automática falta de transparencia si en el concreto procedimiento se acredita que esa omisión pudo ser suplida por la información facilitada por otros medios, incluidas las indicaciones del prestamista sobre la fuente y publicación de los datos pertinentes sobre el índice.

v) El fin esencial del conocimiento de la mención del diferencial negativo del preámbulo de la Circular 5/1994, en los préstamos sometidos a esta norma, y que se logra con la mención a dicha Circular, es la comprensión, para un consumidor medio, del concepto de TAE en el contexto de la contratación de un préstamo hipotecario. En suma, la pertinencia de tomar

en consideración, en la información que precisa un consumidor medio, el llamado «diferencial negativo» mencionado en el preámbulo de la Circular 5/1994 es una información instrumental que permite la adecuada comprensión del concepto de TAE en tal contexto y la diferencia entre los tipos de funcionan estructuralmente como una TAE –los IRPH- y el resto. La omisión de una referencia concreta al diferencial negativo en la información suministrada resultará irrelevante, por lo ya explicado, si dicha información incluía la referencia a la Circular 5/1994 y, en caso de existir una primera franja temporal a tipo fijo, se indicaba la TAE aplicable a ese primer periodo, o se incluía cualquier otra mención al concepto TAE.

vi) La utilización del IRPH en sí no merma la posibilidad del consumidor de comparar una propuesta de préstamo que utilice este índice de referencia con otras propuestas que utilicen otros índices oficiales que no consisten estructuralmente en una TAE, siempre que el valor actual y los valores históricos de dichos índices se comuniquen o sean accesibles, conforme a lo ya explicado, pues el consumidor medio puede comparar los tipos de interés previstos en las distintas propuestas y para obtener valores comparables lo único que tiene que hacer es añadir a los diferentes índices de referencia el diferencial designado.

4.- En síntesis:

i) La primera comprobación será la correspondiente al régimen jurídico del préstamo, esto es, la aplicación del bloque normativo de la Orden de 1994 y de la Circular 5/1994, del propio de la Orden EHA/2899/2011 y la Circular 5/2012, o, por último, exclusivamente la normativa general sobre condiciones generales de la contratación y consumo. Esto último sucederá en los préstamos que, por su fecha o cuantía, quedaron fuera del ámbito de aplicación de la Orden de 5 de mayo de 1994, esto es, todos los anteriores al 9 de diciembre de 2007 en los que el capital prestado excediera de 25 millones de pesetas (150.253,03 €).

ii) Solo en los préstamos sometidos a la Orden de 1994 será necesario comprobar las circunstancias relativas a la entrega del folleto previsto en su Anexo I-3 y al diferencial negativo mencionado en la Circular 5/1994.

iii) Como regla general, el acceso al conocimiento de la composición, de las peculiaridades, de los valores y de la evolución del tipo oficial estará garantizado a través de la publicación en el BOE de las Circulares 5/1994 y 5/2012 y de los sucesivos valores de los índices IRPH (trasladados luego a la sede electrónica del Banco de España), lo que permitirá entender superado este elemento del control de transparencia.

iv) La Directiva 93/13 no impone que la información sobre la evolución pasada y el último valor del índice, ni siquiera en los préstamos sometidos a la Orden de 1994, tuvieran que ser necesariamente facilitados por la entidad prestamista. La información necesaria puede provenir de elementos no facilitados directamente por el prestamista profesional, siempre que esos elementos estén públicamente disponibles y pueda accederse a ellos, en su caso, a través de ciertas indicaciones dadas en tal sentido por ese profesional, para lo que bastará que en la información facilitada conste la mención a la Circular 5/1994.

v) No será suficiente, a estos efectos, la sola mención de la Circular 8/1990.

vi) Si en los préstamos sometidos a la Orden de 1994 la entidad prestamista ha incumplido el deber de entrega del folleto mencionado en el Anexo I, apartado 3, habrá que tener en cuenta si en el concreto procedimiento se acredita que esa omisión pudo ser suplida por la información facilitada por otros medios, incluidas las indicaciones sobre la fuente y publicación de los datos pertinentes sobre el índice.

vii) La omisión de una referencia concreta al diferencial negativo mencionado en el preámbulo de la Circular resultará irrelevante si la información incluía la referencia a la Circular 5/1994 y, en caso de existir una primera franja temporal a tipo fijo, se indicaba la TAE aplicable a ese primer periodo o, se incluía cualquier otra referencia al concepto TAE. No será suficiente, a estos efectos, la sola mención de la Circular 8/1990.

viii) La utilización del IRPH en sí no merma la posibilidad del consumidor de comparar una propuesta de préstamo que utilice este índice de

referencia con otras propuestas que utilicen otros índices oficiales que no consisten estructuralmente en una TAE.

OCTAVO.- *Segundo y tercer motivo del recurso. Aplicación de los parámetros anteriores. Estimación.*

1.- Los motivos segundo y tercero del recurso deben ser estimados porque los parámetros que utiliza la Audiencia para definir el control de transparencia no son correctos. En la demanda se mencionaron (hecho cuarto) las negociaciones sobre el préstamo y en la audiencia previa no se impugnó el documento interno de la entidad sobre la finalidad del mismo y las circunstancias en que se celebró, lo que evidencia la existencia de la necesaria información precontractual. El hecho de que el descenso del Euríbor no hubiera sido seguido en igual forma por el IRPH -a la fecha de la sentencia recurrida, pues la evolución ha sido diferente en los años posteriores- no es relevante para el control de transparencia y, con oferta vinculante o sin ella, los prestatarios, además de las negociaciones previas sobre el préstamo, tuvieron a su disposición la escritura pública antes de la firma, por lo que no pudieron pasar por alto el contenido de la cláusula 3 bis ni entender en modo alguno que se trataba de un préstamo referenciado al Euríbor, que es la tesis que vertebra su demanda y la invocación de la falta de transparencia.

2.- No solo es que el Euríbor no se mencione en absoluto en la información precontractual o contractual. Es que, además, la cláusula 3 bis tenía una redacción clara, detallada y extensa que permitía a los prestatarios comprender, sin mayor dificultad:

i) Que en el primer año regía un tipo fijo identificado con su TIN y con su TAE.

ii) Que a partir del segundo año se aplicaría un índice oficial, el IRPH entidades (“el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de las entidades de crédito”) más un diferencial del 0,6%.

iii) Que ese índice oficial -y el sustitutivo- estaba definido en la Circular 5/1994 del Banco de España de 22 de julio de 1994, publicada en el BOE el 3 de agosto siguiente.

iv) Que debido a que los tipos de interés variable que se tomaban como referencia se publican en el BOE, dicha publicación accesible era un medio suficiente para que pudieran ser comprobados en cada momento por la parte prestataria, que además podría tomar conocimiento y obtener la información pertinente en cualquiera de las oficinas de la Caja.

v) Que se aceptaba de forma expresa que el sistema de comunicación, establecido en su conjunto, satisfacía plenamente el legítimo derecho de acceso de la parte deudora al conocimiento del tipo de interés de referencia, asumiendo, a todos los efectos, sus consecuencias, especialmente en orden a la aplicabilidad de las variaciones correspondiente a los tipos de interés.

Tenemos en cuenta, además que la demandante había concertado con la misma entidad otros préstamos referenciados al Mibor y el Euríbor, por lo que no le pudo pasar desapercibido que en este caso el índice de referencia era otro.

3.- Los prestatarios sabían, pues, que durante el primer año de vida del contrato regía un TIN fijo del 5,25%, que equivalía a un 5,454% TAE, de modo que disponían de una referencia homologable con la que comparar, en primer lugar, otros préstamos hipotecarios comercializados por otras entidades (y que debían facilitarse también en términos TAE), y en segundo lugar, la diferencia que podía razonablemente existir entre el tipo fijo de ese primer periodo y el interés variable del resto de la vida del préstamo, pues, teniendo en cuenta la redacción de cláusula 3ª bis, la información de que a la fecha de firma del préstamo el último valor publicado del IRPH-Entidades era del 4,645% -y esa referencia era ya homologable con la TAE- era fácilmente accesible, ya que estaba publicada en el BOE de 23 de diciembre de 2006 la Resolución de 19 de diciembre de 2006, del Banco de España, en los términos antes expuestos. Tiene razón la recurrente, además, cuando indica que en los dos años anteriores la evolución del IRPH-Entidades y del Euríbor había sido muy

similar, con una diferencia media de un punto, de modo que esa información no sería especialmente significativa para prever la evolución futura de uno y otro índice. Además, constaba expresamente en el contrato la posibilidad de acceder a la evolución del índice a través de la información que se obligaba a facilitar, en cualquier momento, la sucursal responsable de la gestión del préstamo.

4.- Por todo ello, se cumplieron en el caso los parámetros del control de transparencia, lo que impide realizar el control de abusividad de las cláusulas cuestionadas (artículo 4.2 de la Directiva 93/13: «[l]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»).

5.- Los motivos segundo y tercero serán estimados, por lo que debemos asumir la instancia y estimar el recurso de apelación interpuesto por Kutxabank S.A. contra la sentencia de primera instancia, lo que implica desestimar la demanda formulada por D.^a M, sin hacer expresa imposición de las costas de la primera instancia, vistas las dudas de derecho que han presidido el tratamiento jurisprudencial de la cuestión (art. 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, LEC).

NOVENO.- Costas y depósitos

1.- No procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación que ha sido estimado, de conformidad con los artículos 394 y 398 LECI. Respecto de las costas del recurso de apelación, no procede hacer expresa imposición, pues el recurso debió ser estimado (art. 398 LEC, en la redacción aplicable al caso, anterior al RDL 6/2023, de 19 de diciembre).

2.- Procederá la devolución de los depósitos constituidos para formular los recursos de apelación y de casación, de conformidad con la disposición adicional 15^a, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

F A L L O

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por Kutxabank S.A. contra la sentencia dictada el 20 de septiembre de 2017 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava en el recurso de apelación 314/2017, derivado del juicio ordinario 1037/2016 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Vitoria-Gasteiz.

2.º- Casar la expresada sentencia y, al asumir la instancia, estimar el recurso de apelación interpuesto por Kutxabank S.A. contra la sentencia de primera instancia y desestimar la demanda formulada por D.^a M contra Kutxabank S.A., sin hacer expresa imposición de las costas de la primera ni de la segunda instancia.

3.º- No imponer las costas del recurso de casación.

4.º- Devolver a la recurrente los depósitos constituidos para interponer los recursos de apelación y de casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.

CASACIÓN núm.: 2535/2021

Ponente: Excma. Sra. D.^a Nuria Auxiliadora Orellana Cano

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Manuel Ávila de Encío

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

Sentencia núm. 1591/2025

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Ignacio Sancho Gargallo, presidente

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

D. Manuel Almenar Belenguer

D.^a Raquel Blázquez Martín

D.^a Nuria Auxiliadora Orellana Cano

D. Fernando Cerdá Alberó

En Madrid, a 11 de noviembre de 2025.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. J y D.^a T, representados por el procurador D. José Noguera Chaparro, bajo la dirección letrada de D.^a Anna Torroella Claver, contra la sentencia n.º 114/2021, dictada por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Girona, en el recurso de apelación n.º 853/2020, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 429/2020, del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Girona.

Ha sido parte recurrida Unión de Créditos Inmobiliarios, representada por el procurador D. Javier Segura Zariquiey y bajo la dirección letrada de D. Samuel Tronchoni Ramos.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a Nuria Auxiliadora Orellana Cano.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- El procurador D. Narcís Jucglà Serra, en nombre y representación de D.^a T y D. J, interpuso demanda de juicio ordinario contra Unión de Créditos Inmobiliarios, S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[p]or la que, estimando íntegramente la demanda, DECLARE:

»CON CARÁCTER PRINCIPAL:

»- NULIDAD DEL ÍNDICE DE REFERENCIA IRPH CAJAS Y DEL ÍNDICE SUSTITUTIVO IRPH ENTIDADES, CLÁUSULA TERCERA BIS.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE: Cláusula Tercera Bis, del contrato de préstamo hipotecario con garantía hipotecaria y distribución de responsabilidad suscrito en fecha 11 de julio de 2008, con número de protocolo 1300, ante el Notario Don J.

»- Y CONDENE A LA ENTIDAD A LA RESTITUCIÓN DE TODAS LAS CANTIDADES COBRADAS EN EXCESO desde el inicio hasta la última cuota que se

liquide con aplicación de la cláusula impugnada, más los intereses legales desde el cobro indebido hasta el efectivo cumplimiento.

»- Se condene a la referida entidad bancaria al pago de las costas del presente procedimiento.

»CON CARÁCTER SUBSIDIARIO:

»- NULIDAD DEL ÍNDICE DE REFERENCIA IRPH CAJAS Y DEL ÍNDICE SUSTITUTIVO IRPH ENTIDADES, MANTENIENDO VÁLIDO EL DIFERENCIAL, CLÁUSULA TERCERA BIS.- TIPOD E INTERESES VARIABLE: Cláusula Tercera Bis, del contrato de préstamo hipotecario con garantía hipotecaria y distribución de responsabilidad suscrito en fecha 11 de julio de 2008, con número de protocolo 1300, ante el Notario Don J.

»- Y CONDENE A LA ENTIDAD A LA RESTITUCIÓN DE TODAS LAS CANTIDADES COBRADAS EN EXCESO desde el inicio hasta la última cuota que se liquide con aplicación de la cláusula impugnada, manteniendo como válido el diferencial pactado, más los intereses legales desde el cobro indebido hasta el efectivo cumplimiento.

»- Se condene a la referida entidad bancaria al pago de las costas del presente procedimiento.

»CON CARACTER MAS SUBSIDIARIO:

»- NULIDAD DEL ÍNDICE DE REFERENCIA IRPH CAJAS Y DEL ÍNDICE SUSTITUTIVO IRPH ENTIDADES, CLÁUSULA TERCERA BIS.- TIPO DE INTERESES VARIABLE: Cláusula Tercera Bis, del contrato de préstamo hipotecario con garantía hipotecaria y distribución de responsabilidad suscrito en fecha 11 de julio de 2008, con número de protocolo 1300, ante el Notario Don J.

»- ACUERDE LA SUSTITUCION DEL INDICE DE REFERENCIA IRPH CAJAS Y DEL ÍNDICE SUSTITUTIVO IRPH ENTIDADES, POR EL ÍNDICE EURIBOS + EL DIFERENCIAL PACTADO EN LA ESCRITURA.

»- Y CONDENE A LA ENTIDAD A LA RESTITUCIÓN DE TODAS LAS CANTIDADES COBRADAS EN EXCESO teniendo en cuenta la sustitución del índice de referencia y del sustitutivo, por el índice EURIBOR (manteniendo el diferencial pactado en la escritura) desde el inicio del préstamo hasta la última cuota que se liquide con aplicación de la cláusula impugnada, más los intereses legales desde el cobro indebido hasta el efectivo cumplimiento.

»- Se condene a la referida entidad bancaria al pago de las costas del presente procedimiento».

2.- La demanda fue repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Girona, que la registró con el n.º 429/2020. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- El procurador D. Javier Segura Zariquiey, en representación de Unión de Créditos Inmobiliarios, S.A., Establecimiento Financiero de Crédito, contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba al juzgado:

«[d]icte en su día Sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de las costas causadas a la parte actora».

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Girona dictó sentencia de fecha 18 de septiembre de 2020, con la siguiente parte dispositiva:

«DESESTIMO la demanda presentada por J y T contra UNIÓN DE CRÉDITOS HIPOTECARIOS, S.A.

»No se hace expresa imposición de costas a ninguna de las partes. Cada una pagará las causadas a su instancia y las comunes por mitad».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. J y D.ª T.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Girona, que lo tramitó con el número de rollo 853/2020, y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia con fecha 15 de febrero de 2021, cuya parte dispositiva dispone:

«SE DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales Narcis Jucglà Serra, en nombre y representación acreditada de T y J contra la sentencia de fecha 18/09/2020 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Girona, en los Autos de Procedimiento Ordinario número 429/2020 DEBIENDO CONFIRMAR la misma.

»No procede pronunciamiento sobre las costas de esta alzada».

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

1.- El procurador D. José Noguera Chaparro, en representación de D. J y D.ª T, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Motivo 1º.- Infracción de la Sentencia de TJUE de 14.03.13 (C-415/11 Caso Mohamed Aziz vs Catalunya Caixa), TJUE 26.01.17 (C-421/14 Caso Banco Primus) en relación al control de contenido o abusividad, al referirse a los conceptos de buena fe y desequilibrios importantes en los derechos y obligaciones en detenimiento del consumidor del art. 82 de TRLGDCU».

«Motivo 2º.- Infracción de la STS nº 669, de fecha 14 de diciembre de 2017, Caso 1394/2016, en relación al control de transparencia (dedicando a ello el fundamento jurídico sexto de la Sentencia del TS (ap. 8, 9 y 11))».

«Motivo 3º.- Infracción del artículo 4.1 de la Directiva y del artículo 82.3 del RDL 1/2007, así la valoración de la abusividad debe hacerse en el momento de la contratación del préstamo. Efectivamente, para determinar el carácter abusivo de una cláusula se tendrán en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración».

«Motivo 4º.- Infracción al artículo 60 del Real Decreto Legislativo 1/ 2007, y artículo 80 del mismo cuerpo normativo, respecto en cuanto [sic] a la información previa al contrato y con respecto a los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente, en concreto el de la buena fe y equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes (c)».

«Motivo 5º.- Infracción del anexo II, punto 3 bis, apartado 1, letra d), de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, “de cualquier otro modo, siempre que resultara claro, concreto y comprensible por el prestatario y fuera conforme a Derecho”».

«Motivo 6º.- Infracción de la STJUE de 3.3.20 (C-125/2018). Infracción del artículo 4.2 y 4.5 de la Directiva 93/13, conforme las cláusulas contractuales aun si se refieren al objeto principal del contrato deben tener una redacción clara y comprensible y pueden ser objeto de examen por los Estados miembros, la cláusula debe permitir, según el artículo citado, que el consumidor medio, normalmente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo del 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».

«Motivo 7º.- Infracción de la doctrina del TJUE plasmada en Auto de 3.3.21 (C-13/19) y de la Sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020, Ibercaja Banco, C-452/18. Infracción del artículo 5 de la Directiva 93/13».

«Motivo 8.- Se denuncia que la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial del TS, fijada en la sentencia nº 241/2013, de 9 de mayo, el auto que se dictó en aclaración, de 3 de junio de 2013, en la interpretación dada por el Tribunal a los artículos 5, 7 y 8 de la LCGC, sobre los requisitos de incorporación de condiciones generales».

«Motivo 9º.- Se ha infringido la STS 669/17, de 14 de diciembre. Infracción de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13».

«Motivo 10º.- Se denuncia que la sentencia recurrida infringe el artículo 4 Bis, de la LOPJ, que consagra la supremacía del derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del TJUE».

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 y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 16 de julio de 2025, cuya parte dispositiva es como sigue:

«1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. J y Dª. T, contra la sentencia dictada el día 15 de febrero de 2021, por la Audiencia Provincial de Girona (Sección 1ª), en el rollo de apelación n.º 853/2021, dimanante del juicio ordinario n.º 429/2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Girona.

»2.º) Abrir el plazo de veinte días, para que la parte recurrida formalice, por escrito, su oposición al recurso, encontrándose las actuaciones a su disposición en Secretaría.

»Contra la presente resolución no cabe 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 providencias de 22 de julio y 8 de septiembre de 2025 se ha dado traslado a las partes para alegaciones sobre las sentencias y autos dictados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el índice de referencia IRPH, en especial, sobre la citada sentencia de 12 de diciembre de 2024.

5.- Por providencia de 16 de septiembre de 2025 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 1 de octubre de 2025, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

1.- Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

El 11 de julio de 2008, D. J y D.^a T, para financiar la adquisición de una vivienda, concertaron un préstamo hipotecario con la entidad Unión de Créditos Inmobiliarios, S.A., por un importe de 206.0000 euros. El plazo de amortización era de cuarenta años. La TAE del préstamo era de 6,21%.

Respecto del interés remuneratorio, se pactó que durante los seis primeros meses se devengaría un interés fijo del 6,00% nominal anual. Y transcurrido dicho plazo, se aplicaría un interés de acuerdo con el procedimiento que se establecía en la cláusula tercera bis, revisable cada seis meses.

A partir de entonces pasaba a ser variable, referenciado al índice IRPH Cajas, más 0,25 puntos. Para el supuesto de que la referencia definida no pudiera aplicarse por cualquier causa, convinieron que se utilizasen los siguientes: en primer lugar, el índice IRPH Entidades, y, en segundo lugar, si tampoco pudiera aplicarse esta referencia por su falta de publicación, la equiparable publicada por el Banco de España, Ministerio de Economía y Hacienda o instituciones públicas o privadas de la Unión Económica y Monetaria por este orden.

La cláusula tercera bis, bajo la rúbrica «TIPO DE INTERÉS VARIABLE», establecía:

«Transcurrido el periodo inicial a tipo fijo, el tipo de interés se convertirá en variable y su determinación se realizará de acuerdo con las reglas que a continuación se señalan.

»1. Definición del tipo de interés aplicable.- El tipo de interés nominal anual aplicable al capital dispuesto y pendiente de amortizar durante este período se determinará mediante la adición al valor que represente el tipo de interés de referencia definido en el apartado siguiente, de un margen constante de cero coma veinticinco puntos.

»El tipo que resulte, se considerará nominal a todos los efectos.

»La determinación del tipo de interés aplicable conforme al párrafo anterior se aplicará siempre que la parte prestataria mantenga el adeudo de las cuotas del préstamo en la cuenta designada. [...]

»2. Identificación del tipo de interés de referencia.

»a) Definición del tipo de interés de referencia.

»El tipo de interés de referencia será el "Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de las Cajas de Ahorro", publicado mensualmente por el Banco de España en el Boletín Oficial del Estado como referencia oficial. Dicha referencia aparece definida en el Anexo VIII, apartado 2, de la Circular del Banco de España 5/1994, de 22 de Julio (B.O.E. del 3 de agosto de 1994).

»La referencia que servirá de base para la revisión es la que se señala en el Anexo I, en el Apartado "Referencia para la revisión del tipo de interés".

»b) Índice o tipo de interés de referencia sustitutivo.- Para el supuesto de que la referencia definida no pudiera aplicarse por cualquier causa, las partes convienen en que se utilizará el siguiente catálogo de índices o tipos de referencia sustitutivos:

»En primer lugar, el "Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por el Conjunto de Entidades", publicado mensualmente por el Banco de España en el Boletín Oficial del Estado; dicha referencia es la definida en el Anexo VIII, apartado tres de la Circular del Banco de España 5/1994, de 22 de Julio (B.O.E. del 3 de Agosto de 1994), tomándose la correspondiente al mes fijado en el Anexo I, Apartado "Referencia para la revisión del tipo de interés".

»En segundo lugar, si tampoco pudiera aplicarse esta referencia por su falta de publicación, se utilizará la equiparable que el Banco de España, Ministerio de Economía y Hacienda o instituciones públicas o privadas de la Unión Económica y Monetaria por este orden.

»En cualquier caso el procedimiento para el cálculo del tipo de interés aplicable será siempre el definido en el Apartado 1 de esta misma Estipulación.

»3. Comunicación a la Parte Prestataria del tipo de interés variable.

»Dado que el tipo de referencia pactado es oficial, no será necesaria la comunicación del mismo a la Parte Prestataria, quien tendrá conocimiento de dicho tipo de referencia mediante la publicación en el Banco de España efectúa en el Boletín Oficial del Estado mensualmente. [...]».

El préstamo tenía un Anexo I cuyo apartado D) era del siguiente tenor:

«D) REFERENCIA PARA LA REVISIÓN DEL TIPO DE INTERÉS

La referencia que servirá de base para la revisión será el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de las Cajas de Ahorro de los meses de Diciembre y Junio».

2.- D. J y D.^a T presentaron una demanda contra Unión de Créditos Inmobiliarios, S.A., en la que solicitaba la declaración de nulidad por abusividad de la cláusula del contrato relativa al índice IRPH, tanto respecto del IRPH Cajas como del índice sustitutivo IRPH Entidades. También pedían la condena de la demandada a la restitución de todas las cantidades cobradas en exceso desde el inicio hasta la última cuota que se liquidara con aplicación de la cláusula impugnada, más los intereses legales desde el cobro indebido hasta el cumplimiento, con imposición de costas. Con carácter subsidiario, interesaban la nulidad del IRPH Cajas y del índice sustitutivo IRPH Entidades, manteniendo válido el diferencial, con condena de la demandada a la restitución de todas las cantidades cobradas en exceso desde el cobro indebido hasta el cumplimiento, manteniendo válido el diferencial pactado, más los intereses legales e imposición de costas. Con carácter más subsidiario, solicitaban la nulidad del IRPH Cajas y del índice sustitutivo IRPH Entidades, su sustitución por el Euríbor más el diferencial pactado, y la devolución de todas las cantidades cobradas en exceso teniendo en cuenta dicha sustitución desde el inicio del préstamo hasta la última cuota que se liquidara con aplicación de la cláusula impugnada, más los intereses legales desde el cobro indebido hasta el cumplimiento, e imposición de costas.

Se alegaba en la demanda que la cláusula relativa al índice IRPH: i) era una condición general de la contratación; ii) no superaba el control de incorporación, porque un consumidor medio no podía comprender por la mera lectura de la cláusula, cómo funcionaba el modo de cálculo del IRPH Cajas ni del índice sustitutivo IRPH Entidades; iii) no superaba el segundo control de transparencia, el control de comprensibilidad real, porque ninguna información se facilitó a los prestatarios; fue fijado el índice de referencia de forma unilateral; los actores no entendieron la carga económica ni jurídica en que la cláusula les

colocaba y desconocían su funcionamiento, pues resultaba imposible que un consumidor medio pudiera llegar a entender cómo funcionaban dichos índices si no se les había proporcionado documentación ni explicación alguna, sin que fueran conscientes de cómo funcionaban; iv) la cláusula era abusiva.

3.- La parte demandada se opuso a la demanda. El juzgado de primera instancia desestimó la demanda. Se basó en la jurisprudencia de esta sala y en la STJUE de 3 de marzo de 2020. Consideró que la cláusula relativa al índice IRPH era una condición general de la contratación y analizó la transparencia formal e informativa de la cláusula impugnada. Argumentó que la cláusula era clara y comprensible desde un punto de vista estrictamente gramatical o literal, porque concretaba cual era el tipo de interés nominal que se tomaba por referencia, que era un índice oficial que se publicaba en el BOE, por lo que entendió superado el primer control de transparencia. Respecto del segundo control de transparencia, concluyó que se informó a los prestatarios de las condiciones esenciales del contrato, en concreto, del interés remuneratorio que tendrían que asumir como contraprestación del préstamo. Entendió que estos sabían que era un préstamo a interés variable, que lo que cambiaba era la variación al alza del índice que se tomaba como referencia, y que no había diferencia entre las condiciones ofertadas y las firmadas. Consideró que el hecho de que los tipos de referencia hubieran tenido distinta variación no era motivo suficiente para declarar la nulidad de la cláusula, por tratarse de un índice de referencia oficial, publicado en el BOE, y los prestatarios podían consultar la diferencia entre índices e incluso su evolución histórica. Añadió que, al pactar un diferencial de 0,25%, seguramente les resultó atractivo el préstamo una vez estudiadas las ofertas. También tuvo en cuenta que constaba el folleto informativo, y una oferta vinculante, aunque de la misma fecha del contrato, y si bien no constaba entregada, sí que estaba a disposición de los prestatarios. Por ello, entendió cumplimentados los deberes de información del Banco.

En cuanto al control de abusividad, tras exponer que la falta de transparencia material no implicaba por sí misma la abusividad, estimó que había que atender a las circunstancias concurrentes en el momento de la contratación, sin que pudiera verse condicionado el juicio de abusividad por hechos posteriores, como la evolución de las distintas referencias hipotecarias, y sin que la evolución del Euríbor frente al IRPH pudiera servir de pauta. A efectos de la abusividad distinguió entre el IRPH Cajas y el IRPH CECA. En cuanto al primero, argumentó que al ser un índice oficial, fijado por una institución de supervisión, el Banco de

España, y elaborado bajo su control, no cabía deducir que la entidad financiera pudiera manipular o alterar el índice, ni que conociera datos o elementos sobre su evolución futura, por lo que al no quedar acreditado que la entidad financiera procediera en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio o detrimento del consumidor, no podía calificarse la cláusula de abusiva. Respecto del IRPH CECA [sic] -en realidad el índice sustitutivo es el IRPH Entidades- se razonó que no resultaba justificada la información suministrada por la entidad financiera, por lo que debía analizarse la abusividad de la cláusula, y concluyó que el índice sustitutivo no era abusivo, porque se trataba de un índice oficial en el momento de suscripción de la operación, igual que el índice principal, sin que perjudicara al cliente ni le ocasionara un desequilibrio.

4.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la parte demandante. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. La sentencia consideró que la cláusula que incluía el IRPH-Cajas como índice de referencia era una condición general de la contratación. Se basó en la STJUE de 3 de marzo de 2020 (C-125/18) y en las sentencias de esta sala 595/2020, de 12 de noviembre. Enumeró los errores en que había incurrido el auto que planteó la cuestión prejudicial, y concluyó que esta sentencia del TJUE no suponía una modificación de la jurisprudencia sentencia de pleno de esta sala de 14 de diciembre de 2017. Consideró que la entidad financiera no cumplió con los requisitos normativos de información de la Orden de 5 de mayo de 1994, ni respecto del folleto informativo ni de la oferta vinculante, por lo que entendió que la cláusula no superaba el control de transparencia. En cuanto a las consecuencias del incumplimiento de este deber de información, razonó que, conforme a la sentencia de esta sala 595/2020, de 12 de noviembre, la falta de transparencia no determinaba la nulidad de la cláusula sino la posibilidad de examinar su abusividad. Concluyó que, por su configuración, el IRPH no dependía de la voluntad de la entidad, ni en el caso se había acreditado que la entidad demandada tuviera conocimiento de su evolución futura. Razonó que el desequilibrio al consumidor no podía valorarse a posteriori, sino en el momento de la suscripción del contrato, y que la comparación no podía hacerse tomando como referencia exclusivamente el índice, sino que había que tomar en consideración otros elementos, como el diferencial.

5.- Los demandantes han interpuesto frente a la sentencia de la Audiencia Provincial un recurso de casación por interés casacional, fundado en la oposición a la jurisprudencia de esta sala, articulado en diez motivos. También han alegado

para justificar el acceso a la casación, la doctrina contradictoria de las audiencias provinciales y que se trata de una norma de vigencia inferior a cinco años, al haber sido modificado el artículo 83 TRLGCU por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

6.- Tras el dictado de la STJUE de 12 de diciembre de 2024 (C-300/23), se ha conferido traslado a las partes para alegaciones sobre las sentencias y autos dictados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) sobre el índice de referencia IRPH, es especial, sobre la citada sentencia. Ambas partes han formulado alegaciones.

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Desestimación de los óbices de admisibilidad.*

1.- La parte recurrida, al oponerse al recurso de casación, alegó su inadmisibilidad, por entender que adolecía de una falta de claridad y de una deficiente técnica casacional. Se basaba en que el recurso sigue una estructura confusa y contraria al Acuerdo de pleno no jurisdiccional de esta sala de 27 de enero de 2017, sobre criterios de admisión de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal. Adujo que el recurso de casación no contenía dos partes perfectamente diferenciadas, no recogía las supuestas infracciones cometidas en los distintos motivos, sino que entremezclaba los motivos o causas que a su juicio justificaban el interés casacional, y atentaba contra la prohibición de no formularse submotivos dentro de cada motivo.

2.- Estos óbices de admisibilidad no pueden ser atendidos. Al margen de las razones aducidas por la parte recurrente para justificar el interés casacional, la sala advierte que en este caso es notorio a la vista de lo que se expone a continuación.

Sin perjuicio de que la falta de mención de la infracción cometida en alguno de los motivos determine su inadmisión, ello no comporta la inadmisión íntegra del recurso de casación.

TERCERO.- *Recurso de casación. Desestimación de los motivos segundo, quinto, octavo, noveno y décimo.*

1.- Vamos a analizar previamente los motivos del recurso de casación segundo, y del octavo al décimo, que se van a desestimar por las razones que exponemos a continuación. Los demás motivos serán resueltos conjuntamente por versar todos ellos sobre el juicio de abusividad.

2.- Formulación del segundo motivo del recurso de casación. Denuncia la infracción de la sentencia de esta sala 669/2017, de 14 de diciembre, en relación con el control de transparencia.

En el desarrollo del motivo la parte recurrente alega que la resolución recurrida infringe la sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, porque en ella este tribunal «decretó la nulidad de la cláusula que no superaba el control de transparencia» [sic], y, sin embargo, en el presente supuesto, aunque la Audiencia Provincial considera que no superaba el control de transparencia, no declaró la nulidad de la cláusula.

3.- Decisión de la sala. Desestimación del motivo de recurso. Este motivo no puede ser admitido por la falta de la cita del precepto infringido. La jurisprudencia de esta sala, al interpretar el artículo 477 LEC, en la redacción aplicable al caso (anterior a la reforma introducida por el RDL 5/2023, de 28 de junio), ha reiterado que el recurso de casación ha de basarse en una concreta infracción de una determinada norma jurídica sustantiva aplicable en la resolución de las cuestiones objeto de litigio, siendo esencial identificar esa norma jurídica infringida al exponer el motivo de casación (sentencias 108/2017, de 17 de febrero y 91/2018, de 19 de febrero). Así lo explicábamos en la sentencia 399/2017, de 27 de junio:

«Constituye una exigencia mínima de la formulación de los motivos de casación, como hemos recordado recientemente en el acuerdo sobre los criterios de admisión de los recursos de casación, que se identifique con claridad la norma infringida. No hacerlo así, además de que impide pueda cumplirse la finalidad del recurso, confunde la casación con una nueva revisión del caso como si de una tercera instancia se tratara».

Ello responde a que no es posible transformar la casación en una tercera instancia, a fin de que sea la sala la que supla la actividad que la norma atribuye a la parte, investigue si el agravio denunciado deriva de una infracción sustantiva, identifique la norma vulnerada, y construya la argumentación del recurso, a fin de precisar en qué y por qué resulta infringido el derecho aplicable a la decisión del caso.

Puesto que la presentación del recurso incurrió en un requisito de inadmisión insubsanable (art. 483.2.1.º LEC), en esta fase procesal debe ser desestimado, ya que las causas de inadmisión devienen en causas de desestimación del recurso (sentencias de esta sala 72/2009, de 13 de febrero; 33/2011, de 31 de enero; 564/2013, de 1 de octubre; 546/2016, de 16 de

septiembre; 25/2017, de 18 de enero; 108/2017, de 17 de febrero; 146/2017, de 1 de marzo; 557/2018, de 9 de octubre; y 1058/2024, de 22 de julio).

4.- Formulación del quinto motivo del recurso de casación. Se denuncia la «[i]nfracción del anexo II, punto 3 bis, apartado 1, letra d), de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, de cualquier otro modo, siempre que resultara claro, concreto y comprensible por el prestatario y fuera conforme a Derecho».

Se alega en este motivo que la cláusula relativa al objeto del contrato (precio/tipo de interés), cuando no se da la información prescrita en la citada Orden Ministerial, no es fácilmente accesible para un consumidor medio razonablemente informado, atento y perspicaz.

5.- Decisión de la sala. Desestimación. La sentencia recurrida declaró que la cláusula no era transparente.

Este motivo de recurso va referido al control de transparencia. La Audiencia Provincial estimó incumplida la citada Orden y declaró que la cláusula no era transparente, por lo que este motivo ha de ser desestimado.

6.- Formulación del octavo motivo del recurso de casación. Denuncia que la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial de esta sala fijada en la sentencia n.º 241/2013, de 9 de mayo, el auto que se dictó en aclaración, de 3 de junio de 2013, y la interpretación dada por esta sala a los artículos 5, 7 y 8 de la LCGC, sobre los requisitos de incorporación de las condiciones generales.

En el desarrollo de este motivo se alega, en cuanto al control de incorporación al que se refiere la sentencia invocada, que no es equiparable el desconocimiento de la cláusula con su imposición, y que no puede incorporarse al contrato lo que se desconoce y no se explica con información legalmente prevista al efecto, lo que hace estéril el debate entre la falta de transparencia y la abusividad.

7.- Decisión de la sala. El control de incorporación. Firmeza del pronunciamiento en primera instancia. Desestimación del motivo.

El Juzgado de Primera Instancia rechazó que la cláusula no superara el control de incorporación y concluyó que la cláusula en sí misma considerada, desde un punto de vista gramatical o literal, era clara y comprensible. Los demandantes, hoy recurrentes, no recurrieron en apelación este pronunciamiento que, por tanto, quedó firme en primera instancia. La Audiencia Provincial, por ello, no se

pronuncia sobre el control de incorporación. No obstante, la parte recurrente, en el motivo de casación octavo vuelve a plantear la cuestión e, incluso, llega a afirmar que la apreciación de la falta de incorporación de la cláusula haría estéril el debate sobre la falta de transparencia y la abusividad de la cláusula.

No pueden plantearse en casación cuestiones que no hayan sido formuladas en la apelación, porque «[e]l recurso de casación permite denunciar las infracciones legales en que el tribunal de apelación haya podido incurrir al resolver las cuestiones planteadas en el recurso de apelación, pero no permite hacer un nuevo planteamiento de la cuestión litigiosa, distinta a la que se sometió a la consideración del tribunal de apelación» (sentencia de pleno 772/2014, de 12 de enero de 2015).

En consecuencia, como este motivo octavo plantea una cuestión que quedó firme y que no suscitó debate en la segunda instancia, no cabe ahora plantearla en casación. Razón por la cual motivo octavo ha de ser desestimado.

8.- *Formulación del noveno motivo del recurso de casación.* Denuncia la infracción de la sentencia de esta sala 669/2017, de 14 de diciembre, y de los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13.

En el desarrollo del motivo se expone que, si se declarase la nulidad de la cláusula relativa a la remuneración del préstamo, y este no pudiera subsistir sin la cláusula abusiva, podría sustituirse por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes.

9.- *Decisión de la sala. Desestimación.* Procede desestimar el motivo porque se apoya en una premisa inexistente. El tribunal no ha podido infringir las normas relativas a los efectos de la nulidad de la cláusula, cuando no ha existido el previo pronunciamiento de nulidad.

Por tanto, este motivo de recurso no puede ser admitido como tal, lo que conlleva su desestimación.

10.- *Formulación del décimo motivo del recurso de casación.* Denuncia la infracción del artículo 4 bis de la LOPJ, que consagra la supremacía del derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del TJUE.

En el desarrollo del motivo se dice que la sentencia recurrida contraviene la doctrina del TJUE por las razones especificadas en los anteriores motivos.

11.- Decisión de la sala. Este motivo de recurso, tal como se enuncia y explica, va relacionado con los anteriores, sin que aporte nada nuevo, salvo la cita del artículo 4 bis LOPJ, pero no es un motivo autónomo, por lo que ha de ser inadmitido, lo que supone su desestimación.

CUARTO.- *Motivos del recurso de casación relativos al control de abusividad de la cláusula del índice de referencia IRPH. Decisión de la sala tras las sentencias del TJUE de 13 de julio de 2023 (C-265/22) y 12 de diciembre de 2024 (C-300/23).*

1.- La sentencia recurrida confirma la desestimación de la demanda. Considera la Audiencia Provincial, en contra de lo resuelto en primera instancia, que la cláusula no es transparente porque la entidad financiera no cumplió con los deberes de información que le incumbían (la entrega del folleto informativo y de la oferta vinculante). A continuación, analiza si la cláusula es abusiva. En primer lugar, descarta la ausencia de buena fe, por tratarse de un índice oficial, que no depende de la voluntad de la entidad, ni se ha acreditado que esta tuviera conocimiento de la evolución futura del índice IRPH. Tampoco considera que la cláusula cause un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, porque ello no es posible valorarlo a posteriori, sino en el momento de la suscripción del contrato, sin que la evolución posterior de uno y otro índice sea suficiente para determinar la existencia de dicho desequilibrio. Además, tiene en cuenta que la comparación no puede hacerse en ningún caso tomando como referencia exclusivamente el índice, sino que habrá que tomar en consideración también otros elementos, como puede ser el diferencial. Concluye que la cláusula controvertida no puede ser declarada nula por abusiva porque el recurrente se ha limitado a comparar el IRPH con la evolución posterior del Euríbor, lo que resulta inadecuado.

2.- Vamos a resolver conjuntamente los motivos primero, tercero, cuarto, sexto y séptimo del recurso de casación, referidos todos ellos -de una u otra forma- al juicio de abusividad.

Para su resolución, partimos de la premisa de que la Audiencia Provincial consideró que la cláusula no era transparente. Este pronunciamiento ha quedado firme porque no ha sido recurrido. Por tanto, esta sala no puede entrar a enjuiciar la transparencia de la cláusula. Hemos de limitarnos a enjuiciar la abusividad.

3. Formulación del primer motivo del recurso de casación. El primer motivo denuncia la infracción de las sentencias del TJUE de 14 de marzo de 2013, C-

415/11, *Caso Mohamed Aziz vs Catalunya Caixa*, y de 26 de enero de 2017, C-421/14 *Caso Banco Primus*, en relación con el control de contenido o abusividad, al referirse a los conceptos de buena fe y desequilibrio importantes en los derechos y obligaciones en detrimento del consumidor, y del art. 82 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante, TRLGDCU).

En el desarrollo del motivo se alega que la sentencia recurrida infringe la jurisprudencia fijada por el TJUE en estas sentencias, al realizar el control de contenido. En cuanto a las exigencias de la buena fe, considera el recurrente que, si la entidad prestamista hubiera tratado de manera leal y equitativa con los prestatarios, no habrían aceptado una cláusula de indexación al IRPH en el marco de una negociación individual, porque se trata de un índice más elevado que el normal, con una limitada afectación a la bajada de los tipos de interés, por lo que habrían solicitado el índice mayoritariamente aplicado a los préstamos hipotecarios (el Euríbor). Respecto de la exigencia de un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor entre los derechos y obligaciones de las partes, se alega que se privó al consumidor de la posibilidad de una correcta comparación de la oferta con un préstamo que estuviera referenciado al índice habitual, el Euríbor, en especial, el modo de interacción del índice con su respectivo hábitat referencial. Así, el IRPH Cajas, al tiempo de la contratación del préstamo, rondaba el 6,084, mientras que el Euríbor más el diferencial previsto en la escritura rondaba el 3,702, por lo entiende el recurrente que la cláusula no superaba el control de abusividad, porque si hubiera referenciado el préstamo al Euríbor hubiera pagado casi la mitad de los intereses que con el IRPH Cajas, lo que estima es abusivo.

4.- *Formulación del tercer motivo del recurso de casación.* Denuncia la infracción del artículo 4.1 de la Directiva 93/13 y del artículo 82.3 TRLGCU, porque la valoración de la abusividad debe hacerse en el momento de la contratación del préstamo, y para determinar el carácter abusivo de una cláusula hay que tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en ese momento.

En el desarrollo del motivo se alega que es en ese momento cuando el juez ha de valorar si la cláusula es contraria a la buena fe y si causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes. Para la parte recurrente, el desequilibrio consistiría en que a la fecha de la celebración

del contrato ese índice fuera gravemente perjudicial para el consumidor, sin que pueda hacerse en función de la evolución posterior del índice pactado, ya que el banco no tiene (o, al menos, así ha de presumirse), ninguna capacidad de influir decisivamente en su determinación y lógicamente no conoce su futura evolución. Pero se debe valorar cómo estaban los índices en el momento de la contratación y, en este caso, el interés Euríbor más el diferencial previsto en la escritura, daba un resultado muy inferior al del IRPH.

5.- Formulación del cuarto motivo del recurso de casación. Denuncia la infracción de los artículos 60 y 80 TRLGCU en cuanto a la información previa al contrato y respecto de los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente, en concreto, el de la buena fe y el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

En el desarrollo de este motivo se alega que el deudor hipotecario, consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, no puede por sí sólo comprender el funcionamiento del modo de cálculo del IRPH, por lo que la entidad bancaria debió desplegar un plus de información en relación con el índice aplicable, con carácter previo a la firma, y al no hacerlo así, infringió el indicado precepto.

Considera el recurrente que se conculca las exigencias de la buena fe y el equilibrio, cuando no se entrega la documentación que la ley impone (evolución de los últimos dos años del índice), ni se da ninguna otra información adicional, por no superar la cláusula el control de transparencia, y se infringe el artículo 60 porque se debió considerar no superado el control de contenido y/o abusividad.

6.- Formulación del sexto motivo del recurso de casación. Se denuncia en este motivo la infracción de la STJUE de 3 de marzo de 2020 (C-125/2018), y de los artículos 4.2 y 4.5 de la Directiva 93/13, porque las cláusulas contractuales aun si se refieren al objeto principal del contrato, deben tener una redacción clara y comprensible y pueden ser objeto de examen por los Estados miembros. La cláusula debe permitir, según el citado precepto, que el consumidor medio, normalmente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo del 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.

Se aduce en este motivo que, dado que la cláusula que fija la retribución del préstamo mediante intereses, que se calculan según un tipo variable, no sólo debe ser comprensible para el consumidor en un plano gramatical y formal, sino que también debe posibilitar al consumidor medio comprender el funcionamiento del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar las consecuencias económicas potencialmente significativas. En ese contexto, en que no se supera el control de transparencia, la parte recurrente entiende que debió considerarse no superado el control de abusividad.

7.- Formulación del séptimo motivo del recurso de casación. Se denuncia en este motivo la infracción de la doctrina del TJUE plasmada en el auto de 3 de marzo de 2021 (C-13/19), y en la Sentencia de 9 de julio de 2020 (C-452/18, *Ibercaja Banco*), y del artículo 5 de la Directiva 93/13.

En su desarrollo se alega que la sentencia recurrida infringe el mencionado auto por cuanto debió considerar que la cláusula no está redactada de manera clara y comprensible, por carecer de la información necesaria, de manera que no expone de manera transparente el funcionamiento del IRPH, por lo que no está, por tanto, el consumidor, en condiciones de valorar las consecuencias económicas del contrato, el precio, en definitiva, y por no valorar de forma extensiva que cuando no se da la información debida, la cláusula no se puede considerar redactada de manera clara y comprensible. Se estima que infringe la sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020 (C-452/18) porque en este caso el deudor no ha tenido la oportunidad de decidir si se adhería o no a la cláusula IRPH Cajas en el momento de la contratación, por no contar con información oportuna. La entidad sabía que debía que tenía que transmitir al cliente que con el IRPH Cajas, índice minoritario, pagaría el doble de intereses que, con el Euríbor, índice mayoritario, y no lo hizo, lo que estima el recurrente que contraviene las exigencias de la buena fe, y hace decantar la balanza hacia la declaración de nulidad de la cláusula por abusividad.

QUINTO.- Los préstamos bancarios a tipo variable. Tipos de referencia

1.- Los intereses remuneratorios del préstamo, objeto de pacto conforme a los arts. 1755 CC y 315 CCom, constituyen, esencialmente, el precio del negocio y, en consecuencia, sirven económicamente al prestamista para cubrir sus costes de financiación y obtener el lucro pretendido con la operación.

En el mercado bancario y financiero se utilizan dos sistemas de determinación del tipo de interés remuneratorio: el interés nominal fijo, que suele ser un porcentaje, y el interés variable.

El tipo fijo tiene la ventaja de establecer el contenido contractual desde el inicio de la relación hasta su finalización y, por tanto, ofrece una mayor previsibilidad, en comparación con el interés variable, sobre la cantidad total a satisfacer en concepto de intereses remuneratorios. Por el contrario, al ser inmune a la fluctuación de los tipos de interés, puede acabar siendo más gravoso para una u otra parte, según esas fluctuaciones sean muy pronunciadas hacia arriba o hacia abajo.

Para contrarrestar este riesgo en las operaciones a largo plazo, se utiliza el interés variable, a fin de acomodar la ejecución del préstamo a las oscilaciones del precio del dinero. Para ajustar el interés a los niveles del mercado, la duración total del contrato se divide en períodos (usualmente múltiplos de mes), en cada uno de los cuales se aplica el tipo resultante de las condiciones pactadas.

2.- En el cálculo del interés variable se establecen dos elementos contractuales que, conjuntamente, intentan mantener la economicidad del contrato. El primer elemento es el temporal, en función del cual el tipo de interés aplicable se revisa cada cierto tiempo. El segundo elemento establece los parámetros o criterios conforme a los cuales se calcula el interés aplicable, de manera que el tipo de interés resultante se desglosa en dos componentes: a) un tipo de referencia indicativo del precio del dinero (por ejemplo, por citar la práctica española, Mibor, Ceca, Euríbor o el ahora cuestionado IRPH); y, b) eventualmente, un margen o diferencial establecido en términos porcentuales, que se sumará al tipo de referencia. En consecuencia, cuando se utiliza el sistema de índice de referencia más diferencial, el precio del préstamo no es solo el correspondiente al índice, sino el resultante de la suma del valor del índice en cada periodo contractual más el margen. Respecto a los tipos de referencia, cuando el prestatario es consumidor, el art. 85.3 TRLGCU permite las cláusulas por las que el empresario se reserva la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés cuando se encuentren adaptados a un índice, «siempre que se trate de índices legales y se

describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna» (sentencia de esta sala 669/2017, de 14 de diciembre).

SEXTO.- *El tipo de referencia IRPH*

1.- La Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (actualmente derogada, pero en vigor cuando se firmó el contrato) habilitó al Banco de España para definir, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, 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. En cumplimiento de dicha habilitación, la Circular 5/1994 del Banco de España, de 22 de julio, estableció como oficiales los siguientes índices:

a.- Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre concedidos por los bancos.

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

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.

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).

Y dispuso que el Banco de España diera una difusión adecuada a estos índices que, en todo caso, se publicarían mensualmente en el BOE.

Los índices IRPH (los tres primeros de la relación antes transcrita) se definieron como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hubieran sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiriese el índice por los bancos (IRPH

-Bancos), las cajas de ahorros (IRPH-Cajas) o el conjunto de bancos, cajas de ahorros y sociedades de crédito hipotecario (IRPH-Entidades).

El Real Decreto 692/1996, de 26 de abril, sobre el régimen jurídico de los establecimientos financieros de crédito, obligó a las sociedades de crédito hipotecario autorizadas a la entrada en vigor de esa norma a transformarse en establecimientos financieros de crédito antes del 1 de enero de 1997. Como consecuencia de esta transformación, el IRPH-Entidades, a partir del 1 de enero de 1997, se calculó únicamente a partir de los datos declarados por los bancos y las cajas de ahorros.

2.- Posteriormente, la definición y la forma de cálculo del IRPH-Entidades pasó a regularse en la Orden de 28 de octubre de 2011, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y en la Circular 5/2012 del Banco de España, de 27 de junio, que ordenó, en su disposición transitoria única, que el IRPH-Cajas y el IRPH-Bancos dejaran de tener la consideración de tipo de referencia oficial del mercado hipotecario para las nuevas operaciones que se formalizasen después de su entrada en vigor (29 de abril de 2012). No obstante, la Orden permitió que, con carácter transitorio, tanto el IRPH-Cajas como el IRPH-Bancos se siguieran publicando y considerando aptos, a todos los efectos, respecto de los préstamos a interés variable que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden, los vinieran ya utilizando para la revisión de su tipo de interés.

3.- La desaparición definitiva del IRPH-Cajas y del IRPH-Bancos se produjo el 1 de noviembre de 2013, conforme a lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. El Banco de España, con efectos desde ese mismo día, dejó de publicar en su sede electrónica los mencionados índices. Las referencias al tipo de interés IRPH-Cajas e IRPH-Bancos fueron sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato de préstamo o crédito hipotecario.

4.- 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 los términos en los que se producirá tal variación en atención al valor de los índices de referencia adoptados; y la publicidad de los valores del índice de referencia adoptado para la adaptación del tipo de interés remuneratorio.

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

«2. En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones: a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades.

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

»3. En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, no será precisa la notificación individualizada al prestatario de las variaciones experimentadas en el tipo de interés aplicable cuando se den simultáneamente las siguientes circunstancias:

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

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

»3. bis. Tipo de interés variable.

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

»a) Como suma de:

»Un margen constante (positivo, nulo o negativo), expresado en puntos o fracciones de punto. El tipo de interés de referencia.

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

SÉPTIMO.- *La jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el juicio de abusividad de la cláusula de interés variable referenciada al IRPH anterior a las sentencias del TJUE de 13 de julio de 2023 (C-265/22) y de 12 de diciembre de 2024 (C-300/23).*

1.- Antes de entrar en el análisis de los diversos motivos del recurso de casación relativos al juicio de abusividad, vamos a exponer la jurisprudencia de esta sala anterior a las sentencias del TJUE de 13 de julio de 2023 (C-265/22), y de 12 de diciembre de 2024 (C-300/23). A continuación, expondremos la doctrina del TJUE sobre el control de abusividad en estas resoluciones, para después analizar los motivos concretos del recurso de casación relativos a la abusividad.

2.- Este Tribunal se pronunció sobre la cláusula de IRPH en las sentencias del pleno 595/2020, 596/2020, 597/2020 y 598/2020, todas ellas de 12 de noviembre, que se dictaron tras la STJUE de 3 de marzo de 2020 (C-125/18). Con posterioridad se dictaron las sentencias 13/2021 y 17/2021, de 19 de enero, 42/2022, 43/2022 y 44/2022, todas ellas de 27 de enero, 67/2022, de 1 de febrero, y la 423/2022, de 25 de mayo. En esta última, señalamos que las consideraciones contenidas en estas sentencias habían sido ratificadas por los dos autos del TJUE de 17 de noviembre de 2021 (C-655/2020 y C-79/21), que entendimos vinieron a confirmar que la jurisprudencia de esta sala sobre el control de abusividad de la cláusula que referencia el interés al índice IRPH había interpretado correctamente la Directiva 93/13/CEE.

3.- Sin entrar en las consideraciones relativas a los parámetros del control de transparencia -que en este caso la audiencia entendió no superado-, estimamos en estas sentencias que, en todo caso, aun en el supuesto de que la ausencia de información directa sobre la evolución del IRPH en los dos años anteriores determinara la falta de transparencia de la cláusula cuestionada, ello no implicaba necesariamente su nulidad. Argumentábamos que, según reiterada jurisprudencia del TJUE, cuando se trata de elementos esenciales del contrato (precio y prestación), el efecto de la falta de transparencia de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato no es su nulidad, sino la posibilidad de realizar el juicio de abusividad, esto es, permite valorar si se trata de una cláusula que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (por todas, SSTJUE de 30 de abril de 2014 (C-26/13, *Kásler*); de 26 febrero de 2015 (C-143/13, *Matei*); de 20 de septiembre de 2017 (C-186/16, *Andriciuc*); de 14 de marzo de 2019 (C-118/17, *Dunai*); y de 5 de junio de 2019 (C-38/17, *GT*) .

Explicábamos que, en tales casos, la declaración de la 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). La corrección de esta jurisprudencia estimamos que había sido ratificada por los autos del TJUE de 17 de noviembre de 2021, C-655/2020 y C-79/21, al responder a las cuestiones específicamente dirigidas al efecto respecto de préstamos con interés variable referenciados al índice IRPH. Razonamos así:

«La respuesta a esta cuestión puede deducirse de la sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60). Así, del punto 3, segundo guión, del fallo de esa sentencia se desprende que los artículos 3, apartado 1, y 4 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, en caso de que un órgano jurisdiccional nacional considere que una cláusula contractual relativa al modo de cálculo de los intereses aplicables a un contrato de préstamo hipotecario no está redactada de manera clara y comprensible, a efectos del artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva, disposición con la que fundamentalmente se corresponde el requisito de transparencia contemplado en su artículo 5, le incumbe examinar si tal cláusula es "abusiva" en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa misma Directiva.

»De ello se deduce que la mera circunstancia de que una cláusula no esté redactada de manera clara y comprensible no le confiere, por sí sola, carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13».

4.- Por tanto, conforme a los autos del TJUE de 17 de noviembre (C-655/2020 y C-79/21), respecto de esta cláusula, entendimos que una hipotética falta de transparencia no conllevaba por sí misma su nulidad, sino que únicamente permitía realizar el control de abusividad.

Añadimos que, 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, debían tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no existiera un acuerdo de las partes en ese sentido, para analizar si el contrato dejaba al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. También entendimos que, respecto de la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio contrariamente a las exigencias de la buena fe, habría 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 (sentencia 423/2022, de 25 de mayo).

5.- Las sentencias de esta sala, al realizar ese juicio de abusividad de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, señalaron que el ofrecimiento por la entidad prestamista de un índice oficial, aprobado por la autoridad bancaria, no podía vulnerar por sí mismo la buena fe. También estimamos pertinente el hecho de que el gobierno central y varios gobiernos autonómicos habían 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 de viviendas de protección oficial, por lo que entendimos que resultaba ilógico considerar como actuación contraria a la buena fe la incorporación de ese mismo índice a préstamos concertados fuera de ese ámbito de financiación oficial.

6.- También argumentamos que para apreciar si había desequilibrio no bastaba con comparar el IRPH con otro índice de referencia (básicamente, el Euríbor), porque para el cálculo del IRPH se tomaban en consideración no solo los préstamos con Euríbor, sino también los préstamos referenciados a otros tipos variables y los préstamos a interés fijo, así como los diferenciales; de forma que el tipo nominal resultante de la aplicación del índice más el margen o diferencial podía ser superior, inferior o igual, en el momento de la contratación, utilizando el IRPH con un diferencial menor, que utilizando el Euríbor con un diferencial mayor. El diferencial aplicado en uno u otro caso junto con el índice, a cada operación concreta, vendría 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.).

7.- Por ello, entendimos que, desde el punto de vista del desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, que debía ser valorado en el momento de la suscripción del contrato (art. 4.1 de la Directiva 93/13 y STJUE de 9 de julio de 2020, *Ibercaja Banco*, C-452/18, apartado 48, a la que se remiten los autos del TJUE de 17 de noviembre de 2021), la evolución más o menos favorable del índice durante la vida del préstamo no podía ser determinante. Si en su desenvolvimiento posterior, el préstamo resultaba más caro que otros, ello no suponía un desequilibrio causante de abusividad, puesto que el control de contenido no podía derivar en un control de precios, y el TJUE había descartado que las entidades bancarias tuvieran la obligación de facilitar una información

comparativa sobre los distintos índices oficiales o sobre su evolución futura, o de asesorar a sus clientes sobre el mejor préstamo posible.

8.- Por último, las mencionadas sentencias, en sintonía con la sentencia 585/2020, de 6 de noviembre, consideraron que no se había justificado que el índice IRPH, que estaba fiscalizado en todo caso por la administración pública, fuera más fácilmente manipulable que el resto de los índices oficiales.

9.- Conforme a los razonamientos expuestos, en las sentencias de esta sala anteriores a las recientes sentencias del TJUE de 13 de julio de 2023 (C-265/22), y de 12 de diciembre de 2024 (C-300/23), concluimos que lo que podía determinar la abusividad de la cláusula era la concurrencia de los dos parámetros a los que se refieren la Directiva y la legislación de consumidores, esto es, el desequilibrio importante y la mala fe, y ninguno de ellos se estimó concurrente.

OCTAVO.- *La doctrina del TJUE sobre el juicio de abusividad en las sentencias de 13 de julio de 2023 (C-265/22), y de 12 de diciembre de 2024 (C-300/23).*

1.- El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha resuelto la cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de Primera Instancia número 17 de Palma de Mallorca en la Sentencia (Sala Novena) de 13 de julio de 2023, en el asunto C-265/22 (ZR, PI y Banco Santander, S. A.).

Este Juzgado planteó cinco cuestiones prejudiciales pero el TJUE solo admitió la cuarta de ellas, que reconduce a los siguientes términos (apartado 49):

«[p]rocede considerar que, mediante su cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 3, apartado 1, 4 y 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, para apreciar la transparencia y el carácter eventualmente abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés variable que designa, como índice de referencia para la revisión periódica del tipo de interés aplicable a ese préstamo, un índice establecido por una circular que fue publicada oficialmente y al que se aplica un incremento, es pertinente el contenido de la información incluida en otra circular, de la que se desprende la necesidad de aplicar a ese índice, dado su modo de cálculo, un diferencial negativo a fin de igualar dicho tipo de interés con el tipo de interés del mercado».

2.- En relación con la abusividad, el TJUE en la sentencia de 13 de julio de 2023 (C-265/22), hace las siguientes consideraciones:

i) En el marco de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual no negociada individualmente, el juez nacional ha de evaluar,

atendiendo a todas las circunstancias del litigio, en primer lugar, el posible incumplimiento de las exigencias de la buena fe y, en segundo lugar, la existencia de un posible desequilibrio importante en detrimento del consumidor en el sentido de la citada disposición (sentencia de 3 de octubre de 2019, *Kiss y CIB Bank*, C-621/17) [apartado 63].

ii) Sobre la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «contrariamente a las exigencias de la buena fe», el juez nacional debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo de resultados de una negociación individual (sentencia de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*, C-421/14) [apartado 64].

iii) Para determinar si una cláusula genera, en detrimento del consumidor, un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, es preciso tener en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes, a fin de valorar «si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la contemplada por el Derecho nacional vigente» (sentencia de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*, C-421/14) [apartado 65].

iv) Respecto de una cláusula relativa al cálculo de los intereses de un contrato de préstamo, el TJUE también estima «pertinente comparar el modo de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por la referida cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato objeto del litigio principal en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los del contrato de préstamo considerado» (cita también la sentencia de 26 de enero de 2017, *Banco Primus*, C-421/14) [apartado 65].

v) El TJUE recuerda que la transparencia de una cláusula contractual (exigida en el artículo 5 de la Directiva 93/13), es uno de los elementos que deben tenerse en cuenta para apreciar si tal cláusula es abusiva (sentencia de 3 de octubre de 2019, *Kiss y CIB Bank*, C-621/17), pero aclara que del artículo 4, apartado 2, de la Directiva se deduce que la mera circunstancia de que una cláusula no esté redactada de manera clara y comprensible no le confiere, por sí

sola, carácter abusivo (auto de 17 de noviembre de 2021, Gómez del Moral Guasch, C-655/20) [apartado 66].

vi) El TJUE tras señalar que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13, en la medida en que indica que el carácter abusivo de una cláusula contractual se debe apreciar, entre otros elementos, con referencia a todas las demás cláusulas del contrato, y dado que a tenor del preámbulo de la Circular 5/1994, los IRPH incorporan el efecto de las comisiones, concluye que «[p]uede ser pertinente examinar la naturaleza de las comisiones eventualmente estipuladas en otras cláusulas del contrato objeto del litigio principal, con el fin de comprobar si existe un riesgo de doble retribución de determinadas prestaciones del prestamista» [apartado 67].

3.- Habida cuenta de las consideraciones anteriores, el TJUE responde a la cuarta cuestión prejudicial así:

«Los artículos 3, apartado 1, 4 y 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que, para apreciar la transparencia y el carácter eventualmente abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés variable que designa, como índice de referencia para la revisión periódica del tipo de interés aplicable a ese préstamo, un índice establecido por una circular que fue publicada oficialmente y al que se aplica un incremento, es pertinente el contenido de la información incluida en otra circular de la que se desprende la necesidad de aplicar a ese índice, dado su modo de cálculo, un diferencial negativo a fin de igualar dicho tipo de interés con el tipo de interés del mercado. También es pertinente determinar si esa información es suficientemente accesible para un consumidor medio».

4.- La sentencia del TJUE de 12 de diciembre de 2024 (C-300/23), resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de San Sebastián.

En cuanto a las cuestiones relativas al carácter eventualmente abusivo de la cláusula, destacan las siguientes consideraciones:

i) El eventual carácter abusivo de una cláusula como la cláusula controvertida, presupone que resulte de una apreciación previa del órgano jurisdiccional remitente que esta cláusula no cumple el requisito de transparencia impuesto por la Directiva 93/13 [apartado 109].

ii) El artículo 3.1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, «para apreciar el carácter eventualmente abusivo de una cláusula de un

contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés variable que prevé la adaptación periódica del tipo de interés tomando como referencia el valor de un índice oficial, es pertinente el hecho de que esta cláusula se remita directa y simplemente a este índice, aunque de las indicaciones contenidas en el acto administrativo que estableció dicho índice resulte que, debido a las particularidades derivadas de su método de cálculo, sería necesario aplicar un diferencial negativo para ajustar la TAE de la operación en cuestión a la TAE del mercado, siempre y cuando el profesional no haya informado al consumidor acerca de tales indicaciones y de que estas no fueran suficientemente accesibles para un consumidor medio» [apartado 116].

iii) La referencia a un índice oficial para adaptar periódicamente el tipo de interés aplicable a un contrato de préstamo «solo tiene por finalidad establecer un método de cálculo contractual de ese tipo, de modo que el mecanismo de determinación del valor de este índice no influye en la naturaleza del tipo de interés del contrato de que se trate, con independencia de los elementos tomados en consideración en el marco de ese mecanismo. En consecuencia, ese tipo de interés no puede considerarse una TAE en la que algunos de sus elementos podrían tenerse por nulos y conllevar la nulidad de la cláusula que prevé la adaptación periódica de dicho tipo de interés» [apartado 122].

iv) La circunstancia de que, en las TAE de los contratos para calcular los valores sucesivos de un índice, «[a]lgunos elementos puedan resultar de cláusulas contractuales que se revelan, a posteriori, abusivas no puede ni poner en tela de juicio el carácter de referencia oficial de este índice ni afectar retroactivamente a la validez de una cláusula de otro contrato que se remita a ese índice» [apartado 123].

v) La apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe hacerse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión (sentencia de 27 de enero de 2021, Dexia Nederland, C-229/19 y C-289/19). En consecuencia, el artículo 3.1 de la Directiva 93/13 «[d]ebe interpretarse en el sentido de que, en caso de que, en una cláusula que prevé la adaptación periódica del tipo de interés de un contrato de préstamo hipotecario, se haga uso de un índice de referencia establecido a partir de TAE aplicables a los contratos tomados en consideración para calcular los valores sucesivos de este índice, el hecho de que esas TAE incluyan elementos derivados de cláusulas cuyo carácter abusivo se declare posteriormente no implica que la cláusula de adaptación del

tipo de interés del contrato en cuestión deba considerarse abusiva y, en consecuencia, no pueda hacerse valer frente al consumidor» [apartado 124].

vi) Sobre si la buena fe del profesional debe presumirse en caso de que, en una cláusula que prevé la adaptación periódica del tipo de interés de un contrato de préstamo hipotecario, se haga uso de un índice de referencia por el mero hecho de que se trate de un índice oficial establecido por una autoridad administrativa y utilizado por las administraciones públicas, precisa el TJUE que no cabe considerar *a priori* que la inclusión en un contrato por un profesional, de una cláusula determinada que no ha sido negociada individualmente, es necesariamente compatible con la exigencia de buena fe impuesta por el art. 3.1 de la Directiva 93/13, «[a] salvo de la aplicación del artículo 1, apartado 2, de esta Directiva, que excluye del ámbito de aplicación de esta las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, excepción que está justificada por la presunción de que el legislador nacional ha dispuesto un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos, equilibrio que el legislador de la Unión ha querido expresamente preservar». No obstante, señala el TJUE que resulta del auto de remisión que esta exclusión no es aplicable, ya que los IRPH no son los únicos índices existentes y, por otra parte, solo han sido utilizados minoritariamente por las entidades financieras [apartado 126].

vii) Por lo que se refiere a una cláusula como la controvertida, «[q]ue prevé la adaptación del tipo de interés de un contrato de préstamo hipotecario tomando como referencia un índice oficial que, habida cuenta de sus características, parece a primera vista desventajoso para el consumidor, tal apreciación requiere tomar en consideración no solo los valores de ese índice de referencia, sino también el diferencial aplicado contractualmente a ese índice, con el fin de comparar el tipo de interés efectivo resultante con los tipos de interés habituales del mercado. En efecto, a salvo de otros aspectos del método de cálculo del tipo de interés contractual o del índice de referencia que puedan resultar pertinentes, la existencia eventual de un desequilibrio en detrimento del consumidor derivado de una cláusula de ese tipo depende esencialmente, en definitiva, no del propio índice de referencia, sino del tipo de interés que resulta efectivamente de esta cláusula habida cuenta del diferencial positivo aplicado al valor de ese índice con arreglo a dicha cláusula» [apartado 132].

viii) El TJUE responde en el apartado 4 de la parte dispositiva de la sentencia, que el artículo 3.1 de la Directiva 93/13,

«[d]ebe interpretarse en el sentido de que la buena fe del profesional no puede presumirse en caso de que, en una cláusula que prevé la adaptación periódica del tipo de interés de un contrato de préstamo hipotecario, se haga uso de un índice de referencia por el mero hecho de que se trate de un índice oficial establecido por una autoridad administrativa y utilizado por las administraciones públicas. La apreciación del eventual carácter abusivo de tal cláusula debe hacerse en función de las circunstancias propias del caso, tomando en consideración, en particular, el incumplimiento del requisito de transparencia y comparando el método de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por esta cláusula y el tipo efectivo de esos intereses resultante con los métodos de cálculo generalmente aplicados y, entre otros, con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato de préstamo en cuestión a un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los de dicho contrato».

ix) Por lo general, «[l]a existencia eventual de un desequilibrio en detrimento del consumidor derivado de una cláusula que tiene por objeto el cálculo de los intereses relativos a un contrato de préstamo depende esencialmente, en definitiva, no del propio índice de referencia, sino del tipo de interés que resulta efectivamente de esta cláusula habida cuenta del diferencial positivo aplicado al valor de ese índice con arreglo a dicha cláusula» [apartado 138].

x) «No obstante, no cabe excluir que determinadas particularidades del método de cálculo del tipo de interés contractual o del propio índice de referencia puedan crear un desequilibrio en detrimento del consumidor, en particular debido a su impacto sobre la evolución de ese tipo o de ese índice» [apartado 139].

xi) El TJUE responde en el apartado 5 de la parte dispositiva de la sentencia, que el artículo 3.1. de la Directiva 93/13

«[d]ebe interpretarse en el sentido de que, para apreciar el carácter eventualmente abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés variable que prevé la adaptación periódica del tipo de interés en función del valor de un índice de referencia determinado, es pertinente comparar el método de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por esta cláusula y el tipo efectivo de esos intereses resultante con los métodos de cálculo generalmente aplicados y, en particular, con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato en cuestión a un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los de ese contrato. Otros aspectos del método de cálculo del tipo de interés contractual o del índice

de referencia pueden ser pertinentes, si pueden crear un desequilibrio en detrimento del consumidor».

NOVENO.- *Consecuencias casacionales de la aplicación de la doctrina del TJUE.*
Aplicación al caso.

1.- Tras la exposición de esta doctrina del TJUE, debemos adelantar que no cabe una solución unívoca sobre la abusividad de la cláusula del interés variable referenciada al IRPH, puesto que dependerá del examen individualizado en cada caso, conforme a la prueba practicada.

2.- Lo que debemos hacer, en consecuencia, desde el punto de vista casacional, es establecer unos parámetros de abusividad de la cláusula conforme a las sentencias del TJUE, para comprobar, después, si la cláusula supera o no el control de abusividad conforme a estos criterios.

3.- Para la apreciación del eventual carácter abusivo de la cláusula controvertida, señala el TJUE, que debe tomarse en consideración: el incumplimiento del requisito de transparencia, y la comparación del método de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por esta cláusula y el tipo efectivo de esos intereses resultante con los métodos de cálculo generalmente aplicados y, entre otros, con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato de préstamo en cuestión a un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los de dicho contrato.

4.- Los parámetros del juicio de abusividad de la cláusula de interés variable referenciado al IRPH son los siguientes:

i) La valoración de la abusividad debe hacerse en el momento de la contratación del préstamo. Para determinar el carácter abusivo de una cláusula se han de tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en ese momento.

ii) La existencia eventual de un desequilibrio en detrimento del consumidor depende esencialmente, no del propio índice de referencia, sino del tipo de interés que resulta efectivamente de esta cláusula. Se han de tomar en consideración, no solo los valores del índice de referencia, sino también el diferencial aplicado contractualmente a ese índice, con el fin de comparar el tipo de interés efectivo resultante con los tipos de interés habituales del mercado.

iii) El carácter abusivo de una cláusula contractual se debe apreciar con referencia a todas las demás cláusulas del contrato. Puede ser pertinente

examinar la naturaleza de las comisiones eventualmente estipuladas en otras cláusulas del contrato objeto del litigio principal, con el fin de comprobar si existe un riesgo de doble retribución de determinadas prestaciones del prestamista. Pero el hecho de que, debido a sus procedimientos de cálculo, índices como los IRPH se determinen tomando como referencias diferentes TAE, no produce el efecto de transformar el tipo de interés de un préstamo adaptado periódicamente según la evolución de los valores sucesivos de un IRPH en una TAE que pueda desglosarse, por una parte, en un tipo de interés ordinario propiamente dicho y, por otra parte, en diferenciales, comisiones y gastos.

iv) El hecho de que en la cláusula se haga uso de un índice de referencia establecido a partir de las TAE aplicables a los contratos tomados en consideración para calcular los valores sucesivos de este índice, y que esa TAE incluya elementos derivados de cláusulas cuyo carácter abusivo se declare posteriormente, no implica que la cláusula de adaptación del tipo de interés del contrato en cuestión deba considerarse abusiva.

v) Se ha de comparar el tipo efectivo de los intereses ordinarios resultante de la aplicación de la cláusula que establece como índice de referencia el IRPH y el tipo efectivo de esos intereses resultante con los métodos de cálculo generalmente aplicados, y, entre otros, con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato de préstamo en cuestión a un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los de dicho contrato.

vi) Otros aspectos del método de cálculo del tipo de interés contractual o del índice de referencia pueden ser pertinentes, si pueden crear un desequilibrio en detrimento del consumidor, para lo que habrá que estar a las circunstancias de cada caso.

5.- Para realizar la comparación del tipo efectivo de los intereses ordinarios resultante con ese método de cálculo y el tipo efectivo de esos intereses resultante con los métodos de cálculo generalmente aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato de préstamo en cuestión, a un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los de dicho contrato, hemos de tener en cuenta:

i) Los índices de referencia aplicables a los préstamos hipotecarios se supervisan por el Banco de España y se publican mensualmente en el Boletín Oficial del Estado, por lo que se trata de una información pública y accesible para

cualquiera. Además, se publican de forma agrupada, por lo que es posible confrontarlos entre sí.

ii) Se ha de hacer una comparativa uniforme, esto es, se han de comparar los tipos de interés resultantes de sumar al índice de referencia de que se trate, el diferencial.

iii) Esta comparación no puede limitarse a confrontar el IRPH aplicable en el momento de suscribir el préstamo, con el Euríbor aplicable en dicho momento.

Si bien hasta noviembre de 2008, el valor del IRPH y del Euríbor había sido bastante similar (menos de un punto de diferencia), los diferenciales aplicados eran distintos y condicionaban el resultado final, esto es, el tipo de interés aplicable. Esos diferenciales eran menores en los préstamos referenciados al IRPH que en los referenciados al Euríbor.

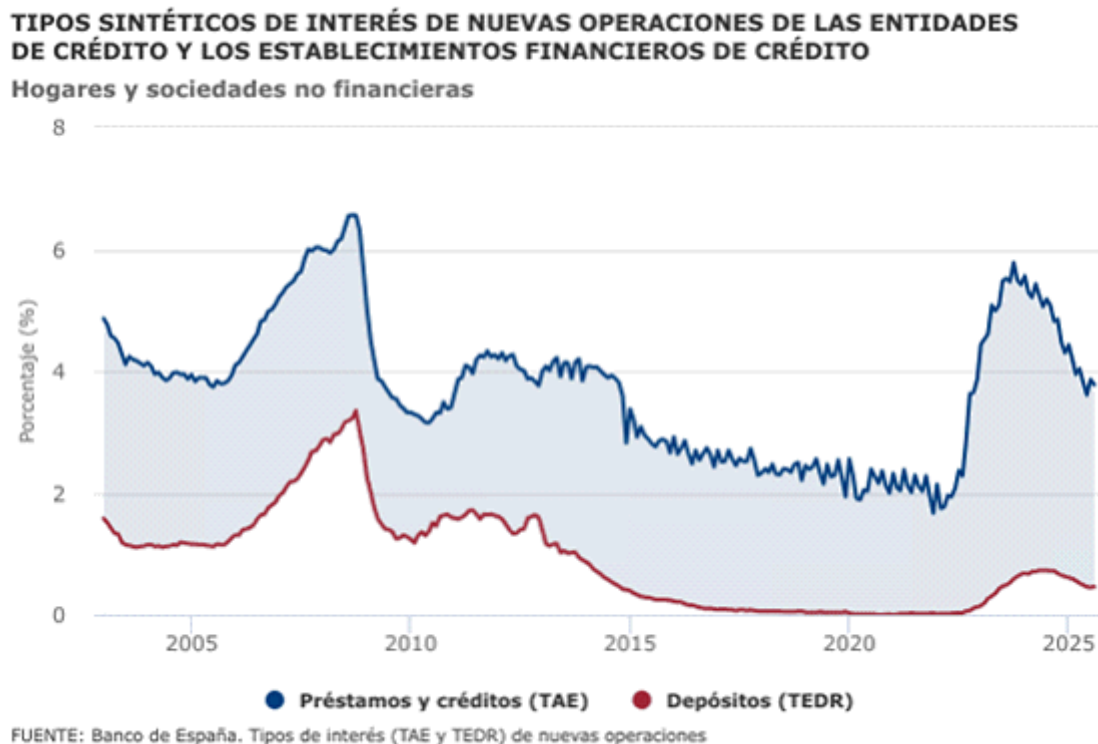
Por ello, no es correcto hacer una comparación entre el tipo resultante de aplicar al índice IRPH el diferencial pactado, y el resultante de sumar al Euríbor ese mismo diferencial. Y en todo caso, esta comparativa entre IRPH y Euríbor, debe hacerse con suma cautela, porque se carece de datos para conocer cual hubiera sido el diferencial que se le habría aplicado al préstamo si se hubiera referenciado al Euríbor.

iv) Sí puede resultar pertinente para esta comparativa, el interés fijo pactado por las partes, en su caso, para un primer periodo. No obstante, dada la configuración del índice IRPH, la comparación debe hacerse con la TAE del contrato, que incluye el efecto de las comisiones y gastos.

v) El Banco de España publica la «Tabla de los tipos de referencia oficiales del mercado hipotecario», referida a cada anualidad, que permite conocer los diversos tipos en los doce meses del año. Uno de los epígrafes de esta tabla es el «Tipo medio de préstamos hipotecarios» para las «Entidades de crédito en la zona euro». Los datos se corresponden con las resoluciones del Banco de España por las que se publican determinados tipos de interés oficiales de referencia del mercado hipotecario. No obstante, los datos de este epígrafe solo figuran a partir del mes de octubre de 2012, por lo que no proporciona la información sobre el tipo medio de préstamos hipotecarios para meses anteriores, ya que no se incluía dicho dato por el Banco de España en sus resoluciones.

vi) El Banco de España también publica en su web (<https://www.bde.es/webbe/es/estadisticas/temas/tipos-interes.html>), en el

apartado de Estadísticas de tipos de interés, un gráfico denominado «Tipos sintéticos de interés de nuevas operaciones de las entidades de crédito y los establecimientos financieros de crédito», «Hogares y sociedades no financieras», que permite, al pulsar sobre la curva de «Préstamos y créditos (TAE)» (señalada en azul), conocer el tipo sintético mensual de estos préstamos y créditos desde enero de 2003. El gráfico es el siguiente:



Por tipo sintético se entiende el tipo de interés medio que se ha aplicado en todas las nuevas operaciones de crédito (hipotecas, préstamos, etc.) concedidas por los bancos españoles durante un periodo determinado. El término «sintético» indica que es una media de varios tipos, no un único tipo de interés.

El Banco de España define los tipos sintéticos que utiliza en el gráfico (<https://www.bde.es/webbe/es/estadisticas/compartido/datos/pdf/a0210.pdf>), así:

«Los tipos de interés sintéticos se calculan como un promedio de los tipos de interés de nuevas operaciones publicados en el capítulo 19, ponderados según los saldos vivos de las categorías incluidas en cada indicador. Estos tipos de interés sintéticos abarcan varios conceptos: (i) Préstamos y créditos, que incluyen las categorías de préstamos para vivienda, consumo, otros fines de hogares y la totalidad de los préstamos a sociedades no financieras; [...]».

En esa misma publicación, diferencia entre los tipos sintéticos aplicables a hogares e instituciones sin fines de lucro al servicio de los hogares, de los aplicables a las sociedades no financieras. También establece el tipo medio de ambos (que coincide con el tipo sintético del gráfico expuesto). Estos datos desglosados entre hogares y sociedades financieras, respectivamente, figuran a partir de 2021. No hay una diferencia significativa entre estos tipos medios del gráfico correspondientes a hogares y sociedades no financieras, con los que figuran específicamente para hogares, por lo que consideramos que el gráfico de los tipos medios sintéticos que hemos expuesto es adecuado para hacer la comparativa.

vii) También puede resultar pertinente para comparar el tipo de interés efectivo resultante con los tipos de interés habituales del mercado, la información que proporciona el Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE), que publica, como «Notas de prensa», las «Estadísticas de hipotecas» correspondientes a un determinado periodo (anual o mensual), en el apartado «Tipo de interés de las hipotecas».

La información anual comprende el tipo de interés y el plazo medios de los préstamos hipotecarios en el conjunto de las entidades de crédito, durante un determinado año, así como respecto de los préstamos hipotecarios de las cajas de ahorro y de los bancos. También incluye un gráfico que contiene esa misma información (interés y plazo medios por entidades), correspondientes a ese año, además de para bancos y cajas de ahorro, para cooperativas de crédito y cajas rurales, establecimientos financieros de crédito, y otras entidades.

Por otra parte, el INE también publica la información correspondiente a un mes concreto, que comprende: el tipo de interés medio de las hipotecas para el conjunto de entidades en ese mes, y el tipo de interés medio y plazo de los préstamos hipotecarios de las cajas de ahorro y de los bancos, respectivamente, de ese periodo.

viii) La comparación del tipo de interés efectivo resultante de aplicar al IRPH el diferencial pactado, con los tipos de interés habituales del mercado, no puede limitarse a una mera comparación numérica. El hecho de que de la comparación resulte que el interés del préstamo por referencia al IRPH sea más elevado que el tipo medio de las hipotecas en ese año o de ese mes no significa *per se* que la cláusula sea abusiva. Para apreciar la abusividad, sin incurrir en un control de precios, la desproporción debe ser muy evidente.

Por una parte, porque el diferencial aplicado en uno u otro caso junto con el índice, a cada operación concreta, vendría 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, la vinculación del cliente con la entidad, la domiciliación de la nómina, de otros recibos, la contratación de otros productos o servicios, etc). Por ejemplo, el interés suele ser más alto en préstamos con plazos más largos, y más bajo en plazos cortos, debido a que el prestamista, al exponer su dinero por más tiempo, asume un mayor riesgo.

Y por otra parte, es necesario que haya un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes, en detrimento del consumidor.

DÉCIMO.- *Decisión de la sala. La cláusula no es abusiva. Desestimación del recurso.*

1.- En primer lugar, la valoración de la abusividad debe hacerse en el momento de la contratación del préstamo, y para determinar el carácter abusivo de una cláusula se han de tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración. Así lo ha declarado esta sala y ha reiterado el TJUE, y así lo recoge expresamente la sentencia de primera instancia, y la sentencia recurrida, que señala que el desequilibrio importante en perjuicio del consumidor no es posible valorarlo a posteriori, sino en el momento de la suscripción del contrato, sin que la evolución posterior de uno y otro índice sea suficiente para determinar la existencia de dicho desequilibrio.

Por ello, no podemos estimar, como se alega en el segundo motivo del recurso de casación, que la Audiencia Provincial haya infringido el artículo 4.1 de la Directiva y el artículo 82.3 del TRLGCU, por no atender a las circunstancias concurrentes en el momento de la contratación del préstamo.

2.- Tanto en el recurso de casación como en las alegaciones tras el dictado de las últimas sentencias del TJUE, la parte recurrente alega que se debe valorar cómo estaban los índices en el momento de la contratación. Según dicha parte, el interés resultado de sumar al Euríbor el diferencial previsto en la escritura, daba como resultado 3,702%, mientras que el IRPH rondaba el 6,084%, de donde infiere que la cláusula es abusiva.

El recurrente parte de datos erróneos. En la Resolución del Banco de España de 19 de agosto de 2008 (BOE de 23 de agosto), por la que

mensualmente se hacen públicos los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda, para julio de 2008 (fecha de la contratación del préstamo), consta la siguiente información:

Julio 2008:

	Porcentaje
1. Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre:	
a) De bancos	5,960
b) De cajas de ahorro	6,044
c) Del conjunto de entidades de crédito	6,006
2. Tipo activo de referencia de las cajas de ahorro	6,500
3. Rendimiento interno en el mercado secundario de la Deuda Pública entre dos y seis años	4,130
4. Tipo interbancario a 1 año (Mibor) 2	5,361
5. Referencia interbancaria a 1 año (Euríbor)	5,393

3.- Según los datos publicados por el Banco de España al momento de la contratación, el IRPH Cajas -pactado como índice principal- era de 6,044%, que sumado al diferencial pactado del 0,25% suponía un tipo del 6,294%, algo superior al tipo fijo del 6% pactado durante el primer año, pero similar a la TAE, que era de 6,21%. En cuanto al índice sustitutivo, el IRPH Entidades, en julio de 2008 fue de 6,006%, inferior incluso al índice principal.

4.- El Euríbor en el mismo mes era de 5,393%, pero ya hemos señalado que no es correcta la confrontación IRPH/Euríbor, porque en los préstamos con este último índice de referencia los diferenciales eran más altos que con el IRPH. En este caso, el contrato se celebró cuando el Euríbor llegó a su máximo histórico.

5.- El tipo sintético (TAE) para los préstamos y créditos correspondiente a julio de 2008, según el gráfico de tipos sintéticos de interés de nuevas operaciones de las entidades de crédito y los establecimientos financieros de crédito, relativo a hogares y sociedades no financieras, publicado por el Banco de España, era de 6,36%.

6.- Vamos a hacer también la comparativa con los tipos medios de las hipotecas en el año 2008, conforme a los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística.

En el conjunto de las entidades de crédito, el tipo de interés medio de los préstamos hipotecarios fue del 5,29% durante el año 2008. El plazo medio fue de 24 años.

En el año 2008, el tipo de interés medio de los préstamos hipotecarios de las Cajas de Ahorro fue del 5,26% y el plazo medio de 25 años. En cuanto a los Bancos, el tipo medio de sus préstamos hipotecarios fue del 5,28% y el plazo medio de 24 años.

En el caso de los establecimientos financieros, como es la entidad demandada, el tipo medio fue del 5,86%, y el plazo medio de 31 años.

7.- En el mes de julio de 2008, en el que se contrató el préstamo, el tipo de interés medio de los préstamos hipotecarios fue del 5,27%. Por entidades, el tipo de interés medio de los préstamos hipotecarios de las Cajas de Ahorro fue del 5,20% y el plazo medio de 24 años. En cuanto a los Bancos, el tipo medio de sus préstamos hipotecarios fue del 5,29% y el plazo medio de 23 años.

8.- Dado que el interés resultante de sumar el diferencial pactado (0,25%) al IRPH Cajas en el momento de la contratación, era de 6,294%, en un préstamo a 40 años (superior a la media), no podemos estimar que la cláusula cause un desequilibrio importante al consumidor, ni que la entidad financiera obrara de mala fe. Por tanto, el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo de resultados de una negociación individual.

9.- En consecuencia, la cláusula no es abusiva, y el recurso de casación ha de ser desestimado.

UNDÉCIMO.- *Costas y depósitos*

1.- De conformidad con el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no estimamos procedente una expresa imposición de las costas del recurso de casación, dadas las dudas jurídicas que la cuestión planteada en el recurso suscita.

2.- Debe acordarse la pérdida del depósito constituido para el recurso de casación, de conformidad con la disposición adicional 15.^a, apartado 8, 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 por D. J y D.^a T contra la sentencia de 15 de febrero de 2021 dictada por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Girona, en el recurso de apelación número 853/2020.

2.º No hacer una expresa imposición de las costas causadas por el recurso de casación.

3.º Se acuerda la pérdida del depósito constituido para su interposición.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma.