

Sentencia Tribunal Supremo 08/03/2022

Tribunal Supremo , 8-03-2022 , nº 199/2022, rec.3733/2017,

Pte: Vela Torres, Pedro José

ECLI: ES:TS:2022:943

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

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

"1.- Declare la nulidad de puntos 1 de la cláusula Tercera Bis del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 13.03.2006 que referencia el préstamo al IRPH Entidades para toda la vida de préstamo una vez superado el primer periodo de seis meses de vigencia del préstamo.

"2.- Condene a la entidad a la devolución de las cantidades cobradas de más en concepto de interés remuneratorio calculado sobre la base del índice de referencia IRPH Entidades en lugar del índice sustitutivo del Euribor más el 1%, durante el segundo periodo previsto en el contrato, es decir a partir de los seis primeros meses de vigencia.

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

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

2.- La demanda fue presentada el 27 de julio de 2016 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Vitoria-Gasteiz, se registró con el núm. 695/2016. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- El procurador D. Jesús María de las Heras Miguel, en representación de Kutxabank S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda y la condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Vitoria-Gasteiz dictó sentencia n.º 33/2017, con la siguiente parte dispositiva:

"ESTIMO la demanda de juicio ordinario, interpuesta para declaración de nulidad de condiciones generales de la contratación con acción acumulada de reclamación de cantidad, seguidos ante este Juzgado, al que por turno de reparto corresponden, a instancia de la Procuradora Sra. Gómez, en representación de D. Gumersindo, y D.^a Nicolasa, asistidos por la Letrado Sra. Herrera, contra "kutxabank, S.A.", representada por el Procurador Sr. De las Heras y asistida por la Letrado Sra. Santamaría, y en consecuencia, de conformidad con los anteriores fundamentos

"1.- DECLARO la NULIDAD por falta de transparencia, del punto 1 de la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario objeto de este procedimiento, suscrito entre las partes el 13 de marzo de 2006, ante el

notario D. Félix Ignacio Torres Cía, número de protocolo 797, con el contenido señalado en el fundamento de derecho segundo de la presente resolución, manteniendo la vigencia del resto del contrato, y además,

"2.- CONDENO a la demandada, la devolución de las cantidades cobradas de más en concepto de interés remuneratorio calculado sobre la base del índice de referencia IRPH entidades en lugar del índice sustitutivo del Euribor más el 1% durante el segundo periodo previsto en el contrato, es decir, a partir de los seis primeros meses desde la vigencia, y todo ello, con el correspondiente interés legal del dinero desde las respectivas fechas de cobro hasta el pago, y sin perjuicio de la aplicación del art, 576 LEC.

Condeno expresamente a la demandada en las costas de este procedimiento".

Tramitación en segunda instancia

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

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección Primera de la Audiencia Provincial de Álava, que lo tramitó con el número de rollo 233/2017 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 23 de junio de 2017, cuya parte dispositiva establece:

"Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Kutxabank S.A., contra la sentencia nº 33/17, dictada en el procedimiento ordinario seguido bajo el nº 695/16 ante el Juzgado de Primera Instancia Núm. Dos de Vitoria-Gasteiz, y en consecuencia confirmamos dicha sentencia e imponemos a la recurrente las costas de la apelación.

Dese el destino legal al depósito constituido para recurrir".

Interposición y tramitación del recurso de casación

1.- El procurador D. Jesús M^a De las Heras Miguel, en representación de Kutxabank S.A., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

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

"Segundo.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, por infracción de los artículos 80.1 y 82 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores , y la Jurisprudencia desarrollada en interpretación de los mismos sobre el contenido y el alcance del control de transparencia aplicable a las condiciones generales que definen el objeto principal del contrato, en el sentido de que la sentencia recurrida declara que la cláusula en la que se pactó que el tipo de interés remuneratorio del préstamo sería el resultante de añadir un margen del 0,10% al índice oficial IRPH Entidades, no supera las exigencias que dicho control impone para su validez [...].

"Tercero.- Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC, por infracción de los artículos 80.1 y 82 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores , en cuanto al modo en que la sentencia recurrida realiza el control de transparencia, y el juicio de abusividad, sobre la cláusula del contrato en la que se pactó como tipo de interés de la operación el resultante de añadir un margen del 0,10% al

índice oficial IRPH Entidades concluyendo dicha sentencia que la cláusula no es transparente y debe ser declarada nula por no haberse explicado al actor la fórmula de cálculo del índice ni el comportamiento de éste en los últimos años en comparación con el de otros índices oficiales y por no haberse ofrecido al cliente otros índices como el Euribor que, a juicio del juzgador, serían más favorables, cuestión sobre la que existen posturas contrapuestas en la llamada "jurisprudencia menor" de las Audiencias Provinciales que justifica el interés casacional del presente recurso".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 2 de diciembre de 2020, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Kutxabank S.A. contra la sentencia dictada el 23 de junio de 2017, por la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.^a), en el rollo de apelación n.º 233/2017, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 695/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Vitoria-Gasteiz".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Al no solicitarse por las partes la celebración de vista pública se señaló para votación y fallo el 3 de marzo de 2022, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de antecedentes

1.- El 13 de marzo de 2006, D. Gumersindo y Dña. Nicolasa suscribieron con Caja Vital (actualmente, Kutxabank S.A.) un préstamo hipotecario con un tipo de interés variable referenciado al índice IRPH Entidades.

2.- Los Sres. Nicolasa Gumersindo interpusieron una demanda contra Kutxabank, en la que solicitaron que se declarase la nulidad de la referida cláusula del contrato relativa al índice IRPH.

3.- La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró la nulidad de la cláusula litigiosa. En lo que ahora importa, consideró que la cláusula que referenciaba el interés variable del préstamo al índice IRPH no superaba el control de transparencia y ello acarreaba, por sí mismo, su nulidad. Por lo que ordenó la subsistencia del contrato con un interés remuneratorio de Euribor más 1%.

4.- Recurrida dicha sentencia en apelación por la entidad prestamista, la Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. Consideró, resumidamente, que la cláusula referida al interés remuneratorio no superaba el control de transparencia, por no haberse facilitado a los prestatarios información sobre el funcionamiento del índice de referencia, ni haberseles explicado las consecuencias de la elección de ese índice en lugar de otros que hubieran resultado más favorables para ellos, ni su evolución en los últimos años.

5.- La entidad prestamista ha interpuesto un recurso de casación.

Primer motivo de casación. Negociación de la cláusula de interés remuneratorio

Planteamiento :

1.- El primer motivo de casación denuncia la infracción del art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC) y la jurisprudencia que lo interpreta, plasmada en las sentencias 406/2012, de 18 de junio, 241/2013, de 9 de mayo, y 222/2015, de 29 de abril.

2.- En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que el interés remuneratorio es el precio del contrato, por lo que, junto con el importe del capital prestado, es objeto de negociación entre las partes y no es una condición general de la contratación, puesto que no se trata de una cláusula prerredactada ni se aplica con generalidad a una pluralidad de contratos.

Decisión de la Sala :

1.- En las sentencias 42/2021, 43/2021 y 44/2021, todas de 27 de enero, hemos resuelto un motivo de casación idéntico a este y nos remitimos a los argumentos allí expuestos, para evitar inútiles reiteraciones.

2.- Baste con repetir que la entidad prestamista no ha probado la negociación individual de la cláusula contractual controvertida y que no puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de la contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. Ni que tampoco equivale a negociación individual la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios. Por lo que no hay razón alguna para considerar que la cláusula litigiosa no fuera una condición general de la contratación.

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

Segundo y tercer motivos de casación. Controles de transparencia y abusividad. Planteamiento y resolución conjunta

1.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 80.1 y 82 TRLCU y 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores.

En el desarrollo del motivo, la parte recurrente alega, resumidamente, que el ofrecimiento de alternativas más favorables no es un requisito para la transparencia de una cláusula contractual; el índice de referencia es un índice oficial y las dudas sobre su comprensibilidad son extensibles a otros posibles índices oficiales, como el Euribor; y la evolución futura de los índices es imprevisible, por lo que, a priori, no cabe hablar de índices más o menos favorables para el consumidor.

2.- El tercer motivo de casación denuncia la infracción de los arts. 80.1 y 82 TRLCU y 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores.

En el desarrollo del motivo, la parte recurrente argumenta, sintéticamente, que la cláusula de interés variable no es contraria a la buena fe, ni causa en perjuicio de la prestataria un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes.

3.- Dada la conexidad argumental entre ambos motivos, deben resolverse conjuntamente.

Control de transparencia y control de contenido o abusividad: que la cláusula, eventualmente, no sea transparente, no quiere decir que siempre y automáticamente sea abusiva. Estimación del recurso de casación

1.- Las cuestiones suscitadas en este recurso han sido resueltas en las sentencias del Pleno de esta sala 595/2020, 596/2020, 597/2020 y 598/2020, todas ellas de 12 de noviembre, que aplicaron la doctrina contenida en la STJUE de 3 de marzo de 2020 (asunto C-125/18) y en otras sentencias de este tribunal que han interpretado

diversos preceptos de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. A cuyo contenido más extenso nos remitimos.

Las consideraciones contenidas en estas resoluciones han sido ratificadas por los dos Autos del TJUE de 17 de noviembre de 2021 recaídos en los asuntos C-655/2020 y C-79/21. Como veremos a continuación, tales autos del TJUE confirman que la jurisprudencia de esta sala sobre el control de abusividad de esta cláusula ha interpretado correctamente la Directiva 93/13/CEE.

2.- Conforme a tales resoluciones, un primer parámetro de transparencia vendría constituido por la publicación del IRPH en el BOE, que permite al consumidor medio comprender que el referido índice se calcula según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades. De modo que esa publicación salva, para todos los casos, las exigencias de transparencia en cuanto a la composición y cálculo del IRPH.

El segundo parámetro de transparencia establecido por el TJUE en la sentencia de 3 de marzo de 2020 era la información que la entidad prestamista facilitó al consumidor sobre la evolución pasada del índice. En concreto, debía comprobarse el cumplimiento por la entidad de crédito de la obligación de informar a los consumidores, conforme a la normativa nacional, de "cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible". Sin embargo, esta obligación ha sido matizada de forma significativa por los AATJUE de 17 de noviembre de 2021, al declarar:

"el artículo 5 de la Directiva 93/13 y la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, deben interpretarse en el sentido de que permiten al profesional no incluir en tal contrato la definición completa del índice de referencia que sirve para calcular un tipo de interés variable o no entregar al consumidor, antes de la celebración de ese contrato, un folleto informativo que recoja la evolución anterior de ese índice, por la razón de que la información relativa al mencionado índice es objeto de publicación oficial, siempre que, habida cuenta de los datos públicamente disponibles y accesibles y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estuviera en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras".

3.- En todo caso, aun en el supuesto de que la ausencia de información directa sobre la evolución del IRPH en los dos años anteriores determinara la falta de transparencia de la cláusula cuestionada, ello no implica necesariamente su nulidad. Según reiterada jurisprudencia del TJUE, cuando se trata de elementos esenciales del contrato (precio y prestación), el efecto de la falta de transparencia de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato no es su nulidad, sino la posibilidad de realizar el juicio de abusividad, esto es, permite valorar 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 (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).

Es decir, en tales casos, 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).

Los AATJUE de 17 de noviembre de 2021 antes citados, al responder las cuestiones específicamente planteadas sobre este tema, respecto de préstamos con interés variable referenciados al índice IRPH, confirman la

corrección de esta jurisprudencia. El TJUE declara al efecto:

"La respuesta a esta cuestión puede deducirse de la sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60). Así, del punto 3, segundo guion, del fallo de esa sentencia se desprende que los artículos 3, apartado 1, y 4 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, en caso de que un órgano jurisdiccional nacional considere que una cláusula contractual relativa al modo de cálculo de los intereses aplicables a un contrato de préstamo hipotecario no está redactada de manera clara y comprensible, a efectos del artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva, disposición con la que fundamentalmente se corresponde el requisito de transparencia contemplado en su artículo 5, le incumbe examinar si tal cláusula es "abusiva" en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa misma Directiva.

"De ello 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, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13".

Por tanto, conforme a los tan citados AATJUE de 17 de noviembre de 2021, respecto de la cláusula que referencia el interés variable al índice IRPH, una hipotética falta de transparencia no conlleva por sí misma su nulidad, sino que únicamente permite realizar el control de abusividad.

4.- Como advirtieron las SSTJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus , y de 3 de octubre de 2019, C-621/17, Gyula Kiss , a efectos del juicio de abusividad, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un "desequilibrio importante" entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido, para analizar si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Y respecto a en qué circunstancias se causa ese desequilibrio "contrariamente a las exigencias de la buena fe", habrá que comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.

5.- Las sentencias de esta sala antes indicadas, al realizar ese juicio de abusividad de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, consideraron que el ofrecimiento por la entidad prestamista de un índice oficial, aprobado por la autoridad bancaria, no puede vulnerar por sí mismo la buena fe. Además, el Gobierno central y varios Gobiernos autonómicos han venido considerando, a través de normas reglamentarias, que el índice IRPH era el más adecuado para utilizarlo como índice de referencia en el ámbito de la financiación de viviendas de protección oficial, por lo que resulta ilógico considerar como actuación contraria a la buena fe la incorporación de ese mismo índice a préstamos concertados fuera de ese ámbito de financiación oficial.

6.- Para apreciar que hay desequilibrio no basta con comparar el IRPH con otro índice de referencia (básicamente, el Euribor), porque para el cálculo del IRPH se toman en consideración no solo los préstamos con Euribor, sino también los préstamos referenciados a otros tipos variables y los préstamos a interés fijo, así como los diferenciales. De forma que el tipo nominal resultante de la aplicación del índice más el margen o diferencial puede ser superior, inferior o igual, en el momento de la contratación, utilizando el IRPH con un diferencial menor que utilizando el Euribor con un diferencial mayor. El diferencial aplicado en uno u otro caso junto con el índice, a cada operación concreta, vendrá determinado por la valoración del riesgo y demás características de la operación (solventía del deudor, calidad de las garantías concurrentes - fiadores -, plazo y cuantía del préstamo, contratación de otros productos o servicios, etc).

7.- Desde el punto de vista del desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, que debe ser valorado en el momento de suscripción del contrato (art. 4.1 de la Directiva 93/13 y STJUE de 9 de julio de 2020, Ibercaja Banco, C-452/18 , apartado 48, a la que se remiten los AATJUE de 17 de noviembre de 2021), la

evolución más o menos favorable del índice durante la vida del préstamo no puede ser determinante. Que en su desenvolvimiento posterior el préstamo resulte más caro que otros, no supone desequilibrio causante de abusividad, puesto que el control de contenido no puede derivar en un control de precios y el TJUE ha descartado que las entidades bancarias tuvieran obligación de facilitar información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura o de asesorar a sus clientes sobre el mejor préstamo posible.

8.- Por último, las indicadas sentencias de pleno, en sintonía con la sentencia 585/2020, de 6 de noviembre, consideraron que no se ha justificado que el índice IRPH, que está fiscalizado, en todo caso, por la administración pública, sea más fácilmente manipulable que el resto de los índices oficiales.

9.- En este caso no consta que se informara a la prestataria sobre cuál había sido la evolución del índice elegido en los dos años anteriores a la suscripción del contrato. Pero ello no puede determinar por sí mismo la nulidad de la condición general litigiosa porque, conforme a la jurisprudencia del TJUE sobre el IRPH, la falta de transparencia no determina per se la nulidad de la cláusula, sino que únicamente permite realizar un control de contenido sobre dicha cláusula.

10.- Lo que puede determinar la abusividad de la cláusula es la concurrencia de los dos parámetros a los que se refieren la Directiva y la legislación de consumidores, a los que antes hemos hecho mención: el desequilibrio importante y la mala fe. Ninguno de ellos concurre en el presente caso, por las razones que hemos expuesto.

11.- Como consecuencia de ello, los motivos segundo y tercero del recurso de casación deben ser estimados. Lo que, por los mismos fundamentos, también conlleva la estimación del recurso de apelación y la desestimación de la demanda.

Costas y depósitos

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

2.- Igualmente, la estimación del recurso de apelación conlleva que tampoco se haga expresa imposición de las costas de la segunda instancia (art. 398.2 LEC).

3.- La desestimación de la demanda implica que deban imponerse a los demandantes las costas de la primera instancia, según ordena el art. 394.1 LEC.

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

FALLO

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

1.º- Estimar el recurso de casación formulado por Kutxabank S.A. contra la sentencia núm. 317/2017, de 23 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Álava (sección 1ª), en el Recurso de Apelación núm. 233/2017, que casamos y anulamos.

2.º- Estimar el recurso de apelación interpuesto por Kutxabank S.A. contra la sentencia núm. 33/2017, de 31 de enero, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Vitoria, que revocamos y dejamos sin efecto.

3.º- Desestimar la demanda formulada por D. Gumersindo y Dña. Nicolasa contra Kutxabank S.A.

4.º- Imponer a D. Gumersindo y Dña. Nicolasa las costas de la primera instancia.

5.º- No hacer expresa imposición de las costas causadas por los recursos de apelación y de casación y ordenar la devolución de los depósitos constituidos para su formulación.

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

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

Así se acuerda y firma.