

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Novena)

de 12 de diciembre de 2024 (\*)

« Procedimiento prejudicial — Protección de los consumidores — Directiva 93/13/CEE — Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores — Contrato de préstamo hipotecario — Cláusula que establece un tipo de interés variable — Índice de referencia basado en las tasas anuales equivalentes (TAE) de los préstamos hipotecarios concedidos por las cajas de ahorro — Índice oficial establecido mediante un acto administrativo publicado — Indicaciones que figuran en el preámbulo de ese acto — Control relativo a la exigencia de transparencia — Apreciación del carácter abusivo — Principio de efectividad »

En el asunto C-300/23,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de San Sebastián (Gipuzkoa), mediante auto de 27 de abril de 2023, recibido en el Tribunal de Justicia el 10 de mayo de 2023, en el procedimiento entre

**NB**

y

**Kutxabank, S. A.,**

con intervención de:

**Ministerio Fiscal,**

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Novena),

integrado por el Sr. S. Rodin, Presidente de la Sala Octava, en funciones de Presidente de la Sala Novena, y el Sr. J. Passer y la Sra. O. Spineanu-Matei (Ponente), Jueces;

Abogada General: Sra. L. Medina;

Secretario: Sr. A. Calot Escobar;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de NB, por el Sr. J. M. Erasquin Vázquez y la Sra. M. Ortiz Pérez, abogados;
- en nombre de Kutxabank, S. A., por el Sr. I. Ortega Ochoa, abogado, y el Sr. S. Tamés Alonso, procurador;
- en nombre del Gobierno español, por las Sras. A. Gavela Llopis y A. Pérez-Zurita Gutiérrez, en calidad de agentes;

- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. J. Baquero Cruz, P. Kienapfel y N. Ruiz García, en calidad de agentes;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oída la Abogada General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

## **Sentencia**

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación, en primer término, de los artículos 3, apartado 1, 5, 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO 1993, L 95, p. 29; corrección de errores en DO 2015, L 137, p. 13, y en DO 2023, L 17, p. 100); en segundo término, del artículo 7 de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales») (DO 2005, L 149, p. 22), y, en tercer término, del principio de efectividad.
- 2 Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre NB y Kutxabank, S. A., en relación con la validez de la cláusula de revisión periódica del tipo de interés de un contrato de préstamo hipotecario.

### **Marco jurídico**

#### ***Derecho de la Unión***

##### *Directiva 93/13*

- 3 A tenor del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13:  
  
«Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.»
- 4 El artículo 4 de dicha Directiva establece lo siguiente:  
  
«1. Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.  
  
2. La 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, y servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.»
- 5 El artículo 5 de la citada Directiva dispone:

«En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva.»

6 El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 prevé:

«Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas.»

7 El artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva tiene el siguiente tenor:

«Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.»

8 Según el artículo 8 de dicha Directiva:

«Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.»

*Directiva 2005/29*

9 Con arreglo al artículo 19 de la Directiva 2005/29, los Estados miembros tenían que haber adoptado y publicado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en ella a más tardar el 12 de junio de 2007 e informar inmediatamente de ello a la Comisión Europea. Tales disposiciones debían ser aplicables a más tardar el 12 de diciembre de 2007.

### ***Derecho español***

*Ley 7/1998*

10 La Directiva 93/13 fue transpuesta al Derecho español mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE n.º 89, de 14 de abril de 1998, p. 12304).

11 El artículo 5, apartado 5, de esta Ley, en su versión modificada por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE n.º 65, de 16 de marzo de 2019), dispone que las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.

*Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*

12 El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE n.º 287, de 30 de noviembre de 2007, p. 49181), adoptó el texto refundido de esa Ley, posteriormente modificada por la Ley 5/2019 (en lo sucesivo, «texto refundido de la LGDCU»).

13 El artículo 8 del texto refundido de la LGDCU dispone lo siguiente:

«Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

[...]

- b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.

[...]

- d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.

[...]»

14 El artículo 60 del texto refundido de la LGDCU, con la rúbrica «Información previa al contrato», dispone, en su apartado 1:

«Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.»

15 A tenor del artículo 80, apartado 1, del texto refundido de la LGDCU, titulado «Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente»:

«En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquellas deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

[...]

- c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.»

16 Según el artículo 82, apartado 1, del texto refundido de la LGDCU, titulado «Concepto de cláusulas abusivas»:

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

17 El artículo 83 del texto refundido de la LGDCU, con la rúbrica «Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato», tiene la siguiente redacción:

«Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.»

#### *Código Civil*

- 18 El artículo 1303 del Código Civil dispone lo siguiente:

«Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.»

- 19 A tenor del artículo 1306, regla 2, de dicho Código:

«Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes:

[...]

2.<sup>a</sup> Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá este repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido.»

#### *Circulares 8/1990 y 5/1994*

- 20 El Banco de España adoptó la Circular número 8/1990, de 7 de septiembre, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE n.º 226, de 20 de septiembre de 1990, p. 27498).

- 21 La Circular 8/1990 fue modificada, entre otras, por la Circular 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito (BOE n.º 184, de 3 de agosto de 1994, p. 25109), que, en particular, añadió un anexo VIII a la Circular 8/1990. El Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de San Sebastián (Gipuzkoa), órgano jurisdiccional remitente, precisa a este respecto que la Circular 8/1990, en su versión modificada por la Circular 5/1994 (en lo sucesivo, «Circular 8/1990, en su versión modificada»), no ha sido objeto de consolidación publicada en el *Boletín Oficial del Estado*.

- 22 La Circular 8/1990, en su versión modificada, estableció determinados índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios. Dentro de estos índices figuraban diversos tipos medios de préstamos hipotecarios a más de tres años destinados a la adquisición de vivienda libre (en lo sucesivo, «IRPH»), entre ellos el IRPH de los préstamos concedidos por las cajas de ahorro (en lo sucesivo, «IRPH cajas»).

- 23 El IRPH cajas se define del siguiente modo en el anexo VIII de la Circular 8/1990, en su versión modificada:

«[...] 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 en el mes al que se refiere el índice por el conjunto de cajas de ahorro. Dichos tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de cajas [...]».

- 24 Resulta del auto de remisión que esta definición queda completada por la precisión según la cual los «tipos de interés medios ponderados» son las tasas anuales equivalentes (TAE) declaradas al Banco de España por el colectivo de las cajas de ahorro en relación con las operaciones correspondientes.
- 25 Se desprende igualmente de ese auto que la Circular 5/1994 contenía una advertencia a las entidades de crédito a las que iba dirigida, según la cual la simple utilización directa de los IRPH tendría la consecuencia de situar la TAE de la operación hipotecaria por encima de la tasa del mercado, situación que se evitaría aplicando un diferencial negativo adecuado cuyo valor variaría según las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas.

*Ley 14/2013*

- 26 La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE n.º 233, de 28 de septiembre de 2013, p. 78787), incluye una disposición adicional decimoquinta que prevé la desaparición, a partir del 1 de noviembre de 2013, del IRPH cajas, entre otros.

- 27 Los apartados 2 a 4 de esta disposición adicional presentan el siguiente tenor:

«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 [IRPH entidades de crédito], 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.

[...]

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.»

**Litigio principal y cuestiones prejudiciales**

- 28 El 11 de septiembre de 2006, NB celebró un contrato de préstamo hipotecario con la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San Sebastián, actualmente Kutxabank (en lo sucesivo, «contrato de préstamo objeto del litigio principal»), con una duración de treinta y cinco años.
- 29 Con arreglo a la cláusula tercera *bis* de ese contrato (en lo sucesivo, «cláusula controvertida»), el tipo de interés es variable y se determinará periódicamente tomando como referencia el IRPH cajas.
- 30 En la cláusula controvertida se precisa que ese índice consiste en la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamos con garantía hipotecaria otorgados por las cajas de ahorro a plazo igual o superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre, sin transformación alguna, y que será el último publicado por el Banco de España en el mes anterior de cada fecha prevista para la revisión del tipo de interés y, subsidiariamente, el último publicado por el Banco de España con antelación al mes anterior citado.
- 31 Del auto de remisión resulta que la cláusula controvertida no menciona la parte final de la definición del IRPH cajas que figura en el anexo VIII de la Circular 8/1990, en su versión modificada, que precisa que esos

- «tipos de interés medios ponderados» son las TAE declaradas al Banco de España por el colectivo de las cajas de ahorros en relación con las operaciones a las que se aplican.
- 32 El 4 de marzo de 2022, NB presentó ante el órgano jurisdiccional remitente una demanda solicitando, entre otros extremos, la declaración del carácter abusivo de la cláusula controvertida.
  - 33 El órgano jurisdiccional remitente precisa que los IRPH se calculan a partir de una media de las TAE aplicadas a operaciones similares. Por consiguiente, la determinación del tipo de interés de un contrato concreto a partir de un IRPH conlleva que ese tipo de interés se incremente con lo que los prestatarios a los que se refiere el conjunto de los contratos tomados en consideración para calcular ese IRPH pagaron en concepto no solo de tipo de interés nominal, sino también de todos los gastos y eventuales comisiones, a pesar de que en el contrato cuyo tipo de interés se determina de ese modo ya se han añadido, además de un diferencial, gastos similares y ya se ha abonado una comisión. El órgano jurisdiccional remitente señala que algunos de los elementos tomados en consideración en las TAE que sirvieron de base para calcular el IRPH tenían su fundamento en cláusulas contractuales cuyo carácter abusivo ha sido declarado posteriormente o cuya legalidad está en entredicho.
  - 34 Al examinar, en primer lugar, la cláusula controvertida en relación con la exigencia de transparencia, el órgano jurisdiccional remitente alberga dudas acerca de si esta se cumple, ya que, según afirma, la citada cláusula no permite al consumidor conocer con exactitud las consecuencias económicas que se derivan de ella en el marco de un contrato de una duración de treinta y cinco años.
  - 35 En primer término, el órgano jurisdiccional remitente duda de que un consumidor medio pueda comprender por sí mismo las diferencias entre los conceptos de «tipo de interés», «índice de referencia» o «TAE» y, por consiguiente, el funcionamiento del método de cálculo de los índices de referencia determinados sobre la base de diferentes TAE.
  - 36 Además, el órgano jurisdiccional remitente señala que la cláusula controvertida incluye una definición del IRPH cajas que no engloba la parte de esta definición relativa al hecho de que este índice se basa en diferentes TAE. El citado órgano jurisdiccional deduce de ello que el consumidor medio, que no tiene conocimiento de las circulares que el Banco de España dirige a las entidades de crédito y que no ha sido informado por la parte con la que celebra el contrato ni del hecho de que el IRPH cajas consiste en una TAE ni acerca de las precisiones contenidas en la Circular 5/1994 en relación con los niveles de los IRPH comparados con los tipos del mercado, no tiene ningún motivo para solicitar información a este respecto en la fase precontractual, al creer que la propuesta de contrato que se le presenta resulta interesante porque prevé un diferencial inferior a los previstos habitualmente en los contratos en los que el tipo de interés se calcula en función del índice de referencia euríbor (tipo de interés de oferta en el mercado interbancario del euro).
  - 37 Estas consideraciones se exponen para fundamentar las cuestiones prejudiciales primera a tercera y quinta.
  - 38 Seguidamente, el juzgado remitente da cuenta del criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo, del que resulta, según señala ese juzgado, que la exigencia de transparencia por lo que se refiere a la composición y al cálculo de los IRPH se cumple necesariamente, dado que se publicaron en el *Boletín Oficial del Estado* la Circular 8/1990 y el método de cálculo de esos índices, de modo que una entidad de crédito que incorpora tal índice en sus condiciones contractuales no tiene la obligación de incluir en el contrato de préstamo la definición completa de ese índice. Este criterio jurisprudencial está basado exclusivamente en los apartados 53 y 56 de la sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch (C-125/18, EU:C:2020:138), sin tomar en consideración sus apartados 51, 52, 54 y 55.

- 39 El órgano jurisdiccional remitente considera que los apartados 53 y 56 de esa sentencia se basan en indicaciones que no se ajustan exactamente a la realidad. Así, por una parte, la Circular 8/1990, en cuya publicación se basa la sentencia citada, no contiene ninguna referencia a los IRPH, ya que estos fueron introducidos por la Circular 5/1994. Por otra parte, y en cualquier caso, la consulta de esta última circular no permite, según afirma, conocer el método de cálculo de los IRPH, ya que este método no figura en ella, de modo que el consumidor debería deducir de la información que pudiera consultar que los IRPH son TAE, que ya incluyen diferenciales, comisiones y gastos.
- 40 Estas consideraciones se exponen para fundamentar las cuestiones prejudiciales cuarta y sexta a octava.
- 41 Asimismo, el órgano jurisdiccional remitente duda que la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes mencionada, en tanto en cuanto se pronuncia en el sentido de que las entidades de crédito quedan incondicionalmente dispensadas de incluir en los contratos de préstamo hipotecario una definición completa del IRPH aplicado para adaptar periódicamente el tipo de interés y de informar a los consumidores acerca de la evolución en el pasado de este índice, ya que este es objeto de publicación oficial, sea conforme con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, habida cuenta del apartado 54 de la sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch (C-125/18, EU:C:2020:138), y del apartado 34 del auto de 17 de noviembre de 2021, Gómez del Moral Guasch (C-655/20, EU:C:2021:943).
- 42 Estas dudas dan lugar a las cuestiones prejudiciales novena y décima.
- 43 Por último, el órgano jurisdiccional remitente trae también a colación la Directiva 2005/29, que considera que era aplicable en el momento de la conclusión del contrato de préstamo objeto del litigio principal. El órgano jurisdiccional remitente contempla la posibilidad de que la ausencia de elementos importantes en la definición del IRPH que figura en ese contrato pueda equivaler a una omisión de información sustancial, en el sentido del artículo 7 de esta Directiva, y, por consiguiente, constituir una práctica engañosa. Si este fuera el caso, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si esta apreciación permite excluir en cualquier caso la buena fe, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13.
- 44 Estas consideraciones se exponen para fundamentar las cuestiones prejudiciales undécima y duodécima.
- 45 En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente se plantea la hipótesis de que deba considerarse que la cláusula controvertida no cumple la exigencia de transparencia. En tal situación, estima que debería examinar el carácter eventualmente abusivo de esta cláusula y solicita al Tribunal de Justicia que lo confirme, ya que las anteriores resoluciones del Tribunal de Justicia únicamente se refirieron a aquella exigencia.
- 46 En el contexto de esta hipótesis, en primer término, el órgano jurisdiccional remitente hace referencia a las normas nacionales que, desde el año 2019, prevén que las cláusulas incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores son nulas de pleno Derecho. Señala que el Tribunal Supremo no considera que puedan aplicarse retroactivamente estas normas. En cambio, por lo que se refiere a las llamadas cláusulas «suelo», en virtud de las cuales se fija un umbral mínimo por debajo del cual no puede descender un tipo de interés variable, la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que esas cláusulas no son transparentes y, por este motivo, son abusivas, en cuanto prevén un tipo de interés aparentemente variable que, en realidad, solo varía al alza. El órgano jurisdiccional remitente estima que este criterio jurisprudencial debe aplicarse por analogía en el presente caso, en atención al elemento engañoso que, a su juicio, contiene la cláusula controvertida y que se deriva del hecho de que en la definición contractual del IRPH se omite la indicación de que este es una TAE.
- 47 Estas consideraciones se exponen para fundamentar las cuestiones prejudiciales decimotercera y decimocuarta.

- 48 En segundo término, el órgano jurisdiccional remitente menciona la jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual el recurso a un índice oficial, utilizado por las autoridades públicas para la financiación de la vivienda protegida, no puede ser contrario a la exigencia de buena fe.
- 49 El órgano jurisdiccional remitente observa, no obstante, por una parte, que resulta obligado utilizar un índice oficial cuando se celebra un contrato de préstamo hipotecario y que las autoridades públicas que recurrieron a un IRPH lo utilizaron atendiendo a las advertencias del Banco de España contenidas en el preámbulo de la Circular 5/1994.
- 50 Por otra parte, el órgano jurisdiccional remitente señala que la apreciación del carácter abusivo no se refiere a la utilización de un IRPH, sino a la cláusula que contempla esta utilización en un contrato de préstamo. Así pues, habida cuenta del apartado 69 de la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164), resulta pertinente, a su juicio, determinar si el prestamista, tratando de manera leal y equitativa con el prestatario, podía esperar que este último aceptaría la inserción de la cláusula controvertida en el contrato de préstamo objeto del litigio principal en el marco de una negociación individual si este hubiera comprendido el funcionamiento del método de cálculo del IRPH cajas y, en consecuencia, hubiera podido evaluar, con arreglo a criterios precisos, las consecuencias económicas potencialmente significativas derivadas de la aplicación de ese índice, si hubiera conocido la evolución de ese índice durante los dos años anteriores a la celebración del contrato y si hubiera sido informado de que la Circular 5/1994 advertía de la necesidad de incorporar un diferencial negativo, advertencia que el prestamista no pensaba atender.
- 51 Según el órgano jurisdiccional remitente, en el marco de esta apreciación, es necesario en particular comparar el método de cálculo del tipo de los intereses ordinarios del contrato y el tipo efectivo resultante con los métodos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado respecto de préstamos comparables en la fecha en que se celebró el contrato en cuestión, habida cuenta del apartado 67, segundo guion, de la sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60).
- 52 Estas consideraciones se exponen para fundamentar las cuestiones prejudiciales decimoquinta a decimoctava.
- 53 En tercer y último lugar, en caso de que se aprecie que la cláusula controvertida es abusiva y de que, en principio, el contrato de préstamo objeto del litigio principal no pudiera subsistir sin esta cláusula, el órgano jurisdiccional remitente considera que debería contemplar la posibilidad de ofrecer al consumidor la opción de elegir entre la anulación de ese contrato y su mantenimiento mediante la sustitución de la cláusula controvertida por una referencia a un índice previsto por la ley con carácter supletorio, habida cuenta, en particular, del apartado 52 del auto de 17 de noviembre de 2021, Gómez del Moral Guasch (C-655/20, EU:C:2021:943).
- 54 En primer término, en caso de que el consumidor opte por el mantenimiento del contrato, el órgano jurisdiccional remitente señala que la disposición supletoria que identifica, tendente a garantizar la continuidad de los contratos tras la desaparición pacífica del IRPH cajas y del IRPH bancos, tenía por objeto, a su juicio, mantener el equilibrio entre las prestaciones de las partes, mientras que el reconocimiento del carácter abusivo de la cláusula controvertida implica que esta cláusula crea una situación de desequilibrio que es preciso corregir. En estas circunstancias, ese órgano jurisdiccional estima que el restablecimiento del equilibrio entre las prestaciones de las partes llevaría a aplicar al índice de referencia designado por la cláusula controvertida un diferencial negativo, según lo recomendado por el Banco de España en el preámbulo de la Circular 5/1994.

- 55 En segundo término, en caso de que el consumidor opte por la anulación del contrato, el órgano jurisdiccional remitente considera que la aplicación del artículo 1303 del Código Civil, que implicaría la restitución recíproca de las prestaciones, más los intereses, resultaría favorable para la entidad financiera, a pesar de que, en principio, esta sería la responsable de la anulación del contrato. Así, en caso de aplicación de este artículo, la entidad financiera tendría derecho a percibir intereses calculados según el interés legal del dinero, que es superior al tipo de interés pactado en el contrato, aplicables al importe total del capital prestado desde la fecha de celebración de dicho contrato. Aparentemente, este no sería el caso si procediera aplicar el artículo 1306, regla 2, de ese Código, lo cual parece posible, según el órgano jurisdiccional remitente, siempre que se considere que el contrato de préstamo objeto del litigio principal debe ser declarado nulo en atención a su «causa torpe», en el sentido de esta última disposición, y que esta causa torpe es exclusivamente imputable a esta entidad, dado que se trata de un contrato de adhesión impuesto al prestatario.
- 56 Estas consideraciones se exponen para fundamentar las cuestiones prejudiciales decimonovena a vigesimosegunda.
- 57 En estas circunstancias, el Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de San Sebastián decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:
- «1) Si teniendo en cuenta que el Banco de España, en la misma Circular 5/1994, [...] por la que incorporaba al mercado hipotecario español los tipos IRPH, también advertía de que su simple utilización directa suponía colocar la TAE de la operación por encima de la TAE del mercado, y que para evitarlo resultaba necesario incorporar el adecuado diferencial negativo, ignorar esta advertencia, y no incorporar tal diferencial negativo puede entenderse como una forma de generar ese desequilibrio pese a la exigencia de la buena fe al que alude el artículo 3.1 de la Directiva [93/13].
  - 2) Si el hecho de que las entidades financieras apliquen diferenciales negativos, coeficientes reductores o porcentajes de IRPH, tal y como previene el Banco de España, únicamente en los casos en los que los contratos de préstamo hipotecario se destinan a la adquisición de vivienda protegida y se supervisan por las Administraciones Públicas y, por el contrario, no apliquen dichos diferenciales negativos, coeficientes reductores o porcentajes de IRPH, cuando el préstamo hipotecario contratado se destina a la adquisición de vivienda libre, sin la supervisión de las Administraciones Públicas, puede constituir una forma de generar ese desequilibrio pese a la exigencia de la buena fe al que alude el artículo 3.1 de la Directiva [93/13].
  - 3) Si habiéndose declarado abusivos elementos que integraron las TAE de las operaciones de préstamo hipotecario que se utilizaron para la determinación del tipo IRPH Cajas, mes a mes, como es el caso de la Comisión de Apertura o ciertos Gastos que correspondía abonar al profesional, resulta contrario al artículo 6.1 de la Directiva [93/13] mantener la validez de la cláusula que incorpora el tipo IRPH Cajas que se ha determinado, mes a mes, a partir de datos obtenidos en aplicación de cláusulas declaradas abusivas.
  - 4) Si resulta contraria a los [apartados 51, 52, 54 y 55 de la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch (C-125/18, EU:C:2020:138),] una jurisprudencia nacional, como la establecida por el Tribunal Supremo español, según la cual, sin necesidad de realizar las comprobaciones y verificaciones exigidas por dichos parágrafos, el juez nacional ha de entender que el control de transparencia de una cláusula que incorpora el tipo hipotecario IRPH al contrato suscrito por un consumidor y un profesional queda superado, para todos los casos, por el hecho de que la definición de dicho tipo hipotecario viene recogida en el *Boletín Oficial del Estado*, concretamente en la Circular 5/1994 [...], publicada en el *Boletín Oficial del Estado* n.º 184, de 3 de agosto de 1994, [...] datos que el consumidor desconoce.

- 5) Si, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula inserta en un contrato de préstamo hipotecario a interés variable que referencia el interés remuneratorio a un índice oficial como el IRPH y que, por las características de su cálculo, no es reflejo únicamente de los intereses remuneratorios y requiere aplicar un diferencial de cálculo complejo para poder compararlo con otros índices y conlleva para el consumidor el riesgo potencial de tener que asumir el pago parcialmente duplicado de comisiones bancarias, el artículo 5 de la Directiva [93/13] debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa o a una jurisprudencia que permita al profesional no incluir en el contrato, ni facilitar expresamente al consumidor con antelación suficiente a su celebración, la siguiente información:
- a) que el tipo de referencia no es reflejo únicamente del interés remuneratorio sino también de las comisiones;
  - b) el incremento concreto que ello supone;
  - c) si aplica por su parte un diferencial negativo en el margen del tipo de referencia para compensar ese incremento.

Todo ello con la finalidad de facilitar que el consumidor pueda hacer una comparación real entre los distintos tipos de referencia posibles y que pueda tener conocimiento de si en el contrato que va a celebrar va a asumir el pago de comisiones parcialmente duplicadas y en qué cuantía y, en su caso, pueda impugnarlas.

- 6) Si resulta contraria [al apartado 57 de las observaciones de la Comisión Europea presentadas en el asunto C-125/18, a los puntos 2 y 125 de las conclusiones presentadas por el Abogado General Szpunar en el asunto Gómez del Moral Guasch (C-125/18, EU:C:2019:695) y a los apartados 51, 52, 54 y 55 de la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch (C-125/18, EU:C:2020:138),] una jurisprudencia nacional, como la establecida por el Tribunal Supremo español, según la cual el profesional contratante queda eximido de toda responsabilidad en cuanto a informar al consumidor respecto del funcionamiento del método de cálculo del tipo hipotecario IRPH y de las consecuencias económicas que de ello se derivan, trasladando esta al propio consumidor, quien, con su nulo conocimiento financiero, ha de buscar tal información por sí mismo localizando y comprendiendo una definición publicada en el *Boletín Oficial del Estado* que nada recoge expresamente respecto de la incorporación de diferenciales y gastos al controvertido índice, circunstancia que él mismo ha de deducir a partir de conocer que dicho tipo hipotecario se determina mensualmente a través de una media de las TAE de las operaciones de referencia.
- 7) Si resulta compatible una interpretación de los [apartados 53 y 56 de la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch (C-125/18, EU:C:2020:138)], según la cual la simple publicación de la definición del tipo IRPH en el [*Boletín Oficial del Estado*] permite al consumidor contratante conocer que este incorpora los diferenciales y gastos aplicados por las entidades, con una reiterada jurisprudencia del TJUE, según la cual el consumidor se encuentra en situación de inferioridad respecto del profesional con quien contrata en cuanto a información, y [con el punto 2 de las conclusiones presentadas por el Abogado General Szpunar en el asunto Gómez del Moral Guasch (C-125/18, EU:C:2019:695)], según [el] cual, el consumidor medio no alcanza a comprender determinados conceptos, como “tipo de interés”, “índice de referencia” o “tasa anual equivalente” (TAE), y, en particular, las diferencias entre estos conceptos, y que lo mismo cabe decir del funcionamiento del cálculo concreto no solo de los tipos de interés variables, sino también de los índices de referencia oficiales de préstamos hipotecarios y de las TAE sobre cuya base se calculan estos tipos de interés.
- 8) Si resulta contraria a la reiterada jurisprudencia del TJUE, según la cual el consumidor se encuentra en situación de inferioridad respecto del profesional con quien contrata en cuanto a información,

y [al punto 2 de las conclusiones presentadas por el Abogado General Szpunar en el asunto Gómez del Moral Guasch (C-125/18, EU:C:2019:695)] una interpretación de los [apartados 53 y 56 de la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch (C-125/18, EU:C:2020:138),] en el sentido de que un consumidor puede conocer que el tipo hipotecario IRPH incluye diferenciales y gastos a partir de la definición publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, cuando para ello resulta necesario que dicho consumidor conozca qué es y qué representa un tipo TAE para así poder deducir que, al determinarse el tipo IRPH Cajas a partir de una media simple de tipos TAE, incorporará necesariamente las comisiones, diferenciales y gastos aplicados por las entidades.

- 9) Si la dispensa de la obligación del profesional para incluir en el contrato la definición completa del índice de referencia que sirve para calcular el tipo de interés variable y entregar un folleto informativo en el que se recoja la evolución anterior de ese índice, recogida en el [auto del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 2021, Gómez del Moral Guasch (C-655/20, EU:C:2021:943),] lo es de manera radical e incondicional o, por el contrario, está supeditada a que, con la acreditada información proporcionada por el profesional, el consumidor contratante ya esté en disposición de comprender el funcionamiento del método de cálculo del controvertido índice a fin de poder valorar así, con arreglo a criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas potencialmente significativas sobre su economía.
- 10) Si tal dispensa se extiende también a aquellos casos en los que la inclusión en el contrato de la definición completa del índice de referencia que sirve para calcular el tipo de interés variable y la entrega del folleto informativo en el que se recoja la evolución anterior de ese índice resulte obligada en aplicación de la norma nacional vigente en el momento de la contratación.
- 11) Si, resultando aplicable la Directiva [2005/29], relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, la omisión por parte del profesional de información tan relevante como el especial funcionamiento del método de cálculo de los tipos IRPH, su determinación a partir de tipos TAE de las operaciones de referencia, lo que lleva a que incorporen en su nominal los diferenciales, comisiones y gastos medios de dichas operaciones, su permanente evolución por encima del euríbor durante todos los años transcurridos desde la creación del mismo, y la existencia de una advertencia del Banco de España a las entidades financieras respecto de la necesidad de incorporar un diferencial negativo a fin de evitar que la TAE de la operación se sitúe por encima de la TAE del mercado, puede entenderse como una práctica engañosa a la luz del artículo 7 de la misma.
- 12) Si, concluido por el juez nacional que la práctica llevada a cabo por el profesional resultó engañosa a la luz de la Directiva [2005/29], cabe entender, directamente, que su comportamiento genera ese desequilibrio importante pese a las exigencias de la buena fe al que se refiere el artículo 3.1, de la Directiva [93/13] o, por el contrario, resulta compatible que un profesional actúe de modo engañoso en relación con la Directiva [2005/29] y de buena fe con arreglo a la Directiva [93/13].
- 13) Si resulta contrario al principio de efectividad una jurisprudencia nacional, como la establecida por el Tribunal Supremo español, según la cual, declarada la falta de transparencia de la cláusula por la que se incorpora el tipo IRPH Cajas al contrato suscrito por un consumidor y un profesional, no cabe aplicar de forma retroactiva las previsiones contenidas en el artículo 83 del [texto refundido de la LGDCU] y en el artículo 5.5 de la Ley 7/98[, tras su modificación por la Ley 5/2019], dando lugar así a dos niveles de protección frente a una idéntica cláusula abusiva, uno para los consumidores que suscribieron contrato con anterioridad a dicha modificación, y otro para los consumidores que suscribieron contrato con posterioridad a la misma.

- 14) Si resulta contrario al principio de efectividad una jurisprudencia nacional, como la que ha establecido el Tribunal Supremo, según la cual, la falta de transparencia de una cláusula relativa al precio del contrato, como es la cláusula suelo, supone su abusividad, habida cuenta de que entraña un elemento engañoso, en tanto que la falta de transparencia de la cláusula que incorpora el tipo IRPH Cajas al contrato, cláusula que también afecta al precio del contrato, no supone su abusividad.
- 15) Si resulta contraria al [apartado 69 de la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164),] y al concepto de desequilibrio “pese a las exigencias de la buena fe”, una jurisprudencia nacional como la establecida por el Tribunal Supremo que entiende ilógico sostener que el profesional no ha actuado de buena fe cuando ha utilizado un tipo hipotecario oficial, regulado por el Banco de España y habitualmente utilizado por las Administraciones Públicas en sus planes de vivienda protegida, deduciendo así, para todos los casos, la existencia de buena fe por parte del profesional, sin necesidad de preguntarse si el profesional podía entender que el consumidor, tratado de manera leal y equitativa, hubiera aceptado la controvertida cláusula en el marco de una negociación individual.
- 16) Si el [apartado 69 de la sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164),] en el marco de una controversia relativa a la incorporación al contrato de un tipo hipotecario IRPH Cajas a fin de determinar la remuneración del contrato, ha de interpretarse en el sentido de que el juez nacional debe preguntarse si el profesional podía entender que el consumidor, comprendiendo el funcionamiento del método de cálculo del tipo IRPH Cajas, conociendo la evolución del tipo IRPH Cajas al menos los dos años anteriores a la contratación, e informado de que el Banco de España, en su Circular 5/94, advertía de la necesidad de incorporar, en su caso, un diferencial negativo, advertencia que no pensaba atender, este hubiera aceptado la incorporación de dicha cláusula en el marco de una negociación individual.
- 17) Si, en relación con la cláusula que incorpora el tipo IRPH Cajas al contrato suscrito por un profesional y un consumidor, el [apartado 67 de la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de enero de 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60),] debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, a fin de valorar la existencia de un desequilibrio pese a las exigencias de la buena fe, debe comparar su método de cálculo con el utilizado en la determinación del euríbor, de implantación mayoritaria, y los respectivos tipos efectivos resultantes para préstamos de importe y duración equivalentes.
- 18) Si, en relación con la cláusula que incorpora el tipo IRPH Cajas al contrato suscrito por un profesional y un consumidor, y a los efectos de valorar la existencia de desequilibrio pese a las exigencias de buena fe con arreglo al [apartado 67 de la sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de enero de 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60),] resulta relevante la circunstancia de que el tipo efectivo resultante euríbor representa el precio por el que las entidades adquieren el dinero que posteriormente prestan a sus clientes, en tanto que el tipo efectivo resultante de la determinación del tipo IRPH Cajas, siempre superior, representa el coste total abonado por los clientes a los que las Cajas de Ahorro han prestado ese dinero.
- 19) Si resulta contrario al artículo 7.1 de la Directiva [93/13] que, declarada abusiva la cláusula que incorpora el tipo hipotecario IRPH Cajas al contrato suscrito entre un profesional y un consumidor, y resultando que el contrato no puede subsistir tras su expulsión del contrato, se supla esta con arreglo a la Disposición Adicional 15.ª de la Ley [14/2013], sustitución que llevaría a que, en beneficio del profesional, se mantuviera la misma situación de desequilibrio anulada por el juez nacional habida cuenta de que dicha norma supletoria estaba prevista para la sustitución pacífica del índice y pretendía que tal sustitución no alterara la situación existente previa a la desaparición de dicho índice.

- 20) Si, habida cuenta de que, según entiende el Banco de España, todos los reproches que cabe realizar al tipo hipotecario IRPH Cajas se hubieran neutralizado de haberse incorporado el correspondiente diferencial negativo, el artículo 6.1 de la Directiva [93/13] ha de interpretarse en el sentido de que, declarada abusiva la cláusula que incorpora el tipo IRPH Cajas al contrato suscrito entre un consumidor y un profesional, no se opone a que el juez nacional supla, con carácter retroactivo, el diferencial incorporado por el diferencial negativo que debió incorporarse en el momento de la contratación, con devolución al consumidor de cuanto le fue indebidamente detrído, con sus intereses, a fin de salvar la nulidad del contrato y transformar el contrato en el que debió suscribirse según advertía el Banco de España.
- 21) Si resulta contrario al artículo 7.1 de la Directiva [93/13] que, declarada abusiva la cláusula que incorpora el tipo hipotecario IRPH Cajas al contrato suscrito entre un profesional y un consumidor, y declarado nulo el contrato por imposibilidad de subsistencia del mismo una vez expulsada dicha cláusula, se establezcan los efectos del artículo 1303 del Código Civil, de manera que el infractor resulta beneficiado al recuperar la totalidad de lo prestado, con intereses legales superiores a los recogidos en el contrato, y aplicables sobre la totalidad de lo prestado desde el primer día.
- 22) Si, habida cuenta de que nos encontramos ante un contrato de adhesión, constituido por condiciones generales no negociadas impuestas por el profesional, y siendo de su única responsabilidad haber incorporado cláusulas abusivas respecto de elementos de la esencialidad del precio, el artículo 7.1 de la Directiva [93/13] debe interpretarse en el sentido de entender que es el profesional el responsable de la causa torpe que llevó a la nulidad del contrato en su totalidad, y, en consecuencia, resulte de aplicación el artículo 1306.2 del Código Civil.»

## **Sobre la petición de decisión prejudicial**

### ***Sobre la admisibilidad***

- 58 El Gobierno español expresa dudas en cuanto a la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial. A este respecto, alega que, debido a la falta de indicaciones suficientes acerca del marco fáctico del litigio principal, al hecho de que aún no ha habido una decisión sobre la admisión de las pruebas propuestas por las partes del litigio principal y a la circunstancia de que no se conocen las pretensiones de esas partes, el Tribunal de Justicia se ve en la imposibilidad de dar una respuesta útil a las cuestiones prejudiciales formuladas, ya que la apreciación de la transparencia y de la abusividad de una cláusula debe basarse en el conjunto de las circunstancias particulares de cada contratación concreta. En este contexto, se solicita del Tribunal de Justicia un examen general y abstracto de la Directiva 93/13, en relación con el empleo de un IRPH como índice de referencia en contratos de préstamo hipotecario. El Gobierno español sostiene asimismo que la presentación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en el auto de remisión carece de rigor y es, incluso, inexacta y que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ya ofrece respuesta a muchas de estas cuestiones.
- 59 Es preciso comenzar recordando, en primer término, que corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio y que ha de asumir la responsabilidad de la resolución judicial que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia, que disfrutan de una presunción de pertinencia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieran a la interpretación o a la validez de una norma del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse, salvo si resulta patente que la interpretación solicitada no guarda relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, si el problema es de naturaleza hipotética o también si el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder adecuadamente a tales cuestiones (sentencia de 21 de diciembre de 2021,

Trapeza Peiraios, C-243/20, EU:C:2021:1045, apartado 25 y jurisprudencia citada). En segundo término, con arreglo al artículo 94, letras a) y c), del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, la petición de decisión prejudicial debe contener «una exposición concisa» de los hechos y «la indicación» de la motivación de la remisión.

- 60 Pues bien, el auto de remisión contiene indicaciones en lo que respecta a los elementos fácticos del asunto principal que, pese a ser limitadas, son no obstante suficientes para comprender el alcance de las cuestiones prejudiciales formuladas y su pertinencia de cara a la resolución del asunto y para permitir que el Tribunal de Justicia ofrezca respuestas útiles, dando tanto a los gobiernos de los Estados miembros como a los demás interesados la posibilidad de presentar observaciones con arreglo al artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- 61 A este respecto, debe destacarse que incumbe al juez nacional, y no al Tribunal de Justicia, tomar en consideración todas las circunstancias propias del caso concreto para determinar si, habida cuenta de los criterios establecidos en los artículos 3, apartado 1, y 5 de la Directiva 93/13, una cláusula contractual cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia establecidas por esta Directiva (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 50 y jurisprudencia citada).
- 62 Asimismo, los órganos jurisdiccionales nacionales tienen la posibilidad de formular cuestiones al Tribunal de Justicia en cualquier momento del procedimiento que estimen oportuno, siempre que expliquen, al menos, los presupuestos fácticos en los que se basan sus cuestiones prejudiciales [véase, en este sentido, el auto de 25 de marzo de 2022, IP y otros (Determinación de la realidad de los hechos del litigio principal), C-609/21, EU:C:2022:232, apartado 21 y jurisprudencia citada].
- 63 Por último, el juez nacional plantea las cuestiones sobre la interpretación del Derecho de la Unión en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad, y, en consecuencia, no corresponde al Tribunal de Justicia verificar su exactitud (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de junio de 2016, Hünnebeck, C-479/14, EU:C:2016:412, apartado 30 y jurisprudencia citada).
- 64 La parte demandada en el litigio principal cuestiona también, en la práctica, la admisibilidad del conjunto de las cuestiones prejudiciales planteadas, por entender que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ya contiene una respuesta a estas.
- 65 A este respecto, debe señalarse que tal circunstancia, suponiéndola probada, únicamente podría justificar que se diera una respuesta mediante auto motivado, con fundamento en el artículo 99 del Reglamento de Procedimiento, pero no la inadmisión de la petición de decisión prejudicial. Por lo demás, es preciso indicar que, si bien la respuesta a algunas cuestiones prejudiciales puede deducirse de la jurisprudencia, no sucede así con todas ellas.
- 66 En consecuencia, la petición de decisión prejudicial es admisible, sin perjuicio del examen de la admisibilidad de determinadas cuestiones prejudiciales.

### ***Sobre las cuestiones prejudiciales***

- 67 Las cuestiones prejudiciales cuarta y sexta a décima y, en parte, la quinta cuestión prejudicial se refieren al cumplimiento del requisito de transparencia de las cláusulas de los contratos celebrados con consumidores en el marco de la conclusión de un contrato de préstamo hipotecario que incluye una cláusula como la cláusula controvertida.

- 68 Las cuestiones prejudiciales primera a tercera y undécima a decimoctava y, en parte, la quinta cuestión prejudicial se refieren al carácter eventualmente abusivo de tal cláusula.
- 69 Las cuestiones prejudiciales decimonovena a vigesimosegunda se refieren a las consecuencias de la eventual apreciación del carácter abusivo de esta cláusula.
- 70 Este es el orden en el que procede examinar esas cuestiones prejudiciales.

*Cuestiones prejudiciales cuarta y sexta a décima y, en parte, quinta cuestión prejudicial, relativas al cumplimiento del requisito de transparencia*

- 71 Con carácter preliminar, debe recordarse que, según el artículo 267 TFUE, párrafo primero, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación únicamente de los Tratados y de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión Europea. En consecuencia, no puede pronunciarse sobre la interpretación de las conclusiones presentadas por un Abogado General en el marco de una remisión prejudicial anterior o de las observaciones presentadas por una institución en el contexto de esa remisión prejudicial.
- 72 Por lo tanto, el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales sexta a octava en tanto en cuanto tienen por objeto la interpretación de tales conclusiones u observaciones.
- 73 Sentado lo anterior, mediante sus cuestiones prejudiciales cuarta y sexta a décima y, en parte, su quinta cuestión prejudicial, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 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 TAE, ya que ese método de cálculo toma también en consideración diferenciales, comisiones y gastos previstos para contratos similares que sirven para calcular los valores sucesivos de dicho índice. El órgano jurisdiccional remitente solicita orientación, además, acerca de la influencia que a este respecto puede tener el hecho de que la normativa nacional aplicable en el momento de la celebración del contrato en cuestión prevea que las entidades de crédito deben incluir en los contratos celebrados con los particulares la definición del índice de referencia utilizado para la adaptación periódica del tipo de interés y facilitar un documento que refleje la evolución anterior de ese índice de referencia durante un determinado período.
- 74 El órgano jurisdiccional remitente destaca a este respecto que el consumidor se encuentra en situación de inferioridad respecto del profesional con quien contrata en cuanto a información, en particular por lo que se refiere al alcance exacto del concepto de «TAE»; que el método de cálculo de un índice como el IRPH puede dificultar la comparación de una propuesta de contrato que incluya una cláusula de adaptación del tipo de interés que tome como referencia tal índice con propuestas que prevén una adaptación del tipo de interés que tome como referencia índices que consistan en tipos de interés nominales y no en TAE, y que puede resultar difícil para un consumidor determinar la medida en la que la utilización de un índice como un IRPH implica indirectamente el pago de otros diferenciales, comisiones o gastos diferentes de los expresamente contemplados en su propio contrato.

- 75 Para responder a cuestiones como las reformuladas en el apartado 73 de la presente sentencia, es preciso recordar que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose en particular en esa información [sentencia de 13 de julio de 2023, Banco Santander (Referencia a un índice oficial), C-265/22, EU:C:2023:578, apartado 51 y jurisprudencia citada].
- 76 En consecuencia, y dado que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, la exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva [sentencia de 13 de julio de 2023, Banco Santander (Referencia a un índice oficial), C-265/22, EU:C:2023:578, apartado 52 y jurisprudencia citada].
- 77 Concretamente, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible implica que, en el caso de los contratos de préstamo, las entidades financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que estos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que se comunicaron al consumidor interesado todos los elementos que podían incidir en el alcance de su compromiso y que le permitían evaluarlo, en particular, en cuanto al coste total de su préstamo [sentencia de 13 de julio de 2023, Banco Santander (Referencia a un índice oficial), C-265/22, EU:C:2023:578, apartado 53 y jurisprudencia citada].
- 78 Desempeñan un papel decisivo en esa apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de modo que permitan a un consumidor medio, a saber, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, evaluar tal coste, y, por otra parte, la mención o la falta de mención en el contrato de crédito de aquella información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato [sentencia de 13 de julio de 2023, Banco Santander (Referencia a un índice oficial), C-265/22, EU:C:2023:578, apartado 54 y jurisprudencia citada].
- 79 Por lo que respecta, más concretamente, a una cláusula que, en un contrato de préstamo hipotecario, estipula una remuneración de ese préstamo mediante intereses que se calculan según un tipo variable establecido, como en el litigio principal, por referencia a un índice oficial, 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 [sentencia de 13 de julio de 2023, Banco Santander (Referencia a un índice oficial), C-265/22, EU:C:2023:578, apartado 55 y jurisprudencia citada].
- 80 Entre los elementos pertinentes que debe tomar en consideración el juez nacional al llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto figuran no solo el contenido de la información proporcionada por el prestamista en el marco de la negociación de un determinado contrato de préstamo, sino también la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del índice de referencia resulten fácilmente asequibles por haber sido publicados [sentencia de 13 de julio de 2023, Banco Santander (Referencia a un índice oficial), C-265/22, EU:C:2023:578, apartado 56 y jurisprudencia citada].
- 81 Así, en el caso de un contrato de préstamo a tipo de interés variable, en el que el valor exacto de este tipo de interés no puede determinarse respecto de toda la duración del contrato, es pertinente que el índice de referencia al que se remita ese contrato 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.

- 82 Ahora bien, si bien tal publicación puede dispensar a un prestamista profesional de proporcionar a un potencial prestatario determinadas informaciones acerca de la cláusula que prevé la adaptación periódica del tipo de interés del préstamo propuesto, solo será así siempre y cuando, habida cuenta de la información públicamente disponible y accesible 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 método de cálculo del tipo de interés variable, en particular en la medida en que este método implique un 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 (véase, en este sentido, el auto de 17 de noviembre de 2021, Gómez del Moral Guasch, C-655/20, EU:C:2021:943, apartados 29 y 34).
- 83 De lo anterior se desprende, en particular, que la información acerca de determinados aspectos del contrato necesaria para que los potenciales prestatarios comprendan el alcance de la aceptación de una propuesta de contrato 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.
- 84 Por lo que se refiere, en particular, a la accesibilidad de información no facilitada directamente por el profesional, del apartado 60 de la sentencia de 13 de julio de 2023, Banco Santander (Referencia a un índice oficial) (C-265/22, EU:C:2023:578), se desprende 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.
- 85 En el presente caso, no resulta del auto de remisión que el contrato de préstamo objeto del litigio principal contenga una referencia al *Boletín Oficial del Estado* ni a la circular pertinente del Banco de España. Pues bien, del anterior apartado de la presente sentencia resulta que la ausencia de una indicación fiable a este respecto puede comprometer la accesibilidad de la correspondiente información para un consumidor medio.
- 86 Por el contrario, la cláusula controvertida contiene una definición del IRPH cajas. No obstante, el órgano jurisdiccional remitente precisa que esta definición es incompleta porque solo reproduce la primera parte de la definición oficial de este índice, tal como figura en la Circular 5/1994, según la cual dicho índice consiste en una media de los tipos de interés medios de los contratos análogos al contrato de préstamo objeto del litigio principal. Así pues, no figura en esa cláusula la segunda parte de esta definición oficial, que indica que esos «tipos de interés medios» son TAE.
- 87 Tampoco contiene la cláusula controvertida una referencia a la advertencia hecha por el Banco de España en el preámbulo de esta Circular a propósito de esta característica, llamando la atención de las entidades de crédito sobre sus consecuencias por lo que se refiere al nivel de los IRPH respecto de los tipos del mercado y, por lo tanto, sobre la necesidad de aplicar un diferencial negativo para ajustar la TAE de la operación en cuestión a la del mercado.
- 88 Pues bien, en relación con dicha característica y con dicha advertencia, el Tribunal de Justicia ha indicado, en el apartado 59 de la sentencia de 13 de julio de 2023, Banco Santander (Referencia a un índice oficial) (C-265/22, EU:C:2023:578), que constituye un indicio pertinente de la utilidad que tal información tiene para el consumidor el hecho de que la institución autora de la Circular 5/1994 hubiera estimado oportuno, en ese preámbulo, llamar la atención de las entidades de crédito sobre el valor de los IRPH en relación con el tipo de interés del mercado y sobre la necesidad de aplicar un diferencial negativo para ajustar la TAE de la operación en cuestión a la TAE del mercado.

- 89 Asimismo, a salvo de la comprobación que deba hacer a este respecto el órgano jurisdiccional remitente en cuanto a su redacción exacta, dicha advertencia, tal como se reproduce en el apartado 14 de la sentencia de 13 de julio de 2023, Banco Santander (Referencia a un índice oficial) (C-265/22, EU:C:2023:578), puede constituir un indicio pertinente para determinar la comprensión, para un consumidor medio, del concepto de TAE en tal contexto, 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.
- 90 Por el contrario, la utilización de un IRPH no parece que pueda mermar la posibilidad de comparar una propuesta de contrato que lo contempla con otras propuestas que utilizan como referencia un índice que no consiste en una TAE, siempre que el valor actual y los valores históricos sucesivos de estos dos índices se comuniquen o sean accesibles, de forma que los potenciales prestatarios puedan adquirir conocimiento de ellos sin llevar a cabo una actividad que no puede exigírsele razonablemente a un consumidor medio. En efecto, en ese supuesto, un consumidor medio puede comparar los tipos de interés previstos en las diferentes propuestas porque, para obtener valores comparables, no tiene más que añadir, respecto de cada una de ellas, a los valores sucesivos del índice de referencia designado, sea cual sea este, el diferencial previsto.
- 91 Dicho lo anterior, el hecho de que, debido a sus procedimientos de cálculo, índices como los IRPH se determinen tomando como referencia diferentes TAE no produce el efecto de transformar el tipo de interés de un préstamo adaptado periódicamente según la evolución de los valores sucesivos de un IRPH en una TAE que pueda desglosarse, por una parte, en un tipo de interés ordinario propiamente dicho y, por otra parte, en diferenciales, comisiones y gastos. En efecto, la cláusula de un contrato de préstamo que determina el índice de referencia, sea cual sea, aplicable para la adaptación periódica del tipo de interés, solo tiene por finalidad establecer un método de cálculo contractual de ese tipo, sin modificar la naturaleza de este.
- 92 Por último y por lo que se refiere a la circunstancia de que la normativa nacional imponga a las entidades de crédito determinadas obligaciones específicas en materia de información para con los potenciales prestatarios, resulta de los apartados 54 y 55 de la sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch (C-125/18, EU:C:2020:138), que el profesional debe cumplir tales obligaciones.
- 93 Así, el artículo 8 de la Directiva 93/13 autoriza expresamente a los Estados miembros a adoptar, en el ámbito regulado por esta, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección. Pues bien, tales disposiciones pueden referirse a cierta información que los profesionales deben proporcionar obligatoriamente en el marco de la celebración de determinados contratos.
- 94 En consecuencia, debe responderse a las cuestiones prejudiciales cuarta y sexta a décima y, en parte, a la quinta cuestión prejudicial que los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 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 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.

*Cuestiones prejudiciales primera a tercera y undécima a decimoctava y, en parte, quinta cuestión prejudicial, relativas al carácter eventualmente abusivo de una cláusula contractual*

- 95 Con carácter preliminar, es preciso comenzar señalando que las cuestiones prejudiciales undécima y duodécima se refieren a la interpretación de la Directiva 2005/29.
- 96 Pues bien, como apreció el Tribunal de Justicia en el apartado 40 de la sentencia de 13 de julio de 2023, Banco Santander (Referencia a un índice oficial) (C-265/22, EU:C:2023:578), la Directiva 2005/29 fue transpuesta al Derecho español mediante la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (BOE n.º 315, de 31 de diciembre de 2009, p. 112039).
- 97 En consecuencia, por los mismos motivos que los expuestos en los apartados 37 a 39 y 42 de la sentencia de 13 de julio de 2023, Banco Santander (Referencia a un índice oficial) (C-265/22, EU:C:2023:578), dado que la Directiva 2005/29 no era aplicable en la fecha de celebración del contrato de préstamo objeto del litigio principal, producida el 11 de septiembre de 2006, la interpretación de esta Directiva no guarda relación con la solución del litigio principal.
- 98 Por su parte, la cuestión prejudicial decimotercera tiene por objeto que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa al ámbito de aplicación *ratione temporis* de una ley nacional que introduce una disposición más favorable para los consumidores.
- 99 A este respecto, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que no es competente para pronunciarse, en un procedimiento prejudicial, sobre la interpretación de disposiciones nacionales ni para juzgar si la interpretación que hace de ellas el órgano jurisdiccional nacional es correcta, ya que tal interpretación es competencia exclusiva de los órganos jurisdiccionales nacionales (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de febrero de 2017, IOS Finance EFC, C-555/14, EU:C:2017:121, apartado 21 y jurisprudencia citada).
- 100 Por último, mediante la cuestión prejudicial decimocuarta se pretende que el Tribunal de Justicia controle la coherencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación no con una norma del Derecho de la Unión, sino con dos pronunciamientos de esta jurisprudencia respecto de los cuales el órgano jurisdiccional remitente parece considerar que divergen sin razón válida.
- 101 Ahora bien, el Tribunal de Justicia tampoco es competente para ejercer tal control, a salvo, en su caso, del principio de equivalencia que, no obstante, no resulta pertinente en el supuesto de que se trata y que, por otra parte, no ha mencionado el órgano jurisdiccional remitente.
- 102 En consecuencia, las cuestiones prejudiciales undécima a decimocuarta son inadmisibles.

– *Cuestiones prejudiciales primera y segunda*

- 103 El Gobierno español niega que sea admisible la segunda cuestión prejudicial, relativa al comportamiento habitual de las entidades de crédito cuando se celebran contratos de préstamo hipotecario bajo la

supervisión de administraciones públicas, porque considera que esta cuestión prejudicial se basa en una hipótesis expuesta de forma incompleta o inexacta. Así, el Gobierno español sostiene que el tipo aplicable a los contratos para la adquisición de viviendas de protección oficial venía determinado por la normativa nacional, de forma que no se trata de un contexto de libre fijación de precios, a diferencia de lo que sucede con los contratos de préstamo hipotecario celebrados para la adquisición de otras viviendas, como el contrato de préstamo objeto del litigio principal.

- 104 No obstante, con arreglo a la jurisprudencia recordada en el apartado 63 de la presente sentencia, el juez nacional plantea las cuestiones sobre la interpretación del Derecho de la Unión en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad y, en consecuencia, no corresponde al Tribunal de Justicia verificar su exactitud.
- 105 Por consiguiente, la segunda cuestión prejudicial es admisible.
- 106 Mediante sus cuestiones prejudiciales primera y segunda, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, para apreciar el carácter eventualmente abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés variable que prevé la adaptación periódica del tipo de interés tomando como referencia el valor de un índice oficial, es pertinente el hecho de que esta cláusula se remita directa y simplemente a este índice, aunque de las indicaciones contenidas en el acto administrativo que estableció dicho índice resulte que, debido a las particularidades derivadas de su método de cálculo, sería necesario aplicar un diferencial negativo para ajustar la TAE de la operación en cuestión a la TAE del mercado.
- 107 El órgano jurisdiccional remitente destaca a este respecto que las entidades de crédito aplican, no obstante, tal diferencial negativo en determinados contratos de préstamo hipotecario, que se celebran bajo la supervisión de administraciones públicas.
- 108 Es preciso recordar que, en caso de que un órgano jurisdiccional nacional considere que una cláusula contractual que tiene por objeto fijar el método de cálculo de un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario no está redactada de manera clara y comprensible a efectos del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, le incumbe examinar si tal cláusula es abusiva en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa misma Directiva (sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14, EU:C:2017:60, apartado 67, segundo guion; véase, igualmente, en este sentido, el auto de 17 de noviembre de 2021, Gómez del Moral Guasch, C-655/20, EU:C:2021:943, apartado 46).
- 109 En consecuencia, la respuesta a las cuestiones prejudiciales primera y segunda, en lo que se refiere al eventual carácter abusivo de una cláusula como la cláusula controvertida, presupone que resulte de una apreciación previa del órgano jurisdiccional remitente que esta cláusula no cumple el requisito de transparencia impuesto por la Directiva 93/13.
- 110 Asimismo, la transparencia de una cláusula contractual, que exige el artículo 5 de la Directiva 93/13, es uno de los elementos que deben tenerse en cuenta para apreciar si tal cláusula es abusiva. No obstante, del artículo 4, apartado 2, de esta Directiva se deduce que la mera circunstancia de que una cláusula no esté redactada de manera clara y comprensible no puede conferirle, por sí sola, carácter abusivo [sentencia de 13 de julio de 2023, Banco Santander (Referencia a un índice oficial), C-265/22, EU:C:2023:578, apartado 66 y jurisprudencia citada].
- 111 Precisado lo anterior, es preciso recordar que, con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas cuando,

contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

- 112 En el marco de la apreciación que corresponde efectuar al juez nacional en virtud del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, incumbe a este evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio, en primer lugar, el posible incumplimiento de las exigencias de la buena fe y, en segundo lugar, la existencia de un posible desequilibrio importante en detrimento del consumidor en el sentido de la citada disposición [sentencia de 13 de julio de 2023, Banco Santander (Referencia a un índice oficial), C-265/22, EU:C:2023:578, apartado 63 y jurisprudencia citada].
- 113 Por lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «contrariamente a las exigencias de la buena fe», habida cuenta del decimosexto considerando de la Directiva 93/13, el juez nacional debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual [sentencias de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 69, y de 13 de julio de 2023, Banco Santander (Referencia a un índice oficial), C-265/22, EU:C:2023:578, apartado 64 y jurisprudencia citada].
- 114 Por otro lado, para determinar si una cláusula genera, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, es preciso tener en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes, de modo que se valore si —y, en su caso, en qué medida— el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la contemplada por el Derecho nacional vigente. Por lo que respecta a una cláusula relativa al cálculo de los intereses de un contrato de préstamo, también es pertinente comparar el método de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por la referida cláusula y el tipo efectivo resultante con los métodos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato objeto del litigio principal en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los de ese contrato de préstamo [véase, en este sentido, la sentencia de 13 de julio de 2023, Banco Santander (Referencia a un índice oficial), C-265/22, EU:C:2023:578, apartado 65 y jurisprudencia citada].
- 115 El Tribunal de Justicia ya ha reconocido la pertinencia, en el caso de un contrato de préstamo hipotecario que contiene una cláusula como la cláusula controvertida, de la información que figura en una circular y que menciona la necesidad, habida cuenta del método de cálculo del índice de referencia, de aplicar un diferencial negativo para ajustar la TAE del contrato a la TAE del mercado [véase, en este sentido, la sentencia de 13 de julio de 2023, Banco Santander (Referencia a un índice oficial), C-265/22, EU:C:2023:578, apartado 67].
- 116 Del conjunto de las consideraciones anteriores resulta que procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y segunda que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, para apreciar el carácter eventualmente abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés variable que prevé la adaptación periódica del tipo de interés tomando como referencia el valor de un índice oficial, es pertinente el hecho de que esta cláusula se remita directa y simplemente a este índice, aunque de las indicaciones contenidas en el acto administrativo que estableció dicho índice resulte que, debido a las particularidades derivadas de su método de cálculo, sería necesario aplicar un diferencial negativo para ajustar la TAE de la operación en cuestión a la TAE del mercado, siempre y cuando el profesional no haya informado al consumidor acerca de tales indicaciones y de que estas no fueran suficientemente accesibles para un consumidor medio.

- 117 El Gobierno español niega que sea admisible la tercera cuestión prejudicial, ya que se basa, a su juicio, en una hipótesis expuesta de forma incompleta o inexacta. Así, el Gobierno español sostiene que no resulta de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que deban considerarse abusivas cláusulas contractuales que prevén las comisiones y los gastos a los que se hace referencia en esta cuestión prejudicial.
- 118 No obstante, como se ha recordado en el apartado 63 de la presente sentencia, la definición del marco jurídico nacional pertinente en relación con las cuestiones prejudiciales planteadas es responsabilidad exclusiva del órgano jurisdiccional remitente. Esta responsabilidad guarda relación, en su caso, con la jurisprudencia nacional que el juzgado remitente considera pertinente. En cualquier caso, resulta del auto de remisión que, en el marco de la tercera cuestión prejudicial, relativa a la posibilidad de que una cláusula como la cláusula controvertida sea abusiva de forma refleja, en cuanto incorpora a un contrato ciertos elementos de las TAE relativos a otros préstamos que sirven de base para determinar el IRPH aplicable a ese contrato en el caso de que esos elementos tengan su fundamento en cláusulas abusivas, el órgano jurisdiccional remitente hace referencia no solo a cláusulas contractuales cuyo carácter abusivo ha sido declarado, sino también a cláusulas cuya legalidad resulta controvertida.
- 119 Por consiguiente, la tercera cuestión prejudicial es admisible.
- 120 Con carácter preliminar debe señalarse que, si bien esta cuestión prejudicial se refiere a la interpretación del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con la validez de una cláusula como la cláusula controvertida, la pregunta del órgano jurisdiccional remitente se refiere esencialmente al carácter abusivo de una cláusula de ese tipo, carácter que supondría privarla de validez frente al consumidor, tal como se prevé en esa disposición.
- 121 En consecuencia, debe considerarse que, mediante esta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que, en una cláusula que prevé la adaptación periódica del tipo de interés de un contrato de préstamo hipotecario, se haga uso de un índice de referencia establecido a partir de TAE aplicables a los contratos tomados en consideración para calcular los valores sucesivos de este índice, el hecho de que esas TAE incluyan elementos derivados de cláusulas cuyo carácter abusivo se declare posteriormente implica que la cláusula de adaptación del tipo de interés del contrato en cuestión deba considerarse abusiva y, en consecuencia, no pueda hacerse valer frente al consumidor.
- 122 A este respecto, es preciso recordar que, como resulta del apartado 91 de la presente sentencia, la referencia a un índice oficial para adaptar periódicamente el tipo de interés aplicable a un contrato de préstamo solo tiene por finalidad establecer un método de cálculo contractual de ese tipo, de modo que el mecanismo de determinación del valor de este índice no influye en la naturaleza del tipo de interés del contrato de que se trate, con independencia de los elementos tomados en consideración en el marco de ese mecanismo. En consecuencia, ese tipo de interés no puede considerarse una TAE en la que algunos de sus elementos podrían tenerse por nulos y conllevar la nulidad de la cláusula que prevé la adaptación periódica de dicho tipo de interés.
- 123 Por lo demás, la circunstancia de que, en las TAE de los contratos tomados en consideración para calcular los valores sucesivos de un índice, 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. En efecto, del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 y de su artículo 3, tal como han sido interpretados por el Tribunal de Justicia, se desprende que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe hacerse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión (sentencia de 27 de enero de 2021, *Dexia Nederland*, C-229/19 y C-289/19, EU:C:2021:68, apartado 52 y jurisprudencia citada).

124 En consecuencia, debe responderse a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que, en una cláusula que prevé la adaptación periódica del tipo de interés de un contrato de préstamo hipotecario, se haga uso de un índice de referencia establecido a partir de TAE aplicables a los contratos tomados en consideración para calcular los valores sucesivos de este índice, el hecho de que esas TAE incluyan elementos derivados de cláusulas cuyo carácter abusivo se declare posteriormente no implica que la cláusula de adaptación del tipo de interés del contrato en cuestión deba considerarse abusiva y, en consecuencia, no pueda hacerse valer frente al consumidor.

- *Cuestiones prejudiciales decimoquinta y decimosexta*

125 Mediante sus cuestiones prejudiciales decimoquinta y decimosexta, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que la buena fe del profesional debe presumirse en caso de que, en una cláusula que prevé la adaptación periódica del tipo de interés de un contrato de préstamo hipotecario, se haga uso de un índice de referencia por el mero hecho de que se trate de un índice oficial establecido por una autoridad administrativa y utilizado por las administraciones públicas.

126 A este respecto, es preciso comenzar destacando que la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en relación con el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe hacerse en función de las circunstancias propias del caso (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 47 y jurisprudencia citada). En consecuencia, no cabe considerar *a priori* que la inclusión en un contrato, por un profesional, de una cláusula determinada que no ha sido negociada individualmente es necesariamente compatible con la exigencia de buena fe impuesta por esa disposición, a salvo de la aplicación del artículo 1, apartado 2, de esta Directiva, que excluye del ámbito de aplicación de esta las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, excepción que está justificada por la presunción de que el legislador nacional ha dispuesto un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos, equilibrio que el legislador de la Unión ha querido expresamente preservar (sentencia de 5 de mayo de 2022, Zagrebačka banka, C-567/20, EU:C:2022:352, apartado 57 y jurisprudencia citada). No obstante, resulta del auto de remisión que esta exclusión no es aplicable en el presente caso, ya que los IRPH no son los únicos índices existentes y, por otra parte, solo han sido utilizados minoritariamente por las entidades financieras.

127 Asimismo, con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, las cláusulas contractuales se considerarán abusivas cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

128 Como se ha recordado en el apartado 113 de la presente sentencia, la apreciación de la exigencia de buena fe en relación con una cláusula determinada de un contrato implica comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.

129 Este criterio supone que tal negociación haya tenido lugar con pleno conocimiento de causa, es decir, en el supuesto de una cláusula relativa al cálculo de los intereses correspondientes a un contrato de préstamo, estando el consumidor bien informado acerca de todos los elementos presentes en el método de cálculo del tipo de interés y pudiendo este evaluar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras.

- 130 En efecto, según la jurisprudencia recordada en el apartado 110 de la presente sentencia, la transparencia de una cláusula contractual, exigida por el artículo 5 de la Directiva 93/13, es uno de los elementos que deben tenerse en cuenta para apreciar si tal cláusula es abusiva. Ahora bien, como resulta del apartado 109 de esta sentencia, el examen del eventual carácter abusivo de la cláusula controvertida presupone que se haya apreciado anteriormente que esta no cumple el requisito de transparencia, lo cual constituiría un elemento pertinente que procedería tomar en consideración.
- 131 Por último, el carácter abusivo de una cláusula depende también de la existencia de un desequilibrio importante en detrimento del consumidor, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13. Como se ha recordado en el apartado 114 de la presente sentencia, para apreciar desde este punto de vista una cláusula que tiene por objeto la determinación de los intereses de un contrato de préstamo, es también pertinente comparar el método de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por esta cláusula y el tipo efectivo resultante con los métodos de cálculo generalmente aplicados y, en particular, con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró ese contrato a un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los de dicho contrato.
- 132 Por lo que se refiere a una cláusula como la cláusula controvertida, que prevé la adaptación del tipo de interés de un contrato de préstamo hipotecario tomando como referencia un índice oficial que, habida cuenta de sus características, parece a primera vista desventajoso para el consumidor, tal apreciación requiere tomar en consideración no solo los valores de ese índice de referencia, sino también el diferencial aplicado contractualmente a ese índice, con el fin de comparar el tipo de interés efectivo resultante con los tipos de interés habituales del mercado. En efecto, a salvo de otros aspectos del método de cálculo del tipo de interés contractual o del índice de referencia que puedan resultar pertinentes, la existencia eventual de un desequilibrio en detrimento del consumidor derivado de una cláusula de ese tipo depende esencialmente, en definitiva, no del propio índice de referencia, sino del tipo de interés que resulta efectivamente de esta cláusula habida cuenta del diferencial positivo aplicado al valor de ese índice con arreglo a dicha cláusula.
- 133 En consecuencia, debe responderse a las cuestiones prejudiciales decimoquinta y decimosexta que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que la buena fe del profesional no puede presumirse en caso de que, en una cláusula que prevé la adaptación periódica del tipo de interés de un contrato de préstamo hipotecario, se haga uso de un índice de referencia por el mero hecho de que se trate de un índice oficial establecido por una autoridad administrativa y utilizado por las administraciones públicas. La apreciación del eventual carácter abusivo de tal cláusula debe hacerse en función de las circunstancias propias del caso, tomando en consideración, en particular, el incumplimiento del requisito de transparencia y comparando el método de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por esta cláusula y el tipo efectivo de esos intereses resultante con los métodos de cálculo generalmente aplicados y, entre otros, con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato de préstamo en cuestión a un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los de dicho contrato.

– *Cuestiones prejudiciales decimoséptima y decimoctava*

- 134 Mediante sus cuestiones prejudiciales decimoséptima y decimoctava, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, para apreciar el carácter eventualmente abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés variable que prevé la adaptación periódica del tipo de interés en función del valor de un índice de referencia determinado, es pertinente, por una parte, comparar el método de cálculo de este índice con el de otro índice de referencia, utilizado mayoritariamente en el correspondiente Estado miembro en contratos similares, y los tipos efectivos resultantes respectivamente de esta cláusula y de cláusulas comparables que recurren a ese

otro índice de referencia y, por otra parte, tomar en consideración lo que representa concretamente cada uno de estos índices.

- 135 Según la jurisprudencia recordada en el apartado 114 de la presente sentencia, para determinar si una cláusula relativa al cálculo de los intereses de un contrato de préstamo genera, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, es pertinente comparar el método de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por esa cláusula y el tipo efectivo resultante con los métodos de cálculo generalmente aplicados y, en particular, con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato en cuestión a un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los de ese contrato.
- 136 El órgano jurisdiccional remitente alberga asimismo dudas acerca de la pertinencia eventual del método de cálculo de los dos índices que menciona y de lo que representan esos dos índices, esto es, fundamentalmente, por lo que respecta a un IRPH, la TAE media de los contratos de préstamo hipotecario comparables al contrato de préstamo en cuestión y, por lo que respecta al euríbor, que es el otro índice de referencia al que alude ese órgano jurisdiccional, el tipo de interés medio aplicable a los préstamos en euros entre bancos europeos.
- 137 A este respecto, es preciso señalar que tanto esta correspondencia, que se deriva de los mecanismos de cálculo de dichos índices, como esos mecanismos en sí mismos se traducen concretamente en los valores respectivos de estos.
- 138 Resulta, además, del apartado 132 de la presente sentencia que, por lo general, la existencia eventual de un desequilibrio en detrimento del consumidor derivado de una cláusula que tiene por objeto el cálculo de los intereses relativos a un contrato de préstamo depende esencialmente, en definitiva, no del propio índice de referencia, sino del tipo de interés que resulta efectivamente de esta cláusula habida cuenta del diferencial positivo aplicado al valor de ese índice con arreglo a dicha cláusula.
- 139 No obstante, no cabe excluir que determinadas particularidades del método de cálculo del tipo de interés contractual o del propio índice de referencia puedan crear un desequilibrio en detrimento del consumidor, en particular debido a su impacto sobre la evolución de ese tipo o de ese índice.
- 140 En consecuencia, debe responderse a las cuestiones prejudiciales decimoséptima y decimoctava que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, para apreciar el carácter eventualmente abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés variable que prevé la adaptación periódica del tipo de interés en función del valor de un índice de referencia determinado, es pertinente comparar el método de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por esta cláusula y el tipo efectivo de esos intereses resultante con los métodos de cálculo generalmente aplicados y, en particular, con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato en cuestión a un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los de ese contrato. Otros aspectos del método de cálculo del tipo de interés contractual o del índice de referencia pueden ser pertinentes, si pueden crear un desequilibrio en detrimento del consumidor.

*Cuestiones prejudiciales decimonovena a vigesimosegunda, relativas a las consecuencias de la eventual apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual*

- 141 Las cuestiones prejudiciales decimonovena a vigesimosegunda guardan relación con las consecuencias de la eventual apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual como la cláusula controvertida en el supuesto de que, en principio, el contrato no pueda subsistir sin ella.

– *Cuestiones prejudiciales decimonovena y vigésima*

- 142 Mediante sus cuestiones prejudiciales decimonovena y vigésima, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, en el supuesto de que, en principio, un contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés variable no pueda subsistir sin la cláusula que prevé la adaptación periódica del tipo de interés en función del valor de un índice de referencia determinado, cuyo carácter abusivo ha sido declarado, y de que la anulación de ese contrato en su conjunto dejara expuesto al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, el juez nacional está obligado a sustituir esta cláusula por una disposición supletoria de Derecho nacional, incluso cuando la aplicación de esta implique el mantenimiento de un desequilibrio en detrimento del consumidor análogo al desequilibrio tomado en consideración al apreciar el carácter abusivo de dicha cláusula, y, en caso negativo, si ese juez puede adaptar retroactivamente esa cláusula introduciendo en el mecanismo de cálculo del tipo de interés un elemento que pueda suprimir ese desequilibrio.
- 143 Con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, incumbe al juez nacional abstenerse de aplicar las cláusulas abusivas con el fin de que no produzcan efectos vinculantes para el consumidor, salvo si el consumidor se opone a ello. No obstante, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (sentencia de 25 de noviembre de 2020, Banca B., C-269/19, EU:C:2020:954, apartado 29 y jurisprudencia citada).
- 144 Cuando esta subsistencia no sea posible, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se opone a que el juez nacional, de conformidad con los principios del Derecho de los contratos, se abstenga de aplicar la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional en aquellos casos en que la anulación del contrato en su totalidad dejaría expuesto al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, de modo que, por una parte, este se vería penalizado y, por otra parte, el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse. En efecto, en el caso de un contrato de préstamo, tal anulación tendría en principio el efecto de hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de la capacidad económica del consumidor, y, por esa razón, penalizaría a este más que al prestamista (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de noviembre de 2020, Banca B., C-269/19, EU:C:2020:954, apartados 32 y 34 y jurisprudencia citada).
- 145 Tal sustitución presupone, no obstante, que la disposición de que se trate sea efectivamente supletoria y que tenga un alcance equivalente al de la cláusula que se pretende sustituir.
- 146 En el presente caso, el órgano jurisdiccional remitente parece partir de la premisa de que estos requisitos pueden cumplirse en lo referente a la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013.
- 147 Por lo que se refiere, en primer término, a la naturaleza de esta disposición, debe recordarse que corresponde al juez nacional determinar si puede considerarse que una disposición de Derecho nacional tiene carácter supletorio con arreglo a ese Derecho (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartados 65 y 66). Para ello, incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar el contenido preciso de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013.
- 148 Ahora bien, esta disposición parece establecer un régimen transitorio tras la supresión, a partir del 1 de noviembre de 2013, de dos IRPH al disponer que, en las cláusulas de contratos de préstamo hipotecario que prevén la adaptación del tipo de interés en función de un IRPH suprimido, la referencia a ese IRPH

sea sustituida, para el futuro, por la referencia a otro IRPH que se mantenga, haciendo ciertas adaptaciones necesarias para garantizar una equivalencia.

- 149 A salvo de las comprobaciones que deba efectuar el órgano jurisdiccional remitente, parece que tal norma transitoria no se ajusta a la definición generalmente aceptada de norma supletoria, que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se refiere a los casos en los que las partes o bien no se han apartado de una regla estándar prevista por el legislador nacional para los contratos de que se trate, o bien han escogido expresamente la aplicabilidad de una regla establecida por el legislador nacional a tal fin (sentencia de 3 de octubre de 2019, Dziubak, C-260/18, EU:C:2019:819, apartado 60).
- 150 En segundo término, por lo que respecta al alcance de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, la sustitución prevista en ella se refiere, aparentemente, no a las cláusulas en cuestión, sino únicamente a uno de los elementos de esas cláusulas, esto es, el índice de referencia que designan, mientras que, en el presente caso, es la sustitución de una cláusula lo que se contempla.
- 151 Debe señalarse, asimismo, que tal mecanismo de sustitución parece suponer la validez de las cláusulas de que se trate, hipótesis que las consideraciones contenidas en el auto de remisión no parecen excluir completamente en este caso, ya que el razonamiento de la presente sentencia relativo al examen de las cuestiones prejudiciales referidas al eventual carácter abusivo de una cláusula como la cláusula controvertida pone de manifiesto que las dudas del órgano jurisdiccional remitente se refieren principalmente no tanto al recurso a un IRPH como al hecho de utilizar ese índice sin aplicar un diferencial negativo, tal como se menciona en el preámbulo de la Circular 5/1994. Resulta, no obstante, del apartado 142 de la presente sentencia que, en el presente asunto, las cuestiones prejudiciales decimonovena y vigésima se formulan para el caso de que se aprecie la invalidez de tal cláusula en atención a su carácter abusivo.
- 152 Por lo demás, en el supuesto de que la cláusula declarada abusiva no pudiera dejar de aplicarse y ser sustituida por una disposición supletoria, debe recordarse que, cuando el juez nacional declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, ese juez no puede integrar el contrato modificando el contenido de esa cláusula. En efecto, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tal contrato, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. La mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de estas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales (sentencia de 25 de noviembre de 2020, Banca B., C-269/19, EU:C:2020:954, apartados 30 y 31 y jurisprudencia citada).
- 153 Pues bien, añadir al mecanismo de cálculo del tipo de interés tal como está previsto en una cláusula como la cláusula controvertida un elemento complementario con el objeto de remediar el desequilibrio contractual que fue tomado en consideración para apreciar el carácter abusivo de esta cláusula supondría modificar el contenido de esta.
- 154 Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, debe responderse a las cuestiones prejudiciales decimonovena y vigésima que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, en el supuesto de que, en principio, un contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés variable no pueda subsistir sin la cláusula que prevé la adaptación periódica del tipo de interés en función del valor de un índice de referencia determinado, cuyo carácter abusivo ha sido declarado, y de que la anulación de ese contrato en su conjunto dejara expuesto al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, no se oponen a que el juez nacional sustituya

esta cláusula por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta disposición supletoria tenga un alcance equivalente al de la cláusula que se pretende sustituir. Por el contrario, ese juez no puede modificar esta cláusula añadiéndole un elemento que permita remediar el desequilibrio que genera en detrimento del consumidor.

– *Vigesimoprimera cuestión prejudicial*

- 155 La parte demandada en el litigio principal y el Gobierno español sostienen que el Tribunal de Justicia no es competente para responder a la vigesimoprimera cuestión prejudicial, ya que se refiere a la aplicación de una disposición de Derecho nacional.
- 156 No obstante, esta cuestión prejudicial no tiene por objeto que el Tribunal de Justicia interprete la disposición de Derecho nacional que en ella se menciona, sino que se pronuncie acerca de la compatibilidad con la Directiva 93/13 de las consecuencias que, según expone el órgano jurisdiccional remitente, se derivan de esta disposición, en caso de que sea aplicable.
- 157 Por lo tanto, procede responder a esta cuestión prejudicial.
- 158 Con carácter preliminar, es preciso observar que, aunque el órgano jurisdiccional remitente no haga referencia al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, esta disposición también debe ser tenida en cuenta, ya que prevé las consecuencias de la invalidez de una cláusula contractual.
- 159 Por consiguiente, debe considerarse que, mediante su vigesimoprimera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, en el supuesto de que un contrato de préstamo hipotecario no pueda subsistir sin una cláusula cuyo carácter abusivo ha sido declarado, se oponen a la aplicación de una disposición de Derecho nacional en virtud de la cual el profesional tiene derecho a obtener la recuperación de la totalidad de la cantidad prestada, incrementada con intereses calculados al tipo legal a partir de la fecha en que se puso a disposición del consumidor esta cantidad.
- 160 Es preciso recordar que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 obliga a los Estados miembros a establecer que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor, «en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales». No obstante, la regulación por el Derecho nacional de la protección que la Directiva 93/13 garantiza a los consumidores no puede modificar la amplitud de tal protección —ni, por tanto, su contenido sustancial— ni comprometer de este modo la mayor eficacia de dicha protección que el legislador de la Unión pretendía lograr mediante la adopción de normas uniformes sobre cláusulas abusivas, tal como se desprende del décimo considerando de esta Directiva [sentencia de 15 de junio de 2023, Bank M. (Consecuencias de la anulación del contrato), C-520/21, EU:C:2023:478, apartado 60 y jurisprudencia citada].
- 161 Por lo que se refiere a las consecuencias prácticas de la nulidad de un contrato de préstamo hipotecario debido a la presencia de cláusulas abusivas, el Tribunal de Justicia ha declarado que la compatibilidad con el Derecho de la Unión de normas nacionales que regulen esas consecuencias depende de si tales normas, por un lado, permiten restablecer de hecho y de Derecho la situación en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicho contrato y, por otro lado, no ponen en peligro el efecto disuasorio perseguido por la Directiva 93/13 [sentencia de 15 de junio de 2023, Bank M. (Consecuencias de la anulación del contrato), C-520/21, EU:C:2023:478, apartado 68].
- 162 Así pues, las pretensiones que un profesional puede hacer valer frente a un consumidor en tal situación solo pueden admitirse si no ponen en peligro los objetivos mencionados en el apartado anterior de la presente sentencia.

- 163 Pues bien, conceder a una entidad de crédito el derecho a solicitar al consumidor una compensación que exceda del reembolso del capital transferido en cumplimiento de dicho contrato y, en su caso, del pago de intereses de demora podría menoscabar el efecto disuasorio perseguido por la Directiva 93/13 [sentencia de 15 de junio de 2023, Bank M. (Consecuencias de la anulación del contrato), C-520/21, EU:C:2023:478, apartado 76].
- 164 La posibilidad de que el profesional perciba tales intereses de demora debe entenderse referida a los intereses debidos a partir de un requerimiento de devolución de las cantidades recibidas en cumplimiento del contrato anulado. En efecto, en caso de que el profesional pudiera reclamar intereses a partir del día en que se transfirió al prestatario el capital prestado en cumplimiento del contrato anulado, ese profesional estaría en posición de obtener una remuneración por el uso de ese capital por el consumidor. Ahora bien, esa posibilidad pondría en peligro tanto el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales la anulabilidad de los contratos que incorporan una cláusula abusiva como la efectividad de la protección que la Directiva 93/13 confiere a los consumidores, ya que estos podrían encontrarse en una situación en la que fuera más favorable para ellos seguir cumpliendo el contrato que incluye una cláusula abusiva que ejercitar los derechos que le confiere dicha Directiva [véase, en este sentido, la sentencia de 15 de junio de 2023, Bank M. (Consecuencias de la anulación del contrato), C-520/21, EU:C:2023:478, apartados 78, 79 y 84].
- 165 Es necesario, asimismo, destacar que tal solución es conforme con el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (no se escuche a quien alega su propia torpeza), ya que no puede admitirse que una parte obtenga ventajas económicas de su comportamiento ilícito ni que se la indemnice por las desventajas provocadas por tal comportamiento [véase, en este sentido, la sentencia de 15 de junio de 2023, Bank M. (Consecuencias de la anulación del contrato), C-520/21, EU:C:2023:478, apartado 81].
- 166 Lo mismo cabe afirmar, con mayor razón, cuando el tipo de interés legal aplicable en caso de que resulte obligado devolver las cantidades recibidas en cumplimiento del contrato anulado sea superior al previsto en ese contrato, como sucede en el presente caso.
- 167 De todas las consideraciones anteriores resulta que procede responder a la vigesimoprimera cuestión prejudicial que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, en el supuesto de que un contrato de préstamo hipotecario no pueda subsistir sin una cláusula cuyo carácter abusivo ha sido declarado, se oponen a la aplicación de una disposición de Derecho nacional en virtud de la cual el profesional tiene derecho a obtener la recuperación de la totalidad de la cantidad prestada, incrementada con intereses calculados al tipo legal a partir de la fecha en que se puso a disposición del consumidor esta cantidad.
- *Vigesimosegunda cuestión prejudicial*
- 168 La parte demandada en el litigio principal y el Gobierno español sostienen también que el Tribunal de Justicia no es competente para responder a la vigesimosegunda cuestión prejudicial, ya que se refiere a la aplicación de una disposición de Derecho nacional.
- 169 Es preciso señalar que esta cuestión prejudicial tiene fundamentalmente por objeto que se dilucide si la inclusión en un contrato, por parte de un profesional, de una cláusula contractual abusiva que no se ha negociado individualmente, cuya nulidad conlleva la de ese contrato, constituye una «causa torpe», en el sentido del artículo 1306, regla 2, del Código Civil.
- 170 Ahora bien, el examen de esa cuestión supone la interpretación de este concepto de Derecho nacional, interpretación que, como resulta de la jurisprudencia recordada en el apartado 63 de la presente sentencia, no es competencia del Tribunal de Justicia.

171 En consecuencia, no procede responder a la vigesimosegunda cuestión prejudicial.

### **Costas**

172 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a este resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Novena) declara:

**1) Los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores,**

**deben interpretarse en el sentido de que**

**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.**

**2) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13**

**debe interpretarse en el sentido de que,**

**para apreciar el carácter eventualmente abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés variable que prevé la adaptación periódica del tipo de interés tomando como referencia el valor de un índice oficial, es pertinente el hecho de que esta cláusula se remita directa y simplemente a este índice, aunque de las indicaciones contenidas en el acto administrativo que estableció dicho índice resulte que, debido a las particularidades derivadas de su método de cálculo, sería necesario aplicar un diferencial negativo para ajustar la Tasa Anual Equivalente (TAE) de la operación en cuestión a la TAE del mercado, siempre y cuando el profesional no haya informado al consumidor acerca de**

tales indicaciones y de que estas no fueran suficientemente accesibles para un consumidor medio.

3) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13

debe interpretarse en el sentido de que,

en caso de que, en una cláusula que prevé la adaptación periódica del tipo de interés de un contrato de préstamo hipotecario, se haga uso de un índice de referencia establecido a partir de Tasas Anuales Equivalentes (TAE) aplicables a los contratos tomados en consideración para calcular los valores sucesivos de este índice, el hecho de que esas TAE incluyan elementos derivados de cláusulas cuyo carácter abusivo se declare posteriormente no implica que la cláusula de adaptación del tipo de interés del contrato en cuestión deba considerarse abusiva y, en consecuencia, no pueda hacerse valer frente al consumidor.

4) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13

debe interpretarse en el sentido de que

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

5) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13

debe interpretarse en el sentido de que,

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

6) Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13

deben interpretarse en el sentido de que,

en el supuesto de que, en principio, un contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés variable no pueda subsistir sin la cláusula que prevé la adaptación periódica del tipo de

**interés en función del valor de un índice de referencia determinado, cuyo carácter abusivo ha sido declarado, y de que la anulación de ese contrato en su conjunto dejara expuesto al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, no se oponen a que el juez nacional sustituya esta cláusula por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta disposición supletoria tenga un alcance equivalente al de la cláusula que se pretende sustituir. Por el contrario, ese juez no puede modificar esta cláusula añadiéndole un elemento que permita remediar el desequilibrio que genera en detrimento del consumidor.**

**7) Los artículos 6, apartado 1, 7, apartado 1, de la Directiva 93/13**

**deben interpretarse en el sentido de que,**

**en el supuesto de que un contrato de préstamo hipotecario no pueda subsistir sin una cláusula cuyo carácter abusivo ha sido declarado, se oponen a la aplicación de una disposición de Derecho nacional en virtud de la cual el profesional tiene derecho a obtener la recuperación de la totalidad de la cantidad prestada, incrementada con intereses calculados al tipo legal a partir de la fecha en que se puso a disposición del consumidor esta cantidad.**