

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065905

TRIBUNAL SUPREMO*Sentencia 42/2022, de 27 de enero de 2022**Sala de lo Civil**Rec. n.º 2528/2016***SUMARIO:**

Préstamo hipotecario. Control de transparencia y abusividad. IRPH como índice de referencia del tipo de interés. Las cuestiones que se plantean en el presente recurso por la entidad bancaria recurrente, han sido resueltas en diversas sentencias del Pleno de la sala, como la 595/2020 de 12 de noviembre, que aplicaron la doctrina contenida en la STJUE de 3 de marzo de 2020. 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-655/20 y C-79/21, que confirman que la jurisprudencia de la sala sobre el control de abusividad de esta cláusula, ha interpretado correctamente la Directiva 93/13/CEE. 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 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, 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. Esta obligación ha sido matizada por los autos del TJUE referidos. 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. Cuando se trata de elementos esenciales del contrato, 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. Es decir, en tales casos, la declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad. La mera circunstancia de que una cláusula no esté redactada de manera clara y comprensible no le confiere, por sí sola, carácter abusivo. Por tanto, 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. Las sentencias de la 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. Para apreciar si hay desequilibrio no basta con comparar el IRPH con otro índice de referencia, 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. 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. Lo que puede determinar la abusividad de la cláusula es la concurrencia de desequilibrio importante y la mala fe. Ninguno de ellos concurre en presente caso, por lo que se estima el recurso de casación de la entidad bancaria.

PRECEPTOS:

Ley 7/1998 (Condiciones generales de contratación), art. 1.
Directiva 93/13/CEE (Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores), arts. 3.2 y 4.1 y 2.
RDLeg. 1/2007 (TRLGDCU), arts. 80.1 y 82.

PONENTE:

Don Ignacio Sancho Gargallo.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 42/2022

Fecha de sentencia: 27/01/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2528/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 19/01/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª)

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 2528/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

SENTENCIA

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Rafael Sarazá Jimena
D. Pedro José Vela Torres
D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 27 de enero de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Álava como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Vitoria. Es parte recurrente la entidad Kutxabank S.A., representada por la procuradora Ana Prieto Lara-Barahona y bajo la dirección letrada de Igor Ortega Ochoa. Es parte recurrida Victorino, representado por la procuradora Mercedes Caro Bonilla y bajo la dirección letrada de Ángela Domínguez Benítez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. *Tramitación en primera instancia.*

1. El procurador Javier Area Anitua, en nombre y representación de Victorino, interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Vitoria, contra la entidad Kutxabank S.A., para que se dictase sentencia por la que:

"1º.- Declarar la nulidad de pleno derecho de la siguiente cláusula inserta en la operación de préstamo hipotecario reseñada, por infracción de normas imperativas, falta de transparencia y tener carácter abusivo:

""Segundo. A). [...] en el resto del plazo de préstamo tal interés será variable con periodicidad semestral, quedando determinado por el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de las Entidades de Crédito definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22-07-1994 que se publica en el B.O.E. más un margen de 0,50 puntos".

"2º.- Condenar a la entidad demandada a eliminarla del contrato.

"3º.- Condenar a la entidad demandada a volver a calcular las cuotas del préstamo hipotecario como si la mencionada cláusula nunca se hubiera aplicado.

"4º.- Condenar a la demandada a devolver a la demandante las cantidades resultantes del cobro de intereses, bien mediante el ingreso en cuenta de dichas cantidades, bien subsidiariamente mediante la compensación e imputación de los intereses pagados al principal pendiente de amortizar, realizando un nuevo cálculo de las costas hipotecarias reduciendo el número de ellas a elección de la demandante y,

"5º.- Condenar a la demandada al pago de las costas causadas.

"Con carácter subsidiario:

"1º.- Declarar la nulidad de pleno derecho de la siguiente cláusula inserta en la operación de préstamo hipotecario reseñada, por infracción de normas imperativas, falta de transparencia y tener carácter abusivo:

""Segundo. A). [...] en el resto del plazo de préstamo tal interés será variable con periodicidad semestral, quedando determinado por el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de las Entidades de Crédito definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22-07-1994 que se publica en el B.O.E. más un margen de 0,50 puntos".

"2º.- Condenar a la entidad demandada a eliminarla del contrato.

"3º.- Condenar a la entidad demandada a volver a calcular las cuotas del préstamo hipotecario aplicando como índice de referencia el Euribor sin diferencial desde el inicio previsto en el contrato para la aplicación del interés variable, o alternativamente a calcular las cuotas del préstamo hipotecario aplicando como índice de referencia el Euribor más el diferencial medio del mes de la fecha del contrato (0,75%) desde el inicio previsto en el contrato para la aplicación del interés variable.

"4º.- Condenar a la demandada a devolver la cantidad resultante del exceso de intereses cobrado a mis mandantes en virtud de la cláusula nula, bien mediante el ingreso en cuenta de dichas cantidades, bien subsidiariamente mediante la compensación e imputación de los intereses pagados de más en virtud de dicha cláusula al principal pendiente de amortizar, realizando un nuevo cálculo de las cuotas hipotecarias o reduciendo el número de ellas a elección de la demandante y,

"5º.- Condenar a la demandada al pago de las costas causadas".

2. La procuradora Iratxe Pérez Sarachaga, en representación de la entidad Kutxabank S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"en la que se desestimen íntegramente las pretensiones de la parte actora, condenándole al pago de las costas causadas".

3. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Vitoria dictó sentencia con fecha 29 de octubre de 2015, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Estimando íntegramente la demanda por Victorino representado por el Procurador Javier Area Anitua, frente a Kutxabank S.A. representada por la procuradora Concepción Mendoza Abajo,

"Declaro:

"1. La nulidad de la cláusula que establece el tipo de referencia a aplicar en el préstamo hipotecario existente entre las partes y referido en la escritura pública de 18.09.2006 autorizada por el Notario Enrique Arana Cañedo-Argüelles, y concretamente en la cláusula segunda a) de la referida escritura (nº de protocolo 2555) y que establece:

"a) (...) en el resto del plazo de préstamo tal interés será variable con periodicidad semestral, quedando determinado por el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de las Entidades de Crédito definido por la Circular 5/94 del Banco de España de 22-07-1994 que se publica en el B.O.E. más un margen de 0,50 puntos".

"Se mantiene la vigencia del contrato con el resto de sus cláusulas.

"Y condeno a la demandada:

"-A estar y pasar por las declaraciones anteriores, absteniéndose de aplicar en el futuro la indicada cláusula, manteniendo el contrato su vigencia con las restantes.

"-A devolver al demandante las cantidades cobradas en concepto de interés remuneratorio calculado sobre la base del índice de referencia IRPH Entidades, durante el segundo periodo previsto en el contrato, es decir, a partir del año de vigencia. La devolución podrá hacerse bien abonando directamente al demandado dicha cantidad, bien mediante compensación e imputación de los intereses a devolver al principal pendiente de amortizar en el préstamo.

"-A abonar los intereses legales de las cantidades anteriores desde la fecha de su respectivo cobro, sin perjuicio de la aplicación del art. 576 LEC hasta su pago.

"Se condena en costas a la demandada".

Segundo. Tramitación en segunda instancia

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

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Álava mediante sentencia de 31 de mayo de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Kutxabank S.A. contra la sentencia nº 239/15 dictada en el procedimiento ordinario seguido bajo nº 467/14 ante el Juzgado de lo Mercantil núm. Uno de Vitoria-Gasteiz, y en consecuencia confirmamos íntegramente dicha sentencia, e imponemos a la recurrente las costas de apelación".

Tercero. Interposición y tramitación del recurso de casación

1. La procuradora Concepción Mendoza Abajo, en representación de la entidad Kutxabank S.A., interpuso recurso de casación ante la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Álava.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) 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.

"2º) 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.

"3º) 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".

2. Por diligencia de ordenación de 12 de julio de 2016, la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª) tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Kutxabank S.A., representada por la procuradora Ana Prieto Lara-Barahona; y como parte recurrida Victorino, representado por la procuradora Mercedes Caro Bonilla.

4. Esta sala 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 día 31 de mayo de 2016 por la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 225/2016, dimanante del juicio ordinario n.º 467/2014, del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Vitoria".

5. Dado traslado, la representación procesal de Victorino presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 19 de enero de 2022, en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Resumen de antecedentes

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia

El 18 de septiembre de 2012, Victorino, para financiar la adquisición de una vivienda, se subrogó en un préstamo hipotecario con Kutxabank S.A., con alguna modificación de sus condiciones. El tipo de interés era variable y estaba referenciado al índice IRPH Entidades. Asimismo, se pactó que, en caso de desaparecer el índice IRPH Entidades, sería sustituido por el índice IRPH Cajas.

2. Victorino interpuso una demanda contra Kutxabank, en la que solicitaba que fuera declarada la nulidad por abusivas de las cláusulas del contrato relativas al índice IRPH. También pedía la condena de la demandada a eliminar esas cláusulas del contrato y a recalcular las cuotas del préstamo aplicando como índice de referencia el Euribor sin diferencial desde el inicio previsto en el contrato para la aplicación del interés variable, y a devolver las cantidades que por intereses hubiera cobrado en exceso en virtud de la cláusula nula.

3. La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró la nulidad de las cláusulas litigiosas. 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 que ello acarrearía, por sí mismo, su nulidad. Ordenó la subsistencia del contrato sin interés remuneratorio y condenó a la demandada a devolver las cantidades que hubiera cobrado en aplicación de la cláusula nula.

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 la prestataria información sobre los términos de la oferta vinculante, ni habersele explicado las consecuencias de la elección de ese índice en lugar de otros que hubieran resultado más favorables para ella.

5. Frente a la sentencia de apelación, la entidad prestamista demandada ha formulado recurso de casación, articulado en tres motivos.

Segundo. Motivo primero de casación

1. Formulación del motivo. El motivo 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.

En el desarrollo del motivo, se 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.

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación del motivo. La jurisprudencia de esta sala sobre el carácter de condición general de la contratación de una cláusula que define el interés remuneratorio en un contrato de préstamo ha sido resumida y sistematizada por la sentencia de Pleno 596/2020, de 12 de noviembre (también referida a un préstamo con interés referenciado al índice IRPH). Conforme a esta jurisprudencia, es posible que una cláusula que afecta al objeto principal del contrato se haya incluido en el clausulado general y se configure como una condición general de la contratación. También es posible que una cláusula que recae sobre el objeto principal del contrato no haya sido objeto de negociación individual.

Para que se dé el requisito de la generalidad de las condiciones generales de la contratación, las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o ir destinadas a tal fin, ya que se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse. Y la carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.

3. En este caso, en que la prestataria es consumidora, por lo que resulta de aplicación el concepto de negociación individual (en el sentido de influencia por parte del consumidor en el contenido de la cláusula) a que se refiere el art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la entidad prestamista no ha probado esa negociación individual. Además, la escritura pública se redactó conforme a la minuta previamente presentada por la entidad prestamista, sin que constara negociación alguna.

Como también hemos afirmado en otras ocasiones (sentencias 649/2017, de 29 de noviembre; 489/2018, de 13 de septiembre; o 422/2019, de 16 de julio), no puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. Tampoco equivale a negociación individual la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.

Por lo que no hay razón alguna para considerar que la cláusula litigiosa no fuera una condición general de la contratación. Máxime cuando no consta una prueba suficiente de los hitos en que el proceso de negociación se plasmó (sentencia 24/2018, de 17 de enero).

En la medida en que la sentencia recurrida se acomoda en este extremo a esta jurisprudencia y a la del TJUE dictada en asuntos relacionados con intereses remuneratorios de préstamos a consumidores (STJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/1; y STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16), procede desestimar este primer motivo de casación.

Tercero. Motivos segundo y tercero de casación

1 . Formulación de los motivos. El motivo segundo denuncia la infracción de los arts. 80.1 y 82 TRLCU y el art. 4.2 de la Directiva. En el desarrollo del motivo, se 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.

El motivo tercero denuncia la infracción de los arts. 80.1 y 82 TRLCU y 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores. En el desarrollo del motivo, se 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.

Procede analizar conjuntamente ambos motivos y estimarlos, por las razones que exponemos a continuación.

2. Estimación de los motivos segundo y tercero. Las cuestiones suscitadas en estos dos motivos 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.

3. 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". Esta obligación ha sido matizada 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".

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, Andriciuc; 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). La corrección de esta jurisprudencia ha sido ratificada por los AATJUE de 17 de noviembre de 2021 antes citados, al responder las cuestiones específicamente dirigidas al efecto respecto de préstamos con interés variable referenciados al índice IRPH:

"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 guión, 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, 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.

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.

5. Para apreciar si 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).

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.

6. 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.

7. 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 presente caso, por las razones que hemos expuesto.

Como consecuencia de ello, los motivos segundo y tercero del recurso de casación deben ser estimados. Y la estimación del recurso de casación conlleva también, por sus mismos argumentos, la estimación del recurso de apelación y la desestimación de la demanda.

Cuarto. Costas.

1. La estimación del recurso de casación conlleva que no hagamos expresa imposición de las costas causadas por el mismo, conforme al art. 398.2 LEC.

2. Del mismo modo, 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. Y la desestimación de la demanda implica que deban imponerse a la demandante las costas de la primera instancia, según ordena el art. 394.1 LEC.

4. Asimismo, procede 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 de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª) de 31 de mayo de 2016 (rollo 225/2016), que casamos y anulamos.

2.º Estimar el recurso de apelación interpuesto por Kutxabank S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Vitoria de 29 de octubre de 2015 (juicio ordinario 467/2014), que revocamos y dejamos sin efecto.

3.º Desestimar la demanda formulada por Victorino contra Kutxabank S.A., con expresa condena en costas al demandante.

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

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

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.