

SECCION Nº 1 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALMERIA

AVDA. REINA REGENTE S/N
Tlf.: 950-03-72-92. Fax: 950-00-50-22

N.I.G. 0401342M20140000760
Nº Procedimiento: Recurso de Apelacion Civil 1022/2016
Asunto: 101121/2016
Autos de: Procedimiento Ordinario 719/2014
Juzgado de origen: JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº1 DE ALMERIA(ANTIGUO
INSTANCIA 7)
Negociado: C2

Apelante: LILIANA BEATRIZ MOYA PRIVITELLO y SERGIO DANIEL MARTIIN
Procurador: MARIA DOLORES JIMENEZ TAPIA
Abogado:
Apelado: CAJA RURAL INTERMEDITERRANEA SCC (HOY CAJAS RURALES
UNIDAS)
Procurador: MARIA DEL CARMEN SANCHEZ CRUZ
Abogado: JOSE MANUEL LEON FERNANDEZ

**D/DÑA. JUANA ALFONSO RODRÍGUEZ, Letrado/a de la Administración de Justicia
de la SECCION Nº 1 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALMERIA.**

**POR EL PRESENTE HAGO CONSTAR: Que en el rollo nº 1022/2016 ha recaído
Auto , del tenor literal:**

"AUTO

=====

ILTMOS. SRES.

PRESIDENTE:

Dª LOURDES MOLINA ROMERO

MAGISTRADOS:

D. LAUREANO MARTÍNEZ CLEMENTE

D. JUAN ANTONIO LOZANO LÓPEZ

D. ENRIQUE SANJUÁN MUÑOZ

Dª MAR GUILLÉN SOCÍAS

=====

En Almería, a veinte de marzo de dos mil dieciocho.

ANTECEDENTES PROCESALES

1.- En esta Sección Primera de esta Audiencia Provincial pende, en grado de apelación, el

presente Rollo de Apelación número 1022/2016, procedente de los autos de Juicio Ordinario del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Almería, seguidos con el número 719/2014, por nulidad de condiciones generales de la contratación, en esencia cláusula de vencimiento anticipado y el índice de referencia de préstamos hipotecarios, en lo sucesivo IRPH.

2.- En este procedimiento consta lo siguiente, siguiendo la Recomendación 2012/C 338/01 a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales (DUE de 6 de noviembre de 2012).

3.- Ante el Decanato de los Juzgados de Vera (partido Judicial de Almería), a 9 de septiembre de 2014, la representación procesal de D^a Liliana Beatriz Moya Privitello y D. Sergio Daniel Martín presentó demanda contra Cajamar Caja Rural Sociedad Cooperativa de Crédito, en solicitud de que se declaren nulas las cláusulas de vencimiento anticipado y referencia de interés al índice de referencia de préstamos hipotecarios, según el complejo petitorio que incluía en su “suplico”.

4.- Se afirmaba en la demanda que, a 12 de septiembre de 2002, y para financiar la compra de su vivienda habitual, firmó con la demandada una escritura de préstamo hipotecario, por 78.900 € de principal, a devolver en 300 cuotas, con un tipo de interés de carencia del 4,95 % fijo durante la primera anualidad. En lo sucesivo, las cuotas serían anuales por tipo variable referenciado al IRPH. Dicho índice de referencia, decía, es subjetivo, manipulable por la entidad financiera, y más caro que el ordinario, en concreto, el euribor. Por otra parte, consideraba abusivo el pacto de vencimiento anticipado incluido en la escritura.

5.- Se aportaba la siguiente documentación. 1. Escritura de préstamo hipotecario de 12 de septiembre de 2002; 2 y 3. volantes de empadronamiento; 3 y 4. pasaporte y visado de la actora; 5. historia laboral del actor; 6 y 7. reclamaciones extrajudiciales dirigidas a la demandada; 8 a 10. informes económicos. Durante la tramitación del procedimiento, informe actualizado de London Finance & Consulting Group.

6.- Consta contestación a la demanda por la entidad bancaria demandada por los siguientes motivos de oposición. 1. No es un establecimiento financiero de crédito, sino una cooperativa de crédito; 2. la condición de consumidor de los demandados es innecesaria para el conocimiento del sistema bancario; 3. No cabe control de contenido sobre el elemento principal del contrato como son los intereses; 4. No consta perjuicio alguno al que alude la actora; 5. conocimiento inicial de las condiciones de interés en el día estipuladas;

7.- Seguido el procedimiento por sus trámites, la Ilma Sra. Jueza del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Almería dictó Sentencia 115/2016, de 23 de mayo, con el siguiente fallo: “Estimar parcialmente la demanda interpuesta por Liliana Beatriz Moya Privitello y Sergio Daniel Martín contra Cajas Rurales Unidas SCC, debiendo declararse la nulidad de la cláusula financiera novena, apartado a), de resolución anticipada, inserta en la escritura de préstamo hipotecario de fecha 12 de septiembre de 2002, “a) por el incumplimiento de la parte prestataria de cualesquiera obligaciones derivadas del préstamo y de las demás contraídas en la escritura, y, en particular, la falta de pago de una de cualquiera norma de las cuotas de amortización de la capital y/o pago de intereses y/o comisiones, previstas en la presente

escritura”. En su caso, y dado que la cláusula impugnada se refiere a la ejecución de bienes hipotecados, habrá que estarse a lo dispuesto en el art. 693.2 LEC para el caso de incumplimiento por el prestatario en las condiciones que en dicho artículo se determinan. No ha lugar a declarar la nulidad del resto de las cláusulas controvertidas, manteniendo la validez del resto del contrato. No ha lugar a la condena a la entidad demandada a la restitución de cantidad alguna. En materia de costas, la parcial estimación de la demanda dispensa de la condena (art. 394.2 LEC), por lo que ambas partes habrán de abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad”.

8.-El fallo se fundaba en los siguientes motivos. 1. El actor se refiere a la STS de 9 de mayo de 2013, que nada tiene que ver con la presente cuestión; 2. La cláusula IRPH se refiere al objeto principal del contrato; 3. Se cumple el deber de transparencia, dado que consta expreso en la escritura el tipo de interés que se acordó; 4. Es abusiva la cláusula de vencimiento anticipado, pero debe de estar referenciada al supuesto del art. 693.2 LEC, dado que su ejercicio puede ser válido.

9.- Con traslado a la actora, presentó recurso de apelación, insistiendo en la nulidad de la cláusula IRPH.

10.- Con traslado a la demandada, que presentó oposición al recurso, e impugnó también la sentencia en lo relativo a la nulidad del vencimiento anticipado, se elevaron las actuaciones a este Tribunal donde, formado y registrado el correspondiente Rollo, se turnó de ponencia y, con inadmisión de nueva prueba mediante Auto de 12 de diciembre de 2017, y no estimándose necesaria la celebración de vista, se señaló día para deliberación y votación para el pasado día 5 diciembre de 2017.

11.- El Tribunal Supremo de España dictó Sentencia sobre la materia objeto de resolución en este Rollo en el Recurso de Casación 1394/2016, Sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, lo que motivó que, mediante providencia de 21 de noviembre se dejara en suspenso el plazo para dictar sentencia en el presente Rollo.

12.- Dicha Sentencia del Tribunal Supremo 669/2017, de 14 de diciembre, reconocía la validez de las cláusulas aquí discutidas por los siguientes motivos. 1. Una cláusula que afecta al objeto principal del contrato, como la discutida en materia de referenciación del tipo de interés, puede ser conceptuada como condición general de la contratación, que puede estar predisuelta por la entidad bancaria y no estar expresamente negociada; 2. Al no constar expresamente negociada, la cláusula discutida, de referenciación de tipos de interés a préstamos hipotecarios, es un condición general de la contratación; 3. Los índices bancarios se establecen tienen una finalidad legítima, como es la de ajustar un préstamo de larga duración a interés variable al precio del dinero; 4. Existen muchos índices de referencia, con lo cual es necesario que la entidad bancaria salvaguarde sus deberes de transparencia, por lo que la entidad bancaria debería de informar al cliente sobre “definición legal del índice financiero elegido por las partes”; 5. No obstante, y en tanto que los índices de referencia vienen establecidos por regulaciones legales y reglamentarias, no están dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/13/CEE, por cuanto están excluidas expresamente en el art. 1,2 de la Directiva, y 4 de la Ley nacional de Condiciones Generales de la Contratación.

13.- Mediante providencia de 10 de enero de 2018, se dio traslado a las partes para informe para presentación de cuestión prejudicial.

14.- Mediante escrito de 29 de enero de 2018 presentaron escrito de alegaciones la representación procesal de los actores, aceptando la procedencia de planteamiento de cuestión prejudicial, proponiendo al efecto preguntas concretas.

15.- Mediante escrito de 30 de enero de 2018 presentó escrito la representación procesal de Cajamar, oponiéndose al planteamiento de la cuestión.

16.- Mediante escrito de 8 de marzo de 2018 presentó escrito el Ministerio Fiscal en el sentido de no oponerse a la presentación de la cuestión prejudicial si la Sala tiene dudas para resolver el presente asunto.

Ha sido designado ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Juan Antonio Lozano López, que expresa la opinión de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. Descripción del objeto del presente procedimiento.

1.- La cláusula controvertida en el asunto principal dice lo siguiente. “El tipo de interés aplicable al presente préstamo, en la primera revisión, así como las sucesivas, se determinará sumándole 0 puntos al tipo de referencia. El tipo de interés que se tomará como referencia, para la primera y sucesivas revisiones, será el IRPH Cajas de Ahorro, referido a la media del mes anterior sin redondeo y publicado en el Boletín Estadístico del Banco de España o publicación de análoga naturaleza. Para el supuesto de que por causas ajenas a las partes no pudiera obtenerse para algún período de revisión el tipo de interés de referencia anteriormente indicado, se aplicará CECA último publicado en el Boletín Estadístico del Banco de España o cualquier otra publicación de análoga naturaleza, y, en su defecto, se mantendrá vigente el tipo de interés aplicable para el período inmediatamente anterior. En el supuesto de que hubiera de proceder a la evaluación del nuevo tipo de interés, la Caja comunicará a los obligados el nuevo tipo de interés, con la variación porcentual procedente, aplicable para el nuevo período, entendiéndose que, transcurridos veinte días desde que los deudores tengan conocimiento del nuevo tipo, y no obrará en poder de la Caja la conformidad y/o reparos al tipo así fijado, los deudores aceptan expresamente el devengo resultante por la aplicación de las variaciones correctoras anteriormente indicadas. si la parte prestataria no aceptase el nuevo tipo así pactado, deberá ponerlo en conocimiento de forma fehaciente a la Caja mediante carta certificada con acuse de recibo y/o notificación notarial, disponiendo en este caso, de un plazo máximo de un mes para el reintegro total del saldo vivo pendiente de pago, en cuyo caso soportará los gastos y comisiones pactadas”.

2.- La representación procesal de los actores en el asunto principal considera que se les ha impuesto un tipo de referencia excesivo. En concreto, manifiestan: “los demandantes han visto cómo el índice de su préstamo hipotecario, que determina el interés que tiene que pagar en su cuota, se mantenía en un 3,03 % (agosto de 2014) mientras que el índice de aquellos que habían pactado el Euribor con su diferencial, por ejemplo del 1 %, estaban pagando intereses entorno al 1,04 %”.

3.- Ante esa situación, los actores consideran que la entidad crediticia debía haber sido completamente transparente, y haber sido informados que el índice pactado es más caro que otros existentes en el mercado, de forma que, si así no lo hace, infringe con ello, entre otras, las normas de protección de los consumidores en materia de cláusulas abusivas.

4.- Dicen lo siguiente: “En el presente caso no ha existido información clara ni comprensible, ni ha sido veraz, pues no solo no se explicaron las diferencias ante los distintos índices de referencia para que los prestatarios tuvieran la opción de elegir libremente uno de dichos índices y se le ha informado de manera engañosa a los actores, al vender el IRPH como un índice más estable y seguro, constituyendo sin duda una práctica comercial ilegal y contraria a los intereses económicos de los consumidores, la elevación de los diferenciales para obtener mayores beneficios y de paso mantener altos los tipos de interés”.

II. De la indexación y diferencial en la contratación de productos de préstamo hipotecario a largo plazo con consumidores en España.

5.- La Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, regula los tipos de referencia en su Disposición Transitoria Segunda, dado que están llamadas a extinguirse. Además del controvertido, está el índice CECA (también subsidiario en la hipoteca de autos, en defecto del primero). Se trata del tipo activo de referencia de las cajas de ahorros, tipo activo, que se define como el 90%, redondeado a octavos de punto, de la media simple correspondiente a la media aritmética eliminando los valores extremos de los préstamos personales formalizados mensualmente por plazos de un año a menos de tres años, y a la media aritmética eliminando los valores extremos de los préstamos con garantía hipotecaria para adquisición de vivienda libre formalizados mensualmente por plazos de tres años o más.

6.- En segundo lugar el índice IRPH, el controvertido en el presente caso. Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos o Cajas de Ahorros, que se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas por el conjunto de bancos en el mes al que se refiere el índice. Hay que hacer notar que hay un índice IRPH para bancos y Cajas de Ahorro.

7.- No define el euribor, pero la Circular lo considera como índice básico, dado que los tres anteriores se definen con la finalidad de declararlos a extinguir. En efecto, la disposición

transitoria segunda de la Circular, la que recoge las anteriores definiciones, comienza de la siguiente forma: 1. Con la finalidad de que pueda seguirse realizando la revisión del tipo de interés de los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la Orden, hasta que se produzca la desaparición completa de los índices o tipos que se mencionan a continuación, se utilizarán las siguientes definiciones para ellos. En el mismo sentido, la disposición transitoria única de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, declara extinguidos, hasta el año siguiente, a) el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos (IRPH Bancos); b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros (IRPH Cajas); y c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros (CECA). Más aún, desde el 1 de noviembre de 2013, ya ni tan siquiera se publican (Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización).

8.- El tipo de referencia verdadero y que se usa desde el primer lustro de la pasada década con carácter cuasiobligatorio, es el euríbor, o referencia interbancaria a un año, que se define, según el anexo 8 de la Circular 5/2012, aunque ya estaba previsto como sucesor del mibor desde 1998, como la media aritmética simple de los valores diarios de los días con mercado de cada mes, del tipo de contado publicado por la Federación Bancaria Europea para las operaciones de depósito en euros a plazo de un año calculado a partir del ofertado por una muestra de bancos para operaciones entre entidades de similar calificación (euríbor).

9.- Sólo se permite, en su sustitución, el tipo de los préstamos hipotecarios a más de tres años concedidos por el conjunto de las entidades de crédito, que se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para la adquisición de vivienda libre iniciadas o renovadas por los bancos y cajas de ahorro en el mes a que se refiere el índice.

10.- Por estas mismas definiciones, y sin necesidad de acudir a variables algebraicas, es evidente que el euríbor es el más favorable al cliente, dado que se define sobre la media de depósitos bancarios (operación de pasivo), con un interés menor que en operaciones de activo. El resto, cualquiera de ellos, está referenciado a tipos de activo, por lo que forzosamente es mayor. El siguiente más favorable al cliente es el CECA, puesto que promedia operaciones de activo y pasivo. Y, finalmente, el más caro es el IRPH, dado que sólo promedia operaciones de activo. A su vez, es más caro aún, por la diferencia de cartera, el índice IRPH Cajas que el índice IRPH bancos, dado el mayor volumen de éstos últimos que le permiten abaratar precios. Así resulta del dictamen pericial aportado por el actor, documento nº 8, folios 82 y siguientes, y así lo reconoce el demandado en su contestación, cuando, en el apartado segundo de su contestación reprocha al actor el hecho de haberle parecido bien el tipo concertado, pero “(...) debía haber elegido otro más barato como pueda ser el aludido Euríbor” (...).

11.- En suma, el índice IRPH Cajas es un índice oficial, sometido a los correspondientes organismos de regulación. Las entidades bancarias remiten los datos necesarios para su

cálculo a partir de estos datos se halla la media por el Banco de España sin que las entidades puedan influir en su determinación. Los tipos de referencia oficiales cumplen con los requisitos de validez establecidos en la normativa financiera, utilizables en las operaciones financieras. 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. Por tanto, no es que la entidad bancaria demandada no pueda influir en su contenido por el simple hecho de ser una cooperativa de crédito, alegación de Cajamar en el caso, que se torna en anodina o irrelevante. Tampoco una Caja de Ahorros podía influir en ella. La cuestión es otra, y es la relativa a la falta de transparencia y/o información.

12.- Por otra parte, las normas antes citadas están dentro del sector bancario relativo a la transparencia bancaria. Las normas citadas tienen su engarce jurídico, hoy, en el art. 5 de la vigente Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, o su antecesor artículo 48 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Pues bien, los destinatarios de esa normativa de transparencia bancaria son las entidades de crédito, concepto omnicomprendivo que incluye, según su artículo 1, no sólo a bancos y cajas de ahorro, sino a las cooperativas de crédito y al ICO. Por tanto, el resultado es que Cajamar, sea o no Caja de Ahorros, podía elegir de entre los índices aplicables de entre los previstos, sin necesidad de explicarle este entramado normativo al cliente.

III. Control de incorporación, abuso y transparencia subjetiva en el enjuiciamiento de las cláusulas de indexación.

13.- La cuestión se traslada al posible enjuiciamiento de la validez, por abuso o sin él, o, en cualquier caso, dentro del enjuiciamiento de la validez de las condiciones generales de la contratación, de estos pactos que afectan a la prestación principal de uno de los obligados, en concreto, al prestatario, en tanto que tiene obligación de devolver principal más intereses como obligaciones sustanciales, interés que está referenciado en este caso al IRPH.

14.- La interna española, la Ley 7/1998, de 13 abril, de condiciones generales de la contratación, trae causa de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 abril, de protección al consumidor, de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en cuyo art. 4.2 indica que el examen de abuso 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.

15.- No obstante, la Ley 7/1998 no ha incorporado ese art. 4.2. Esta omisión ha sido convalidada por la STJUE de 3 de junio de 2010 (asunto C-484/08 Ausbanc): los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal (a la sazón, la española), que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato

o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible.

16.- Y en términos de control de abuso de una cláusula como la controvertida en el asunto principal, para superar el control de transparencia -el de comprensibilidad real de la cláusula-, no sería suficiente con que los reclamantes tuvieran noticia de la existencia de la misma en el contrato, sino que se requería la acreditación de que se les brindó toda la información necesaria para que conocieran su funcionamiento concreto y su relación con el resto del clausulado, incluido otras alternativas si la normativa de aplicación permite la utilización de otros índices más favorables al consumidor.

IV. De los nuevos criterios establecidos por la jurisprudencia nacional sobre abusividad de las cláusulas de indexación.

17.- La Sentencia del Tribunal Supremo 669/2017, de 14 de diciembre, reconoce que una cláusula como la controvertida es una condición general de la contratación, y puede estar sujeta al control de transparencia subjetiva, pero la somete a dos límites.

18.- En concreto, no incluye en los mecanismos de información la existencia de distintos tipos existentes en el mercado con diferente incidencia en la liquidación final de cada cuota del préstamo hipotecario a largo plazo.

19.- Así dice: “Este principio de transparencia se traduce en un especial deber a cargo de las entidades financieras de informar tanto con carácter previo como durante la ejecución del contrato de financiación de manera clara, inteligible y comprensible sobre la definición legal del índice financiero elegido por las partes; los momentos contractuales en los que se deba producir la variación del tipo de interés aplicable y términos en los que se producirá tal variación en atención al valor de los índices de referencia adoptados; y la publicidad de los valores del índice de referencia adoptado para la adaptación del tipo de interés remuneratorio”.

20.- Y, por otra parte, la cláusula controvertida está sujeta a la intervención administrativa, lo que excluiría el control de transparencia al caso.

21.- En concreto, dice: “el índice como tal no puede ser objeto del control de transparencia desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE, sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores. El art. 4 LCGC excluye de su ámbito de aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas, al igual que hace el art. 1.2 de la Directiva 93/13. Así lo indica también el preámbulo de la Directiva”.

V. Razones que han llevado a este órgano a preguntarse sobre la interpretación o validez de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión en relación con el derecho nacional y su interpretación.

A. Transparencia en la indexación de referencia en préstamos hipotecarios a largo plazo a interés variable celebrados con consumidores

22.- En línea con lo que dispone la STJUE de 10 de mayo de 2001, asunto C-144/99, caso “Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos”, una cláusula como la que nos ocupa, a pesar de referirse al objeto principal del contrato, puede ser enjuiciada en términos de condición general de la contratación, y que, en cuanto están presentes en términos de asimetría un profesional y un adherente--consumidor, se trata de una condición impuesta por el profesional al consumidor de productos bancarios tales como préstamos hipotecarios.

23.- En efecto, entiende el Tribunal Supremo de España que, conceptualmente, no es imposible que una cláusula en la que se establece el interés remuneratorio de un contrato de préstamo sea una condición general de la contratación. Asimismo, al no constar que la cláusula en cuestión fuera negociada individualmente, debe considerarse que tiene tal cualidad de condición general, en tanto que reúne todos y cada uno de los requisitos necesarios para su calificación como tal.

24.- Como consecuencia de estas declaraciones, se admite por el Tribunal Supremo de España que puedan ser analizadas estas cláusulas es términos de transparencia subjetiva con el fin de limitar los efectos de la asimetría informativa que los consumidores pueden padecer respecto a la determinación de los índices.

25.- Por ese motivo, la normativa bancaria (Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, y Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios) establece un principio de transparencia en la contratación en la que se incluyan índices financieros.

26.- Este principio de transparencia se traduciría en un especial deber a cargo de las entidades financieras de informar tanto con carácter previo como durante la ejecución del contrato de financiación de manera clara, inteligible y comprensible sobre la definición legal del índice financiero elegido por las partes; los momentos contractuales en los que se deba producir la variación del tipo de interés aplicable y términos en los que se producirá tal variación en atención al valor de los índices de referencia adoptados; y la publicidad de los valores del índice de referencia adoptado para la adaptación del tipo de interés remuneratorio.

27.- En contenido de ese deber de transparencia vendría referido a “informar tanto con carácter previo como durante la ejecución del contrato de financiación de manera clara, inteligible y comprensible sobre la definición legal del índice financiero elegido por las partes; los momentos contractuales en los que se deba producir la variación del tipo de interés aplicable y términos en los que se producirá tal variación en atención al valor de los índices de referencia adoptados; y la publicidad de los valores del índice de referencia adoptado para la adaptación del tipo de interés remuneratorio”.

28.- Pero, en cambio, no se establece la posibilidad de control del contenido económico del

índice de referencia elegido, señalando que en el mercado existen otros de contenido menos onerosos en términos económicos.

29.- Es cierto que 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 (art. 4,2 de la Directiva 93/13)

30.- No obstante, el Tribunal al que tenemos el honor de dirigirnos también ha establecido que las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de «objeto principal del contrato».

31.- Por tanto, la exclusión sólo abarcaría la adecuación entre el precio o la retribución prevista y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, pero no abarca a las cláusulas relativas a la contrapartida adeudada por el consumidor al prestamista o las que tengan incidencia en el precio efectivo que debe pagarse a este último por el consumidor (Sentencias del TJUE de 26 de febrero de 2015, C-143/2013, asunto Matei, y 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, asunto Kásler y Káslerné Rábai)

32.- Y es que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (S 20 de septiembre de 2017, C-186/16, asunto Andriuc vs Banca Românească SA)

33.- A la vista de esta esta jurisprudencia, y con relación a los índices de referencia de préstamos hipotecarios a largo plazo, este Tribunal alberga la duda, y considera, si la utilización de un índice de los existentes en el mercado y objeto de publicidad oficial por parte del Banco de España que comporte mayor carga económica para el consumidor, no sólo debe ser objeto de información al cliente, sino que debe de advertir que existen otros que comportan una carga más benigna.

34.- La elección de un índice de referencia no puede dejarse al arbitrio de la entidad bancaria, porque de ello depende el comportamiento futuro del consumidor. La elección debe ser negociada entre la partes y con pleno conocimiento de todas las circunstancias por el consumidor, que no debe quedar expuesto a la comparativa del mercado una vez que el préstamo ha sido firmado y se esté ejecutando. Se alberga la duda, por tanto, de si los índices o fórmulas algebraicas que permiten conformar la prestación del consumidor deben ser considerados elementos accesorios o contrapartida adecuada, sujetas al control de transparencia por los jueces nacionales.

B. De la exclusión del enjuiciamiento del abuso de las entidades bancaria por existencia de reglamentación

35.- La exposición de motivos de la Directiva 93/13/CEE dice lo siguiente: «(c)onsiderando 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 por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; 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».

36.- En consecuencia, el art. 1,2 de la Directiva dice que 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.

37.- En la misma línea, la ley nacional, la Ley 7/1998, de 13 abril, de condiciones generales de la contratación, establece que “(t)ampoco será de aplicación esta Ley a las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, ni las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes”.

38.- Según jurisprudencia del TJUE, esta exclusión se extiende a las disposiciones del Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes con independencia de su elección o a aquellas de tales disposiciones aplicables por defecto, es decir, cuando las partes no llegan a un acuerdo diferente al respecto, puesto que en ellas el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos, equilibrio que el legislador de la Unión ha decidido expresamente preservar (Auto de 5 de julio de 2016, asunto 7/2016, asunto Giráldez Villar).

39.- En el presente caso, el legislador estableció en su momento unos índices de referencia, dentro de los cuales las partes podían elegir. Por tanto, si bien se trata de normas que intentan preservar el derecho del consumidor a que no se le imponga un interés usurario y/o abusivo en préstamos hipotecarios a largo plazo, el contenido de la norma permite la elección entre las partes del índice pertinente, que no puede quedar al arbitrio de la entidad bancaria, sino a la negociación con total transparencia del profesional que impone un índice más favorable.

40.- A la vista de lo anterior, este Tribunal alberga la duda de si la reglamentación nacional como la aplicable a los índices de referencia en la fijación del interés variable en préstamos con garantía hipotecaria a largo plazo son disposiciones imperativas excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, en la medida en que dichas disposiciones permiten la elección de un interés concreto en detrimento de otro que pueda ser más favorable al consumidor.

VI. Planteamiento de cuestión prejudicial.

41.- En estos términos se planteará la cuestión. Descartamos las propuestas de los actores en su informe, dado que el deber de transparencia es asumido por el Tribunal Supremo. Rechazamos las alegaciones de Cajamar, porque, según lo expuesto, esta Sala considera que la cuestión expuesta excede lo que considera una “opinión”, sino sobre la interpretación y aplicación del Derecho Comunitario.

42.- Consideramos que la aplicación por las entidades bancarias en exclusiva de la normativa sobre transparencia bancaria en materia de indexación del interés variable de productos hipotecarios a largo plazo, cuando dicha normativa permite la elección del tipo de referencia permitido por el Banco, sin cumplir por éste sus deberes de transparencia, puede ser declarado abusivo, sin que se oponga a ello el que dichas alternativas estén expresamente recogidas en normas de rango reglamentario. Contra lo que alega Cajamar, en esta materia no hay jurisprudencia, sino otra tangencial sin referirse a la cuestión aquí tratada.

43.- Como ha dicho en otras ocasiones el TJUE al que tenemos el honor de dirigirnos, en jurisprudencia bien conocida, sólo es rechazable la cuestión cuando resulte evidente que la cuestión o cuestiones no guardan relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética, o cuando no se defina en el auto de planteamiento el contexto fáctico y el régimen normativo en el que se inscriben las cuestiones que plantea. Creemos que en el presente caso se cumplen los presupuestos para una respuesta.

Vistos los preceptos citados, y demás de general y pertinente aplicación, en atención a lo expuesto,

La SALA DISPONEplantear CUESTIÓN PREJUDICIAL AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA conforme a los anteriores hechos y fundamentos de derecho, con petición de su tramitación urgente, por el que se resuelva en aplicación de la Directiva 93/13/CEE, de 5 abril, de protección al consumidor, de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, sobre las siguientes cuestiones:

1) *¿La utilización de un índice de referencia en la contratación de préstamos hipotecarios a largo plazo a interés variable de los existentes en el mercado y objeto de publicidad oficial por parte del Banco de España, excluye su enjuiciamiento en términos de transparencia, incluso cuando se hayan utilizado los expresamente permitidos por la legislación específica, si dicha legislación permite a las partes la elección del índice y dicho Banco utilizó uno de ellos sin informar al cliente de la existencia de otros aplicables más favorables al consumidor?*

2) *En tanto que dicha normativa permite la elección de índice de referencia aplicable de entre los previstos, ¿Una normativa nacional como la aplicable en el asunto principal (a saber, entre otras y principalmente, la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, Orden EHA/2899/2011, de 28 de*

octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos, en desarrollo de las Leyes 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, o su antecesor artículo 48 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito) pueden considerarse “disposiciones legales o reglamentarias imperativas” en la contratación de préstamos hipotecarios a largo plazo a interés variable en el sentido del art. 1,2 de la Directiva 93/13/CEE?

Con suspensión del plazo para dictar sentencia, elévese la cuestión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Remítase testimonio de la resolución por la que se presenta cuestión prejudicial, junto con todas las actuaciones, al Tribunal de Justicia mediante correo certificado con acuse de recibo dirigido a la Secretaria del Tribunal de Justicia, Rue du Fort Niedergrünewald, L-2925 Luxemburgo y copia simple de la misma al Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial -Fax: 91 7006 350- (REDUE Red del CGP de Expertos en Derecho de la unión Europea).

Contra el presente auto no cabe recurso alguno de conformidad a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto Cartesio, C-210/06).

Diligencia. Seguidamente se cumple lo ordenado, de lo que doy fe.

Concuerda bien y fielmente con su original al que me remito y para que así conste, extiendo y firmo el presente testimonio en ALMERÍA, a diez de abril de dos mil dieciocho.

EL/LA LETRADO/A DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

“En relación a los datos de carácter personal, sobre su confidencialidad y prohibición de transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento, deberán ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia (ex Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal)”.

