SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Novena)

de 13 de julio de 2023 (*)

«Procedimiento prejudicial — Protección de los consumidores — Directiva 93/13/CEE — Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores — Contratos 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 entidades de crédito — Índice establecido mediante un acto reglamentario o administrativo — Indicaciones que figuran en el preámbulo de ese acto — Control relativo a la exigencia de transparencia — Apreciación del carácter abusivo»

En el asunto C-265/22,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca (Illes Balears), mediante auto de 19 de abril de 2022, recibido en el Tribunal de Justicia el 20 de abril de 2022, en el procedimiento entre

**ZR**,

**PI**

y

**Banco Santander, S. A.**,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Novena),

integrado por la Sra. L. S. Rossi, Presidenta de Sala, y el Sr. J.-C. Bonichot y la Sra. O. Spineanu-Matei (Ponente), Jueces;

Abogada General: Sra. L. Medina;

Secretaria: Sra. L. Carrasco Marco, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 16 de marzo de 2023;

consideradas las observaciones presentadas:

– en nombre de PI y ZR, por los Sres. F. Fuster-Fabra Toapanta y A. Rebollo Redondo, abogados;

– en nombre de Banco Santander, S. A., por el Sr. J. M. Rodríguez Cárcamo y la Sra. A. M. Rodríguez Conde, abogados;

– en nombre del Gobierno español, por el Sr. Á. Ballesteros Panizo, en calidad de agente;

– en nombre de la Comisión Europea, por la Sra. S. Pardo Quintillán y el Sr. 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, por un lado, de los artículos 5 y 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, por otro lado, de los artículos 3, apartado 1, 4, 5 y 6, 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).

2 Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre ZR y PI y Banco Santander, S. A., en relación con la validez de la cláusula de revisión periódica del tipo de interés aplicable a un préstamo hipotecario concedido a ZR y a PI por el predecesor legal de Banco Santander.

## 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.»

*Directiva 2005/29*

6 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*

7 A tenor del artículo 1258 del Código Civil:

«Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.»

8 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).

9 El artículo 7 de esta Ley dispone:

«No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato.»

10 A tenor del artículo 8 de dicha Ley:

«1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor […]».

11 La Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (BOE n.º 10, de 11 de enero de 1991, p. 959), dispone lo siguiente en su artículo 4, apartado 1:

«Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida esta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

A los efectos de esta ley se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que este opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con:

a) La selección de una oferta u oferente.

b) La contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo.

c) El pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago.

[…]»

12 El artículo 7 de dicha Ley, bajo el epígrafe «Omisiones engañosas», establece:

«1. Se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible,

ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto.

2. Para la determinación del carácter engañoso de los actos a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al contexto fáctico en que se producen, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado. […]»

13 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). Esta Circular 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. 25106). Después de ser modificada por la Circular 5/1994, la Circular 8/1990 establecía determinados índices o tipos de referencia oficiales para los préstamos hipotecarios. Dentro de estos índices o tipos 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 de los préstamos concedidos por los bancos (en lo sucesivo, «IRPH de los bancos») y el de los préstamos concedidos por el conjunto de las entidades de crédito (en lo sucesivo, «IRPH de las entidades de crédito»).

14 El preámbulo de la Circular 5/1994, la circular modificativa mencionada en el apartado anterior, contenía el siguiente pasaje:

«Los tipos de referencia escogidos son, en último análisis, tasas anuales equivalentes [(TAE)]. Los tipos medios de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda libre de los bancos y del conjunto de entidades, lo son de forma rigurosa, pues incorporan además el efecto de las comisiones. Por tanto, su simple utilización directa como tipos contractuales implicaría situar la [TAE] de la operación hipotecaria por encima del tipo practicado por el mercado. Para igualar la TAE de esta última con la del mercado sería necesario aplicar un diferencial negativo, cuyo valor variaría según las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas.»

**Litigio principal y cuestiones prejudiciales**

15 El 12 de mayo de 2006, ZR y PI, por una parte, y el predecesor legal de Banco Santander, por otra, celebraron un contrato de préstamo hipotecario por la cantidad de 197 934,54 euros.

16 De conformidad con la cláusula 3 *bis* de dicho contrato (en lo sucesivo, «cláusula controvertida»), el tipo de interés es variable y, al término de cada período de doce meses, debe determinarse un nuevo tipo para los doce meses siguientes, lo que se verificará hasta que finalice el plazo del contrato. El nuevo tipo de interés se fija con relación a un «tipo de referencia» —el IRPH de las entidades de crédito, incrementado en 0,20 puntos porcentuales— o a un «tipo de referencia sustitutivo» —el IRPH de los bancos, incrementado en 0,50 puntos porcentuales—.

17 El apartado 3 de la cláusula controvertida define el tipo de referencia del siguiente modo:

«El tipo de referencia será el [IRPH de las entidades de crédito], definido como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre que hayan sido iniciadas o renovadas por los Bancos, las Cajas de Ahorros y las Sociedades de Crédito Hipotecario en el mes a que se refiere el índice, tomando a efectos de referencia el último de estos Tipos Medios publicado por el Banco de España en el [BOE] antes del inicio de cada nuevo período de interés y dentro de los tres meses naturales previos al mismo.»

18 Este apartado 3 define en términos análogos el tipo de referencia sustitutivo, que resulta de aplicación en caso de no publicarse el tipo de referencia.

19 En la cláusula controvertida también se indica que tanto el tipo de referencia como el tipo de referencia sustitutivo se encuentran descritos en el anexo VIII de la Circular 8/1990.

20 El 13 de febrero de 2020, ZR y PI presentaron ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca (Illes Balears), que es el órgano jurisdiccional remitente, una demanda en la que solicitaban que se declarara la nulidad de la cláusula controvertida por ser abusiva y que se condenara a Banco Santander a reparar el perjuicio que supuestamente habían sufrido como consecuencia de la aplicación de la referida cláusula.

21 ZR y PI alegan ante el citado órgano jurisdiccional que resulta engañoso que la cláusula controvertida remita, para revisar anualmente el tipo de interés de su préstamo, a los IRPH y que al mismo tiempo contemple un ligero incremento de estos, a saber, de 0,20 puntos porcentuales cuando se trata del IRPH de las entidades de crédito o de 0,50 puntos porcentuales si se trata del IRPH de los bancos. En tal sentido, consideran que presentarlo en tales términos, como un incremento relativamente limitado, incita a los potenciales prestatarios a suscribir un préstamo cuyo tipo será revisable por referencia al IRPH en lugar de por referencia al tipo de interés de oferta en el mercado interbancario del euro (en lo sucesivo, «euríbor»), a pesar de que una referenciación al euríbor, con un incremento mucho mayor, incluso del orden del 2 %, llevaría a aplicar un tipo de interés revisado menor. Esto deriva, según afirman, del hecho de que, a diferencia del euríbor, los IRPH se calculan sobre la base de tipos que tienen en cuenta las comisiones. Según los demandantes en el litigio principal, el perjuicio que sufrieron como consecuencia de la aplicación de la cláusula controvertida asciende a 39 799,25 euros.

22 La parte demandada en el litigio principal se opone a la referida demanda, en lo que se refiere tanto a la afirmación del carácter abusivo de la cláusula controvertida como a la evaluación del supuesto daño. Sostiene además que esta cláusula fue negociada individualmente y que es de fuente legal, puesto que, al constituir los IRPH índices oficiales y públicos y, por lo tanto, ser accesibles a los consumidores, estos podían conocer los datos relevantes en cuanto a su modo de cálculo y a su evolución histórica basándose en la información contenida en el contrato objeto del litigio principal.

23 En el procedimiento ante el órgano jurisdiccional remitente, los demandantes en el litigio principal alegaron asimismo que debía declararse la nulidad de la cláusula controvertida, puesto que, al designar un IRPH como tipo de referencia para las revisiones periódicas del tipo de interés del préstamo en cuestión, tendría que haberse previsto en ella la aplicación de un diferencial negativo, como exige la Circular 5/1994, y no de un diferencial positivo.

24 El órgano jurisdiccional remitente señala que el preámbulo de la Circular 5/1994, aunque carece de valor normativo, pone de manifiesto que la autoridad administrativa autora de dicha circular consideraba que la comercialización de productos referenciados a un IRPH debe ir acompañada de la aplicación de un diferencial negativo.

25 En cuanto a la presentación de la cláusula controvertida, el órgano jurisdiccional remitente destaca que el contrato objeto del litigio principal no hace mención de las indicaciones que figuran en el citado preámbulo sobre la aplicación de un diferencial negativo a los IRPH para ajustarlos al tipo del mercado.

26 Por lo que respecta a los efectos de la cláusula controvertida, el órgano jurisdiccional remitente subraya que la referencia a un IRPH es intrínsecamente desfavorable para los prestatarios, en la medida en que un índice de esa naturaleza está constituido por una media de los tipos de interés del total de las operaciones de préstamo en curso, tipos que comprenden, en parte, comisiones y aumentos.

27 En consecuencia, el órgano jurisdiccional remitente considera que no haber informado a los prestatarios sobre el contenido del preámbulo de la Circular 5/1994, y, por tanto, sobre las características de los IRPH, ni tampoco, de manera más general, sobre los tipos respectivos de los IRPH y del euríbor puede ser contrario a la buena fe y crear un desequilibrio en perjuicio de los consumidores, lo que justificaría que la cláusula controvertida se califique de abusiva.

28 Por otra parte, estima que la falta de información sobre el contenido del preámbulo de la Circular 5/1994, combinada con la aplicación de un diferencial positivo ligeramente inferior a los aplicados a los préstamos cuyos tipos se fijan por referencia al euríbor, podría constituir una estrategia comercial destinada a dar la impresión de que el coste de los intereses será ventajoso. Por contra, comunicar a los potenciales prestatarios la información que figura en el preámbulo de la Circular 5/1994 les permitiría tomar una decisión informada.

29 En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente contempla la posibilidad de que la inclusión de la cláusula controvertida en el contrato de préstamo objeto del litigio principal sea considerada una práctica comercial desleal en el sentido del artículo 5, apartado 1, letra b), de la Directiva 2005/29, ya que distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico del consumidor medio debido a la falta de información sobre la necesidad de aplicar un diferencial negativo en los casos en que el tipo de referencia sea un IRPH. A este respecto, señala que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la existencia de una práctica comercial desleal en el sentido de la Directiva 2005/29, en relación con una cláusula contractual, constituye un indicio a la hora de valorar el carácter abusivo de tal cláusula.

30 En tales circunstancias, el Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Palma de Mallorca decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las cuestiones prejudiciales siguientes:

«1) Como para la confección del [IRPH de las entidades de crédito] en el que se han incluido las comisiones y los diferenciales aplicados a estas que se incorporan al tipo de interés son más gravosos para el consumidor que el resto de TAE del mercado, diferenciales que, en base a la normativa de la Circular 5/1994 del Banco de España, criterio normativo del organismo regulador se establece la necesidad de que sean de negativos, lo que se ha omitido e incumplido por las entidades financieras de forma generalizada, ¿apartarse completamente del criterio normativo del órgano regulador se opone a los artículos 5 y 7 la Directiva [2005/29]?

2) Demostrado que apartarse del criterio normativo anterior se opone a los artículos 5 y 7 de la Directiva [2005/29], conforme a la jurisprudencia del TJUE en el asunto C-689/20 ¿esta práctica desleal constituye un indicio a la hora de valorar y apreciar el carácter abusivo de cláusula y se opone a los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13?

3) Si la Circular 5/1994 […], propia del sector financiero, pero ajena al conocimiento general de la población, no fue objeto de ningún tipo de consideración, y se declara que se opone al artículo 7 a la Directiva [2005/29], ¿constituye un indicio a la hora de valorar el carácter abusivo con arreglo al artículo 6.1 de la Directiva 93/13 que debe de aplicar un control de transparencia a dicho índice que se compone de "índice de referencia y diferencial"?

4) ¿Se opone a los artículos 3.1, 4 y 5 de la Directiva [93/13] una jurisprudencia nacional, a la vista de la regulación específica del IRPH es una práctica abusiva, no aplicar diferencial negativo a pesar de la necesidad impuesta en el preámbulo de la Circular [5/1994], ya que es menos ventajoso que todas las TAE existentes, y se ha comercializado el IRPH como si fuera un producto igual de ventajoso que el euríbor sin atender a la necesidad de adicionar un diferencial negativo y, por ende, se podría cesar en la contratación por considerarse nulas las clausulas en las que se prevé su aplicación y abstenerse las entidades bancarias, en el futuro, de su utilización, ya que comercializar este servicio con consumidores vulnerables puede afectar al comportamiento económico y declararse su no incorporación a los contratos comerciales desleales al haberse integrado en el precio del interés contrario a la Directiva [2005/29]?

5) ¿Se opone al artículo 6.1 de la Directiva [93/13] no hacer un control de incorporación y abusividad ante un diferencial impuesto de forma oculta cuando el diferencial debe ser negativo en la oferta realizada por una entidad bancaria y que el consumidor en el momento de la fase de información precontractual no llegue a conocer el comportamiento económico del interés aplicado de su préstamo, por oponerse así la Directiva [2005/29]?»

## Sobre las cuestiones prejudiciales

### *Admisibilidad de las cuestiones prejudiciales primera a tercera y quinta*

31 Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia, en esencia, sobre la compatibilidad con los artículos 5 y 7 de la Directiva 2005/29 de un contrato de préstamo a un tipo de interés variable celebrado entre un profesional y un consumidor, cuya cláusula relativa a los criterios de revisión periódica del tipo de interés toma como referencia un índice oficial al que se aplica un incremento, apartándose de esa forma de las indicaciones contenidas en el

acto mediante el cual la autoridad competente instauró el citado índice, en las que se precisaba, por el contrario, que, dado su modo de cálculo, sería necesario aplicar un diferencial negativo para igualar la TAE del préstamo con la del mercado.

32 Mediante sus cuestiones prejudiciales segunda y tercera, dicho órgano jurisdiccional solicita algunas precisiones en caso de respuesta negativa a la primera cuestión prejudicial.

33 Por último, mediante su quinta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pretende despejar sus dudas sobre la interpretación del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 en el contexto de la celebración de un contrato de préstamo cuyo tipo de interés se presenta de manera engañosa, incumpliendo las exigencias de la Directiva 2005/29.

34 Según reiterada jurisprudencia, las cuestiones relativas al Derecho de la Unión planteadas por el juez nacional gozan de una presunción de pertinencia. El Tribunal de Justicia solo puede abstenerse de pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulte evidente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no guarda relación alguna ni con la realidad ni con el objeto del litigio principal, cuando el problema sea de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para dar una respuesta útil a las cuestiones que se le hayan planteado [sentencia de 24 de noviembre de 2020, Openbaar Ministerie (Falsedad documental), C-510/19, EU:C:2020:953, apartado 26 y jurisprudencia citada].

35 A tal efecto, a fin de que el Tribunal de Justicia pueda proporcionar una interpretación del Derecho de la Unión que sea útil para el juez nacional, la petición de decisión prejudicial ha de indicar, de conformidad con el artículo 94, letra c), del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, las razones que han llevado al órgano jurisdiccional remitente a preguntarse sobre la interpretación o la validez de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión, así como la relación que, a su juicio, existe entre dichas disposiciones y la normativa nacional aplicable en el litigio principal [sentencia de 26 de enero de 2023, Ministerstvo na vatreshnite raboti (Registro de datos biométricos y genéticos por la Policía), C-205/21, EU:C:2023:49, apartado 55 y jurisprudencia citada].

36 Las cuestiones prejudiciales primera a tercera y quinta suponen que la Directiva 2005/29 sea aplicable al litigio principal.

37 A este respecto, es preciso recordar que una norma jurídica nueva se aplica a partir de la entrada en vigor del acto que la contiene y que, si bien esta norma no se aplica a las situaciones jurídicas nacidas y definitivamente consolidadas bajo el imperio de la antigua norma, sí se aplica a los efectos futuros de tales situaciones, así como a las situaciones jurídicas nuevas. Únicamente deja de ser así, sin perjuicio del principio de irretroactividad de los actos jurídicos, cuando la nueva norma va acompañada de disposiciones particulares que determinan específicamente su ámbito de aplicación temporal (sentencias de 16 de diciembre de 2010, Stichting Natuur en Milieu y otros, C-266/09, EU:C:2010:779, apartado 32, y de 26 de marzo de 2015, Comisión/Moravia Gas Storage, C-596/13 P, EU:C:2015:203, apartado 32).

38 De este modo, por lo que se refiere más particularmente a las directivas, en el ámbito de aplicación *ratione temporis* de una directiva solo pueden incluirse, por regla general, las situaciones jurídicas consolidadas con posterioridad a la expiración del plazo de transposición de esta (sentencia de 15 de enero de 2019, E. B., C-258/17, EU:C:2019:17, apartado 53 y jurisprudencia citada).

39 Pues bien, conforme al artículo 19 de la Directiva 2005/29, los Estados miembros tenían que haber adoptado y publicado las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en ella a más tardar el 12 de junio de 2007 y tales disposiciones debían aplicarse a más tardar el 12 de diciembre de ese mismo año.

40 En realidad, el Reino de España y la Comisión indicaron en la vista que la Directiva 2005/29 había sido finalmente 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).

41 De lo anterior resulta que la Directiva 2005/29 no era aplicable en la fecha de celebración del contrato objeto del litigio principal, a saber, el 12 de mayo de 2006.

42 En consecuencia, la interpretación de esta Directiva no guarda relación con la solución del litigio principal, de suerte que, dado que tienen directa o indirectamente por objeto dicha interpretación, las cuestiones prejudiciales primera a tercera y, en parte, la quinta cuestión prejudicial son inadmisibles.

43 Por lo que respecta a la quinta cuestión prejudicial, en la medida en que tiene por objeto la interpretación del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, la petición de decisión prejudicial no contiene las indicaciones exigidas por el artículo 94, letra c), del Reglamento de Procedimiento, destinadas a permitir que el Tribunal de Justicia proporcione una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente, por cuanto no expone las razones que llevaron a dicho órgano jurisdiccional a preguntarse sobre la interpretación de la mencionada disposición.

44 En consecuencia, la quinta cuestión prejudicial también es inadmisible en su totalidad.

***Cuarta cuestión prejudicial***

45 Mediante la cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si los artículos 3, apartado 1, 4 y 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una jurisprudencia nacional según la cual no es abusiva una cláusula de un contrato de préstamo a tipo variable que toma como índice de referencia un IRPH al que aplica un incremento, a pesar de las indicaciones que figuran en el preámbulo de la Circular 5/1994.

46 Con carácter preliminar, es preciso señalar que, en primer término, la resolución de remisión no contiene información sobre el contenido preciso de la jurisprudencia nacional a la que se refiere esa cuestión prejudicial, de modo que el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos necesarios para formular una respuesta en función de tal jurisprudencia.

47 En segundo término, de la exposición que figura en la resolución de remisión se infiere que dicha cuestión prejudicial no solo se refiere a que la cláusula controvertida no contemple la aplicación de un diferencial negativo al IRPH designado como índice de referencia para tener en cuenta los efectos del modo de cálculo de los IRPH, tal como se describen en el preámbulo de la Circular 5/1994, sino también a la falta de información dirigida a los prestatarios durante la fase precontractual en cuanto a la existencia y al contenido de las citadas indicaciones, lo que resulta corroborado en particular por la referencia al artículo 5 de la Directiva 93/13, relativo a la exigencia de transparencia.

48 Por último, en tercer término, también se deduce de esa exposición, por un lado, que la cláusula controvertida remite a la Circular 8/1990 en la medida en que esta describe los IRPH en su anexo VIII y, por otro lado, que el preámbulo que contiene las indicaciones relativas a los efectos del modo de cálculo del IRPH no figura en esta circular, sino en la Circular 5/1994, habiéndose publicado oficialmente ambas circulares.

49 Habida cuenta de lo anterior, procede considerar que, mediante su cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los artículos 3, apartado 1, 4 y 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, para apreciar la transparencia y el carácter eventualmente abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés variable que designa, como índice de referencia para la revisión periódica del tipo de interés aplicable a ese préstamo, un índice establecido por una circular que fue publicada oficialmente y al que se aplica un incremento, es pertinente el contenido de la información incluida en otra circular, de la que se desprende la necesidad de aplicar a ese índice, dado su modo de cálculo, un diferencial negativo a fin de igualar dicho tipo de interés con el tipo de interés del mercado.

50 Ha de precisarse que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la competencia de este en la materia comprende la interpretación de los conceptos de la Directiva 93/13 y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de la Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso. De ello se desprende que el Tribunal de Justicia ha de limitarse a dar al órgano

jurisdiccional remitente indicaciones que este habrá de tener en cuenta (véanse, en este sentido, las sentencias de 16 de enero de 2014, Constructora Principado, C-226/12, EU:C:2014:10, apartado 20 y jurisprudencia citada, y de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 52 y jurisprudencia citada).

51 Por lo que respecta, en primer lugar, a la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, como resulta de los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13, 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 20 de septiembre de 2017, Andriciuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 48 y jurisprudencia citada).

52 En consecuencia, y dado que el sistema de protección establecido por la referida Directiva 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, tal exigencia debe entenderse de manera extensiva (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriciuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 44 y jurisprudencia citada).

53 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 instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que estos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriciuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 51). 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriciuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 47 y jurisprudencia citada).

54 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriciuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 47 y jurisprudencia citada).

55 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 modo 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 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 51 y jurisprudencia citada).

56 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 (véase, en este sentido la sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartados 52, 53 y 56).

57 En el presente asunto, de la resolución de remisión se desprende, por un lado, que el índice de referencia objeto del litigio principal fue establecido por la Circular 8/1990, que fue publicada en el

*Boletín Oficial del Estado*. Por otro lado, en la cláusula controvertida se indica que este índice se describe en el anexo VIII de dicha circular y que esta emana del Banco de España.

58 Incumbe al órgano jurisdiccional remitente verificar que la información así proporcionada era suficiente para permitir que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, tuviera efectivamente conocimiento de los métodos de cálculo del índice de referencia a que se refiere la cláusula controvertida.

59 Por lo que respecta a la cuestión de si tener conocimiento efectivo de los métodos de cálculo del índice de referencia al que se refiere la cláusula controvertida —que figuran en el anexo VIII de la Circular 8/1990— era suficiente para permitir a un consumidor medio comprenderlos y tener conciencia de sus consecuencias económicas, no habiéndosele comunicado también la información que figura en el preámbulo de la Circular 5/1994, el órgano jurisdiccional remitente habrá de tener en cuenta la importancia que tenía esta información para que ese consumidor pudiera evaluar correctamente las consecuencias económicas de la celebración del contrato de préstamo hipotecario objeto del litigio principal. A este respecto, 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 tipo de los IRPH en relación con el tipo de interés del mercado y sobre la necesidad de aplicar un diferencial negativo para igualarlos con dicho tipo de interés constituye un indicio pertinente de la utilidad que la mencionada información tenía para el consumidor.

60 Para la apreciación del órgano jurisdiccional remitente también resulta pertinente la circunstancia de que esta información, pese a haber sido publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, figure en el preámbulo de la Circular 5/1994 y no en la circular por la que se establece el índice de referencia contractual, a la que se remitía la cláusula controvertida, a saber, la Circular 8/1990. Corresponde, en particular, al citado órgano jurisdiccional comprobar si la obtención de esa información suponía llevar a cabo una actividad que, por pertenecer ya al ámbito de la investigación jurídica, no podía exigírsele razonablemente a un consumidor medio.

61 En segundo lugar, por lo que respecta a la apreciación del carácter eventualmente abusivo de una cláusula como la que es objeto del litigio, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 dispone que 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.

62 A este respecto, procede señalar, con carácter preliminar, que de la resolución de remisión se desprende que la demandada en el litigio principal sostiene que la cláusula controvertida fue negociada individualmente. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente pronunciarse sobre este particular, atendiendo a las reglas de reparto de la carga de la prueba establecidas a este respecto en el artículo 3, apartado 2, párrafos primero y tercero, de la Directiva 93/13, que específicamente establecen que, si un profesional afirma que una cláusula tipo se ha negociado individualmente, asumirá plenamente la carga de la prueba.

63 En el marco de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual que no se haya negociado individualmente, 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 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 49 y jurisprudencia citada).

64 Con el fin de precisar estos conceptos, procede recordar, por un lado, en cuanto a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «contrariamente a las exigencias de la buena fe», que, 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 de resultas de una negociación individual (sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14, EU:C:2017:60, apartado 60 y jurisprudencia citada).

65 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, 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14, EU:C:2017:60, apartado 59). Por lo que respecta a una cláusula relativa al cálculo de los intereses de un contrato de préstamo, también es pertinente comparar el modo de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por la referida cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato objeto del litigio principal en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los del contrato de préstamo considerado (sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14, EU:C:2017:60, apartado 65).

66 Asimismo, procede recordar que 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 (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 49). En cambio, 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 le confiere, por sí sola, carácter abusivo (véase, en este sentido, el auto de 17 de noviembre de 2021, Gómez del Moral Guasch, C-655/20, EU:C:2021:943, apartado 37).

67 Por último, ha de tenerse en cuenta el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13, en la medida en que en él se indica que el carácter abusivo de una cláusula contractual se debe apreciar, entre otros elementos, con referencia a todas las demás cláusulas del contrato. A este respecto, dado que, a tenor del preámbulo de la Circular 5/1994, los IRPH incorporan el efecto de las comisiones, puede ser pertinente examinar la naturaleza de las comisiones eventualmente estipuladas en otras cláusulas del contrato objeto del litigio principal, con el fin de comprobar si existe un riesgo de doble retribución de determinadas prestaciones del prestamista.

68 Incumbe al órgano jurisdiccional remitente apreciar la situación que concurre en el litigio principal teniendo en cuenta las indicaciones mencionadas en los apartados 51 a 67 de la presente sentencia, una vez haya comprobado las circunstancias que conforman el contexto fáctico de este asunto, así como el marco jurídico nacional.

69 Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que los artículos 3, apartado 1, 4 y 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, para apreciar la transparencia y el carácter eventualmente abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés variable que designa, como índice de referencia para la revisión periódica del tipo de interés aplicable a ese préstamo, un índice establecido por una circular que fue publicada oficialmente y al que se aplica un incremento, es pertinente el contenido de la información incluida en otra circular, de la que se desprende la necesidad de aplicar a ese índice, dado su modo de cálculo, un diferencial negativo a fin de igualar dicho tipo de interés con el tipo de interés del mercado. También es pertinente determinar si esa información es suficientemente accesible para un consumidor medio.

## Costas

70 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, 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:

**Los artículos 3, apartado 1, 4 y 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores,**

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

**para apreciar la transparencia y el carácter eventualmente abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés variable que designa, como índice de referencia para la revisión periódica del tipo de interés aplicable a ese préstamo, un índice establecido por una circular que fue publicada oficialmente y al que se aplica un incremento, es pertinente el contenido de la información incluida en otra circular de la que se desprende la necesidad de aplicar a ese índice, dado su modo de cálculo, un diferencial negativo a fin de igualar dicho tipo de interés con el tipo de interés del mercado. También es pertinente determinar si esa información es suficientemente accesible para un consumidor medio.**

Firmas

---

* Lengua de procedimiento: español.