

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, Sentencia 1591/2025 de 11 Nov. 2025, Rec. 2535/2021**Ponente:** Orellana Cano, Nuria Auxiliadora.**Nº de Sentencia:** 1591/2025**Nº de Recurso:** 2535/2021**Jurisdicción:** CIVIL**Iter procesal**

La presente resolución *desestima* el recurso interpuesto contra la sentencia 114/2021 de la AP Girona, Sección 1ª, de 15 Feb. 2021 (Rec. 853/2020). La presente resolución *desestima* el recurso interpuesto contra la sentencia 114/2021 de la AP Girona, Sección 1ª, de 15 Feb. 2021 (Rec. 853/2020).

CASACIÓN núm.: 2535/2021

Ponente: Excm. 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 Albero

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.- 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.»- 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 D^a. 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 comprensibile. 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, *Andriuc*); 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:

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.

FALLO

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

1. ° 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. ° 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.