



Roj: **STS 4308/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4308**

Id Cendoj: **28079119912017100036**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **14/12/2017**

Nº de Recurso: **1394/2016**

Nº de Resolución: **669/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

CASACIÓN núm.: 1394/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil PLENO

Sentencia núm. 669/2017

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

D^a. M. Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 14 de diciembre de 2017.

Esta sala ha visto, constituida en Pleno, el recurso de casación interpuesto por Kutxabank S.A., representada por la procuradora D.^a Ana Prieto Lara-Barahona, bajo la dirección letrada de D. Igor Ortega Ochoa, contra la sentencia núm. 85/2016, de 10 de marzo, dictada por la sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Álava en el recurso de apelación núm. 619/2015, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario núm. 584/2014, del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vitoria. Sobre condiciones generales de la contratación. Ha sido parte recurrida D. Darío, representado por la procuradora D.^a Francisca Amores Zambrano y bajo la dirección letrada de D.^a Maite Ortiz Pérez y de D. José María Erasquin Vázquez

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro José Vela Torres.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.^a Soraya Martínez de Lizarduy, en nombre y representación de D. Darío , interpuso demanda de juicio ordinario contra Caja de Ahorros de Vitoria y Alava, en la actualidad Kutxabank S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia y:

«se tengan por nulas y no desplieguen ningún tipo de efecto las siguientes cláusulas del contrato con garantía hipotecaria que nos ocupa:

»1.- La cláusula tercera bis del contrato que se refiere al tipo de interés en su integridad, cláusula Tercera Bis del contrato que constituye el Documento de prueba nº 1, al que se acompaña también el nº 2 por constituir una ampliación de plazo con referencia al anterior, nº 1 . Cláusula que establece:

"Conjunto de Entidades: Para cada uno de los períodos semestrales siguientes, el tipo de interés será el resultante de adicionar el MARGEN al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22-7-94 que se publica en el B.O.E. de 3-8-94.

MARGEN, es el porcentaje a añadir al tipo determinado de acuerdo con el apartado anterior. EL MARGEN será cero coma cincuenta (0,50) puntos".

»Declarado nulo el citado tipo de interés IRPH ENTIDADES, resulten de aplicación los artículos 1.753 y 1.755 del Código Civil , en relación con el artículo 83

redactado conforme a la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el 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 cuanto al índice sustitutivo establecido en las escrituras del préstamo, es decir, el IRPH Cajas, todos los argumentos que se plasman en la presente demanda con el objeto de probar la abusividad del IRPH Entidades los trasladamos en su integridad para probar la abusividad del IRPH Cajas, al ceñirse éste índice exclusivamente para el cálculo a las operaciones de las Cajas de Ahorro, ámbito más constreñido que las del conjunto de entidades.

»Por tanto, entendiendo que es de interés de esta parte la subsistencia del contrato de préstamo suscrito, se declare la no existencia de intereses retributivos, procediendo a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas (que en ejecución de sentencia serán determinadas) por razón de intereses ordinarios, en aplicación de UNA CLÁUSULA QUE SE DECLARE NULA, declarando abusivo, por lo tanto nulo, y sin que haya podido desplegar eficacia jurídica alguna en el señalado contrato de préstamo.

»Salvo error involuntario, esta parte considera que el momento en que opera la cláusula cuya nulidad se solicita, esto es, el tipo variable de interés, lo es desde el mes de octubre de 2.007, periodo en el que finaliza el tipo de interés fijo y pasaría a operar la cláusula tercera bis, referida a la variabilidad del interés.

»2.- La cláusula sexta que se refiere al interés de demora. Se declare también nula dicha cláusula sexta en su integridad y por tanto no despliegue ningún efecto, de acuerdo con los hechos, fundamentos jurídicos y jurisprudencia expuestos, y en relación con la nueva redacción del artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre . "Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas"».

2.- La demanda fue presentada el 1 de octubre de 2014 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vitoria-Gasteiz, fue registrada con el núm. 584/2014. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La procuradora D.^a Concepción Mendoza Abajo, en representación de Kutxabank S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

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

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-jueza del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vitoria dictó sentencia núm. 158/2015, de 15 de junio , con la siguiente parte dispositiva:

«ESTIMANDO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por Darío , representado por la Procuradora Soraya Martínez de Lizarduy, frente a KUTXABANK S.A. representada por la Procuradora Concepción Mendoza Abajo,

DECLARO:



»1. La nulidad de la totalidad de la Cláusula Tercera Bis del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 21.09.2006 ante el Notario Santiago Méndez Ureña, novado en cuanto al plazo máximo de amortización por escritura pública de 02.03.2009, que referencia el préstamo al IRPH Entidades y como índice sustitutivo al IRPH Cajas, para toda la vida del préstamo una vez superado el primer periodo de un año de vigencia del préstamo.

»2. La nulidad de la Cláusula Sexta del mismo contrato referida al interés de demora.

»Se mantiene la vigencia del contrato con el resto de sus cláusulas. Y CONDENO a la demandada:

»- A estar y pasar por las declaraciones anteriores, absteniéndose de aplicar en el futuro las indicadas cláusulas, manteniendo el contrato su vigencia con las restantes.

»- A devolver al demandante las cantidades cobradas en concepto de interés remuneratorio calculado sobre la base del índice de referencia IRPH Entidades o Cajas, durante el segundo periodo previsto en el contrato, es decir, a partir del año de vigencia. Asimismo y si se hubieran cobrado, deberá restituir las cantidades cobradas en concepto de interés de demora durante toda la vida contractual. »- A abonar los intereses legales de las cantidades anteriores desde la fecha de su respectivo cobro, sin perjuicio de la aplicación del art. 576 LEC hasta su pago. »Se condena en costas a la demandada».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Kutxabank S.A.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Álava, que lo tramitó con el número de rollo 619/2015 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 10 de marzo de 2016 , cuya parte dispositiva dice:

«DESESTIMAR el recurso interpuesto por KUTXABANK SA representada por la procuradora Concepción Mendoza contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil de Vitoria en el procedimiento ordinario nº 584/14, CONFIRMANDO la misma; y con expresa imposición de costas al recurrente».

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

1.- La procuradora D.ª Concepción Mendoza Abajo, en representación de Kutxabank S.A., interpuso recurso de casación. Los motivos del recurso de casación fueron:

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

»Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC , por infracción de los artículos 80.1 y 82 de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios y del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y la Jurisprudencia desarrollada en interpretación de los mismos sobre el contenido y el alcance del control de transparencia aplicable a las condiciones generales que definen el objeto principal del contrato, en el sentido de que la sentencia recurrida declara que la cláusula tercera bis, en la que se pactó que el tipo de interés remuneratorio del préstamo sería el resultante de añadir un margen del 0,50% al índice oficial IRPH Entidades, no supera las exigencias que dicho control impone para su validez, por no haber sido explicada la fórmula de cálculo del índice, por no haber sido explicado el comportamiento del IRPH en los últimos años en comparación con el de otros índices oficiales, y, en especial , por no haber sido ofrecidos al cliente otros índices como el Euribor que, a juicio del juzgador, serían más favorables. [...].

»Tercero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC , por infracción de los artículos 80.1 y 82 de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios y del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en cuanto al modo en que la sentencia recurrida realiza el control de transparencia, y el juicio de abusividad, sobre la cláusula tercera bis del contrato, en la que se pactó como tipo de interés de la operación el resultante de añadir un margen del 0,50% al índice oficial IRPH Entidades, concluyendo dicha sentencia que la cláusula no es transparente y debe ser declarada nula por no haberse explicado la fórmula de cálculo del índice ni el comportamiento de éste en los últimos años en comparación con el de otros índices oficiales y, en especial, por no haberse ofrecido al cliente otros índices como el Euribor que, a juicio del juzgador, serían más favorables, cuestión sobre la que existen posturas contrapuestas en la llamada "jurisprudencia menor" de las Audiencias Provinciales que justifica el "interés casacional" del presente recurso».



2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 19 de julio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad Kutsabank S.A. contra la sentencia dictada, el día 10 de marzo de 2016, por la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª), en el rollo de apelación nº 619/2015, dimanante del juicio ordinario nº 584/2015, del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito. 4.- Por providencia de 18 de octubre de 2017 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 22 de noviembre de 2017. Si bien, por providencia de 15 de noviembre, y tomando en consideración la materia a que se refiere la cuestión litigiosa, se avocó el conocimiento del recurso al Pleno de la Sala, señalándose a tal fin ese mismo día, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 21 de septiembre de 2007, D. Darío suscribió con la Caja de Ahorros de Vitoria y Álava (actualmente, Kutxabank S.A.) un contrato de préstamo con garantía hipotecaria, por importe de 250.000 € y plazo de treinta y cinco años. Posteriormente, el 2 de marzo de 2009 se firmó una novación del préstamo, que afectó únicamente al plazo de vencimiento, que se amplió hasta el 14 de octubre de 2048.

En dicho contrato se incluían sendas cláusulas sobre el interés remuneratorio y el interés de demora.

2.- Respecto del interés remuneratorio, se pactó que durante los primeros doce meses se devengaría un interés fijo del 4,250% anual. Y transcurrido dicho plazo, se aplicaría un interés, al alza o a la baja, de acuerdo con el procedimiento que se establecía en la cláusula tercera bis, revisable cada seis meses.

La cláusula tercera bis, bajo la rúbrica «Margen», decía lo siguiente:

«CONJUNTO DE ENTIDADES: Para cada uno de los períodos semestrales siguientes, el tipo de interés será el resultante de adicionar el MARGEN al tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22-7-94, que se publica en el B.O.E. de 3-8-94».

»MARGEN, es el porcentaje a añadir al tipo determinado de acuerdo con el apartado anterior. El MARGEN será de cero coma cincuenta (0,50) puntos».

A su vez, la cláusula tercera bis 2.a) decía:

«El tipo que servirá para este cálculo se define en la Circular 7/99 del Banco de España de 29-6-99 y se publica en el Boletín Oficial del Estado, tomándose como referencia el publicado el mes anterior a aquel en que deba efectuarse la revisión».

Y la cláusula tercera bis.2.e), titulada «Interés Sustitutivo», decía:

«El tipo de interés sustitutivo entrará en vigor cuando por cualquier razón dejara de publicarse el citado tipo de referencia, y se tomará como tal, a sus mismos efectos el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la

adquisición de vivienda libre, concedidos por las Cajas de Ahorros, definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22-7-94 que se publica en el B.O.E. del 3-8-94, más un margen de cero coma cincuenta (0,50) puntos».

3.- En lo que respecta al interés moratorio, decía la escritura pública en su cláusula sexta, rotulada como «Interés de Demora»:

«Sin perjuicio del derecho de resolución del contrato por parte de la Caja, si el prestatario incurriera en retraso, cualquiera que fuese su causa, en el cumplimiento de las obligaciones de pago con arreglo a la establecida en el presente contrato, sea en concepto de pago del principal, intereses, comisiones o gastos, así como en el caso de que vencido el préstamo por cualquiera de las causas previstas contractualmente, el prestatario no reintegrase el total del importe reclamado, está obligado a satisfacer un interés de demora de diecisiete puntos con cincuenta centésimas de punto por ciento (17,50 %) nominal anual, sin necesidad de previa interpelación,



siendo el TAE resultante total del dieciocho coma novecientos setenta y cuatro milésimas por ciento (18,974 %).

»Dicho interés se devengará por días comerciales efectivamente transcurridos, y se calculará sobre las cantidades cuyo pago se haya retrasado. Se liquidará de igual forma a la detallada para el cálculo de los intereses ordinarios».

4.- El Sr. Darío interpuso una demanda contra Kutxabank, en la que solicitó que se declarase la nulidad por abusivas de las cláusulas de cálculo del interés variable conforme al índice IRPH y de intereses de demora. Respecto de la cláusula IRPH, solicitó también que se declarase la inexistencia de intereses moratorios y se ordenara la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por los intereses remuneratorios desde octubre de 2007.

5.- La sentencia de primera instancia estimó íntegramente la demanda.

6.- Recurrida dicha sentencia en apelación por la entidad prestamista, la Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. Para ello, consideró resumidamente que: (i) La cláusula IRPH es una condición general de la contratación, ya que aunque consta la existencia de información precontractual, no se acreditó que hubiera negociación individual. Se trata de una cláusula que forma parte del objeto principal del contrato, ya que se refiere a la remuneración que debe satisfacer el cliente a la entidad bancaria por el préstamo. En consecuencia, el control de abusividad no puede extenderse al equilibrio de las contraprestaciones, pues no cabe el control del precio, sino que ha de limitarse al control de transparencia, que comprende el control de inclusión y el control de comprensibilidad. El IRPH es un índice oficial y no consta la manipulación de este índice por parte de las entidades bancarias. (ii) No obstante, se trata de una cláusula abusiva, porque no se ha proporcionado suficiente información al cliente sobre el cálculo del IRPH, ni sobre su comportamiento en los años anteriores, la diferencia con otros índices oficiales, gráficos, ni se le ofrecieron otros índices, como el Euribor, para que pudiera optar entre ellos. (iii) Esta falta de transparencia es suficiente para declarar la nulidad de la cláusula de interés remuneratorio. (iv) También es abusiva la cláusula de intereses de demora.

7.- En el recurso de casación interpuesto por la entidad prestamista solo se impugnó el pronunciamiento relativo a la nulidad de los intereses remuneratorios, por lo que se aquietó a la declaración de nulidad de los intereses moratorios.

SEGUNDO.- *Primer motivo del recurso de casación. La cláusula de intereses variables como condición general de la contratación*

Planteamiento :

1.- El primer motivo de casación se formula al amparo del art. 477.2.3º LEC , por interés casacional, y denuncia la infracción del art. 1 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC) y la jurisprudencia que lo desarrolla, en tanto que la sentencia recurrida declara que el tipo de interés remuneratorio del contrato de préstamo no fue negociado entre las partes y lo califica como condición general de la contratación. Se citan como sentencias que contienen la doctrina jurisprudencial infringida, sobre los requisitos para la calificación de una cláusula como condición general de la contratación, las SSTS 406/2012, de 18 de junio de 2012 , 241/2013, de 9 de mayo , y 222/2015, de 29 de abril de 2015 .

2.- En el desarrollo del motivo se aduce, resumidamente, que la sentencia recurrida calificó como condición general de la contratación el propio tipo de interés (IRPH Entidades, más un margen del 0,50%) pactado entre las partes, es decir, el precio del contrato en sí mismo, y no una condición que de forma generalizada se hubiera incorporado a dicho pacto. A juicio de la parte recurrente, el tipo de interés, junto con el importe del capital prestado y el plazo de amortización, constituyen los elementos esenciales del contrato de préstamo, siempre son negociados entre la entidad y los clientes y por eso son distintos en cada operación, por lo que no reúnen los requisitos establecidos en el artículo 1 LCGC para su calificación como condiciones generales de la contratación.

Decisión de la Sala :

1.- El art. 1 LCGC dice que son condiciones generales de la contratación «las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos».

A su vez, cuando el contratante sea consumidor, el art. 80 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLGCU) utiliza la expresión «cláusulas no negociadas individualmente» en los contratos celebrados con consumidores. Y para conocer el



significado de «cláusula no negociada individualmente», hemos de acudir a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuyo art. 3.2 establece que se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente «cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en los contratos de adhesión».

Como puso de manifiesto la sentencia del pleno de esta sala 241/2013, de 9 de mayo, la exégesis del art. 1 LCGC lleva a concluir que los requisitos para ser condición general de la contratación son los siguientes:

- a) Contractualidad: se trata de «cláusulas contractuales» y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.
- b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, por lo que no es fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular, en el caso de los contratos de adhesión.
- c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes. Aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato no pueda obtenerse más que mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.
- d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin, ya que se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

Desde un punto de vista negativo, para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación resulta irrelevante:

- a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y
- b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor. A tal efecto, la Exposición de Motivos LCGC indica que «la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual», y que «[l]as condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores».

Parece claro que la utilización de condiciones generales tiene un sentido económico, por lo que en determinados sectores y de manera relevante en la contratación bancaria, fue determinante que se sustituyesen los tratos personalizados de los términos y las condiciones de los contratos por la contratación por medio de condiciones generales propias del tráfico en masa, en el que el destinatario -tanto si es otro profesional o empresario como si es consumidor o usuario-, las acepta o rechaza sin posibilidad de negociar de forma singularizada, dando lugar a lo que la STS 406/2012, de 18 de junio, denomina «contratación seriada» y califica como «un auténtico modo de contratar, diferenciable de la contratación por negociación, con un régimen y presupuesto causal propio y específico».

2.- Aunque en principio resulte lógico que una cláusula que afecta al objeto principal del contrato, como es el interés remuneratorio (el precio de la operación), se incluya como una condición particular, es posible que una cláusula que se refiere al objeto principal del contrato se haya incluido en el clausulado general y se configure como una condición general de la contratación (por ejemplo, en el caso de la cláusula suelo). En este sentido, la sentencia 222/2015, de 29 de abril, indica:

«[...] Que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el TRLCU.

»Esta cuestión fue ya resuelta en la STJUE de 10 de mayo de 2001, asunto C- 144/99, caso "Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos". La legislación holandesa no permitía el control de contenido por falta de transparencia, ni la interpretación "contra proferentem" (que se prevén en los citados arts. 4.2 y 5 de la Directiva) de las condiciones generales relativas a los elementos esenciales del contrato, porque el artículo 231 del libro VI del "Burgerlijk Wetboek" (Código Civil holandés) excluía del concepto de condiciones generales aquellas que tuvieren por objeto las "prestaciones esenciales", que por tanto estaban sometidas al régimen general de ineficacia contractual de los contratos por negociación. Pues bien, el Tribunal de Justicia, en la citada sentencia, entendió que Holanda había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y



administrativas necesarias para garantizar la adaptación completa del Derecho neerlandés no sólo al art. 5 de la Directiva (interpretación "contra proferentem"), sino también al artículo 4.2 de la citada Directiva (posibilidad de tal control de abusividad si hay una falta de transparencia en esas condiciones generales reguladoras de las prestaciones esenciales)».

3.- Igualmente, en la sentencia 166/2014, de 7 de abril, también afirmamos la posibilidad de que una cláusula que recae sobre el objeto principal del contrato no haya sido objeto de negociación individual. Para que pueda existir negociación individual, como mínimo, ambas partes habrán de tener capacidad de influir en la configuración del contrato, aunque ello no signifique que efectivamente se haya influido en la fijación de la cláusula. Desde esta perspectiva, la propia noción de negociación individual tiene difícil encaje en los contratos de consumo, en los que el consumidor no tiene capacidad para modificar el clausulado predispuesto que le ofrece el empresario. Como explicamos en la sentencia 222/2015, de 29 de abril :

«[...] La negociación individual presupone la existencia de un poder de negociación en el consumidor, que tiene que ser suficientemente justificado por cuanto que se trata de un hecho excepcional, y no puede identificarse con que el consumidor pueda tener la opción de elegir entre diversos productos ofertados por ese predisponente, o entre los ofertados por los diversos empresarios o profesionales que compiten en el mercado. De no ser así, estaríamos confundiendo la ausencia de negociación con la existencia de una situación de monopolio en el oferente de determinados productos o servicios, o de una única oferta en el predisponente, lo que ya fue rechazado en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo ».

Además, como resaltamos en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo, y 265/2015, de 22 de abril, el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas conforme a cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio. Cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a la cual vea rechazado su intento de negociar. Tampoco es obstáculo a la aplicación del régimen jurídico de las condiciones generales que haya varios empresarios o profesionales que oferten los servicios o productos demandados por el consumidor, porque no es preciso que exista una posición monopolística del predisponente para que las cláusulas de los contratos que celebra con los consumidores puedan ser consideradas como no negociadas.

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

5.- Así lo ha considerado también el TJUE en diversas sentencias relacionadas con intereses remuneratorios de préstamos a consumidores, por ejemplo en materia de cláusula suelo (STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15) o de hipoteca multivisa (STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16).

6.- Por lo que este primer motivo de casación debe ser desestimado.

TERCERO.- Segundo motivo de casación. Planteamiento

1.- En el segundo motivo de casación, también por interés casacional, se denuncia la infracción de los arts. 80.1 y 82 TRLGCU y del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y la jurisprudencia desarrollada en interpretación de los mismos sobre el contenido y el alcance del control de transparencia aplicable a las condiciones generales que definen el objeto principal del contrato. Se citan como infringidas las sentencias de esta sala 406/2012, de 18 de junio; 241/2013, de 9 de mayo; y 222/2015, de 29 de abril. **2.-** Al desarrollar el motivo, se alega, sintéticamente, que pese a que la sentencia reconoce que el consumidor fue informado suficientemente y con antelación a la firma del contrato de que el préstamo tenía un periodo de interés fijo y otro de interés variable calculable conforme al índice IRPH más un margen del 0,5%, introduce para el control de transparencia un elemento nuevo -el ofrecimiento de alternativas más favorables para el cliente-, que nada tiene que ver con la transparencia, esto es, con la comprensibilidad real del contenido de la cláusula contractual por parte del cliente, y que no forma parte de ese mecanismo de control de las condiciones generales de la contratación que definen el objeto principal del contrato. Igualmente, reprochó a la entidad prestamista no haber explicado el funcionamiento del IRPH, ni su comportamiento en los años anteriores, cuando tales cuestiones nada tienen que ver con el control de transparencia.

CUARTO.- 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 perjudicando a una u otra parte.

Para contrarrestar este riesgo, se utiliza el interés variable, frecuente en las operaciones a largo plazo, 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 (sentencia de esta sala de 26 de noviembre de 1996, ROJ: STS 6680/1996).

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, Euribor o el ahora cuestionado IRPH); y b) eventualmente, un margen o diferencial establecido en términos porcentuales, que se sumará o restará, en su caso, 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. Lo que parece que en este caso no se ha tenido suficientemente en cuenta, como veremos más adelante. 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».

No obstante, ha de repararse en que el contrato de préstamo objeto de litigio se celebró con anterioridad a la promulgación del TRLGCU, por lo que no sería aplicable el mencionado art. 85.3, sino la Disposición Adicional Primera I-2ª de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 , de igual contenido que el precepto actual.

QUINTO.- *El tipo de referencia IRPH*

1.- Respecto del Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH) como tipo de referencia, 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.

En concreto, se definieron los índices IRPH (los tres primeros de la relación antes transcrita) 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 dicha 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 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 de conformidad con 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 1 de noviembre de 2013. El Banco de España, con efectos desde ese mismo día, dejó de publicar en su sede electrónica los mencionados índices y 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 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.»

SEXTO.- Control de transparencia de la cláusula de interés variable que lo referencia al IRPH

1.- Como hemos visto, el IRPH-Entidades utilizado en el contrato litigioso es un índice definido y regulado legalmente, que se incorpora a un contrato de préstamo a interés variable mediante la predisposición



por la entidad financiera prestamista de una condición general de la contratación. No obstante, la parte predisponente no define contractualmente el índice de referencia, sino que se remite a uno de los índices oficiales regulados mediante disposiciones legales para este tipo de contratos. Por ello, es a la Administración Pública a quien corresponde controlar que esos índices se ajusten a la normativa, lo que hace que ese control quede fuera del ámbito de conocimiento de los tribunales del orden civil.

La administración tiene mecanismos de sanción respecto de aquellas conductas de las entidades financieras que contravengan las normas sobre transparencia bancaria.

2.- En consecuencia, el índice como tal no puede ser objeto del control de transparencia desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE, sobre

contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores. El art. 4 LCGC excluye de su ámbito de aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas, al igual que hace el art. 1.2 de la Directiva 93/13. Así lo indica también el preámbulo de la Directiva, cuando dice que: «(c)onsiderando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; que a este respecto, la expresión «disposiciones legales o reglamentarias imperativas» que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo».

3.- Como reconoce la propia sentencia recurrida, no puede controlarse judicialmente el carácter abusivo de una condición general de la contratación cuando la misma responda a una disposición administrativa supletoria, ya que en estos casos el control sobre el equilibrio entre las obligaciones y derechos de las partes viene garantizado por la intervención de la administración pública, siempre y cuando su contenido no haya sido modificado contractualmente. Lo que tiene como consecuencia que, en el marco de una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación, no pueda valorarse el modo en el que se ha fijado un índice de referencia legalmente predeterminado, ni quepa analizar si ese índice puede ser manipulado por las entidades financieras, o si en la configuración del índice se han podido tener en cuenta elementos, datos o factores no adecuados. Tampoco cabe ponderar el grado de incidencia o influencia de las entidades financieras en la concreta determinación del índice. Todos estos factores los fiscalizan los órganos reguladores de la administración pública.

4.- En suma, ni a tenor de la Directiva 93/13/CEE, ni de la LCGC ni del TRLGCU puede controlarse un índice de referencia, como el IRPH- Entidades, que ha sido fijado conforme a disposiciones legales.

Solamente puede controlarse que la condición general de la contratación por la que se incluye en un contrato con consumidores esa disposición o previsión legal esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente. Para lo cual, ha de tenerse en cuenta, como ya se ha dicho, que el interés remuneratorio es el precio del contrato de préstamo. En consecuencia, las cláusulas que se refieren al modo de determinación del interés remuneratorio afectan a los elementos esenciales del contrato que determinan su objeto principal (sentencia 367/2017, de 8 de junio).

5.- Analizada bajo este prisma la cláusula tercera bis del contrato objeto de litigio, se aprecia que el interés remuneratorio variable se determina conforme a la aplicación de uno de los tipos legales de referencia, en concreto el IRPH-Entidades. Gramaticalmente, la cláusula es clara y comprensible y permite al prestatario conocer, comprender y aceptar que el interés variable de su préstamo hipotecario se calcula con referencia a un tipo fijado y controlado por el Banco de España. De forma que, desde esta perspectiva, la cláusula en cuestión supera el control de inclusión, como también afirma la sentencia recurrida.

6.- En cuanto al control de transparencia, postulado por el demandante y realizado por la sentencia recurrida, se dice que el mismo obligaba a la prestamista a: (i) explicar cómo se configuraba el tipo de referencia, cómo había evolucionado y cómo podría evolucionar en el futuro; (ii) poner en relación el tipo de referencia elegido con otros tipos legalmente previstos; y (iii) ofrecer al prestatario la posibilidad de elección entre los diversos tipos existentes en el mercado. Como veremos a continuación, estos requerimientos no eran exigibles.

En la antes citada sentencia 367/2017, de 8 de junio , así como en la 593/2017, de 7 de noviembre , definimos el control de transparencia respecto de las cláusulas que afectan a elementos esenciales del contrato, al decir: «4.- [...]demás del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales



del contrato. Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

»5.- A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se facilitó al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula».

7.- En las sentencias del pleno de esta sala 241/2013, de 9 de mayo , y 171/2017, de 9 de marzo (esta última, ya con cita de la STJUE de 26 de enero de 2017, caso Banco Primus, C-421/14), nos hemos referido a la transparencia de la cláusula de interés remuneratorio, que debe haber sido redactada por el profesional de manera clara y comprensible, y que, en el caso de intereses variables, ha de quedar claro que el precio del crédito está constituido por el tipo de referencia variable más el diferencial pactados. Y concluíamos en la segunda de las resoluciones pactadas:

«Si partimos de la base de que, incluso en los contratos de adhesión con consumidores, rige la autonomía de la voluntad de los contratantes respecto del precio y la contraprestación, esto presupone la plena capacidad de elección entre las diferentes ofertas existentes en el mercado, para lo cual es preciso que el consumidor tenga un conocimiento cabal y completo del precio y de las condiciones de la contraprestación antes de la celebración del contrato. Como explica la doctrina, la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento.

»Por eso, el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó».

8.- En consecuencia, para determinar la transparencia de la cláusula que incorpora el índice de referencia (IRPH-Entidades) habrá que ver si el consumidor era consciente, porque había sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial, así como la manera en que se calculaba el interés variable. Dado el carácter esencial de la propia cláusula, no cabe considerar que el consumidor no se apercibiera de su importancia económica y jurídica y que pudiera conocer que el interés resultante en dicho periodo se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial consistente en una media de los índices hipotecarios de todas las entidades que actuaban en España al que se sumaba un margen o diferencial.

Al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial como el propio precepto del préstamo.

9.- Igualmente, no se puede obligar a una entidad financiera a utilizar u ofrecer varios de los índices oficiales, por la misma razón que no se le puede exigir que únicamente ofrezca tipos fijos o solo tipos variables. Ni era exigible a la entidad prestamista una explicación pormenorizada del modo en que se determina el índice de referencia, porque su elaboración estaba bajo la supervisión del Banco de España. Además, en este caso, la mención del índice no se hacía siquiera mediante una denominación que pudiera resultar desconocida para el consumidor, sino mediante su definición básica, que resultaba ilustrativa:

«tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito».

Tampoco era exigible, a efectos del control de transparencia, que se ofreciera al prestatario la opción de contratar con otros índices de referencia, como el Euribor que, ex post facto, en los años posteriores a la celebración del contrato, se ha observado que ha tenido un comportamiento más económico para



el consumidor. 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.

La transparencia en la contratación mediante condiciones generales no exige que el predisponente tenga una oferta más o menos amplia. Basta con que el adherente pueda conocer sin especiales esfuerzos cuál era el índice de referencia, de entre los varios admitidos legalmente, que se utilizaba por el predisponente en el contrato en cuestión, y el diferencial a aplicar sobre tal índice que utilizaba el predisponente para el cálculo del interés remuneratorio del préstamo ofertado.

10.- La Audiencia tiene muy presente que el Euribor ha tenido un comportamiento más favorable para el consumidor que el IRPH, pero aparte de que dicha circunstancia se hace desde un sesgo retrospectivo que no puede servir de pauta para el control de transparencia, no tiene en cuenta que el tipo de interés no se forma solo con el índice de referencia, sino también con el diferencial, y no consta que los diferenciales aplicados a préstamos con Euribor fueran también más beneficiosos para el prestatario que los aplicados a préstamos con IRPH. Al contrario, estadísticamente, en los préstamos con este último índice de referencia los diferenciales son más bajos. Lo que, lógicamente, sirve para hacer competitiva la oferta, puesto que a un índice de referencia que supone un tipo porcentual más alto que otros, como el Euribor, se le añade un diferencial menor.

El TJUE ha insistido en que el momento al que debe referirse el control es el de la celebración del contrato. Así, en la STJUE de 20 de septiembre de 2017, C- 186/16 (caso *Andriciuc*) dijo:

«53 A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, para apreciar si una cláusula contractual debe considerarse abusiva, el juez nacional deberá tener en cuenta, como indica el artículo 4 de la Directiva 93/13, la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, considerando «en el momento de la celebración del mismo» todas las circunstancias que concurran en su celebración (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de julio de 2015, Bucura, C-348/14, no publicada, EU:C:2015:447, apartado 48 y jurisprudencia citada).

»54 De ello se deduce, como el Abogado General ha señalado en los puntos 78, 80 y 82 de sus conclusiones, que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato, ya que una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre las partes que sólo se manifieste mientras se ejecuta el contrato».

Además, la Audiencia Provincial tampoco tiene en cuenta otra circunstancia, y es que los diferenciales tenían una mayor o menor magnitud en función de otros datos contractuales, como la vinculación del cliente con la entidad, la domiciliación de la nómina, de otros recibos, la contratación de otros productos, etc. Por lo que resulta imposible anudar la transparencia del tipo de interés al mero hecho de su referenciación a uno u otro índice oficial.

También resulta arriesgado afirmar que el IRPH resulta en todo caso más caro cuando el préstamo todavía no ha llegado ni a la tercera parte de su plazo de vigencia, puesto que se pactó en 2006 por un periodo de 35 años, por lo que se desconoce qué sucederá en los 24 años que todavía quedan para su extinción. En la práctica, la Audiencia acaba haciendo un control de precios, al declarar la nulidad de una condición general de la contratación porque el precio resultante sea más o menos elevado, lo que no es admisible.

11.- El estándar de validez de este tipo de cláusulas referenciadas a un tipo oficial lo establecía, aparte de las normas de transparencia bancaria antes transcritas, la Disposición Adicional Primera I-2ª de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 (actual art. 85.3 TRLGCU), al exigir que: (i) se trate de un índice legal; y (ii) en el contrato se describa el modo de variación del tipo. Circunstancias ambas que se dan en el caso.

Con esos datos es fácilmente comprensible el precio del préstamo, puesto que el consumidor puede conocer de manera sencilla que tendrá que pagar el resultado de sumar el índice y el diferencial. Y aquí radica fundamentalmente la diferencia con los préstamos con cláusula suelo, en que dicha comprensibilidad quedaba oscurecida por el hecho de que el coste del préstamo no funcionaba siempre con esos dos elementos, al establecerse un tope mínimo por debajo del cual el diferencial no fluctuaba.

12.- No debe confundirse el hecho de que los datos facilitados por las entidades conformantes del índice afecten a su valor resultante, algo consustancial al procedimiento de su cálculo, con la posibilidad de su manipulación.



Tampoco cabe presumir que se ofreció el IRPH porque se sabía que iba a tener un comportamiento más favorable para los prestamistas que el Euribor. Los valores del IRPH resultaban de la media de los tipos de interés medios aplicables para la adquisición de vivienda de precio libre en España, lo cual, por definición, incorporaba en dicha media todas operaciones de financiación hipotecaria tanto a interés fijo como variable, entre las que también se encontraban las operaciones referenciadas al Euribor. Ello es relevante porque, dado que hasta ahora el Euribor ha tenido un valor inferior al IRPH, el Euribor también influyó en la conformación a la baja de los valores del IRPH, puesto que las operaciones referenciadas a dicho índice se incluían en el cálculo de este último. Lo que pone más que en entredicho la conclusión, también de sesgo retrospectivo, según la cual la prueba de que el IRPH convenía más *a priori* a las entidades financieras es que el Euribor bajó más.

13.- Subyace bajo la argumentación del demandante/recurrido y de la Audiencia Provincial que la transparencia habría exigido que la entidad prestamista hubiera informado al cliente sobre el comportamiento futuro del IRPH, lo que por definición es imposible. Y en cuanto al comportamiento anterior, hasta noviembre de 2008, el valor del IRPH y del Euribor había sido bastante similar (menos de un punto de diferencia), aparte de que no cabe olvidar que los diferenciales aplicados eran distintos y condicionaban el resultado final; y que esos diferenciales eran menores en los préstamos referenciados al IRPH que en los referenciados al Euribor, pues de otro modo los primeros no habrían resultado competitivos.

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

Para que en el mercado del crédito fueran competitivos los préstamos referenciados al IRPH y poder ofertar un TAE similar a los préstamos referenciados al Euribor, es claro que en aquéllos el diferencial tenía que ser menor. Lo relevante no era, pues, la diferencia en ese momento entre IRPH y Euribor, sino cuál iba a ser la evolución futura. Y eso no puede exigirse al banco que lo conociera, ni que, por tanto, lo informara; sobre todo en un préstamo con un plazo de duración de 35 años.

Por último, resulta cuando menos contradictorio afirmar que el banco sabía que el IRPH le iba a ser más beneficioso que el Euribor y que, sin embargo, el primero de tales índices solo se haya utilizado en un número de préstamos en nuestro país que no llega al 15%. Salvo que se presuma que en la inmensa mayoría de préstamos referenciados al Euribor las entidades estaban dispuestas a perder cuota de beneficios. De hecho, por las mismas razones por las que la Audiencia Provincial anula la referencia al IRPH podría haber anulado una referenciación al Euribor, si su evolución hubiera sido más desfavorable para el consumidor.

14.- Como consecuencia de todo lo expuesto, el segundo motivo de casación debe ser estimado, porque la cláusula controvertida superaba el control de transparencia. Y al no apreciarlo así, la Audiencia Provincial infringe los arts. 80.1 y 82 TRLGCU y 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Lo que le lleva, no solo a anular y expulsar del contrato la cláusula de interés remuneratorio, sino incluso a dejar el préstamo sin interés (ni siquiera sobrevive el diferencial del 0,50%), como si se tratara de un préstamo usurario.

SÉPTIMO.- Tercer motivo de casación

1.- El tercer motivo de casación se formula al amparo del art. 477.2.3° LEC, por infracción de los arts. 80.1 y 82 TRLGCU y del art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en cuanto al modo en que la sentencia recurrida realiza el control de transparencia, y el juicio de abusividad, sobre la cláusula tercera bis del contrato, en la que se pactó como tipo de interés de la operación.

2.- Realmente no se trata de un motivo de casación diferente del anterior, sino que únicamente intenta justificar la existencia de interés casacional por la existencia de resoluciones contradictorias de Audiencias Provinciales. En consecuencia, dada su falta de sustantividad propia, no resulta procedente una resolución individualizada, sino que basta con la remisión a lo ya dicho para resolver el segundo motivo de casación, a fin de evitar inútiles reiteraciones.

OCTAVO.- Asunción de la instancia. Estimación en parte del recurso de apelación. Estimación en parte de la demanda Conforme a lo ya expuesto, la estimación del recurso de casación conlleva la estimación del



recurso de apelación únicamente en lo relativo a la cláusula de interés remuneratorio, puesto que la cláusula contractual por la que se establece el interés remuneratorio con un tipo de referencia IRPH-Entidades más un margen del 0,50% no puede considerarse nula por falta de transparencia.

Pero debe tenerse en cuenta que el recurso de casación no combate lo resuelto y decidido por la sentencia de la Audiencia Provincial respecto de la cláusula de intereses moratorios (coincidente con nuestra jurisprudencia), por lo que la declaración de abusividad de esta última ha quedado firme. Lo que, en la práctica, supone la estimación parcial de la demanda.

NOVENO.- Costas y depósitos

1.- Habida cuenta la estimación del recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo, según determina el art. 398.2 LEC .

2.- Igualmente, al haberse estimado en parte el recurso de apelación, tampoco cabe pronunciamiento condenatorio sobre costas, en aplicación del mismo precepto citado.

3.- La estimación parcial de la demanda conlleva que cada parte asuma las causadas a su instancia y las comunes por mitad, según establece el art. 394.2 LEC .

4.- Asimismo, debe acordarse la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y casación, a tenor de la Disposición adicional 15.^a, apartado 8, LOPJ .

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación formulado por Kutxabank S.A. contra la sentencia núm. 85/2016, de 10 de marzo, dictada por la Audiencia Provincial de Álava (sección 1.^a), en el Rollo de Apelación núm. 619/2015 , que casamos y anulamos.

2.º- Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Kutxabank S.A. contra la sentencia núm. 158/2015, de 15 de junio, dictada por el Juzgado Mercantil n.º 1 de Vitoria-Gasteiz , en el juicio ordinario n.º 584/2014, que revocamos y dejamos sin efecto únicamente en cuanto al pronunciamiento relativo a la cláusula de interés remuneratorio; al no haber sido objeto de impugnación en el recurso de casación el pronunciamiento relativo a la nulidad de la cláusula de intereses moratorios, que se declara firme.

3.º- No hacer expresa imposición de las costas de los recursos de apelación y casación, ni de las causadas en primera instancia.

4.º- Ordenar la devolución de los depósitos constituidos para los recursos de apelación y casación.

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

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

Así se acuerda y firma.

Voto particular

que formula el Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Orduña Moreno, y al que se adhiere el Excmo. Sr. Magistrado D. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

PRIMERO.- Introducción y preliminares.

1. Planteamiento metodológico del voto particular: delimitación de planos de análisis.

Con absoluto respeto a la decisión de la mayoría de los Magistrados, y compañeros de sala, debemos indicar, desde el principio, que el voto particular que formulamos, aunque necesariamente discrepante con dicha decisión de la mayoría de Magistrados, se realiza desde la finalidad primordial de que resulte útil y sirva para el mejor estudio y análisis del control de transparencia, en especial de sus presupuestos y contenido de aplicación.

Desde esta finalidad primordial, el voto particular centra su argumentación, como se desarrolla continuación, desde la necesidad de fijar un previo y correcto enfoque metodológico de los presupuestos de aplicación del control de transparencia con relación a los especiales deberes de información que incumben al profesional, en nuestro caso, la entidad bancaria, cuando predispone un «índice de referencia» en su contratación financiera



con los consumidores; en particular, en los contratos de préstamo garantizado con hipoteca con relación al denominado IRPH-Entidades, como tipo o índice de referencia utilizado.

Centrado de esta forma el enfoque metodológico del voto particular, procede delimitar y concretar los planos de análisis.

En este sentido, y en primer lugar, hay que precisar que el voto particular, de forma concurrente con la sentencia, fundamento sexto, apartado 1, no cuestiona la competencia del Banco de España para elaborar estos índices oficiales y establecer los procedimientos adecuados para su aplicación y control. Por lo que la validez de este plano normativo, esto es, de las disposiciones legales y reglamentarias que lo desarrollan administrativamente, no es objeto del control de transparencia a tenor de la Directiva 93/13/CEE. Por el contrario, como expresamente reconoce la propia sentencia, fundamento sexto, apartado 4, lo que sí constituye un claro objeto del control de transparencia es la condición general de la contratación por la que el profesional incluye un índice de referencia oficial, de forma que la cláusula, así predispuesta, resulte redactada, tal y como dice la sentencia: «de un modo claro y comprensible y sea transparente».

Esta declaración o conclusión de la sentencia, sin perjuicio de lo que se aduzca más adelante, alcanza necesariamente a la interpretación de la normativa sobre consumidores y condiciones generales que excluyen de su ámbito de aplicación el control de transparencia que se proyecte «directamente» sobre disposiciones legales o administrativas, art. 4 LCGC y art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE, pues como se ha señalado, y expresamente reconoce la sentencia, el objeto de dicho control no es el índice como tal, esto es, como reflejo de una disposición legal o administrativa que lo oficializa, si no su empleo o utilización en una contratación bajo condiciones generales a tenor de los especiales deberes de información que incumben al profesional o predisponente.

El control de legalidad que deriva de la transparencia no se proyecta, por tanto, de una forma «superpuesta» al plano administrativo que configura tanto la fórmula o el método de cálculo del índice de referencia, como al procedimiento tendente a garantizar su integridad, fiabilidad e independencia, sino que se proyecta de un modo autónomo y diferenciado en el «plano sustantivo» del enjuiciamiento de la validez de la cláusula predispuesta, conforme a los citados deberes de información que incumben al predisponente.

En segundo lugar, una vez realizada la anterior precisión, procede que pasemos a concretar, con mayor detalle el «elemento» o «componente» de la cláusula predispuesta que realmente es objeto del control de transparencia.

En el presente caso, dicho elemento o componente objeto del control de transparencia no es, como parece dar a entender la sentencia, fundamento de derecho sexto, apartados 4 y 7, ni «el interés remuneratorio como precio del contrato de préstamo», ni su composición por el tipo de índice de referencia más el diferencial pactados en el caso de interés variable, sino el mismo «tipo o índice de referencia» como elemento específico susceptible del control de transparencia, esto es, de «comportar» unos deberes de información que permitan y faciliten al prestatario su comprensibilidad material y valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicho índice sobre las obligaciones financieras que asume. Más allá, como se ha indicado, del mero conocimiento del prestatario acerca de la onerosidad del contrato celebrado, es decir, que debe pagar un precio por el capital prestado (remuneración del interés), o de que el precio, dada la modalidad pactada de interés variable, pueda ser objeto de fluctuación.

En tercer lugar, dentro de esta delimitación de los planos de análisis, hay que resaltar que una vez, como desarrollamos más adelante, se llega a la conclusión de que la utilización del tipo o índice de referencia, como elemento específico de la cláusula predispuesta, queda comprendida en el marco del control de transparencia, la aplicación de dicho control debe ser también metódica y completa, tanto con relación a la caracterización y contenido que ha delimitado la doctrina jurisprudencial del TJUE, como con el plano normativo que regula el alcance de estos índices de referencia en la contratación predispuesta con consumidores y usuarios. No basta, por tanto, como hace la sentencia, reconducir el control de transparencia hacia conceptos más amplios o generales que, por más que quiera señalar que resultan ilustrativos, no permiten valorar al prestatario, de un modo directo, fácil y accesible, esto es, sin necesidad de realizar un posterior análisis minucioso o pormenorizado del elemento en cuestión, las consecuencias económicas que se derivan de la peculiaridad y funcionamiento del «propio» índice de referencia aplicado por la entidad bancaria. Caso de los supuestos indicados que conducen a la comprensibilidad del índice a los conceptos de remuneración del interés o a la mera fluctuación del interés variable (fundamento sexto, apartados 4 y 7), o de aquellos que lo reconducen alternativamente a una fórmula meramente descriptiva «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años concedidos por el conjunto de entidades de crédito» (fundamento sexto, apartado 9 de la sentencia).

Por último, en cuarto lugar, con relación al contenido básico del control de transparencia, que también desarrollamos más adelante, conviene anticipar, a los efectos de valorar las circunstancias «concurrentes en



la celebración del contrato», art. 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, que en el año 2006, año en el que se concertó el contrato objeto de la *litis*, el 84,14% de los préstamos hipotecarios fueron referenciados al Euríbor, mientras que sólo el 11,47% lo fueron al IRPH; según los datos que refleja la Estadística Registral Inmobiliaria del propio Colegio de Registradores, año 2006.

2. Contexto valorativo de la discrepancia.

Conforme a lo anteriormente expuesto, y dado que la sentencia entra en el fondo de la cuestión, es decir, en el control de transparencia del tipo o índice de referencia relativo al IRPH-Entidades, fundamentos de derecho quinto y sexto, la razón de nuestra discrepancia que justifica el presente voto particular radica en la «aplicación» que realiza la sentencia del control de transparencia. En nuestra opinión, esta aplicación o proyección del control de transparencia que realiza la sentencia, con relación a la validez de la cláusula predispuesta por la que el profesional utiliza o incluye el índice de referencia, no se ajusta a los parámetros y contenido que la doctrina jurisprudencial del TJUE ha establecido para proceder, correctamente, a la aplicación del control de transparencia.

En este sentido, si se analiza con atención la argumentación de la sentencia se observa que llega a la conclusión de que la «mera referencia a un tipo o índice oficial no supone falta de transparencia», esto es, con otros términos, que la aplicación del control de transparencia en el presente caso comporta que la utilización de este índice de referencia oficial sea suficiente, por sí solo, para superar dicho control, sin que resulte exigible al profesional predisponente ninguna otra información al respecto.

Lo que supone, a su vez, en puridad y de forma inversa a lo que hemos señalado acerca de los distintos planos normativos a considerar, que en los supuestos de referencia a estos índices oficiales el plano de la disposición legal o administrativa de dichos índices no sólo se superpone al plano sustantivo del control de transparencia, sino que acaba por «integrarlo» o «subsumirlo».

En efecto, la sentencia alcanza esta conclusión a través de diversas vías de argumentación, que resultan concurrentes entre sí. Así, en primer lugar, a través de la indicada reconducción del objeto del control de transparencia hacia conceptos o referencias más generales o descriptivos (remuneración del interés o fluctuación del interés cuando es variable). En segundo lugar, «presumiendo» la comprensibilidad del prestatario, acerca de la transparencia y alcance de este índice de referencia, a través del carácter esencial de dicho elemento en la configuración de la cláusula predispuesta, es decir, dando por sentado que un «consumidor medio» conoce que se utilizan diferentes sistemas de cálculo de interés variable y que, por tanto, los índices de referencia no responden a una misma configuración o confección, pudiendo presentar diferencias notables; fundamento de derecho sexto, apartado 8 de la sentencia. En tercer lugar, «invirtiendo» o «alterando» la carga de los deberes de información, al considerar que 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; fundamento de derecho sexto, apartado 9 de la sentencia.

Con estos argumentos, la sentencia alcanza la conclusión señalada de que la mera referenciación a un índice oficial no supone falta de transparencia, pues el adherente puede conocer, sin especiales esfuerzos, cuál es el índice de referencia que resultará aplicado, entre los autorizados legalmente, y el precio del préstamo de manera sencilla, al sumar el índice y el diferencial; fundamento de derecho sexto, apartado 9 *in fine* y apartado 11, segundo párrafo. En nuestra opinión, la proyección del control de transparencia que realiza la sentencia, simplificándolo en atención a criterios de valoración que reconducen, presumen o alteran el contenido de dicho control resulta no ajustada a derecho.

Cabe plantearse, por tanto, en el sentido del deber de transparencia que contempla el artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE, si el profesional que utiliza el índice de referencia IRPH-Entidades, como índice que responde a una configuración propia y diferenciada respecto de otros índices de referencia de posible utilización, algunos de ellos más usuales en el momento de la contratación, como el índice Euríbor, sólo debe establecer la mera referencia a este índice oficial en la cláusula predispuesta, o bien, de forma extensiva, establecer el alcance y funcionamiento concreto del mecanismo de este índice de referencia, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicho índice sobre las obligaciones financieras que asume y, a su vez, esté en condiciones de valorar correctamente otras posibles ofertas de contratación.

En nuestra opinión, la respuesta a la pregunta planteada debe ser resuelta, como desarrollamos más adelante, desde una valoración extensiva de los deberes de información que incumben al profesional, como tal, y que van más allá de la mera referencia de este índice oficial en la cláusula predispuesta.

3. Control de transparencia: Presupuestos y hechos relevantes que han resultado acreditados en la instancia.



Para proyectar de un modo correcto el control de transparencia debemos partir de los hechos acreditados en la instancia que tienen relevancia en los presupuestos y contenido de la realización de dicho control.

Así, en primer lugar, en relación a los presupuestos de aplicación del control de transparencia la propia sentencia, fundamento de derecho segundo, conforme a lo declarado en la instancia y con cita, entre otras, de las SSTJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C- 154/15 , C-307/15 y C-308/15 y de 20 de septiembre de 2017, asunto C- 186/16 , relativos a la cláusula suelo y al préstamo de hipoteca multidivisa, respectivamente, califica la cláusula de interés variable como una condición general de la contratación. Por lo que cumple con los requisitos para ser objeto del control de transparencia propio de las cláusulas predispuestas que configura el profesional en su contratación con los consumidores. Dicho control alcanza, por tanto, al tipo o índice de referencia utilizado, en nuestro caso el citado IRPH-Entidades, sin que tampoco sea un óbice para la aplicación del control de transparencia que dicho índice constituya un «elemento esencial» del contrato de préstamo celebrado.

En segundo lugar, con relación a la exigencia o deber de transparencia, la sentencia, fundamento de derecho quinto, apartado 4, dado los efectos de la asimetría de información que padecen los consumidores, reconoce que la normativa aplicable establece un «principio de transparencia» en la contratación en la que se incluyen estos índices financieros. Principio de transparencia que liga al curso de dicha normativa, desde la Orden de 5 de mayo de 1994 hasta la Orden de 28 de octubre de 2011, significativamente titulada «de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios».

Curso al que cabe añadir, como señala la STS 608/2017, de 15 de diciembre , con relación al préstamo hipotecario multidivisa, la reforma operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, en el art. 48.2 de la Ley 26/1988 , sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, con similar exigencia de la información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios.

En tercer lugar, con relación al tipo o índice de referencia IRPH- Entidades, como elemento idóneo o susceptible de ser objeto del control de transparencia, la sentencia no cuestiona la «complejidad» o «dificultad» que presenta este índice y que la sentencia de primera instancia destaca en dos aspectos relevantes. Así, en primer término, su «peculiar» configuración respecto de otros posibles índices oficiales que podrían haber sido utilizados. En particular, que el cálculo de este índice comprende o incluye las «comisiones y demás gastos» que los clientes pagan a la entidad. Que dicho cálculo se realiza a través de una «media simple» de los tipos de intereses medios suministrados, sin ningún mecanismo de corrección de las desviaciones que se observen. Y que la normativa aplicable no aclara o especifica si los tipos de interés medio se refieren a los intereses realmente aplicados por la entidad, a los intereses inicialmente contratados, o a los intereses actualizados tras la correspondiente revisión. En segundo término, dado que este índice se configura a partir de la información que suministran las propias entidades, también resulta destacable la «ausencia de la información reseñada» en la publicidad que dispensa el Banco de España a través del Boletín Oficial del Estado. Publicidad de este índice de referencia que, por lo demás, como expresamente indica la sentencia, dejó de publicarse por el Banco de España en su sede electrónica el 1 de noviembre de 2013.

Por último, en cuarto lugar, con relación a la proyección o aplicación del control de transparencia en el presente caso, resulta fundamental atender al plano del cumplimiento de los deberes de información que incumben al profesional, tal y como dispone, de un modo extensivo, el citado art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE , en particular desde perspectiva valorativa de la «publicidad e información proporcionados por el prestamista» (entre otras, STJUE de 26 de febrero de 2015, Matei, C- 143/13).

En este sentido, resulta muy relevante, conforme a los hechos acreditados, tanto en la primera como en la segunda instancia, y no cuestionados por la sentencia, señalar que la entidad bancaria «no proporcionó información específica o adicional» al consumidor relativa al alcance y funcionamiento concreto de este índice de referencia en el marco del contrato de préstamo ofertado. Como señalan ambas instancias, resulta acreditada esta ausencia de información tanto en la fase precontractual, como en las fases de perfección y ejecución del contrato. Así, en la oferta vinculante, la única referencia informativa al respecto fue la propia denominación del tipo o índice: «IRPH TOTAL ENTIDADES». Mientras que en la escritura pública del préstamo, su referencia a informativa se limitó a su definición genérica como: «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años... concedidos por el conjunto de entidades de crédito». Definición que concuerda con la que es suministrada por el Banco de España en la Circular 5/94 y se publica en el Boletín Oficial del Estado.

SEGUNDO.- *El control de transparencia sobre índices utilizados como referencia en la contratación financiera por el profesional; en particular el IRPH-Entidades. Caracterización, contenido y alcance.*

1. La idoneidad del IRPH-Entidades como elemento o componente susceptible del control de transparencia. Metodológicamente la valoración de la «idoneidad» del elemento o componente en cuestión para ser objeto



del control de transparencia constituye un paso previo y necesario para la aplicación, propiamente dicha, del citado control.

Esta idoneidad, como presupuesto de la aplicación del control, tal y como ya se ha indicado, a veces no concurren al tenor de las excepciones que expresamente prevé la Directiva 93/13/CEE. En nuestro caso, ya hemos señalado que no resultan de aplicación estas excepciones.

En este sentido, se ha descartado que resulte aplicable al presente caso la excepción que contempla la Directiva en su art. 1, apartado 2. La razón de fondo, al margen de que la propia sentencia no la aplica, pues entra en la valoración del control de transparencia del índice de referencia, radica en la «distinta función» del control de transparencia que no tiene por objeto, como se ha señalado, reiterar un control de legalidad superpuesto al que ya viene implícito en la disposición legal o administrativa que lo autoriza como índice oficial y regula su aplicación, sino contrastar la «exigencia de transparencia» sobre la comprensibilidad del mismo que incumbe al profesional cuando lo utiliza o lo emplea en la configuración de la cláusula predispuesta; pues la disposición legal que lo autoriza no tiene como función explicar su alcance y funcionamiento concreto en la contratación bajo condiciones generales que lleve a cabo el profesional, ni suplir sus especiales deberes de información en este modo de la contratación. Esta conclusión queda reafirmada si se atiende a la propia interpretación que el TJUE realiza sobre la referida excepción del art. 1.2 de la Directiva. En efecto, el Tribunal expresamente ha resaltado que dicha excepción debe ser objeto de una interpretación «restrictiva» (STJUE de 10 de septiembre de 2014, Kusionová, C- 34/13), de forma que el elemento de la cláusula predispuesta no sólo debe reflejar directamente una disposición legal o reglamentaria, sino que ésta además debe ser imperativa. Requisito que tampoco concurre en el presente caso, en donde el profesional emplea uno de los posibles índices de referencia de entre los siete autorizados en su momento (entre otros, el Mibor, Ceca y Euríbor), por lo que el IRPH-Entidades no constituía el único índice como valor de referencia y su aplicación no resultaba imperativa para el profesional. En esta línea, por lo demás, el Tribunal también ha resaltado que, en todo caso, resulta esencial para el consumidor que el profesional le informe adecuadamente sobre las disposiciones legales o reglamentarias imperativas que resulten de aplicación (STJUE de 26 de abril de 2012, Invitel, C-472/10), del mismo modo que, con carácter general, el hecho de que el contenido de los contratos predispuestos esté determinado por disposiciones reglamentarias imperativas (contratos regulados) no comporta la exención del deber de información que incumbe al profesional sobre aquellos aspectos o cuestiones de interés o relevancia para el consumidor (SSTJU de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11 y de 23 de octubre de 2014, asunto Alexandre SCHUL C-359/11 y C- 400/11).

Por otro lado, y en la línea de estas excepciones, también se ha descartado que la calificación del índice como «elemento esencial» del contrato sea un óbice para la aplicación del control de transparencia (según las citadas SSTJUE de 21 de diciembre de 2016 y 20 de septiembre de 2017).

Una vez hemos analizado previamente la posible aplicación de las excepciones previstas y hemos llegado a la conclusión de que no resultan aplicables en el presente caso, la idoneidad del índice de referencia, como elemento susceptible del control de transparencia, requiere, además, de la «dificultad» o «complejidad» que presente la comprensión de su concepto y su mecanismo de aplicación en el contrato celebrado. Esta dificultad o complejidad no se mide de acuerdo con parámetros concretos o subjetivos relativos al «grado de comprensión» que en cada caso concreto pueda presentar el consumidor afectado, conforme a su nivel de formación o especialización, sino que atiende, por la propia naturaleza del control de transparencia, a un parámetro «abstracto» de comprensibilidad referenciado, necesariamente, en la posición del «consumidor medio» que, por definición, no tiene una formación específica acerca de la configuración y funcionamiento de estos índices de referencia (entre otras, STJU de 3 de septiembre de 2015, Costea, C-110/14).

En esta línea, basta con atender a la fórmula de cálculo que se aplica al IRPH-Entidades para concluir que se trata de un elemento complejo a los efectos del control de transparencia:

Máxime, si tenemos en cuenta, como señala la STJUE de 30 de abril de 2014, asunto Kásler, C-26/17 , que la exigencia de transparencia también alcanza a la formulación aritmética de la cláusula en cuestión, esto es, que el profesional articule los criterios precisos y comprensibles que sean necesarios para que el consumidor medio pueda comprender los mecanismos aritméticos de la determinación de su tipo de interés y valorar sus consecuencias económicas sobre el contrato ofertado.

Hasta tal punto, que el reciente Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, sobre índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros, conforme a la función tuitiva de los consumidores, sujeta la regulación de los índices de referencia que se aplican a los préstamos garantizados con hipoteca a la «supervisión» que desarrolla el citado Reglamento; además de reconocer, expresamente, la obligación de los prestamistas y los intermediarios del crédito de «facilitar una información adecuada a los consumidores» (Exposición de Motivos, considerandos 10 y 71).

Reglamento que ha comportado la modificación de la Directiva 2014/17/UE, de 4 de febrero, sobre contratos de crédito celebrado con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, en su art. 13, apartado 1, párrafo 2.º, en el sentido de recalcar el deber de informar del profesional acerca de las «posibles implicaciones de dicho índice de referencia para el consumidor».

En este contexto valorativo, no cabe poner en duda que el índice de referencia IRPH-Entidades tanto al tenor de su fórmula matemática de cálculo, como por su peculiar configuración (incluye comisiones y además gasto del cliente, y se calcula por una media no ponderada) presenta una complejidad de comprensión para el consumidor medio que lo hace «idóneo» como elemento o componente susceptible del control de transparencia y, por tanto, de las exigencias derivadas para el profesional de facilitar, activamente, una información adecuada y comprensible de su aplicación y funcionamiento en el contrato de préstamo ofertado. Exigencia que ya venía implícita en el curso de su autorización legal o administrativa desde la Circular del Banco de España 8/1990, de 7 de septiembre (Anexo VII, donde expresamente se contemplaba que:

«[...] en préstamos a interés variable se debería a identificar, entre otros, el tipo de interés aplicable en especificando si se trata o no de un índice de referencia oficial, su último valor disponible en y evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales, la Tasa Anual Equivalente con indicación del intervalo en el que razonablemente pueda moverse».

2. IRPH-Entidades y Transparencia. Método y proyección del control de transparencia.

Una vez delimitada, a la luz de la normativa aplicable, la improcedencia de las citadas excepciones y la idoneidad de este índice de referencia para ser objeto específico del control de transparencia, procede la proyección de dicho control de acuerdo con los parámetros y contenido que ha diseñado la doctrina jurisprudencial del TJUE.

En este sentido, se procede a analizar, de forma metódica, la extensión del control de transparencia, su caracterización, contenido y parámetros de aplicación, así como la función tuitiva que desempeña, todo ello con relación a este específico índice de referencia.

2.1. Extensión del control de transparencia.

En primer lugar, y en la línea de lo señalado en este voto particular, la «apreciación» del carácter abusivo de la cláusula debe realizarse de un «modo sistemático». Esto es, como establecen las citadas sentencias del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13 y la de 30 de abril de 2014, Kásler, C-26/13, de forma que se tengan en cuenta «todos los elementos» que puedan tener incidencia en el alcance del compromiso asumido por el consumidor.

Extensión que alcanza, por tanto, a la valoración de la publicidad e información proporcionada por el prestamista, al examen sistemático de la cláusula en cuestión, con relación al resto de las condiciones generales del contrato y, por supuesto, a la información suministrada por el prestamista con relación a la comprensibilidad de los elementos aritméticos empleados en la reglamentación predispuesta.

Por lo que a los efectos del presente caso, resulta incorrecto, tal y como hace la sentencia, «limitar» el control de transparencia hacia formulaciones más amplias y genéricas del IRPH-Entidades, como su reconducción al concepto de intereses remuneratorios del préstamo, o a la mera composición descriptiva del interés variable, formulaciones que desatienden o no reflejan tanto la importancia o incidencia que tiene este índice de referencia para valorar el alcance del compromiso que realmente asume el consumidor, como la «dificultad» o «complejidad implícita» de dicho elemento y, en consecuencia, la posibilidad de facilitar o procurar la correcta comprensión por parte del adherente.

En segundo lugar, también hay que resaltar que esta extensión del control de transparencia no sólo es cuantitativa, respecto del análisis de todos los elementos relevantes, sino también «temporal». Es decir, como señalan la SSTJUE de 21 de marzo de 2013, caso RWE Vertrieb, C-92/11, la citada sentencia de 30 de abril de 2014, y la más reciente de 20 de septiembre de 2017, caso Andriuc y otros, C-186/16, dicha extensión debe alcanzar a todas las fases de formación del contrato, con especial atención a la denominada fase precontractual; en donde la información que se le debe suministrar al consumidor reviste una importancia fundamental para que este pueda valorar correctamente el alcance del compromiso que va a asumir con la celebración del contrato. En el presente caso, ha resultado acreditado que el profesional «no suministró» información específica acerca de la peculiar configuración del índice IRPH-Entidades y de su funcionamiento concreto en el contrato ofertado, tanto en la fase precontractual, como en las fases de perfección y ejecución del contrato. **2.2. Caracterización, contenido y parámetros de aplicación.**

Una vez delimitada la extensión del control de transparencia, procede examinar la proyección de dicho control en el presente caso.

Esa proyección viene condicionada, *ab initio*, por la propia caracterización y naturaleza del control establecido. En este sentido, como ya señalara la STJUE de 14 de junio de 2012, caso Banesto, C- 618/10 , y como reafirma la reciente sentencia de 20 de septiembre de 2017, el control de transparencia responde a un control de oficio de la legalidad de la cláusula predispuesta que se proyecta o articula en atención a parámetros abstractos (estandarizados) de validez de la cláusula, con relación a la aportación por el profesional de los criterios precisos y comprensibles que resulten necesarios para que el consumidor pueda valorar, correctamente, las consecuencias económicas que se deriven de la cláusula predispuesta. Por lo demás, esta configuración del control de transparencia, como control objetivable y abstracto de la validez de la cláusula predispuesta, en clara correspondencia con el estándar de formación del «consumidor medio», es la línea que ha sido seguida por esta sala en el curso de su jurisprudencia, SSTS 241/2013, de 9 de mayo , 464/2013 de 8 de septiembre , 367/2017, de 8 de junio y la más reciente 608/2017, de 15 de noviembre , que expresamente declara:

«[...]En estas sentencias se ha establecido la doctrina consistente en que, además del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato.

»Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo».

Conforme a esta caracterización, el profesional que configura condiciones generales que inciden sobre elementos esenciales se le exige un «plus» de información, o de exigencia de transparencia, que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga jurídica y económica que les supondrá concertar el contrato, sin necesidad, desde la asimetría de información existente, de realizar por el mismo un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. De ahí que esta exigencia comporte que el elemento que presenta cierta complejidad sea objeto de una información «principal» y «comprensible» en la formación y perfección del contrato. (Por todas las citadas SSTS 464/2013, de 8 de septiembre y 608/2017, de 15 de noviembre).

En el presente caso, dada la complejidad incuestionable del índice de referencia IRPH-Entidades, esta exigencia de transparencia se «proyecta» sobre la información relevante y específica que el profesional debe suministrar acerca del alcance y funcionamiento concreto del mecanismo de este índice que es utilizado en la cláusula predispuesta. Pues no en vano, como destaca la STJUE de 20 de septiembre, el profesional es quien dispone de la experiencia y de los conocimientos adecuados.

Para cumplir con esta exigencia de información, tal y como se señaló en la STS 241/2013, de 9 de mayo , el profesional puede recurrir a diversos parámetros de comprensibilidad del elemento en cuestión, sin que, en principio, haya un listado taxativo o jerárquico de los mismos. Sin embargo, conviene puntualizar que la citada STJUE de 20 de septiembre de 2017, con relación a la comprensión de estos mecanismos que versan sobre una operativa financiera, caso de la variación en el tipo de cambio de una divisa, pero también de la aplicación de un índice de referencia, resalta el «deber» del profesional de proporcionar los «posibles escenarios» que comporte la aplicación de dichos mecanismos. Así, en su considerando 50, declara:

«[...]Así pues, como el Abogado General ha señalado en los puntos 66 y 67 de sus conclusiones, por una parte, el prestatario deberá estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto el banco, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa. En consecuencia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar que el profesional comunicó a los consumidores afectados toda la información pertinente que les permitiera valorar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal sobre sus obligaciones financieras».

Por lo demás, siguiendo el método de aplicación que lleva a cabo la citada sentencia, en su considerando 58, nos recuerda, de acuerdo con el art. 3.1 en relación con el 4.1 de la Directiva 93/13/CEE , que el control de transparencia, debe hacerse también:

«[...]en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente evaluar, atendiendo a todas las circunstancias



del litigio principal, y teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional, en este caso el banco, en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido de esa disposición».

Este parámetro resulta relevante en el presente caso, en donde el profesional, sin duda, conocía la peculiar configuración de este índice, respecto de otros posibles índices oficiales que resultaban de aplicación, su incidencia específica en el contrato celebrado, así como el carácter residual de su utilización, pues el 84,14% de los préstamos hipotecarios ya venían en el año 2006, año en el que se concertó el préstamo, referenciados al Euríbor como índice aplicable, mientras que sólo el 11,47% de los préstamos hipotecarios se referenciaban al índice IRPH. Con lo que el plus o exigencia de transparencia era mayor en estos casos, pues recordemos que las variaciones del Euríbor, desde el año 2000, fueron objeto de difusión periódica por los canales televisivos y la prensa en general, por lo que el consumidor medio tenía mejor acceso y estaba más familiarizado con el alcance de este índice de referencia que con el IRPH.

2.3. La función de la exigencia de transparencia.

De acuerdo con lo señalado, la exigencia del deber de transparencia tiene como función «restablecer» la simetría de información que de forma consustancial se ve alterada por este modo de contrato. Para que el consumidor medio, como destaca la jurisprudencia del TJUE, sin necesidad de realizar un análisis pormenorizado y minucioso de los elementos esenciales del contrato, pueda contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que asume.

Esto es, en los términos del propio TJUE, que «el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, pueda estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual» (entre otras, STJUE de 14 de marzo de 2013). En el presente caso, esta exigencia o deber del profesional a tenor del contenido de aplicación del control de transparencia no se ha cumplido, por lo que debe concluirse que la cláusula predispuesta objeto de la presente *litis* es abusiva y, por tanto, ineficaz.

En efecto, dada la complejidad del índice de referencia IRPH- Entidades para la comprensibilidad del consumidor medio, los conocimientos y experiencia del profesional y las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato, éste debió realizar el plus de información que le era exigible acerca del alcance y funcionamiento concreto que dicho índice comportaba para las obligaciones financieras que iba a asumir el consumidor.

Dicha información no se suple con la mera referencia del índice, o su reconducción hacia conceptos más amplios y, a su vez, genéricos o simplemente descriptivos, sino que requiere explicar la peculiaridad de la configuración de éste índice respecto de otros posibles índices de aplicación, y el funcionamiento concreto de su mecanismo de aplicación, en especial los escenarios anteriores acerca de cómo había evolucionado dicho índice y su comportamiento razonablemente previsible en el momento de la contratación. El consumidor medio puede conocer que, al igual que el interés variable, los índices de referencia pueden fluctuar. Pero no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que no todos los índices fluctúan de igual forma a tenor de su configuración, ni tampoco su previsible comportamiento sin los escenarios de variación que se hayan producido. Información, junto a otra posible, que el profesional no suministró al consumidor pese a disponer de la misma. En particular, que desde su aplicación, el IRPH- Entidades se ha mantenido en valores superiores a otros índices más usuales y conocidos por el consumidor medio, caso del Euríbor.

TERCERO.- En virtud de todo lo razonado anteriormente, y centrándonos en la exigencia de transparencia, la aplicación del control de transparencia debía haber comportado la declaración de abusividad de la cláusula objeto de la presente *litis* y, en consecuencia, la estimación parcial del recurso de casación en el sentido de que declarada la abusividad de la cláusula, conforme a la sentencia de esta sala 608/2017, de 15 de diciembre, el índice de referencia que resultaría aplicable sería el Euríbor, lo que conllevaría la no imposición de costas del recurso de casación y las consecuencias que se deriven en las costas de las instancias arts. 394 y 398 LEC.