

Órgano jurisdiccional remitente Asunto principal 325/17 3ªB P.S. 12/18

Juzgado de 1ª Instancia nº 38 de Barcelona

Gran Via de les Corts Catalanes 111, Edifici C Planta 9

Fax: 935549438 Teléfono: 935549438

Correo electrónico: instancia38.barcelona@xij.gencat.cat

Demandante.- D.

Procurador.- D. Fernando Bertrán Santamaría

nandobertran@barcelona.cgpe.net Fax 934147485

Abogado.- D. Alejandro Benavente Antolín

Dª. Susana Moreno de Lamo

Demandado.- BANKIA, S.A.

Procurador.- Dª. María Luisa López Calza

llopez@barcelona.cgpe.net Fax 936731272

Abogado.- D. Luis Briones Bori

AUTO

PLANTEANDO CUESTIONES PREJUDICIALES AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA
UNIÓN EUROPEA CON SOLICITUD DE TRAMITACIÓN POR EL
PROCEDIMIENTO ACELERADO.- ART. 105 RPTJUE¹

En Barcelona a 16 de febrero de 2018.

Vistos por Francisco González de Audicana Zorraquino, magistrado titular del Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona, los autos de procedimiento ordinario nº 325/2017, 3ªB, y en consideración a los siguientes;

ANTECEDENTES DE HECHO

1. En este juzgado se interpuso demanda de procedimiento ordinario solicitando, entre otras, la nulidad de la cláusula referente al interés variable y remuneratorio, en concreto la cláusula tercera bis que referencia el préstamo con garantía hipotecaria al **IRPH CAJAS más un diferencial de 0,25**.
2. En la audiencia previa, se expuso por la parte actora la posibilidad de plantear cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante

¹ Versión consolidada del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de 25 de septiembre de 2012

https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/rp_es.pdf

TJUE), y referente a la extensión del control de transparencia aplicable a tal índice, el IRPH Cajas.

3. Con carácter previo a plantear las cuestiones prejudiciales se dio audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal.
4. La demandada, la entidad BANKIA S.A., formuló alegaciones en fecha 13 de febrero de 2018 solicitando que no se plantee cuestión prejudicial ante el TJUE. En síntesis alega que deberían plantearse en todo caso las cuestiones una vez practicada la prueba, que la cláusula IRPH-Cajas sólo está sujeta al llamado control de incorporación, por lo que la explicación de la configuración de este tipo o la posibilidad de elegir entre los diversos tipos existentes en el mercado, no es legalmente exigible a la entidad financiera al ser un índice regulado por disposiciones legales y reglamentarias, y en cuanto a las consecuencias, la eventual anulación de la cláusula determinaría una modificación esencial del contrato, por la supresión de uno de sus elementos esenciales, con la consiguiente restitución de las cosas, lo que sería claramente perjudicial para el consumidor, procediendo entonces a la integración del contrato aplicándose conforme a la ley 14/2013 de 27 de septiembre, el IRPH-entidades de crédito.
5. Mediante escrito de fecha 13 de febrero de 2018 la demandante solicita que se planteen ante el TJUE las siguientes cuestiones:
 - ¿Resulta contrario a la Directiva 93/13/CEE, y a su artículo 8, que un órgano jurisdiccional español invoque el artículo 4.2 de la misma cuando tal disposición no ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento por voluntad del legislador, que pretendió un nivel de protección completo respecto de todas las cláusulas que el profesional pueda insertar en un contrato suscrito con consumidores, incluso las que afectan al objeto principal del contrato, incluso si estuvieran redactadas de manera clara y comprensible?
 - ¿El control de comprensibilidad, en el caso de una cláusula que determina el tipo de interés, en un contrato de préstamo hipotecario suscrito por un consumidor y un profesional, se limita a que el consumidor comprenda que ha

de satisfacer un interés por el importe recibido o, por el contrario, requiere que el consumidor comprenda los mecanismos de determinación del índice, mecanismo que determina las posibilidades de oscilación de sus cuotas, y que, a resultas de ese conocimiento, tenga la posibilidad de elegir el tipo de interés, de entre los tipos oficiales existentes, que entienda más adecuado para sus intereses?

¿El artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE se opone a una norma nacional, como el artículo 27.1.a) de la Orden Ministerial 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección de los clientes de servicios bancarios, que permite que las entidades financieras puedan utilizar, en los préstamos hipotecarios que contratan con consumidores, un tipo de interés, como el IRPH, cuya determinación se realiza a partir de una media simple, y no ponderada, de los tipos anuales equivalentes (T.A.E.) concedidos por ellas mismas a sus nuevos clientes, lo que conlleva que cada una de ellas, modulando a su voluntad los elementos del citado T.A.E. de sus operaciones pueda modular proporcionalmente las oscilaciones del tipo IRPH al que refieren los contratos que suscriben?

¿Resulta contrario a la Directiva 93/13/CEE y a la Jurisprudencia del TJUE, que, en el caso de que el índice para la determinación de los intereses a satisfacer por un consumidor en un contrato de préstamo suscrito con un profesional resulte ser un tipo oficial, éste no pueda someterse a un mínimo control por entenderse que el hecho de tratarse de un índice oficial ya le otorga una carta de transparencia que lo convierte en incuestionable?

¿Resulta contrario a la Directiva 93/13/CEE y a la Jurisprudencia del TJUE considerar que un consumidor medio, atento y perspicaz, pueda por sus propios medios conocer de la existencia de diferentes tipos de interés oficiales, de sus diferentes métodos de cálculo, de sus diferentes fluctuaciones, sin que necesite que el profesional le proporcione más información ni le deba ofrecer diferentes opciones?

6. El Ministerio Fiscal mediante escrito de fecha 7 de febrero de 2018 declina la emisión del informe, en tanto en cuanto no ha sido parte en el procedimiento, y por otro lado, aun cuando se dirimen derechos e intereses de consumidores y usuarios, no se detecta un interés social general porque no se trata de una petición y/o acción colectiva, sin que dicha intervención sea preceptiva conforme al art. 4 bis.2 de Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SOBRE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMUNITARIA

7. Conforme a lo dispuesto en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea cualquier órgano jurisdiccional está facultado para presentar al TJUE peticiones de decisión prejudicial sobre la interpretación de una norma del Derecho de la Unión si lo considera necesario para resolver el litigio que conozca. Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros este *podrá pedir* al TJUE que se pronuncie sobre ella si estima que es necesaria una decisión para poder emitir su fallo.
8. Conforme a las recomendaciones del TJUE², § § 5, 12 y 13 (en adelante RTJUE), las cuestiones que se someten al TJUE se vinculan a la interpretación de una norma de derecho comunitario y son necesarias para emitir el fallo. Y se plantean antes de admitir los medios probatorios, con debate contradictorio, en tanto en cuanto como se expondrá, las respuestas del TJUE son necesarias para determinar la admisión de los medios probatorios y, consecuentemente, con el resultado de los mismos, son necesarias para resolver el litigio y emitir su fallo. Se entiende por el juzgador que al estar perfiladas todas las condiciones este es

²http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2016.439.01.0001.01.SPA&toc=OJ:C:2016:439:TOC

el mejor momento para plantear las cuestiones, y ello según el contexto jurídico y fáctico del asunto principal.

SÍNTESIS DEL SUPUESTO FÁCTICO

9. Con fecha 19-7-2001, el demandante D. _____ suscribió contrato de préstamo hipotecario por importe de 132.222,66 euros, siendo parte prestamista la entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (en la actualidad "Bankia S.A."), y siendo el Sr. _____ parte prestataria en dicho contrato.
10. La cláusula cuya nulidad se pide por el consumidor y sobre la que gravitan las preguntas es la siguiente. (IRPH CAJAS)
"LA CLÁUSULA TERCERA BIS.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE"
Primero.- El tipo de interés pactado se determinará por periodos semestrales, contados desde la fecha de firma del contrato, siendo durante el primer semestre el que figura en el apartado de la cláusula financiera tercera. Para semestres sucesivos, el tipo a aplicar será el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre, de Cajas de Ahorro, vigente en el momento de la revisión, que el Banco de España publica oficial y periódicamente en el B.O.E. para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda, rodeando por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en 0,25 puntos porcentuales [sic]."
11. Se determina con carácter supletorio, el tipo activo de referencia de las cajas de ahorro, con el mismo criterio de aplicación que el tipo de referencia anterior.
"TIPO CECA"
12. La cláusula que aquí se somete a consideración es la más importante ya que regula el precio del préstamo, en concreto el índice al que se referencia el interés variable del préstamo, el conocido popularmente como IRPH.
13. La diferencia económica es sustancial de haberse escogido por el consumidor el euríbor, más habitual entonces y ahora, con una cuota el euríbor de _____

mercado hipotecario del 90%. En concreto, el coste superior y aproximado estaría entre 18.000 a 21.000 euros por hipoteca. Los préstamos hipotecarios de interés variable referenciados al IRPH son aproximadamente un 10% en el mercado inmobiliario. (Société Générale³)

MARCO NORMATIVO COMUNITARIO

14. Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993⁴, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Los considerandos: duodécimo, decimotercero, decimonoveno, vigésimo y vigesimocuarto exponen:

«Considerando no obstante que en el estado actual de las legislaciones nacionales sólo se puede plantear una armonización parcial; que, en particular, las cláusulas de la presente Directiva se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual; que es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado [CEE], de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente Directiva;

Considerando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; [...]; que a este respecto, la expresión “disposiciones legales o reglamentarias imperativas” que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo; [...]

Considerando que, a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; [...]

Considerando que los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas, [...]

³ <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/civil/la-trampa-del-irph-en-las-hipotecas>

⁴ <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-1993-80526>

Considerando que los órganos judiciales y autoridades administrativas deben contar con medios apropiados y eficaces para poner fin al uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores».

Artículo 1

1. El propósito de la presente Directiva es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.
2. Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva.

Artículo 3

1. 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.

Artículo 4

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, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

Artículo 5

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.

Artículo 6

1. Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.
2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad.

Artículo 7

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

Artículo 8

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

MARCO NORMATIVO ESPAÑOL

15. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.⁵

Artículo 8. Derechos básicos de los consumidores y usuarios.

Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

- b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.
- d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.

Artículo 60. Información previa al contrato.

1. Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las

⁵ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>

características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.

Artículo 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente.

1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:
 - a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.
 - b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.
 - c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.
2. Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor.

Artículo 82. Concepto de cláusulas abusivas.

1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.
2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

Artículo 83. Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato.

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

16. Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios,⁶ modificada por la O.M. de 27 de octubre de 1995,⁷ siempre que el importe del préstamo solicitado sea igual o inferior a 150.000 euros, en vigor del 11-8-94 al 29-04-12, momento en que entró en vigor la nueva O.M. 2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección de los clientes de servicios bancarios.⁸
17. Ley 26/88 de 29 de julio⁹ sobre disciplina e intervención de entidades de crédito, aplicable en el momento de celebración del contrato.
18. Ley de apoyo a los emprendedores 14/2013 de 27 de septiembre¹⁰, D.A. 5^{ta}, en la que se determina que con efectos el 1 de noviembre de 2013 se deja de publicar el IRPH Cajas y Bancos y el Tipo CECA.
19. Ley 7/98, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación,¹¹ arts. 3, 8.1, 8.2, 5.5, 7 y 10.
20. Código Civil, art. 1303¹².
21. **EL IRPH CAJAS ahora ENTIDADES**, fue y ha sido un índice reglado, normativo y por lo tanto legal.
22. El IRPH en sus tres variedades de Bancos, Cajas de Ahorros, y Conjunto de Entidades es un índice oficial introducido en la Norma sexta bis de la Circular 8/1990 de 7 de septiembre, modificada por la Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España, que en su apartado c) indica: "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".
23. El anexo VIII de la Circular 5/94 de 22 de julio define el IRPH¹³ como "... **la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los**

⁶ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1994-10577>

⁷ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1995-23706>

⁸ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-17015>

⁹ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1988-18845>

¹⁰ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-10074

¹¹ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1998-8789>

¹² <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>

¹³ https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1994-18121

principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario". La norma segunda de la misma circular trata de la información que debe remitirse al Banco de España para que éste confeccione y publique ciertos índices o tipos de referencia del mercado hipotecario.

24. Actualmente existen seis índices de referencia oficiales en España según la Orden EHA 2899/2011 de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. El art. 27.1.a) se refiere el IRPH de las Entidades Españolas. Para confeccionar el IRPH se toman los valores de las operaciones realmente formalizadas por las entidades con sus clientes en cada periodo.
25. El IRPH fue diseñado por las autoridades financieras del país, Banco de España y Dirección General del Tesoro, habiendo otorgado carácter oficial desde el momento que lo incluyen en las Circulares del Banco de España mencionadas y se publica en el Boletín Oficial del Estado.
26. **PREVIO.-** La licitud y abusividad en plano normativo, esto es, de las disposiciones legales y reglamentarias que lo desarrollan administrativamente, no pueden ser objeto del control de transparencia a tenor del art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE.
27. No obstante, y aquí es donde surge la primera duda, se entiende que lo que sí que puede ser objeto de **control judicial, mediante el control de comprensión o abusividad**, al tratarse de una condición general de contratación incorporada al contrato de adhesión por el profesional, por la entidad, es; además que la cláusula cumpla el requisito de ser clara y comprensible, la información y publicidad que se le suministra al consumidor a los efectos de entender este índice, que es el que referencia su préstamo.
28. Es decir, es la incorporación por el profesional al contrato, su empleo o utilización lo que la convierte en una cláusula que debe ser comprensible en

todo caso para el consumidor. Son por tanto, disposiciones administrativas que se reproducen en el contrato y tienen carácter contractual, faltando por consiguiente, el requisito de su carácter imperativo, esto es, no se aplica este índice obligatoriamente con independencia de su elección ni tiene carácter supletorio en defecto de acuerdo, por ende, **no le es aplicable la excepción del art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE** (§§ 28 y 29 STJUE de 20 de septiembre de 2017, C- 486/16, a sensu contrario §§ 39 y 40 STJUE de 30 de abril de 2014). En sentido contrario resuelve recientemente el Tribunal Supremo, en fecha 14 de diciembre de 2017, sentencia nº 669/2017¹⁴. Dicha sentencia, al dictarse en pleno, es doctrina jurisprudencial vinculante y directamente aplicable por todos los tribunales.

29. De otra parte, el art. 1.2 de la Directiva debe ser interpretado de manera estricta (§ 31 STJUE de 20 de septiembre de 2017, C- 186/16, *ECLI:EU:C:2017:703*, § 77 STJUE de 10 de septiembre de 2014, C-34/13, *ECLI:EU:C:2014:2189*), de forma que el elemento de la cláusula predispuesta no sólo debe reflejar directamente una disposición legal o reglamentaria, sino que ésta además debe ser imperativa, esto es, impuesta por el Legislador, sin que concurra conforme a lo antedicho, al poderse emplear otros índices para referenciar el préstamo.
30. Es entonces, si se resuelve por el TJUE que **no le es aplicable la excepción del art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE**, cuando surge la segunda duda en cuanto al **control de transparencia o comprensibilidad que contempla el artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE**, en el sentido de identificar qué se debe transmitir e informar por la entidad, el profesional, al objeto de ser comprensible al consumidor, tanto en su vertiente de consecuencias jurídicas como en las consecuencias económicas. Abarcando ambas respuestas la pertinencia y utilidad de los medios probatorios propuestos por las partes en este litigio.

¹⁴<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8235537&links=irph&optimize=20171215&publicinterface=true>

31. Se trata, condicionado a la falta de información y por extensión a una falta de transparencia en la cláusula, de una condición general de contratación predispuesta, impuesta, sin negociación, presupuesto primordial, por lo que el consumidor se encuentra en situación de inferioridad, (§§ 18, 20, 21 y 23 STJUE de 16 de enero de 2014 C-226/12 ECLI:EU:C:2014:10), por lo que la tutela que dispensa el juzgador podría implicar un plus de claridad y comprensibilidad al referirse al elemento esencial del precio, art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, también desde el punto de vista de su información y publicidad, (entre otras, § 75 STJUE de 26 de febrero de 2015, Matei, C- 143/13, ECLI:EU:C:2015:127 y § 74 STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282).

*“36.- En efecto, el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en **situación de inferioridad** con respecto al profesional, en lo referente tanto a **la capacidad de negociación como al nivel de información**, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional, sin poder influir en el contenido de éstas (sentencias de 10 de septiembre de 2014, Kušionová, C-34/13, EU:C:2014:2189, apartado 48, y de 1 de octubre de 2015, ERSTE Bank Hungary, C-32/14, EU:C:2015:637, apartado 39). STJUE 7 de diciembre de 2017, C-598/15, ECLI: EU: C: 2017:945.*

32. Siendo esto así, es cuando surgen las dudas en cuanto a qué debe ser objeto de información a los efectos de cumplimentar correctamente lo dispuesto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE.

LA INFORMACIÓN O PUBLICIDAD

33. STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, ECLI: EU: C: 2017:703.

*44. Por lo que respecta a la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, según resulta del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia ha señalado que esta exigencia, recordada también en el artículo 5 de la citada Directiva, no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical, sino que, por el contrario, toda vez que el sistema de protección establecido por dicha 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, esa exigencia de redacción clara y comprensible de las***

cláusulas contractuales, y por ende de transparencia, debe entenderse de manera extensiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C 26/13, EU:C:2014:282, apartados 71 y 72, y de 9 de julio de 2015, Bucura, C 348/14, no publicada, EU:C:2015:447, apartado 52).

46. Esta cuestión debe ser examinada por el órgano jurisdiccional remitente a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que se encuentran **la publicidad y la información** proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 75).

48. Por lo demás, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia 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 principalmente en esa información** (sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 50).

En consecuencia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar que el profesional comunicó a los consumidores afectados toda la información pertinente que les permitiera valorar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal sobre sus obligaciones financieras.

34. STJUE de 21 de diciembre de 2016. Asuntos acumulados C-154/15; C-307/15 y C-308/15, ECLI: EU: C: 2016:980.

51. Por lo tanto, el examen del carácter abusivo, **en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de una cláusula contractual relativa a la definición del objeto principal del contrato, en caso de que el consumidor no haya dispuesto, antes de la celebración del contrato, de la información necesaria sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración, está comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva en general y del artículo 6, apartado 1, de ésta en particular.**

35. STJUE de 14 de abril de 2016. Asuntos acumulados C-381/14; C-385/14 ECLI: EU: C: 2016:252.

24. En este contexto, el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tomando en consideración, como exige el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13, **en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración...**(véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, EU:C:2009:615, apartado 32).

36. STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, ECLI: EU: C: 2015:127.

75... **y teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz** (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai, EU: C: 2014:282, apartado 74).

37. STJUE de 30 de enero de 2014. C-26/13, ECLI: EU: C: 2014:282.

70. Pues bien, acerca de este artículo 5, el Tribunal de Justicia ya ha afirmado que tiene 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. En función, principalmente, de esa información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional** (véase la sentencia RWE Vertrieb, EU: C: 2013:180, apartado 44).

38. ¿Se debe informar al consumidor de los siguientes hechos o datos para comprender las consecuencias derivadas de elegir su préstamo referenciado al IRPH?

39. El IRPH de cajas se calculaba a partir de los datos facilitados por las mismas cajas cada mes. El IRPH se calcula como media simple, con el mismo peso de todas las Cajas (IRPH sectorial), con independencia del volumen de préstamos concedidos. Por ello, si una caja, por haber incrementado un mes los tipos de interés o comisiones, perdía cuota de mercado, no variaba su representatividad en el IRPH. Por lo tanto, a menos Cajas, más influencia en el IRPH de las que quedan y, por consiguiente, cualquier caja podía influir en el resultado del IRPH incrementado los intereses o las comisiones que aplicaba en el mes en cuestión. ¿Se debe informar de esta fórmula de cálculo?

40. Teniendo en cuenta que las comisiones suponen aproximadamente más de $\frac{1}{4}$ de punto sobre el interés nominal y que se incluyen las cláusulas suelo o el redondeo al alza ¿se debe informar al consumidor que el dato que proporciona la entidad bancaria o caja de ahorros para obtener la media aritmética del IRPH lo es con el TAE con comisiones y gastos? ¿se debe advertir que conforme a normativa, se eliminan los tipos que hayan sido rebajados en virtud de subvenciones o acuerdos para empleados, lo que evidentemente, harían bajar el resultado?
41. Tanto es así, que esas comisiones que se incluyen para configurar el tipo medio de IRPH, **deberían influir para aplicar un diferencial negativo**, en tal sentido se pronuncia el Banco de España.
42. Circular 5/94 del Banco de España, de 22 de julio, a entidades de crédito,¹⁵ sobre modificación de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Preámbulo párrafo cuarto.

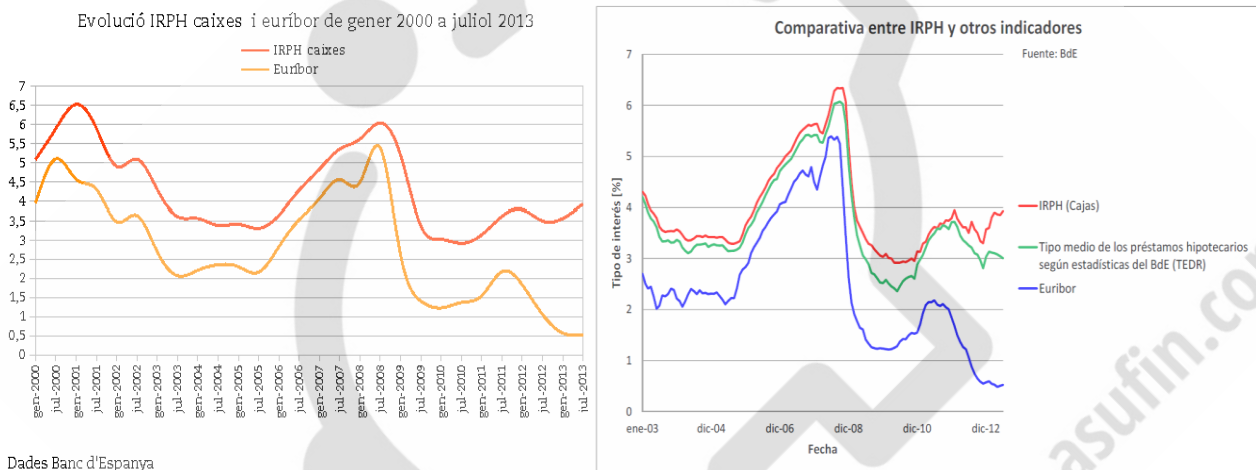
*“Los tipos de referencia escogidos son, en último análisis, tasas anuales equivalentes. Los tipos medios de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda libre lo son de forma rigurosa, pues incorporan además el efecto de las comisiones. Por tanto, su simple utilización directa como tipos contractuales implicaría situar la tasa anual equivalente 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”.*

43. Es decir, habida cuenta de que los tipos medios ponderados son tipos TAE, para que el IRPH resulte un reflejo de los intereses medios del mercado resultaba necesario, y así se indicaba por el Banco de España desde el 3 de agosto de 1994, que se aplique un diferencial negativo que compense el efecto inflacionista de las comisiones, un diferencial cuyo valor dependerá de

¹⁵ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1994-18121>

las comisiones que se hayan aplicado. En este caso, y en general, se aplicaba un diferencial positivo: **IRPH CAJAS + 0,25**.

44. También, y dentro del concepto de publicidad, se destaca que en las oficinas de la entidad bancaria se publicaba el IRPH al cliente como un índice menos volátil, más seguro y más estable que el euríbor¹⁶, por lo que también surge la duda relativa a si deben exhibirse las diferentes gráficas, extraídas con datos del Banco de España y conocidas entonces por la entidad profesional,¹⁶ a las efectos de dar a conocer la evolución de uno (IRPH) y otro tipo (EURÍBOR) al consumidor, o por el contrario no es trascendente transmitir las en el momento de la celebración del contrato:



45. Todos estos datos, además de su fórmula de cálculo matemático¹⁷, que también es parte de su comprensibilidad, (§ 45 STJUE de 20 de septiembre de 2017, C-186/16, *ECLI:EU:C:2017:703*) y plasmada en la Circular 5/1994, de 22 de julio del Banco de España, anexo VIII.1, abocan a que pudiera tratarse de un índice complejo en su conjunto, lo que pudiera incrementar un plus de información y publicidad, justamente por afectar a un elemento esencial.
46. Añadiendo que ese plus en la transparencia es más evidente para nuestro derecho al no transponer el art. 4.2 de la Directiva. Es decir, el nivel de

¹⁶ http://www.sindic.cat/site/unitFiles/3937/Informe%20IRPH_castella_ok.pdf

¹⁶ https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Fic/Guia_hipotecaria_2013.pdf

¹⁷ $I_{ea} = \frac{\sum I_{ea}}{n_{ea}}$

protección debe ser más elevado que el de la propia Directiva 93/13/CEE, (§§ 41, 42 y 43 y primera conclusión de la STJUE de fecha 3 de junio de 2010, C-484/08, *ECLI:EU:C:2010:309*).

47. Si se entendiese que; el banco incumplió sus obligaciones de información, de advertencia y de asesoramiento, ya que ese conjunto de circunstancias eran conocidas por el profesional, en el momento de celebrar el contrato (§ 54 STJUE de 20 de septiembre de 2017 C-186/16, *ECLI:EU:C:2017:703*), así como su deber de redactar la cláusula contractual de forma clara y comprensible para que el prestatario pudiera apreciar el alcance de las obligaciones derivadas del contrato que celebraba, es decir, se aprecia un trato desleal que comporta el consentimiento del consumidor, (§ 57 STJUE de 20 de septiembre de 2017 C-186/16, *ECLI:EU:C:2017:703*), es entonces cuando se cuestionan, y, por último, **las consecuencias** relacionadas con el alcance de la nulidad, art.6.1 de la Directiva 93/13.
48. Es cierto que el interés del préstamo afecta a un elemento esencial y podría entenderse que un préstamo no puede sobrevivir sin el interés al ser primordial para el profesional. Es decir, el profesional no hubiera concedido el préstamo, por lo que la nulidad conllevaría la restitución y devolución inmediata e íntegra del préstamo por el deudor, con pérdida del beneficio del plazo, lo que sería claramente perjudicial para el consumidor. La única solución en este dilema, y a falta de acuerdo o como es el caso siendo el índice sustitutorio también anulado por ley, sería la integración para la subsistencia del préstamo y la sustitución del IRPH por el índice habitual del mercado, el euríbor, (§§ 83 y 84 de la STJUE de fecha 30 de abril de 2014 C-26/13, *ECLI:EU:C:2014:282*, § 38 del Auto TJUE de fecha 17 de marzo de 2016 C-613/15, *ECLI:EU:C:2016:195* y § 34 de la STJUE de fecha 21 de enero de 2015, C-482/13 *ECLI:EU:C:2015:21*).
49. No obstante, y por otra parte, también podría aplicarse estrictamente el art. 10 LCGC, art. 83 TRLGCU, art. 1303 del Código Civil y el art. 6.1 de la Directiva

93/13 y dejar sin efecto el interés quedando obligado tan solo el consumidor a la devolución del capital en los plazos estipulados. Acorde con el principio declarado por el TJUE relativo a la obligatoriedad del contrato para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas, al ser ello jurídicamente posible, y así conseguir el efecto disuasorio y evitar en lo sucesivo la imposición de esta cláusula sin la debida información, (§§ 64, 65, 69, 71 y segunda conclusión de la STJUE de fecha 14 de junio de 2012, C- 618-10, *ECLI:EU:C:2012:74*, §60 STJUE 21 de diciembre de 2016, C-154/15, *ECLI:EU:C:2016:980* y §71 STJUE 26 de enero de 2017, C-421/14 *ECLI:EU:C:2017:60*).

50. Ambas soluciones son posibles, es decir, no se deduce una respuesta clara en nuestro derecho nacional (§ 48 STJUE 30 de mayo de 2013, C-397/11 *ECLI: EU: C: 2013:340*), de ahí la pregunta al TJUE.

51. Las **respuestas del juzgador** de modo sucinto, en conformidad al § 17, Anexo § 6 de las RTJUE, y que se extraen de los anteriores razonamientos son las que siguen.

1. A este asunto, en el que se referencia el préstamo con garantía hipotecaria al IRPH CAJAS, no le es aplicable la excepción del artículo 1.2 de la Directiva 93/13, ya que no se impone por el Legislador tal índice sino que se escoge por el profesional la aplicación de este interés, entre otros, y se incorpora posteriormente al contrato.

2. La cláusula del IRPH CAJAS no ha sido negociada individualmente. Falta información esencial para comprender su significado, su carga económica. En concreto no se informó al consumidor de la forma en cómo se configura y se aplica el IRPH, además de aplicar un diferencial positivo, junto con los gráficos explicativos de su evolución, tratándose de información y publicidad que eran conocidos por el profesional y que deberían ser transmitidos al consumidor de manera transparente para su comprensión. En definitiva, la cláusula no es clara ni transparente incumpliendo lo

dispuesto en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13. Además, y en todo caso, debe dispensarse en nuestro ordenamiento jurídico, por no transponer la Directiva 93/13, una protección integral, también en referencia a las cláusulas que afecten a un elemento esencial del contrato.

3. La nulidad de dicha cláusula implica, al poder subsistir el contrato, y no preverse ninguna disposición supletoria en el ordenamiento jurídico, la eliminación del tipo de interés y consiguientemente la devolución exclusiva del capital en los plazos pactados con el consumidor. En conformidad al artículo 6.1 y el efecto disuasorio previsto en el artículo 7.1 de la Directiva 93/13.

PROCEDIMIENTO ACELERADO. -

52. El artículo 105.1 del RPTJUE dispone que a instancia del órgano jurisdiccional remitente o, excepcionalmente de oficio el Presidente del Tribunal puede *"decidir tramitar una petición de decisión prejudicial mediante un procedimiento acelerado que establezca excepciones a las disposiciones del presente Reglamento, cuando la naturaleza del asunto exija resolverlo en breve plazo"*.
53. Este Juzgador entiende que merece su tramitación mediante el procedimiento acelerado; no tanto por el gran número de consumidores afectados, la cifra es de más de **1 millón de familias afectadas en el Estado español**, (Société Générale¹⁸ e informe del Síndic antedicho, pág. 11 penúltimo §), ya que de por sí no sería una circunstancia excepcional, sino porque una tardía resolución, dadas las elevadas cuantías de las cuotas de los préstamos referenciados al IRPH, puede afectar directamente a los deudores a otro derecho esencial vinculado a dichos préstamos con garantía hipotecaria, **su vivienda**, ampliamente protegida en el derecho internacional¹⁹

¹⁸ <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/civil/la-trampa-del-irph-en-las-hipotecas>

¹⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 25, apartado 1. Artículo 11 de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y artículo 34.3 de la Carta de derechos

y, con la consiguiente situación irreversible por su pérdida. Es decir, de seguir la resolución el procedimiento ordinario, además de consolidar situaciones por el efecto de cosa juzgada, perderá su eficacia la protección dispensada por el Derecho de la Unión a los consumidores, por la pérdida de la vivienda para los consumidores afectados.

54. STJUE de 10 de septiembre de 2014, C-34/13, ECLI: EU: C: 2014:2189.

62. *En lo concerniente al carácter proporcionado de la sanción, es preciso prestar especial atención al hecho de que el bien objeto del procedimiento de ejecución extrajudicial de la garantía discutida en el litigio principal es el inmueble que constituye la vivienda familiar del consumidor.*

63. **En efecto, la pérdida de la vivienda familiar no sólo puede lesionar gravemente el derecho de los consumidores** (sentencia Aziz, EU:C:2013:164, apartado 61), **sino que también pone a la familia del consumidor en una situación particularmente delicada** (véase en ese sentido el auto del Presidente del Tribunal de Justicia Sánchez Morcillo y Abril García, EU:C:2014:1388, apartado 11).

64. *En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estimado que la pérdida de una vivienda es una de las más graves lesiones del derecho al respeto del domicilio y que toda persona que corra el riesgo de ser víctima de ella debe en principio poder obtener el examen de la proporcionalidad de dicha medida (véanse las sentencias del TEDH, McCann c. Reino Unido, demanda nº 19009/04, apartado 50, y Rousk c. Suecia, demanda nº 27183/04, apartado 137).*

65. *En el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13.*

Dispongo,

La suspensión del curso de los autos en este momento procesal clave para la resolución del litigio y plantear al TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

fundamentales de la Unión Europea. STJUE §§ 26 y 32 de 8 de mayo de 2013 ECLI: EU: C: 2012:621 y § 61 de 14 de marzo de 2013, asunto C-415-11 ECLI: EU: C: 2013:164. Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de junio de 2013, sobre la vivienda social en la Unión Europea (2012/2293(INI)).

PRIMERA CUESTIÓN:

Este índice, IRPH Cajas: ¿debe ser objeto de tutela por el juzgador, en el sentido de examinar que sea comprensible para el consumidor, sin que sea óbice el que esté regulado por disposiciones reglamentarias o administrativas, al no ser este un supuesto previsto en el art. 1.2 de la Directiva 93/13, ya que no se trata de una disposición obligatoria sino que se incorpora tal interés variable y remuneratorio opcionalmente por el profesional al contrato?

SEGUNDA CUESTIÓN:

- 2.1** Conforme al art. 4.2 de la Directiva 93/13, no transpuesta en nuestro ordenamiento, ¿resulta contrario a la Directiva 93/13/CEE, y a su artículo 8, que un órgano jurisdiccional español invoque y aplique el artículo 4.2 de la misma cuando tal disposición no ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento por voluntad del legislador, que pretendió un nivel de protección completo respecto de todas las cláusulas que el profesional pueda insertar en un contrato suscrito con consumidores, incluso las que afectan al objeto principal del contrato, incluso si estuvieran redactadas de manera clara y comprensible?
- 2.2** En todo caso, ¿es necesario transmitir información o publicidad sobre los siguientes hechos o datos, o alguno de ellos, para la comprensión de la cláusula esencial, en concreto del IRPH?
- (i) Explicar cómo se configuraba el tipo de referencia, es decir, informar que este índice incluye las comisiones y demás gastos sobre el interés nominal, que se trata de una media simple no ponderada, que el profesional debía conocer y transmitir que debía aplicar un diferencial negativo y que los datos proporcionados no son públicos, en comparación con el otro habitual, el euríbor.

- (ii) Explicar cómo evolucionó en el pasado y podría evolucionar en el futuro, informando y publicitando aquellas gráficas que expliquen de manera clara y comprensible al consumidor la evolución de este tipo específico en relación con el euríbor, tipo habitual de los préstamos con garantía hipotecaria.

2.3 Y de concluir el TJUE que incumbe al órgano judicial remitente que examine el carácter abusivo de las cláusulas contractuales y deducir todas las consecuencias conforme a su derecho nacional, se pregunta al Tribunal; si la falta de información de todos ellos, ¿no supondría la falta de comprensión de la cláusula al no ser clara para el consumidor medio, art. 4.2 de la Directiva 93/13 o que su omisión conllevaría un trato desleal por parte del profesional y, que por lo tanto, el consumidor de ser informado conveniente no hubiera aceptado referenciar su préstamo al IRPH?

TERCERA CUESTIÓN:

Si se declara la nulidad del IRPH cajas, ¿cuál de las dos consecuencias siguientes, en defecto de pacto o si este resultase más perjudicial para el consumidor, sería conforme a los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13?

- 3.1** La integración del contrato, aplicando un índice sustitutorio habitual, el euríbor, al tratarse de un contrato esencialmente vinculado a un interés productivo a favor de la entidad, profesional.
- 3.2** Dejar de aplicar el interés, con la única obligación de devolver el capital prestado en los plazos estipulados por parte del prestatario o deudor.

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que es firme no cabiendo ningún recurso, ordenando remitir testimonio de esta resolución con una copia testimoniada del expediente para su consulta al TJUE por correo certificado con acuse de recibo dirigida a la Secretaría del

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, (Rue du Fort Niedergrünwald, L-2925 Luxemburgo) para que, previo trámite de admisión de las cuestiones que se suscitan, dé cumplida contestación si lo estima pertinente, adelantándose su remisión por copia, al solicitarse para su resolución el procedimiento de acelerado, mediante correo electrónico (ECJ-Registry@curia.europa.eu) y fax (+352 43 37 66).

Remitiendo copia simple al Servicio de Relaciones Internacionales del CGPJ, a la red REDUE, –Fax: 917006350- (REDUE Red del CGPJ de Expertos en Derecho de la Unión Europea). C/Marqués de la Ensenada, 8 28004 Madrid. E-mail: rocio.cassinello@cgpj.es

DILIGENCIA.- La extiendo yo, el Letrado de la Administración de Justicia, para hacer constar que en el día de hoy me ha sido entregada la anterior resolución debidamente firmada, para su notificación a las partes y archivo del original. De ello doy fe.

EL MAGISTRADO

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

descargado en www.asufin.com