



Roj: **STS 3550/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:3550**

Id Cendoj: **28079119912020100023**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **06/11/2020**

Nº de Recurso: **3990/2016**

Nº de Resolución: **585/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **PLENO**

#### **Sentencia núm. 585/2020**

Fecha de sentencia: 06/11/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 3990/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 21/10/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Badajoz, Sección Segunda

Letrado de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: ACS

Nota:

CASACIÓN núm.: 3990/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Letrado de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **PLENO**

#### **Sentencia núm. 585/2020**

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena



D. Eduardo Baena Ruiz

D. Pedro José Vela Torres

D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 6 de noviembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia 292/2016 de 30 de septiembre, dictada en grado de apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 822/2015 del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Badajoz, sobre nulidad de cláusula de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda de protección oficial.

Es parte recurrente D. Miguel , representado por el procurador D. Francisco Javier Cereceda Fernández-Oruña y bajo la dirección letrada de D. David González Serrano.

Es parte recurrida Liberbank S.A., representada por la procuradora D.ª María Pilar Gerona del Campo y bajo la dirección letrada de D. Rafael Bascón Arjona.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Soledad Domínguez Macías, en nombre y representación de D. Miguel , interpuso demanda de juicio ordinario contra Liberbank S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

« a) Se declare nula la cláusula que contiene limitaciones a las variaciones en el tipo de interés en el contrato suscrito entre el demandante y la Entidad Financiera Liberbank, SA.

» b) Se declare nula la cláusula que establece como tipo de referencia el IRPH, sustituyéndose el mismo por el euribor.

» c) Se declare nulo el diferencial de 0,10 puntos adicionales al tipo de referencia aplicado al préstamo.

» d) Se condene a la entidad financiera Liberbank, S.A. a eliminar las cláusulas referidas del contrato de préstamo hipotecario a interés variable objeto de la presente demanda.

» e) Se reconozca expresamente el derecho del demandante a recibir de la entidad financiera Liberbank, S.A. en concepto de cantidades cobradas indebidamente, la cantidad que se determine en ejecución de sentencia y que será la que resulte de restar al importe de la liquidación efectuada desde el principio del préstamo hipotecario, el importe de la liquidación que se debería haber efectuado con aplicación del tipo de interés efectivo aplicable que se determine en sentencia sin limitación del interés (cláusula suelo), condenándose a la entidad demandada al pago de la misma, más los intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro, así como todas las cantidades que se paguen en exceso desde la interposición de la presente demanda.

» f) Subsidiariamente a la anterior, se reconozca expresamente el derecho del demandante a recibir de la entidad financiera Liberbank, S.A. en concepto de cantidades cobradas indebidamente, la cantidad que se determine en ejecución de sentencia y que será la que resulte de restar al importe de la liquidación efectuada desde la fecha 9 de mayo de 2013, el importe de la liquidación que se debería haber efectuado con aplicación del tipo de interés efectivo aplicable que se determine en sentencia sin limitación del interés (cláusula suelo), condenándose a la entidad demandada al pago de la misma, más los intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro, así como así como todas las cantidades que se paguen en exceso desde la interposición de la presente demanda.

» g) Se condene a la entidad financiera Liberbank a recalcular, excluyendo la cláusula de tipo mínimo de referencia del cuadro de amortización del préstamo hipotecario referido, sustituyendo el tipo de referencia por el Euribor e inaplicando el diferencial del 0,10 puntos, contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado.

» h) Se condene expresamente a la demandada al pago de las costas procesales generadas».



2.- La demanda fue presentada el 9 de noviembre de 2015 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Badajoz, fue registrada con el núm. 822/2015. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.<sup>a</sup> Marta Gerona del Campo, en representación de Liberbank S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Badajoz, dictó sentencia 35/2016, de 22 de febrero, cuyo fallo dispone:

«Que estimo parcialmente la demanda interpuesta por D. Miguel , representado por la Procuradora Sra. Domínguez Macías y defendido por el Letrado Sr. González Serrano frente a Liberbank, SA, representada por la Procuradora Sra. Gerona del Campo y asistida del Letrado Sr. Bascón Arjona, en consecuencia, declaro la nulidad por falta de transparencia de la cláusula incluida en el préstamo hipotecario, firmado por las partes, que estipula limitaciones a la variación del tipo de interés ordinario, en concreto fija un suelo del 3% y un techo del 8%, y condeno a la demandada a eliminar dicha cláusula del contrato y a la devolución a la prestataria de las cantidades cobradas en virtud de la aplicación de dicha cláusula desde la fecha de publicación de la sentencia nº 241/2013 del Pleno del TS de 9 de mayo de 2.013 hasta el momento de su efectivo pago, y declaro la validez de las demás cláusulas impugnadas.

» Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad».

#### **SEGUNDO.-** *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Miguel . La representación de Liberbank S.A. se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz, que lo tramitó con el número de rollo 220/2016, y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia 292/2016, de 30 de septiembre, cuyo fallo dispone:

«Que, estimando como estimamos, parcialmente, el Recurso de Apelación deducido por la representación procesal de D. Miguel , contra la sentencia nº 35/2016, de 22 de febrero, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Badajoz, en el Procedimiento Ordinario nº 822/2015, debemos revocar y revocamos parcialmente, dicha resolución, en el único sentido de condenar a la demandada "Liberbank, S.A." al pago de los intereses legales de las cantidades a cuya devolución ha sido condenada en la instancia, calculados desde la fecha de cada cobro, hasta su completo pago, manteniéndose dicha sentencia en todos sus demás pronunciamientos. No ha lugar a pronunciamiento sobre costas en esta alzada».

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

1.- La procuradora D.<sup>a</sup> Soledad Domínguez Macías, en representación de D. Miguel , interpuso recurso de casación.

El motivo del recurso de casación fue:

«Primero.- Al amparo del art. 477.2.3º y 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los arts. 5.5 y 7 de la LCGC en relación con los arts. 5, 6 y 7.2 de la O.M de 5 de mayo de 1994 y el art. 80.1 del TRLCU, y la doctrina del Tribunal Supremo que los interpreta ( S.T.S. nº 241/2013 de 9 de mayo de 2013. dictada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo), en el sentido de que la sentencia recurrida estima la superación del control de inclusión de la cláusula del tipo de interés de referencia I.R.P.H. en cuanto a condición general de la contratación, en contra de lo previsto en los artículos citados y la jurisprudencia que los desarrolla».

«Segundo.- Al amparo del art. 477.2.3º y 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la sentencia de pleno nº 241/2013 de 9 de mayo de 2013, en el sentido de que la sentencia recurrida estima la superación del control de transparencia (comprensibilidad real) de la cláusula del tipo de interés de referencia I.R.P.H. en cuanto a condición general de la contratación, en contra de la jurisprudencia señalada».

«Tercero.- Al amparo del art. 477.2.3º y 477.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de los artículos 1.261, 1.265 y 1.266 del Código Civil y de la jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida no estima la pretensión de nulidad de la cláusula IRPH por vicio en el consentimiento sobre la base de error en el objeto, cuando se ha acreditado por mi defendido ahora recurrente, los requisitos para ello, según lo previsto en los artículos citados y la jurisprudencia que los desarrolla».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las



partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 27 de mayo de 2020, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición y, a ambas partes para formular alegaciones sobre la sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020 (C-125/18).

**3.-** Liberbank se opuso al recurso y, en el mismo escrito, formuló alegaciones relativas a la sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020 (C-125/18).

**4.-** La representación de D. Miguel presentó un escrito en el que formuló alegaciones a la sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020 (C-125/18) y afirmó que dicha sentencia sustenta la impugnación formulada en su recurso.

**5.-** Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para deliberación votación y fallo del pleno de la Sala el día 30 de septiembre de 2020. Por providencia de 28 de septiembre de 2020 se acordó la suspensión del señalamiento. Por providencia de 7 de octubre de 2020 se señaló para deliberación, votación y fallo del pleno de la Sala el 21 de octubre de 2020, en que tuvo lugar, con la asistencia presencial de ocho Magistrados y la asistencia mediante el sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia del Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller y del Excmo. Sr. D. Eduardo Baena Ruiz.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes del caso*

**1.-** El 10 de enero de 2010, Joca Inmo S.A, como vendedora, y D. Miguel, como comprador, suscribieron la escritura pública de compraventa de una vivienda de protección oficial de promoción privada. En esa misma escritura pública, el comprador se subrogó en el préstamo hipotecario para la financiación de la promoción, concertado el 8 de octubre de 2007 entre la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Extremadura, como prestamista, y Joca Inmo S.A., como prestataria. La representante de la caja de ahorros compareció también a la firma de la escritura pública de compraventa y aceptó expresamente la subrogación del comprador en el préstamo hipotecario. Dicha caja de ahorros pasó posteriormente a ser Liberbank S.A., por lo que en lo sucesivo nos referiremos a esta entidad financiera como Liberbank.

**2.-** En la escritura pública de compraventa y subrogación en préstamo hipotecario otorgada el 10 de enero de 2010 se hizo constar, como carga de la vivienda transmitida, la existencia de una hipoteca en garantía de un préstamo, del que se expresaban el principal en el que se subrogaba el comprador, el plazo de amortización, y el tipo de interés, en estos términos:

«Variable anualmente, mediante la adición de cero con diez (0,10) puntos al tipo vigente para los préstamos acogidos al Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, por el que se aprueba el Plan Estatal 2005-2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda. La revisión se hará por acuerdo del Consejo de Ministros».

En dicha escritura de compraventa no constaba que en el préstamo hipotecario concedido por Liberbank a Joca Inmo S.A. había una cláusula que fijaba un «suelo» del 3% para la variación del tipo de interés. Tampoco se le había informado previamente de la existencia de esa cláusula.

**3.-** En octubre de 2013, el Sr. Miguel dirigió un escrito a Liberbank en el que solicitó que se eliminara de su préstamo la cláusula suelo. Liberbank, en respuesta a esta solicitud, ofreció al Sr. Miguel una novación del préstamo, de modo que durante 18 meses pagara un interés fijo del 3% y con posterioridad, un interés variable consistente en «Euribor + 0,1%», sin «suelo» que limitara la bajada del tipo de interés. El Sr. Miguel no aceptó la oferta y reiteró su solicitud de eliminación de la cláusula suelo. Al no recibir respuesta a esta nueva solicitud, presentó una reclamación ante el Banco de España, en la que denunció no haber recibido respuesta a su solicitud de eliminación de la cláusula suelo. El Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones del Banco de España emitió un informe el 25 de octubre de 2014 en el que declaró que la actuación de Liberbank había sido contraria a las buenas prácticas bancarias. El Sr. Miguel envió otro escrito a Liberbank en noviembre de 2014 en el que, a la vista del informe del Banco de España, le instaba a dejar de aplicar la «cláusula suelo», pues de lo contrario iniciaría acciones legales. Liberbank le contestó en enero de 2015, manifestándole que había decidido «no allanarse a las conclusiones del expresado informe del Banco de España».

**4.-** El 9 de noviembre de 2015, el Sr. Miguel presentó una demanda contra Liberbank. En la misma, según concretaba en la propia demanda, ejercitó las siguientes acciones:

«a) Acción de nulidad de condición general de la contratación consistente en el control de abusividad de ciertas cláusulas contenidas en el contrato objeto de este litigio (Cláusula limitativa del tipo de interés -cláusula suelo- y cláusula que establece como tipo de interés de referencia el IRPH bonificado) ex. Art. 8 de la LCGC.



- » b) Acción de nulidad de pleno derecho ( art 6.3 Código Civil) respecto de la fijación del diferencial de 0,10% adicional al tipo de referencia y del propio tipo de referencia IRPH, y
- » c) Acción de nulidad por vicio y error en el consentimiento del art 1261 del Código Civil, respecto de la cláusula que establece como tipo de interés de referencia el IRPH bonificado y de la cláusula limitativa del tipo de interés (cláusula suelo)».

5.- El Juzgado de Primera Instancia desestimó la pretensión de que se anulara la cláusula que establecía «como tipo de interés de referencia el IRPH bonificado», utilizando las palabras del demandante. También desestimó la pretensión de que se anulara la fijación del diferencial del 0,10% adicional al tipo de interés fijado en el Real Decreto 801/2005, pues, afirmó el Juzgado, «la parte conocía que el tipo de interés aplicable resultaría de la adición de cero con diez (0,10) puntos al tipo vigente para los préstamos acogidos al Real Decreto 801/2005, de 1 de julio». Pero estimó la acción de anulación de la «cláusula suelo» pues, según declaró el Juzgado, no se había informado al demandante de su existencia ni aparecía recogida en la escritura de compraventa y subrogación en el préstamo hipotecario.

6.- El demandante apeló la sentencia y la Audiencia Provincial desestimó su recurso, salvo en el extremo relativo a los intereses que debía devengar la cantidad a restituir por la aplicación de la cláusula suelo. Respecto de la nulidad, por falta de transparencia, de la utilización del IRPH como índice de referencia, la Audiencia consideró que no es creíble que el demandante acudiera directamente a la Notaría sin saber las condiciones esenciales del préstamo, como el importe del interés que tenía que pagar, calculado mediante la adición de un diferencial a un índice de referencia publicado en el BOE. Respecto de la nulidad de la adición de un diferencial de 0,10 puntos por contrariedad a una norma imperativa, la Audiencia afirmó «que el R. D. 801/2005 establezca normativamente cuál es el tipo de interés que debe aplicarse a los préstamos sobre vivienda habitual (sic), no significa que la Entidad crediticia no pueda adicionar un diferencial, cuando así se pactó, por ambas partes, en el contrato (adicionar 0,10 puntos)».

7.- El demandante ha presentado un recurso de casación que se basa en tres motivos, que han sido admitidos. En ellos se impugna exclusivamente la desestimación de la acción, basada en la normativa que regula las cláusulas no negociadas en los contratos concertados con consumidores, de nulidad de la «cláusula que establece como tipo de interés de referencia el IRPH bonificado» y la desestimación de la acción en la que se pide la anulación, por vicio del consentimiento, de dicha cláusula.

8.- Ha quedado fuera del recurso, porque su pretensión fue estimada en la instancia, la solicitud de anulación de la «cláusula suelo». También ha quedado fuera del recurso, porque así lo ha querido el recurrente, la pretensión dirigida a que se declarase la nulidad, por ser contrarios a una norma imperativa, del IRPH como índice de referencia y de la adición de un diferencial de 0,10 puntos. En consecuencia, este tribunal, en su resolución, se ceñirá a las cuestiones que constituyen el objeto del recurso formulado.

#### **SEGUNDO.-** *Formulación de los motivos primero y segundo*

1.- El primer motivo se encabeza con un epígrafe en el que se denuncia la infracción de los arts. 5.5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en relación con los arts. 5, 6 y 7.2 de la O.M. de 5 de mayo de 1994 y el art. 80.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y la doctrina del Tribunal Supremo que los interpreta, en concreto, la sentencia 241/2013, de 9 de mayo.

2.- En el segundo motivo se denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, por lo que, en realidad, este motivo justifica el interés casacional del anterior.

3.- El recurrente denuncia que la Audiencia Provincial, al no anular la referenciación del interés al índice que el recurrente denomina como IRPH-Entidades, y no sustituirlo por el Euribor, ha infringido la jurisprudencia existente sobre el doble control de transparencia, en su aspecto de control de inclusión o control formal, y en el del control cualificado o control material.

**TERCERO.-** *Decisión del tribunal: el control de transparencia y de abusividad de la cláusula del préstamo hipotecario que establece el tipo de interés previsto en la normativa que regula la financiación de la compra de viviendas de protección oficial*

1.- El recurrente alega que, cuando firmó la escritura pública de compraventa y subrogación en el préstamo hipotecario, no tenía conocimiento de cuál era el interés del préstamo en que se subrogaba.

2.- Sin embargo, tal alegación es contraria a la base fáctica sentada en la instancia, que es inatacable en casación. El tribunal de apelación, confirmando en este punto lo declarado por el tribunal de primera instancia, consideró que el prestatario sí conocía cuál era el interés del préstamo hipotecario en el que se subrogaba, que era el resultante de añadir 0,10 puntos al interés establecido en el Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, «por el





que se aprueba el Plan Estatal 2005-2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda», para los préstamos hipotecarios para la financiación de la promoción y la compra de viviendas de protección oficial.

**3.-** El recurrente afirma que la sentencia recurrida infringe los preceptos legales invocados en el encabezamiento del primer motivo del recurso porque no se cumplieron algunos de los parámetros que para el control de transparencia se indicaron en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 241/2013, de 9 de mayo, tanto en la propia sentencia como en el auto de aclaración que forma parte integrante de la misma.

**4.-** Como hemos declarado en reiteradas ocasiones (por todas, sentencia 509/2020, de 6 de octubre), no existen medios tasados para obtener el resultado que se persigue con el requisito de la transparencia material: un consumidor suficientemente informado. El adecuado conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios. Así lo pusimos también de relieve en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, en que afirmamos que en cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia. Por tanto, lo relevante es que, tal como han afirmado las sentencias de instancia, un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz, pudiera tener un conocimiento adecuado de la cláusula que establecía el interés del préstamo en que se subrogaba, cualquiera que fuera el medio por el que adquirió tal conocimiento.

**5.-** El recurrente alega, para justificar la falta de transparencia de la cláusula que fijaba el interés del préstamo con referencia al IRPH-Entidades, que no fue advertido por Liberbank de la posibilidad de obtener una financiación distinta y, concretamente, no fue advertido de que, conforme a lo previsto en el apartado segundo de la disposición transitoria cuarta del Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012, podía haber solicitado directamente un préstamo en las condiciones de financiación previstas en el art. 12 del citado Real Decreto 2066/2008, en el que se establecía cómo índice de referencia el Euribor y no el IRPH-Entidades, como hacía el Real Decreto 801/2005.

**6.-** Es doctrina de este tribunal y del TJUE que la transparencia que impide la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no negociadas que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, está vinculada con la información que permite al consumidor prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, la carga jurídica y económica del contrato. Pero esto no supone que el predisponente tenga una obligación de asesoramiento sobre las distintas posibilidades de financiación por parte de esa entidad o de otras de la competencia.

**7.-** Alega también el recurrente, como ha venido haciendo a lo largo de todo el litigio, que Liberbank no ofreció otros índices de referencia «menos perjudiciales» que el IRPH-Entidades, que es perjudicial para el prestatario porque siempre ha estado por encima del Euribor y porque es un índice manipulable.

**8.-** El Abogado General, en el apartado 123 de las conclusiones emitidas en el asunto C-125/18, al que se remite el apartado 53 de la sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020 dictada en dicho asunto, afirma que «la obligación de información a que se refiere la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no es una obligación de asesoramiento y, por lo tanto, no implica en absoluto que la entidad bancaria deba emplear u ofrecer al consumidor diferentes índices oficiales».

**9.-** El demandante compró una vivienda de protección oficial de promoción privada. La obtención de financiación para la construcción de dicha vivienda tuvo lugar bajo la vigencia del Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, por el que se aprueba el Plan Estatal 2005-2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda. Liberbank, con base en un convenio que había suscrito con la Junta de Extremadura, otorgó a Joca Inmo S.A. en octubre de 2007 un préstamo hipotecario sujeto a dicha normativa. El demandante, al firmar la escritura de compraventa de la vivienda de protección oficial, optó por subrogarse en dicho préstamo convenido. Como ya se ha dicho, no puede abordarse en esta sentencia, por no haber sido objeto del recurso por decisión del consumidor recurrente, la cuestión de si, conforme a dicha normativa, era posible o no adicionar 0,10 puntos al tipo fijado en dicho Real Decreto, como se establecía en el convenio suscrito entre la Junta de Extremadura y Liberbank y se recogió en la escritura de préstamo.

**10.-** El art. 9.3 del citado Real Decreto 801/2005 establece:

«El tipo de interés efectivo anual inicial será acordado por el Consejo de Ministros, a propuesta de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, y su cuantía será la resultante de aplicar un coeficiente reductor a la media de los tres últimos meses, con información disponible, del tipo porcentual de referencia de los préstamos hipotecarios del conjunto de entidades de crédito, elaborado por el Banco de España. El coeficiente reductor será 0,9175, establecido mediante el Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de abril de



2002, publicado mediante Resolución de la Secretaría de Estado de Infraestructuras, de 10 de abril del mismo año»

» El tipo inicial así determinado, redondeado a dos decimales, tendrá vigencia, al menos, hasta la finalización del año 2005. En el primer trimestre de cada uno de los años 2006, 2007 y 2008, así como a partir de 2009, inclusive, se volverá a revisar y, en su caso, a modificar, dicho tipo de interés efectivo inicial, aplicando el mismo procedimiento».

**11.-** Desde la Resolución de 18 de octubre de 2005, de la Subsecretaría [del Ministerio de la Vivienda], por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 13 de octubre de 2005, por el que se fija el tipo de interés efectivo anual inicial aplicable a los préstamos convenidos que se concedan en el ámbito del programa 2005, del Plan Estatal 2005-2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda, se han venido dictando periódicamente los correspondientes Acuerdos del Consejo de Ministros que han fijado el tipo de interés efectivo aplicable a estos préstamos, con base en lo previsto en el art. 9 del Real Decreto 801/2005. Estos acuerdos han sido publicados en el Boletín Oficial del Estado, el último de ellos, en el Boletín de 23 de abril de 2020, que publicó el Acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de marzo de 2020.

**12.-** Lo anterior supone que el recurrente, al comprar una vivienda de protección oficial, suscribió una condición general que determinaba la aplicación del régimen de financiación de viviendas de protección oficial vigente cuando se inició la promoción de su vivienda, que está regulado por normas administrativas. En este régimen, el tipo de interés efectivo vigente en cada momento viene determinado por un Acuerdo del Consejo de Ministros que se publica en el Boletín Oficial del Estado, con base en el mecanismo previsto en art. 9 del citado Real Decreto: la aplicación de un coeficiente reductor del 0,9175 a la media de los tres últimos meses del tipo porcentual de referencia de los préstamos hipotecarios del conjunto de entidades de crédito, elaborado por el Banco de España.

**13.-** Conforme a la jurisprudencia del TJUE (sentencias de 20 de septiembre de 2017, C-186/16, *Andriuc*, y 3 de marzo de 2020, C-125/18, *Gómez del Moral*), que realiza una aplicación muy restrictiva del art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE, lo anterior no excluye que la cláusula que fija este interés para el préstamo sea una condición general sujeta a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y a la Directiva 93/13/CEE, pues no está incluida en la excepción prevista en el art. 4.2 de dicha ley y en el art. 1.2 de dicha directiva. El consumidor adherente podía haber optado por otra financiación distinta a la establecida en el Real Decreto 801/2005, y la normativa que regula este régimen de financiación no puede considerarse como «supletoria», aplicable en defecto de pacto.

**14.-** Ahora bien, el consumidor se adhirió a una condición general que establecía la aplicación del régimen de financiación establecido y regulado en una norma reglamentaria, cuyo tipo de interés era revisado periódicamente por sucesivos acuerdos del Consejo de Ministros. La cláusula hacía expresa referencia a esta normativa y a estos acuerdos del Consejo de Ministros que revisaban cada año el tipo de interés aplicable. Tanto aquella como estos gozan de la publicidad derivada de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

**15.-** En línea con lo declarado en el apartado 53 de la sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18, los elementos principales relativos al cálculo del interés variable fijado en el contrato resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario para la adquisición de una vivienda de protección oficial, puesto que figuraban en la norma expresamente citada en la cláusula (el Real Decreto 801/2005), publicada en el Boletín Oficial del Estado. Es más, la actualización periódica del interés calculado conforme a ese régimen reglamentario se hacía por Acuerdos del Consejo de Ministros (lo que también era mencionado expresamente en la cláusula), también publicados en el Boletín Oficial del Estado.

**16.-** Por tal razón, también en línea con los argumentos del apartado 53 de la citada sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020, los elementos principales relativos al cálculo del interés previsto en el Real Decreto 801/2005 para los préstamos hipotecarios para la adquisición de una vivienda de protección oficial resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratarlo, puesto que figuran en una norma publicada en el Boletín Oficial del Estado. Por tal razón, un consumidor razonablemente atento y perspicaz (es decir, el consumidor medio y no necesariamente el concreto consumidor del caso) podía fácilmente comprender que el interés de su préstamo se calculaba mediante la adición de 0,10 puntos al tipo resultante de aplicar un coeficiente reductor a la media de los tres últimos meses del tipo porcentual de referencia de los préstamos hipotecarios del conjunto de entidades de crédito, elaborado por el Banco de España, que incluía los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades. Y que tal interés era fijado cada año por acuerdo del Consejo de Ministros, que era publicado en el Boletín Oficial del Estado.

**17.-** Se trata de un conjunto de circunstancias que permiten considerar que el recurrente, por las especiales características de la financiación de las viviendas de protección oficial y la publicidad de que es objeto el tipo



de interés y las demás condiciones de tal financiación, tenía a su disposición suficiente información sobre los elementos configuradores de la financiación que contrataba para pagar el precio de su vivienda de protección oficial y de la carga económica y jurídica que tal financiación le suponía.

**18.-** Ahora bien, si la falta de información directa por parte de la entidad crediticia sobre la evolución del índice de referencia en los dos años anteriores, a que hace referencia el apartado 54 de la sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18, pudiera considerarse como determinante de la falta de transparencia de la cláusula cuestionada, porque se entendiera insuficiente la publicidad del régimen de financiación de las viviendas de protección oficial, tal falta de transparencia no determinaría necesariamente la nulidad de la cláusula, sino que permitiría controlar si la misma era abusiva, esto es, si se trata de una cláusula que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

**19.-** La redacción actual del art. 83 TRLCU no es óbice para ello, pues no estaba en vigor cuando se concertó el contrato de préstamo hipotecario, ya que se introdujo por la Ley 5/2019, de 5 de marzo, y por tanto no es aplicable para resolver el presente recurso, por lo que no procede ahora su interpretación, aunque sí conviene puntualizar que en la nueva redacción del precepto el «perjuicio de los consumidores» aparece expresamente contemplado al tratar de la nulidad de la cláusulas no transparentes.

**20.-** El TJUE ha declarado que, una vez apreciada la falta de transparencia, es cuando debe hacerse el juicio de abusividad de la cláusula que regula un elemento esencial del contrato (por todas, SSTJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, *Kásler*; de 26 febrero de 2015, C-143/13, *Matei*; de 20 de septiembre de 2017, C- 186/16, *Andriuc*; de 14 de marzo de 2019, C-118/17, *Dunai*; y de 5 de junio de 2019, C-38/17, *GT*).

**21.-** En este mismo sentido, la sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017, asunto C-421/14, caso *Banco Primus*, declaró que la falta de transparencia no eximía de realizar el juicio de abusividad, sino que simplemente permitía proyectarlo a los elementos esenciales del contrato:

«64. Por lo que se refiere, por una parte, a la cláusula 3 del contrato controvertido en el litigio principal, relativa al cálculo de intereses ordinarios, el órgano jurisdiccional remitente ha señalado que, pese a estar comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, esa cláusula no estaba redactada de manera clara y comprensible en el sentido de dicha disposición. En estas circunstancias, como señaló el Abogado General en el punto 61 de sus conclusiones, incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar el carácter abusivo de dicha cláusula y, en particular, si ésta causa, en detrimento del consumidor de que se trate, un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato a la luz de las consideraciones expuestas en los apartados 58 a 61 de la presente sentencia. [...]»

**22.-** Es decir, la declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad ( sentencias de esta sala 171/2017, de 9 de marzo; 538/2019, de 11 de octubre; 121/2020, de 24 de febrero; y 408/2020, de 7 de julio). Únicamente hemos asimilado falta de transparencia a la abusividad en determinadas cláusulas, como es el caso de las denominadas «cláusulas suelo», por entrañar un elemento engañoso, o de las cláusulas «multidivisa» o «multimoneda», por ocultarse graves riesgos para el consumidor. No es el caso de la utilización de uno u otro de los índices de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios, y concretamente, del utilizado en el sistema de financiación de las viviendas de protección oficial.

**23.-** Para afirmar que la cláusula que establecía el interés del préstamo era «perjudicial» para el consumidor, el recurrente simplifica las características del préstamo en que se subrogó. En primer lugar, el sistema de financiación de las viviendas de protección oficial establecido por el Real Decreto 801/2005 no solo establecía un determinado tipo de interés para esos préstamos, sino que establecía también ventajas tales como que «no se podrá aplicar comisión alguna por ningún concepto en relación con dichos préstamos convenidos» (art. 9.2 del Real Decreto) o la posibilidad de subsidiación de los préstamos convenidos (art. 10 del Real Decreto).

**24.-** Asimismo, en los préstamos hipotecarios para la adquisición de una vivienda de protección oficial sometidos al Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre (que, por utilizar el Euribor como índice de referencia, el recurrente considera más favorables que los regulados en el Real Decreto 801/2005, que utilizaban el IRPH-Entidades), no se aplicaba un coeficiente reductor al tipo de referencia, el Euribor a 12 meses, como sí ocurría con el IRPH-Entidades en el sistema del Real Decreto 801/2005. Por el contrario, el art. 12 del citado Real Decreto 2066/2008 preveía que el tipo de interés efectivo de los préstamos convenidos sujetos a dicha normativa sería el Euribor a 12 meses «más un diferencial que podrá tomar un valor entre 25 y 125 puntos básicos en el caso de préstamos a adquirentes de viviendas y promotores de rehabilitación, y entre 25 y 250 puntos básicos en el caso de préstamos a promotores de viviendas protegidas para venta o alquiler, o alojamientos protegidos y promotores de actuaciones de adquisición y urbanización de suelo para vivienda protegida».





**25.-** Por tanto, no es relevante por sí solo, a efectos de valorar el carácter «más favorable» para el consumidor, desde el punto de vista económico, de la cláusula que establece el interés variable con referencia a uno u otro índice oficial, afirmar que el IRPH-Entidades ha sido siempre más elevado que el Euribor, como hace el recurrente, puesto que el coste del préstamo viene determinado no solo por el valor porcentual que en cada momento tenga el índice de referencia, sino también por el diferencial, negativo o positivo o de valor cero, que se aplique a tal índice de referencia, y por las comisiones. Asimismo, en el cálculo del IRPH se incluyen los préstamos a interés fijo, por lo que en un escenario de subida del Euribor (que en un periodo de 20, 30 y hasta 40 años, que suele ser la duración de los préstamos hipotecarios, no puede descartarse), el peso de los préstamos a interés fijo en el cálculo del IRPH podría determinar una evolución más favorable de este índice en el futuro, respecto de otros índices oficiales.

**26.-** Otro de los argumentos del recurso para justificar el carácter abusivo de la cláusula que establece el índice IRPH-Entidades para el cálculo del interés de los préstamos para promoción y adquisición de una vivienda de protección oficial sujeta al Real Decreto 801/2005, es su carácter manipulable.

**27.-** Sobre esta cuestión, debe recordarse lo que declaramos en la sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, respecto de las cláusulas que incorporan un índice oficial para el cálculo del interés variable en un préstamo, en el sentido de que la intervención de la administración pública en la fijación de tal índice supone que «en el marco de una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación, no pueda valorarse el modo en el que se ha fijado un índice de referencia legalmente predeterminado, ni quepa analizar si ese índice puede ser manipulado por las entidades financieras, o si en la configuración del índice se han podido tener en cuenta elementos, datos o factores no adecuados. Tampoco cabe ponderar el grado de incidencia o influencia de las entidades financieras en la concreta determinación del índice. Todos estos factores los fiscalizan los órganos reguladores de la administración pública».

**28.-** También dijimos en esa sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, que «[n]o debe confundirse el hecho de que los datos facilitados por las entidades conformantes del índice afecten a su valor resultante, algo consustancial al procedimiento de su cálculo, con la posibilidad de su manipulación».

**29.-** En todo caso, para agotar el razonamiento que justifica el rechazo de este argumento del recurso, el recurrente no hace referencia a ningún supuesto en que se haya constatado tal manipulación del índice IRPH, ni justifica que dicho índice oficial sea más fácilmente manipulable que el resto de índices oficiales que se utilizan como índice de referencia en los préstamos a interés variable. Debe recordarse que el Euribor, que es el índice que el recurrente solicita que sustituya al IRPH-Entidades en su préstamo, es un índice que se calcula por una entidad privada (European Money Markets Institute -EMMI-, integrada por las asociaciones de la banca de los Estados miembros de la Unión Europea) a partir de los datos suministrados por panel de bancos comerciales, y que en los últimos años la Comisión Europea ha impuesto fuertes sanciones a varios bancos europeos y norteamericanos por la manipulación del Euribor y de otros como el Libor (tipo de interés interbancario fijado en Londres). Por otra parte, la variación del índice IRPH no depende de la voluntad de Liberbank, que es solamente una más de las entidades financieras que conceden préstamos hipotecarios y que, por razones evidentes, ha de ofertar préstamos hipotecarios con un tipo de interés y demás condiciones que le permitan competir con el resto de entidades financieras.

**30.-** El art. 82.3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece que el carácter abusivo de una cláusula se apreciará considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración. La evolución más o menos favorable del índice durante la vida del préstamo no puede ser determinante de su carácter abusivo. Sin embargo, lo que el recurrente considera que ha provocado que, en contra de las exigencias de la buena fe, se haya causado, en su perjuicio, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones derivados del contrato, ha sido la evolución divergente del Euribor y del IRPH-Entidades en los años posteriores a la contratación del préstamo, puesto que, aunque ambos índices oficiales han bajado, el Euribor lo ha hecho más que el IRPH-Entidades.

**31.-** Es significativo, en este caso, que las reclamaciones extrajudiciales formuladas por el recurrente frente a Liberbank, y su posterior reclamación ante el Banco de España, solo tuvieron por objeto la inclusión de una cláusula suelo de cuya existencia no se le había informado, no aparecía mencionada en la escritura pública en la que se subrogó en el préstamo hipotecario ni estaba prevista en el Real Decreto 801/2005. Es solamente varios años después, cuando el índice Euribor tuvo un descenso más acusado que el índice IRPH-Entidades, cuando en su demanda impugna también la inclusión, como índice de referencia, del IRPH-Entidades en su préstamo hipotecario.

**32.-** Tampoco puede determinar el carácter abusivo de la cláusula cuestionada en el recurso la falta de información al consumidor sobre la evolución futura del índice IRPH-Entidades. Así lo establece taxativamente la STJUE de 9 de julio de 2020, asunto C-452/18, al declarar en su apartado 52:



«[n]o cabe exigir a un profesional que facilite información precisa acerca de las consecuencias económicas asociadas a las variaciones del tipo de interés durante la vigencia del contrato, ya que esas variaciones dependen de acontecimientos futuros no previsibles y ajenos a la voluntad del profesional».

**33.-** En conclusión, no puede admitirse que la cláusula que fija como índice de referencia del préstamo hipotecario el tipo de interés previsto para la financiación de las viviendas de protección oficial en el Real Decreto 801/2005 sea abusiva. No se entiende cómo el ofrecimiento al consumidor de un préstamo sometido al sistema de financiación previsto para las viviendas de protección oficial en su normativa reguladora, puede considerarse como una actuación del predisponente contraria a las exigencias de la buena fe. Tampoco puede aceptarse que la dispar evolución en los años posteriores del índice de referencia de este sistema respecto de otros índices, por causas no atribuibles al predisponente, o la falta de información sobre la evolución futura de tal índice, causara, en el momento de la contratación, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, contrario a las exigencias de la buena fe.

**CUARTO.-** *Formulación del tercer motivo*

**1.-** En el encabezamiento del motivo se invoca la infracción de los artículos 1261, 1265 y 1266 del Código Civil y de la jurisprudencia que los interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida no estima la pretensión de nulidad de la cláusula IRPH por vicio en el consentimiento sobre la base de error en el objeto.

**2.-** En el desarrollo del motivo, el recurrente alega que los argumentos fundamentales expuestos para justificar los dos motivos anteriores, determinan también la existencia de un error esencial y excusable que, conforme a los preceptos legales cuya infracción invoca, debió llevar a la anulación de la cláusula que fija el tipo de interés del préstamo hipotecario.

**QUINTO.-** *Decisión de tribunal: el error vicio puede determinar la nulidad del contrato, pero no de una cláusula aislada*

Procede desestimar el motivo, sin ni siquiera entrar a analizar los requisitos que deben darse para que pueda apreciarse la nulidad por error vicio, porque en el presente caso resulta irrelevante a la vista del suplico de la demanda. El demandante ha ejercitado una acción de nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario, nulidad que afectaría solo a la cláusula en la que se fija el interés del préstamo. Conforme a la jurisprudencia de esta sala, si se llegara a apreciar error en el consentimiento del prestatario y pudiera ser calificado de sustancial, relevante e inexcusable, viciaría la totalidad del contrato, pero no sólo una de sus cláusulas ( sentencias 450/2016, de 1 de julio, 66/2017, de 2 de febrero, 4/2019, de 9 de enero, y 443/2020, de 20 de julio, entre otras). Por esta razón, por la falta de relevancia de la infracción denunciada en el hipotético caso de que se llegara a apreciar, procede desestimar el motivo.

**SEXTO.-** *Costas*

De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente.

## FALLO

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

**1.º-** Desestimar el recurso de casación interpuesto por D. Miguel contra la sentencia 292/2016 de 30 de septiembre, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz, en el recurso de apelación núm. 220/2016.

**2.º-** Condenar al recurrente al pago de las costas del recurso de casación.

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

El Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller votó en sala pero no pudo firmar por jubilación, haciéndolo en su lugar el Excmo. Sr. Presidente de la Sala D. Francisco Marín Castán.

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

Así se acuerda y firma.