

CASACIÓN núm.: 4416/2017

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

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

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil
PLENO

Sentencia núm. 1590/2025

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Ignacio Sancho Gargallo, presidente

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Antonio García Martínez

D. Manuel Almenar Belenguer

D.^a Raquel Blázquez Martín

D.^a Nuria Auxiliadora Orellana Cano

D. Fernando Cerdá Alberó

En Madrid, a 11 de noviembre de 2025.

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

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

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

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-*Tramitación en primera instancia*

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

«[...]».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antecedentes del caso

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

«El Banco de España, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, definirá mediante Circular un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable, y hará públicos sus valores regulamente».

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

«Siendo:

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

n = número de años del contrato.

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

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

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

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

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

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

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

sobre la definición completa del índice ni sobre la fórmula de cálculo («los elementos principales relativos al cálculo del IRPH [...] resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el Boletín Oficial del Estado. Esta circunstancia permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades», apartado 53). Pero añadió a continuación que, según la normativa nacional, en referencia a la Orden de 1994, las entidades de crédito estaban obligadas a informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

»deben interpretarse en el sentido de que

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

»Noviembre 2006:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ii) Sobre el conocimiento de la composición, de las peculiaridades, de los valores y de la evolución del tipo oficial, como regla general, y sin perjuicio de lo que precisaremos en los puntos iii) y iv), la publicación en el BOE de las Circulares 5/1994 y 5/2012 y de los sucesivos valores de los índices IRPH (trasladados luego a la sede electrónica del Banco de España) permitirá entender superado este elemento del control de transparencia, pues esta circunstancia permite a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por las diferentes entidades, al que habría que añadir el diferencial pactado en el caso concreto.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.- En síntesis:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

NOVENO.- Costas y depósitos

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

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

F A L L O

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

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

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

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

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

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

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

Así se acuerda y firma.