



Fecha de recepción : 17/09/2018



Inscrito en el registro del Tribunal de
Justicia con el número1082497.....
Luxemburgo, el 08 -06- 2018 El Secretario,
por orden
Fax/E-mail:
Presentado el: 7/6/18.....
Leticia Carrasco Marco
Administradora

Referencia de presentación efectuada a : DC91178
través de e-Curia
Número de fichero : 1
Autor de la presentación : María José García-Valdecasas Dorrego
(R211444)
Fecha de presentación : 07/06/2018



OBSERVACIONES DEL REINO DE ESPAÑA

EN EL ASUNTO C- 125/18, GOMEZ DEL MORAL GUASH

AL TRIBUNAL DE JUSTICIA

EL REINO DE ESPAÑA,

representado por Doña María José García-Valdecasas Dorrego Abogado del Estado de la Abogacía del Estado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en calidad de Agente, habiendo aceptado que se le practiquen las notificaciones por e-Curia, al amparo del artículo 23 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dentro del plazo que dicho precepto establece, procede a formular las siguientes **observaciones**¹:

ÍNDICE

I.- HECHOS	2
II.- CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS	2
III.- MARCO JURÍDICO: LA REGULACIÓN DE LOS ÍNDICES OFICIALES Y LA SENTENCIA 669/2017 DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA	4
III.1.- EL IRPH	4
III.2.- LA SENTENCIA 669/2017 DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA	11
IV.- OBSERVACIONES SOBRE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL	13
IV.I- Primera cuestión	13
IV.II.- Segunda cuestión	16
IV.II.1 Segunda cuestión, apartado 1	17
IV.II.2 Segunda cuestión, apartado 2	22
IV.II.3 Segunda cuestión, apartado 3	26
IV.III.- Tercera cuestión	30
V.- SOLICITUD DE LA LIMITACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA EN EL TIEMPO	32
VI.- RESPUESTA A LAS CUESTIONES PREJUDICIALES	34

¹ Debido a la trascendencia y a la complejidad de la cuestión planteada, así como a la necesidad de tener que responder a 5 cuestiones prejudiciales distintas, el presente escrito de observaciones excede necesariamente del número de páginas recomendado.

I.- HECHOS

1. El 19 de julio de 2011 Don Gómez del Moral Guash (el prestatario) suscribió un contrato de préstamo hipotecario con Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (luego Bankia) por un importe de 132.222,66 euros.
2. La cláusula tercera bis recogía el tipo de interés variable señalando (la negrita es nuestra): *"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, incrementando en 0,25 puntos porcentuales".*
3. El contrato de préstamo hipotecario también preveía un índice sustitutivo del IRPH (para el caso de desaparecer el mismo) que era el IRPH CECA.
4. Don Gómez del Moral Guash ha interpuesto demanda en procedimiento ordinario demandando la nulidad de esta cláusula tercera bis que señala como se determinará el tipo de interés variable. En la presente cuestión prejudicial nos vamos a referir a esta cláusula como la cláusula que referencia el préstamo con garantía hipotecaria al "IRPH CAJAS" (Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios) más un diferencial de 0,25.
5. El juez nacional tiene dudas sobre la posible nulidad de este índice, separándose de la conclusión a la que llegó el Tribunal Supremo de España en su sentencia de 14 de diciembre de 2017 [ES:TS:2017:4308], por lo que ha decidido plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia

II.- CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS

6. El Juzgado de Primera Instancia número 38 de Barcelona (en adelante, órgano jurisdiccional remitente) ha decidido plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales, al amparo del artículo 267 del TFUE:

Primero. "¿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 93/13², ya que no se trata de una disposición obligatoria sino que se incorpora tal interés variable y remuneratorio opcionalmente por el profesional del contrato?"

Segundo

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?

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.

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 referencia su préstamo al IRPH?

Tercero. 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 [quien tiene la condición de] 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.

III.- MARCO JURÍDICO: LA REGULACIÓN DE LOS ÍNDICES OFICIALES Y LA SENTENCIA 669/2017 DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA

7. En aras de la concisión procesal el Reino de España no va reproducir el marco jurídico expuesto por el órgano jurisdiccional nacional en el auto de planteamiento al que nos remitimos. Nos limitaremos a explicar en el siguiente epígrafe la regulación del IRPH en tanto índice oficial, y a explicar la Sentencia del Tribunal Supremo de España 669/2017 que consideró que el “índice IRPH” quedaba fuera de la Directiva 93/13/CEE en virtud de su artículo 1, apartado 2. En aquellos supuestos en los que consideremos necesario reproducir una disposición legal para facilitar la exposición de nuestra argumentación, la incluiremos en nuestro escrito de observaciones.

III.1.- El IRPH

8. La cláusula objeto de controversia en esta cuestión prejudicial es lo que se conoce como el **IRPH Cajas**. Debe ponerse de manifiesto que la cláusula inserta en el contrato de préstamo hipotecario no denomina este índice así (no se refiere al “*IRPH Cajas*”), sino que recoge la definición del mismo, es decir, recoge cómo se calcula el índice oficial al que se referencia el tipo de interés. Ello es coherente dado que la normativa española tampoco ha recogido formalmente esta denominación, sino que nuestra normativa se limita a describir distintos tipos oficiales a los que se referencia el interés remuneratorio. A estos índices se les conoce como Índices de Referencia del Préstamo Hipotecario, esto es, **IRPH**. Y el **IRPH Cajas** sería a su vez una modalidad del IRPH en la medida en que solo se toma en consideración para su cálculo las operaciones de crédito realizadas por las Cajas de Ahorro.
9. El IRPH Cajas, en el momento de contratarse el préstamo hipotecario era un **índice oficial publicado mensualmente en el Boletín Oficial del Estado**, y para comprender de forma adecuada su funcionamiento debemos distinguir las tres siguientes etapas de la regulación de los índices de referencia de los préstamos hipotecarios en España.

a) Primera etapa: el nacimiento de los índices de "referencia"

10. En España se produjo la liberalización de los tipos de interés y dividendos bancarios y financiación a largo plazo con la Orden del Ministerio de Economía y Comercio de 17 de enero de 1981. Tras esta liberalización, y a solicitud de la Asociación Hipotecaria Española, se empezaron a publicar en 1986 en el Boletín Oficial del Estado por parte

de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera (Ministerio de Economía) unos "índices de referencia" de préstamos hipotecarios. Estos índices de referencia tenían "*carácter meramente informativo, a los efectos de su utilización referencial en el Mercado Hipotecario*".²

11. La base de cálculo de estos tipos de referencia estaba constituida por los tipos de interés medio de las operaciones de crédito hipotecario a plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre³. Y se publicaba la media de los tipos de interés según las operaciones de crédito se refiriesen: i) a Entidades oficiales de crédito; ii) Bancos; iii) Cajas de Ahorro; iv) Sociedades de crédito hipotecario.

12. A estos índices de referencia se sumaron otras referencias diseñadas por iniciativa privada. Con la finalidad de evitar confusiones, simplificar los tipos utilizados, y de dar seguridad jurídica al mercado hipotecario, el Banco de España recomendó a las entidades de crédito la utilización⁴ de cuatro índices de referencia, entre los cuales estaba el "*Tipo medio de los créditos hipotecarios nuevos, a más de tres años, para financiación de vivienda libre (recogido en la resolución de la DGTPF de 4.2.1991), en las siguientes modalidades:*

- *De la banca privada.*

- *De las cajas de ahorros*"⁵.

13. Este índice era conocido usualmente como TAE de los préstamos hipotecarios de vivienda libre de bancos y de cajas y es el antecedente inmediato del que denominamos IRPH. Se

² Así se estableció por primera vez en la Resolución de 20 de junio de 1986 de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera por la que se publican índices de referencia en el Mercado Hipotecario (BOE núm. 164 de 10 de julio de 1986) y en la Resolución de 5 de diciembre de 1989 de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera.

³ Estos tipos de interés medio eran declarados al Banco de España según la Circular del Banco de España núm. 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (BOE núm. 226 de 20 de septiembre de 1990).

⁴ Esta recomendación se refleja en el Boletín Económico del Banco de España, diciembre, 1993, en el artículo titulado "*Tipos de referencia recomendados para las operaciones de crédito hipotecario a tipo de interés variable*", que se aporta como anexo 1. También aparece esta recomendación en la Resolución del Banco de España de 21 de enero de 1994 por la que mensualmente se hacen públicas las referencias recomendadas por el Banco de España para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda (BOE núm. 19 de 22 de enero de 1994).

⁵ Los otros tres índices referenciales serían los siguientes según la publicación antes citada :

- Tipo activo de las operaciones de crédito a medio y largo plazo de las cajas de ahorros, según la formula protocolizada CECA (conocido como indicador de la Confederación Española de Cajas de Ahorro de tipos activos y también indicador CECA)

- Tipo de rendimiento del mercado secundario de la deuda pública anotada, con plazo residual entre dos y seis años (recogido en la resolución de la DGTPF de 5.12.1989); conocido como "rentabilidad interna de la Deuda Pública"

- Media mensual del MIBOR a un año, publicado por el Banco de España "conocido como Mibor a un año"

trataba de establecer un índice de referencia que reflejase adecuadamente los tipos de mercado respondiendo a características de objetividad y estabilidad⁶.

14. Como consecuencia de esta recomendación el Banco de España empezó a publicar el mismo los índices de referencia desde el 22 de enero de 1994⁷.
15. b) segunda etapa: la conversión de los índices de "referencia" en índices "oficiales"
16. Estos índices de "referencia" recomendados pasaron a ser "índices oficiales" desde el momento en que la disposición adicional segunda de la Orden de 5 de mayo de 1994⁸, del Ministerio de la Presidencia, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios⁹, **habilitó al Banco de España para, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, definir mediante Circular un conjunto de índices o tipos de interés de referencia "oficiales", susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable, señalando que el Banco de España haría públicos su valores regularmente¹⁰ en el Boletín Oficial del Estado.**
17. Esta orden es la que estaba vigente en el momento en que se concertó el préstamo hipotecario objeto de esta cuestión prejudicial, por lo que es necesario tener en cuenta dos aspectos de la misma. El primero, que en su artículo 6.2 impuso que solo podían utilizarse índices de referencia que cumpliesen dos condiciones: i) que no dependiesen exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni fuesen susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades; ii) que los datos que sirviesen de base al índice fuesen agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.
18. El segundo, que se establecieron obligaciones de "información" o "transparencia" en su anexo I donde se señalaba como elementos mínimos que contendrían los folletos

⁶ Así lo reflejaba la Resolución de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera de 4 de febrero de 1991, complementaria de las de 20 de junio de 1956 y de 5 de diciembre de 1989 por la que se acuerda la publicación de índices de referencia de préstamos hipotecarios (BOE núm. 35 de 9 de febrero de 1991).

⁷ Así lo estableció la Resolución del Banco de España de 21 de enero de 1994 por la que mensualmente se hacen públicas las referencias recomendadas por el Banco de España para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda (BOE núm. 19 de 22 de enero de 1994).

⁸ BOE de 11 de mayo de 1994.

⁹ Esta Orden fue dictada fue dictada en habilitación de una Ley, en concreto, del artículo 48.2 de la ley 26/1988 de 28 de julio sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito (BOE núm. 182, de 30 de julio de 1988) que permitía determinar cuestiones relativas a operaciones financieras típicas. La Orden se aplicaba a los préstamos en los que la garantía hipotecaria recaía sobre una vivienda, operación financiera típica, generalmente asociada a la adquisición del inmueble. Y dada su finalidad tuitiva se circunscribe, deliberadamente, a los préstamos hipotecarios sobre viviendas, concertados por personas físicas, cuya cuantía no rebasase los 25 millones de pesetas.

informativos sobre préstamos hipotecarios, en relación al tipo de interés variable que debía informarse el “Índice o tipo de referencia” y, específicamente “*su evolución durante , al menos, los dos últimos años naturales, así como el último valor disponible.*” Y el anexo II, 3^{bis} señalaba qué información debía reflejarse en las cláusulas financieras de los contratos de préstamo hipotecario sujetos a la referida Orden al definir el tipo de interés variable. En particular la letra c) del artículo 3bis disponía que al definir el tipo de interés variable el mismo debería expresarse en alguna de las formas previstas en dicho artículo o de cualquier otro modo “*siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho*”.

19. En virtud de la habilitación otorgada en la Orden el **Banco de España fijó los siguientes índices oficiales** en la Circular 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la Circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela (cuya definición y forma de cálculo se recogía en el anexo VIII):
20. **Primero:** El Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de bancos (conocido como IRPH Bancos). Lo define la orden 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 en el mes al que se refiere el índice por el conjunto de bancos.
21. **Segundo:** El Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorro (conocido como IRPH Cajas). Lo define la Circular 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 en el mes al que se refiere el índice por el conjunto de cajas de ahorro.
22. **Tercero:** 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 (conocido como IRPH conjunto de entidades). Lo define la Circular 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 en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario.

23. Cuarto: El Tipo activo de referencia de las cajas de ahorro (conocido como indicador CECA). Lo define la Circular como el noventa por ciento, 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.
24. Quinto: El Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años.
25. Sexto: El Tipo interbancario a 1 año (Mibor).
26. **Como puede comprobarse la definición del índice que recoge la escritura de préstamo hipotecario coincide con la definición del segundo índice que recoge la Orden. Es decir, la cláusula no hace sino reflejar el contenido de dicha disposición.**

c) tercera etapa: reestructuración de los índices oficiales y desaparición del IRPH Cajas

27. La regulación de los índices oficiales permaneció prácticamente invariable¹¹ hasta la entrada en vigor de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, (que derogó la Orden de 5 de mayo de 1994) y de 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 (que a su vez derogó la Circular 8/1990, con excepción de su norma octava).
28. Esta Orden fija nuevos tipos de interés oficiales y, adicionalmente, dejan de tener la condición de tipos oficiales de referencia los índices o tipos de referencia que se conocían como IRPH Bancos, IRPH Cajas e índice CECA. Tras la supresión de estos índices surge un nuevo índice oficial conocido como IRPH entidades que sería el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por todas las “entidades de crédito” en España.

¹¹ La Circular 7/99, de 29 de junio, del Banco de España (de Entidades de crédito, sobre modificación de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones de protección a la clientela) modificó la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, incluyó un nuevo índice oficial ligado al comportamiento del EURIBOR (BOE núm. 163 de 9 de Julio de 1999).

29. Respecto a los índices oficiales que desaparecen, como es el caso del IRPH Cajas, objeto de la presente cuestión prejudicial, se establece un régimen transitorio para los préstamos hipotecarios que empleasen los mismos. Así, la disposición transitoria única de la Orden EHA/2899/2011 determinó que estos continuarían publicándose y siendo considerados aptos a todos los efectos en tanto no se estableciese un régimen de transición para los préstamos afectados¹².
30. El régimen de transición para los préstamos afectados fue aprobado por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización¹³, que en su disposición adicional decimoquinta estableció que las referencias a los tipos desaparecidos serían sustituidas, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato. Y, en defecto de tipo sustitutivo contractual, la sustitución se realizará por *“el tipo de interés oficial denominado «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España»¹⁴, aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo.”*
31. Esta sustitución implicaba la novación automática del contrato sin suponer una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita. Y se preveía expresamente que las partes carecerían de acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo o crédito.
32. Esta sustitución afectó al contrato de préstamo que estamos examinando, en la medida en que tanto el tipo de referencia estipulado (IRPH Cajas) como el tipo sustitutivo que preveía el contrato de préstamo hipotecario (tipo CECA) desaparecieron de conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre. Por lo tanto, el tipo de interés que ahora se aplica a este contrato es un tipo que se ha impuesto legislativamente, con arreglo a lo explicado en el apartado anterior.

d) la regulación de índices a nivel comunitario

¹² No podían ser aplicados por las entidades de crédito en las nuevas contrataciones de préstamos hipotecarios.

¹³ BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013.

¹⁴ Esto es, el que ahora se conoce como IRPH Conjunto de entidades.

33. Finalmente debe recordarse que a nivel de la Unión Europea existe una regulación de índices de referencia, que aunque no es aplicable porque el contrato de préstamo hipotecario es anterior a su aprobación, si resulta importante a los efectos de comprender la importancia que tienen los índices de referencia, sean o no sean oficiales, en la Unión Europea.
34. Por una parte actualmente está vigente el **Reglamento 2016/1011 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016** sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros o para medir la rentabilidad de los fondos de inversión, y por el que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2014/17/UE y el Reglamento (UE) n° 569/2014¹⁵. Esta norma es importante porque pretende contribuir al adecuado funcionamiento del mercado interior, a la vez que al logro de una elevada protección de los consumidores e inversores. Por lo tanto, a nivel de la Unión Europea se reconoce que los índices de referencia contribuyen al funcionamiento del mercado interior y a elevar la protección de los consumidores.
35. El IRPH es, a los efectos del Reglamento 2016/2011, un índice de referencia elaborado por un Banco Central (el Banco de España) debiendo señalarse que los Bancos Centrales quedan excluidos de su ámbito de aplicación conforme a su artículo 2.1 letra a). Debe enfatizarse que quedan excluidos porque, tal y como reconoce el propio Reglamento en su considerando (14), los bancos centrales ya responden a principios, criterios y procedimientos que garantizan el desempeño de su actividad con integridad e independencia y son responsables de establecer procedimientos internos adecuados que garanticen la exactitud, integridad, fiabilidad e independencia de esos índices de referencia, especialmente por lo que respecta a la transparencia en materia de gobernanza y metodología de cálculo.
36. Por otra parte debemos recordar también que la **Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010¹⁶** también se refiere a los índices de referencia. En particular su artículo 24 regula someramente los índices a los que se puede referenciar el tipo de interés de los

¹⁵ DOUE 29.6.2016.

¹⁶ DOUE 28.2.2014.

préstamos sometidos a su ámbito de aplicación. Respecto de los créditos de tipo variable establece que (el subrayado es nuestro):

“En caso de que el contrato de crédito sea un crédito de tipo variable los Estados miembros se asegurarán de que:

a) todo índice o tipo de referencia utilizado para calcular el tipo deudor sea claro, accesible, objetivo y verificable por las partes en el contrato de crédito y por las autoridades competentes, y

b) los proveedores de índices para el cálculo de los tipos deudores o bien los prestamistas conserven registros históricos de dichos índices.”

III.2 LA SENTENCIA 669/2017 DEL TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA

37. La cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente fue ya abordada por el Tribunal Supremo de España en su sentencia 669/2017 [ES:2017:4308]. El Reino de España considera que las apreciaciones realizadas por el Alto Tribunal español pueden arrojar un poco de luz al problema planteado por lo que se procede a explicar las mismas de forma pormenorizada.
38. El Tribunal Supremo consideró que **un Índice oficial (en ese caso no era el IRPH cajas sino el IRPH entidades) no podía ser objeto de control de transparencia ni de control de abusividad**, desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE. Ello porque *“la parte predisponente no define contractualmente el índice de referencia, sino que se remite a uno de los índices oficiales regulados mediante disposiciones legales para este tipo de contratos”*.¹⁷
39. No obstante, el Tribunal Supremo hace también una serie de consideraciones sobre la transparencia de **“la cláusula que incorpora el índice”** y, tras analizar la cláusula de **interés variables objeto de recurso de casación (incluida en un contrato suscrito por la entidad Kutxabank, S.A.)**, el Tribunal Supremo concluye que **la misma supera el control de transparencia tanto desde el punto de vista formal como desde el punto de vista material**.
40. Desde el punto de vista formal la cláusula que analizó el Tribunal Supremo superaría lo que el Alto Tribunal español denomina el criterio de inclusión porque es clara,

¹⁷ Fundamento sexto, apartados 1, 2 y 3.

comprensible, y permite al prestatario comprender y aceptar el interés variable que se calcularía por referencia a un tipo fijado y controlado por el Banco de España¹⁸.

41. Desde el punto de vista material la cláusula que analizó el Tribunal Supremo sería transparente y permitiría conocer la carga económica. Considera que el consumidor puede conocer de manera sencilla que tendrá que pagar el resultado de sumar el índice y el diferencial¹⁹.
42. Al efecto señala que al ser un índice oficial le resulta fácilmente accesible al consumidor medio normalmente informado conocer los distintos sistemas de cálculo y comparar las opciones utilizadas²⁰. Y no era exigible ni que se ofrecieran distintos índices ni que se explicase cómo se elaboraba el índice²¹.
43. Tampoco considera pertinente en el examen el hecho de que el EURIBOR haya tenido un comportamiento más favorable para el consumidor²² porque un “sesgo retrospectivo” no puede servir de pauta para el control de transparencia apoyándose al efecto en las consideraciones que el Tribunal de Justicia hizo en el asunto C-186/16, apartados 53 y 54; porque es un razonamiento que no tiene en cuenta que el tipo de interés no es solo el índice sino el índice más el diferencial y que no consta que los diferenciales aplicados a préstamos con Euribor fueran más beneficiosos que los diferenciales aplicados al IRPH, afirmando que estadísticamente los diferenciales del IRPH son más bajos; y porque este razonamiento tampoco tendría en cuenta que los diferenciales tenían mayor o menor magnitud en función de otros datos contractuales (domiciliación de la nómina, vinculaciones...).
44. Precisa que lo relevante no es la diferencia entre el IRPH y el EURIBOR sino cuál va a ser su evolución futura, y eso no puede exigirse al banco que lo conociera ni que lo informara²³. Siendo así que además el comportamiento anterior del valor EURIBOR e IRPH había sido bastante similar.
45. Finalmente concluye que resulta contradictorio afirmar que el Banco sabía que el IRPH iba a ser más beneficioso que el EURIBOR y que solo se hayan utilizado en un número de

¹⁸ Fundamento sexto apartado 5.

¹⁹ Fundamento sexto apartado 5.

²⁰ Fundamento sexto, apartado 8.

²¹ Fundamento sexto, apartado 9, donde el Tribunal Supremo también pone de relieve que la mención del índice no se hacía siquiera mediante una denominación que pudiera resultar desconocida para el consumidor, sino mediante su definición básica, que resultaba ilustrativa.

²² Fundamento sexto, apartado 10.

²³ Fundamento sexto, apartado 13.

préstamos que no llega al 15%. Por lo misma razón podría haberse anulado la referencia al EURIBOR si su evolución hubiera sido más favorable²⁴.

IV.- OBSERVACIONES SOBRE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL

IV.I- Primera cuestión

46. Mediante la primera pregunta planteada el órgano remitente pregunta, en esencia, si debe proceder a controlar al amparo de la Directiva 93/13/CEE “el índice, IRPH Cajas”. Dice así la pregunta literalmente (la cursiva y el subrayado es nuestro): “*Este índice, IRPH Cajas, ¿debe ser objeto de tutela por el juzgador en el sentido de examinar que sea comprensible para el consumidor...?*”.
47. El juez remitente considera que el índice sí puede ser objeto de control porque al utilizarlo o incorporarlo al contrato ello “lo convierte en una cláusula que debe ser comprensible para el consumidor”²⁵. Y considera que no tiene carácter imperativo porque pueden utilizarse otros índices.
48. El Reino de España no comparte la apreciación hecha por el juez remitente y considera que no es posible controlar un índice oficial como el IRPH Cajas al amparo de la Directiva 93/13/CEE. Debe señalarse que el control que quiere hacer el órgano jurisdiccional es únicamente el control del índice. Pues bien, el índice en sí estaría excluido del control de abusividad conforme al artículo 1, apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE. El tenor de este artículo es claro, las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas no estarán sometidas a las disposiciones de la presente Directiva.
49. El Reino de España no desconoce que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia exige que para comprobar si la cláusula está excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE, en virtud de su artículo 1, apartado 2, deben concurrir dos condiciones. La primera condición es que la cláusula contractual debe reflejar una disposición legal o reglamentaria y, además, esta disposición legal debe ser imperativa. Es decir, la cláusula debe reflejar las disposiciones del Derecho nacional que se aplican entre las partes contratantes con independencia de su elección, o aquellas que son aplicables por defecto,

²⁴ Fundamento sexto, apartado 13.

²⁵ Apartado 27 del auto de planteamiento de la cuestión prejudicial.

es decir, cuando las partes no hayan pactado otra cosa (sentencia de 10 de septiembre de 2014, Kusionova, C-34/13; EU:C:2014:2189, apartado 70 y sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriciuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 30).

50. Pero el Reino de España entiende que con base a esta jurisprudencia no puede aplicarse la Directiva 93/13/CEE sin más a índices oficiales, fijados legal y reglamentariamente, sobre el que las partes no tengan poder de disposición alguno²⁶. Es decir, el contrato refleja un índice cuya configuración no está sujeta a la disposición de las partes en modo alguno, por lo que verdaderamente lo que ocurre es que el índice no tiene naturaleza contractual. Las partes acuerdan someterse al mismo, pero lo que es el “índice en sí” no es una cláusula como tal porque refleja una disposición reglamentaria sobre la que las partes no pueden influir en modo alguno. No existe un “predisponente del tipo IRPH”, el tipo IRPH lo define, lo fija, lo calcula, y lo supervisa el Banco de España, que además lo publica en el Boletín Oficial del Estado. Y más aún, no es un simple índice de referencia, sino que es un índice “oficial”.
51. De esta forma, el IRPH, por su propia naturaleza no puede ser abusivo. Es incompatible con el propio concepto de abusividad que recoge la Directiva 93/13/CEE intentar controlar judicialmente un índice oficial fijado por la normativa reglamentaria de un Estado miembro. La abusividad supone que se cause en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (artículo 3, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE). Un índice fijado oficialmente, fijado reglamentariamente, y supervisado por un Banco central nacional no es susceptible de ser abusivo.
52. Por ello, para dar una adecuada respuesta a esta cuestión, además del contenido del artículo 1, apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE debemos tener en cuenta el considerando 13 de la Directiva 93/13/CEE que explica 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”.
53. El Reino de España ha explicado de forma pormenorizada las disposiciones de Derecho español aplicables al IRPH y a los demás índices oficiales en los apartados 7 a 32 de este escrito de observaciones a los que nos remitimos. La razón de dicha explicación es para

²⁶ El propio juez remitente pone de manifiesto en su auto de planteamiento, en el apartado 21, que el IRPH Cajas fue y ha sido un índice reglado, normativo y, por lo tanto, legal.

poner de manifiesto que se ha utilizado un índice “oficial” en este contrato de préstamo y que el uso de índices oficiales es común en los contratos de préstamo hipotecario en España porque así se incentiva además por parte de la Administración con la finalidad de dotar de seguridad jurídica al mercado hipotecario, y para garantizar también la protección del consumidor. De esta forma el cálculo de los intereses no depende de un “profesional predisponente” sino que el método de cálculo al referirse a un índice oficial se vuelve objetivo y no es susceptible de causar un desequilibrio. El índice en sí no es susceptible de ser abusivo.

54. Todas estas consideraciones llevan ineludiblemente a considerar que este índice queda fuera de la Directiva 93/13/CEE. La incorporación del índice a la cláusula no cambia su naturaleza jurídica de índice oficial. De hecho, al no poder ser susceptible de declararse abusivo, es innecesario proceder a aplicar la Directiva 93/13/CEE a este índice. La Directiva, como explica su considerando 15, tiene por finalidad fijar de forma general los criterios de apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales. Si el índice no puede ser susceptible de declararse abusivo con arreglo a la Directiva 93/13/CEE es totalmente innecesario someterlo a los controles que la misma establece, y, por lo tanto, tampoco es necesario examinar si el mismo es o no es transparente. Ello en la medida en que el control de transparencia que deriva de la Directiva 93/13/CEE es un control “previo” al control de abusividad (en el supuesto de las cláusulas que se refieren a las prestaciones esenciales del contrato recogidas en el artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE), o es un elemento a tener en cuenta en general a la hora de ver si la cláusula es o no es abusiva (con arreglo a los criterios que se fijan en los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva 93/13/CEE).

55. Es más, que el IRPH Cajas refleja una disposición reglamentaria queda confirmado desde el momento en que, como hemos explicado en el apartado 29 de este escrito de observaciones, en el momento actual el tipo IRPH Cajas no existe y no se está aplicando para calcular los intereses en el contrato de préstamo hipotecario que ha dado lugar al litigio nacional. El IRPH Cajas desapareció y el legislador español estableció mediante una disposición legal e imperativa un método de cálculo de los intereses legales en aquellos supuestos en los que los contratos de préstamo hipotecario estuvieran referenciados al IRPH Cajas (y no existiera un índice sustitutivo pactado contractualmente). Es decir, ahora se aplica de forma imperativa un tipo previsto legalmente y las partes no han podido sustraerse en modo alguno a esta aplicación.

56. Debe señalarse que la conclusión que defiende el Reino de España coincide con la conclusión a la que llegó el Tribunal Supremo en la sentencia 669/2017 que consideró que el Índice no podía ser objeto de control de transparencia ni de control de abusividad tal y como hemos explicado en el apartado 38 de este escrito de observaciones al que nos remitimos.
57. En consecuencia, el Reino de España considera que debe responderse a la primera pregunta en el sentido de que el índice IRPH Cajas no debe ser objeto de tutela por el juzgador al amparo de la Directiva 93/13/CEE, en el sentido de examinar que sea comprensible para el consumidor, dado que está regulado por disposiciones reglamentarias o administrativas, se publica mensualmente en el Boletín Oficial del Estado y queda fuera del ámbito de aplicación de la citada Directiva en virtud de lo previsto en el artículo 1.2 de la Directiva 93/13/CEE.
58. A la vista de la respuesta dada a esta pregunta no resulta preciso contestar a las siguientes cuestiones prejudiciales en la medida en que el tipo IRPH queda fuera del ámbito de aplicación de la aplicación de la Directiva 93/13/CEE. No obstante, y para el supuesto de que el Tribunal de Justicia llegase a la conclusión contraria, pasamos a dar respuesta al resto de las cuestiones planteadas.

IV.II.- Segunda cuestión

59. Mediante la segunda cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente pregunta tres cuestiones distintas, si bien todas giran en torno al artículo 4 apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE. El órgano jurisdiccional cita este artículo porque la cláusula en la que se ha insertado el índice IRPH es la cláusula que fija el precio del contrato en la medida en que fija la remuneración del préstamo bancario. Queda claro que se trata de un elemento que afecta a las prestaciones esenciales del contrato de préstamo.
60. En este sentido el Tribunal de Justicia ya ha determinado que en contratos de crédito en los que el prestatario se compromete a reembolsar la cantidad prestada con intereses, las prestaciones esenciales de ese contrato se refieren a una cantidad de dinero que debe ser reembolsada. (Andriciuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 38). La determinación de los intereses remuneratorios se refiere a la propia naturaleza de la obligación del deudor, el reembolso del dinero prestado y los intereses, estamos ante el precio del contrato y, por lo tanto, forma parte de las prestaciones esenciales y queda cubierto por el artículo 4.2 de la Directiva (así se deduce expresamente de las

consideraciones que hace el TJ en la sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14, EU:C:2017:60, apartado 64).

61. Por lo tanto, si va a realizarse un control judicial del posible carácter abusivo del “IRPH Cajas” incorporado al contrato de préstamo hipotecario en una cláusula (insistimos, no obstante, en que el Reino de España considera que el IRPH Cajas en sí queda fuera del control que impone la Directiva 93/13/CEE), entonces debe partirse de que se trata de un elemento que afecta a la prestación principal del contrato. En consecuencia, primero habría que controlar si es o no es transparente, y sólo y únicamente si no es transparente se impondría un control de abusividad conforme a la Directiva 93/13/CEE.
62. Por razones de claridad expositiva pasamos a examinar las distintas preguntas formuladas por el juez remitente de forma separada.

IV.II.1 Segunda cuestión, apartado 1

63. Mediante esta cuestión el tribunal remitente pregunta si es posible que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, pueda ser invocado y aplicado por un órgano jurisdiccional español en la medida en que *“tal disposición no ha sido transpuesta en 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 si estuvieran redactadas de manera clara y comprensible”*.
64. Para poder contestar a esta pregunta es preciso señalar previamente que no resulta cierto que el legislador español pretendiese que se pudiese extender el control de abusividad del carácter abusivo de las cláusulas que describen las prestaciones esenciales de los contratos en los supuestos en los que estas estuvieran redactadas de manera clara y comprensible. Es decir, en ningún momento fue opción expresa del legislador español no aplicar la exclusión que recoge el artículo 4 apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE. En virtud del artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE, la apreciación del carácter abusivo no se refiere a las cláusulas contempladas en esta disposición (es decir, a las cláusulas que *describen las prestaciones esenciales de los contratos* (Sentencia de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros de Madrid y Monte de Piedad, C-484/08, EU:C:2009:682, apartado 34), siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible (Caja de Ahorros de Madrid y Monte de Piedad, C-484/08, EU:C:2009:682 apartado 31).

65. Lo único que ocurre es que en la legislación española la exclusión contenida en el artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE, no se ha incorporado formalmente en la legislación española. Esta falta de incorporación formal²⁷ no puede interpretarse como una voluntad expresa del legislador español de permitir controlar la abusividad de los elementos que aparecen referidos al objeto principal del contrato cuando los mismos están redactados de manera clara y comprensible, es decir, cuando son transparentes.
66. El Reino de España no desconoce que el Tribunal de Justicia examinó en la cuestión prejudicial Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08) esta falta de incorporación formal concluyendo que: *"En consecuencia, en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible....."* (Caja de Ahorros de Madrid y Monte de Piedad, C-484/08, EU:C:2009:682 apartado 42) y que al autorizar un control jurisdiccional completo, la normativa española permite garantizar al consumidor, conforme al artículo 8, una protección efectiva más elevada que la prevista por la Directiva 93/13/CEE (Caja de Ahorros de Madrid y Monte de Piedad, C-484/08, EU:C:2009:682 apartado 43).
67. No obstante debe señalarse que el Tribunal Supremo de España no había llevado a cabo dicha interpretación. En el auto de planteamiento que dio lugar al asunto Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid el Tribunal Supremo de España estaba intentando determinar las consecuencias de esa falta de incorporación "formal" del artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE²⁸, y preguntaba si era posible que, con arreglo al artículo 8 de la

²⁷ Sobre esta falta de incorporación formal ya preguntó el Tribunal Supremo de España en el asunto Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08. Se aporta, a los meros efectos ilustrativos, y con la finalidad de aportar claridad a la compleja situación que se está analizando en la presente cuestión prejudicial, un artículo doctrinal que pone de relieve el "silencio" legislativo existente, y como fue voluntad expresa del legislador español incorporar la exclusión del artículo 4 apartado 2 a nuestro ordenamiento jurídico interno. El artículo se titula: *"¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 de junio de 2010 (Caja de Madrid, C-494/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (pleno) de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo."* Según indica el artículo existe una versión en inglés, previa a la aparición de la STS 9 mayo 2013, en el libro TERRY, N. E. et al. (eds.), *The Consumer and the Internal Market: Has EU Consumer Law Come of Age? Half a Century of EU Consumer Law Landmark, Decisions, Intersentia, Cambridge, 2013*.

²⁸ En este sentido el auto de planteamiento que dio lugar al asunto Caja de Ahorros indicaba que el Tribunal Supremo estaba intentando interpretar el ordenamiento jurídico nacional, y al efecto señalaba en el fundamento 4, apartado 3, segundo párrafo de dicho auto de planteamiento que: *"...el órgano judicial nacional debe interpretar el ordenamiento nacional a la luz del tenor literal y de la finalidad de la Directiva....Esta es la*

Directiva 93/13/CEE, el legislador español hubiese otorgado una mayor protección permitiendo el control de abusividad de las cláusulas que afectaban a los elementos esenciales, a pesar de la exclusión del artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE. No obstante, insistimos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no determinó en ningún momento, ni antes, ni después de la sentencia Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, que el legislador español hubiera pretendido permitir el control de abusividad de las cláusulas que afectaban a la prestación principal del contrato, cuando estas están redactadas de manera clara y comprensible.

68. De hecho, el propio Tribunal Supremo de España consideró con posterioridad a la sentencia Caja de Ahorros que **la voluntad del legislador español había sido la de incorporar la exclusión del artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE a nuestro ordenamiento jurídico. Y que la reforma que llevó a cabo La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación²⁹ al incorporar la Directiva 93/13/CEE ponen de manifiesto la expresa incorporación de este artículo a la legislación española.** En este sentido se pronunció por primera vez la sentencia de 18 de junio de 2012 [ES:TS:2012:5966]³⁰ que explicó que al modificar la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación el artículo 10 de la antigua Ley General de Defensa de Consumidores de 1984, (se aportó un nuevo artículo 10, en su número primero, apartado -C -), se sustituyó la expresión amplia de "*justo equilibrio de las contraprestaciones*" por "*desequilibrio importante de los derechos y obligaciones*". Todo ello de acuerdo con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE para limitar el control de abusividad, de modo que, tras la reforma,

posición que nos corresponde adoptar ante la Directiva 93/13/CEE y de ahí las dudas sobre el significado de su artículo 8, en relación con el 4.2 de la misma y los artículos 2, 3.1 g) y 4.1 del Tratado".

²⁹ BOE núm. 89 de 14 de abril de 1998.

³⁰ La sentencia explicó literalmente en su Fundamento de Derecho Segundo que (el subrayado y la cursiva es nuestra): "*Por otra parte, en el Derecho de los consumidores, informado desde nuestro texto Constitucional, artículo 51 CE, así como por los Tratados y numerosas Directivas de la Unión Europea, tampoco puede afirmarse que, pese a su función tuitiva, se altere o modifique el principio de libertad de precios. Baste recordar al respecto que la Ley de condiciones generales de la contratación tuvo por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación, cuyo artículo 4.2 excluía expresamente del control de contenido de las cláusulas abusivas tanto la definición del objeto principal del contrato como la adecuación con el precio pactado, siempre que se definieran de manera clara y comprensible. De esta forma, en la modificación de la antigua ley general de defensa de consumidores de 1984, por la aportación del nuevo artículo 10, en su número primero, apartado -C-, se sustituyó la expresión amplia de justo equilibrio de las contraprestaciones" por "desequilibrio importante de los derechos y obligaciones", en línea de lo dispuesto por la Directiva a la hora de limitar el control de contenido que podía llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, de ahí que pueda afirmarse que no se da un control de precios, ni del equilibrio de las prestaciones propiamente dicho.*" Añadiendo al efecto que "*d). Por último, y aunque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, debe entenderse, por aplicación teleológica de la Directiva del 93, artículo 4.2, que los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia (artículos 5.5 y 7 de la ley de condiciones generales y 10.1. a) de la ley general de defensa de consumidores y usuarios).*"

había que entender que no cabía controlar el precio ni el equilibrio de las prestaciones. Así se consolidó jurisprudencialmente con la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 [ES:TS:2013:1916]³¹.

69. Y es en este contexto en el que el Tribunal Supremo de España en su reciente y abundante jurisprudencia referida al control de abusividad de las cláusulas que se refieren a las prestaciones esenciales del contrato viene examinando si las mismas son o no son transparentes. El Tribunal de Justicia ya tuvo ocasión en su sentencia sobre cláusulas suelo de examinar la interpretación que el Tribunal Supremo de España había hecho de la exigencia de transparencia del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE (así lo recoge expresamente el apartado 48 de la sentencia de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980).
70. Por lo tanto, es evidente que si se controla la transparencia de las cláusulas esenciales antes de ver si son o no son abusivas es porque la legislación española ha incorporado el contenido del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE a la legislación española.
71. Y esta conclusión a la que ha llegado el Tribunal Supremo de España no resulta contraria al artículo 8 de la Directiva 93/13/CEE tal y como sugiere el órgano jurisdiccional nacional en la cuestión que estamos examinando. Cuando el Tribunal de Justicia concluyó en el asunto Caja de Ahorros que el artículo 8 de la Directiva 93/13/CEE también se aplica al artículo 4.2 (Caja de Ahorros de Madrid y Monte de Piedad, C-484/08, EU:C:2009:682 apartado 35) lo único que indicaba es que los Estados miembros pueden otorgar una mayor protección (Caja de Ahorros de Madrid y Monte de Piedad, C-484/08, EU:C:2009:682 apartado 40).
72. El mínimo que hay que respetar, en todo caso, es que la prohibición de apreciar el carácter abusivo de las cláusulas que se refieren a las prestaciones esenciales de los contratos únicamente puede referirse a las redactadas de manera clara y comprensible (Caja de Ahorros de Madrid y Monte de Piedad, C-484/08, EU:C:2009:682, apartado 39 *in fine*). Este mínimo no se puede reducir: por ello una normativa nacional que impide el control

³¹ La sentencia de 9 de mayo de 2013 (ES:TS:2013:1916) es la conocida sentencia sobre cláusulas suelo, y la misma determinado en su apartado 195 que (la cursiva y el subrayado es nuestro): " 195. *En aplicación de tal doctrina esta Sala en las SSTS 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006; 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007, apuntaron, más o menos obiter dicta [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, no se extiende al del equilibrio de las "contraprestaciones" -que identifica con el objeto principal del contrato- a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio. "*

jurisdiccional de estas cláusulas en todo caso y también cuando no son transparentes no permite alcanzar los resultados perseguidos por el artículo 4.2 (Caja de Ahorros de Madrid y Monte de Piedad, C-484/08, EU:C:2009:682 apartados 37 y 38). Pero este mínimo puede mejorarse o ampliarse para garantizar un mayor nivel de protección al consumidor³² (Caja de Ahorros de Madrid y Monte de Piedad, C-484/08, EU:C:2009:682 apartado 40 Caja de Ahorros): por ello un Estado puede decidir que no exista esta prohibición, y que pueda apreciarse el carácter abusivo de las cláusulas que se refieren a las prestaciones esenciales de los contratos, incluso aunque estén redactadas de manera clara y comprensible.

73. De esta forma la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España respeta el mínimo de protección otorgado por la Directiva 93/13/CEE, no está otorgando una protección menor que la pretendida por la Directiva 93/13/CEE ni una protección menor que la pretendida por el legislador español al transponerla. Al fin y al cabo eso es lo que está preguntando el juez nacional, si al invocar y aplicar el artículo 4, apartado 2, se está otorgando la misma protección que pretendió el legislador español al transponer la Directiva 93/13/CEE a nuestro ordenamiento jurídico.

74. La invocación que se hace por el Tribunal Supremo de España en su jurisprudencia del artículo 4 apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE y la que hacen también el resto de órganos jurisdiccionales españoles), debe entenderse en el sentido de que las normas del Derecho nacional deben interpretarse con arreglo al Derecho de la Unión y con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que las interpreta. Por lo tanto, es perfectamente posible, y, de hecho, es obligación de los jueces nacionales tener en cuenta dichas disposiciones de Derecho de la Unión.

75. Más aún, en la legislación española lo que ocurre, como explicaron las sentencias de 18 de junio de 2012 [ES:TS:2012:5966], y de 9 de mayo de 2013 [ES:TS:2013:1916] del Tribunal Supremo, es que no cabe el control de abusividad de las prestaciones esenciales. La ausencia formal y literal de una disposición como el artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE no puede llevar a sostener que no ha sido incorporada a la legislación nacional. Este razonamiento, con todo el respeto posible, es un razonamiento que supondría impedir

³² Debe señalarse que el juez nacional indica en el apartado 46 de su auto de planteamiento que conforme a la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (EU:C:2010:309), el nivel de protección debe ser más elevado que el de la Directiva 93/13/CEE. No obstante consideramos, con el debido respeto, que esta interpretación no se ajusta al contenido de la sentencia citada. Lo que el Tribunal de Justicia hizo en la citada sentencia fue "autorizar" a que el legislador elevase el nivel de protección del consumidor. Es decir, en ningún modo impuso el Tribunal de Justicia en la citada sentencia un nivel de protección mayor en aquellos supuestos en los que la legislación nacional que transpone la Directiva no ha querido otorgar una mayor protección.

aplicar los criterios de interpretación de las normas nacionales así como de las normas de la Unión Europea.

76. De hecho, el propio Tribunal de Justicia al que nos dirigimos, ha indicado expresamente que es obligación del juez nacional interpretar su Derecho nacional con arreglo al artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13/CEE, en orden a permitir el control de abusividad de las cláusulas contractuales cuando estas no son transparentes (en este sentido se pronunció en la sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler and Kásler Rábai, C-26/13, apartados 62 a 69).
77. En definitiva, lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España está garantizando es que pueda haber un control jurisdiccional de la abusividad de las cláusulas referidas a las prestaciones esenciales del contrato en aquellos supuestos en los que estas cláusulas “no” hayan sido redactadas de manera clara y comprensible. Y lo hace interpretando el Derecho nacional conforme al artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE.
78. A la vista de estas consideraciones el Reino de España considera que no resulta contrario a la Directiva 93/13/CEE ni a su artículo 8 que un órgano jurisdiccional español invoque y aplique el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE en la medida en que está interpretando el ordenamiento jurídico nacional conforme al Derecho de la Unión.

IV.II.2 Segunda cuestión, apartado 2

79. El apartado 2 de la segunda cuestión prejudicial pregunta sobre qué elementos es necesario informar al consumidor para ver si la cláusula “IRPH” era o no era transparente. Antes de contestar debe llamarse la atención sobre que esta pregunta se hace en la medida en que el órgano jurisdiccional remitente es consciente de que antes de ver si la cláusula es o no es abusiva (es una cláusula que forma parte de las prestaciones esenciales del contrato) hay que hacer un control de transparencia, porque así se exige por nuestro ordenamiento interno, y así lo exige la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así lo hemos explicado en la pregunta a la que acabamos de dar respuesta.
80. Sobre el control de transparencia el juez nacional pregunta si es necesario transmitir los dos siguientes datos concretos:
- “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”*

“(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.”

81. Sobre esta cuestión debe ponerse de manifiesto previamente dos cuestiones. La primera, que la cláusula lo que incorpora es la definición del índice que estamos examinando, y que es una definición establecida reglamentariamente. Es decir, la definición del tipo de referencia y su fórmula de cálculo vienen establecidas en la normativa aplicable que establece un procedimiento matemático, objetivo y sencillo para su cálculo y determina la información que tienen que remitir las entidades a los clientes.
82. Y la segunda cuestión, que tratándose de un índice oficial lo que debe exigirse como transparencia es lo que las autoridades que regulan el índice hayan establecido cómo información que las entidades deban suministrar al consumidor con carácter previo a la contratación. En el momento en que se contrató el préstamo las obligaciones de información y transparencia³³ establecidas en la Orden de 5 de Mayo 1994 a las que hemos hecho referencia en el apartado 18 de este escrito de observaciones.
83. Es decir, tratándose de un índice “oficial”, publicado mensualmente en el Boletín Oficial del Estado y sujeto a normativas específicas, lo que debe comprobarse es si se cumplen o no se cumplen las obligaciones de información y transparencia en vigor cuando se contrató el préstamo y que se imponen a las entidades bancarias. Cuando el Reino de España defiende que estos índices incorporados a cláusulas contractuales no están sujetos al control de transparencia de la Directiva 93/13/CEE no significa que no esté sujeto a control alguno. El control de transparencia no es el que fija la Directiva 93/13/CEE sino el que fijan sus respectivas normas sectoriales, ya sea de la Unión Europea o de derecho nacional.
84. En cualquier caso, ponemos de manifiesto, que para el supuesto de que el Tribunal de Justicia considere que la Directiva 93/13/CEE sí se aplica al índice IRPH incorporado a una cláusula contractual, no es necesario informar sobre todos los extremos que señala el órgano remitente.

³³ En el momento actual Dicha transparencia se materializa en nuestro ordenamiento en la vigente Orden EHA/2899/2011, desarrollada por la Circular del Banco de España nº 5/2012, ambas publicadas en el Boletín Oficial del Estado.

85. Respecto de la concreta información sobre la que pregunta el juez remitente³⁴ debe suministrarse a los prestatarios en los préstamos hipotecarios a interés variable, **la misma sí debe comprender**

- i. **una explicación suficiente de los elementos que integran el tipo de referencia elegido**
- ii. **una explicación de su evolución pasada**

86. Debe señalarse que ambos aspectos debieron cumplirse por la entidad bancaria porque venían exigidos por la normativa española tal y como hemos explicado en el apartado 18 de nuestras observaciones escritas. Así, en el Folleto informativo sobre préstamos hipotecarios debía incluirse el índice o tipo, indicándose su evolución durante al menos los dos últimos años naturales, así como el último valor disponible. Y en la cláusula contractual debía definirse el mencionado índice o tipo de interés, el organismo público, asociación o entidad privada que lo elabore, la periodicidad y forma en que se publique o sea susceptible de conocimiento por el prestatario.

87. Por lo tanto, habrá que comprobar si se respetaron dichas disposiciones por la entidad bancaria.

88. Por el contrario, **no es necesario suministrar una explicación tan pormenorizada de cómo opera tal índice** tal y como pretende el juez nacional. Y ello porque ir más allá de la información referida, dando datos complejos que no son comprensibles para el consumidor medio no aporta ninguna información adicional. No tendría sentido por ejemplo suministrar una fórmula matemática compleja³⁵ si esta fórmula por su complejidad no va a ser comprensible por el consumidor medio.

89. **Tampoco es exigible dar una previsión sobre la posible evolución del índice.** Ello porque es un dato futuro que es imposible de suministrar. Además, carece de relevancia en un examen de abusividad porque la apreciación de la abusividad debe hacerse en relación al momento de celebrarse el contrato, y una cláusula puede entrañar una abusividad que solo se manifieste mientras se ejecute el contrato (Andriciuc y otros, C-186/16, EU:C.2017:703, apartados 53 y 54).

³⁴ Dados los términos de la pregunta nos vamos a pronunciar sobre los elementos que señala el juez remitente en el auto de planteamiento.

³⁵ El juez remitente pone de manifiesto en el apartado 45 de su auto de planteamiento que la fórmula de cálculo matemático forma parte de la comprensión de la cláusula. No obstante, las fórmula de cálculo del IRPH no aporta claridad por su complejidad, como tampoco pueden aportar claridad alguna la fórmula de otros índices como el EURIBOR o el MIBOR. No tiene sentido suministrar las fórmulas de estos tipos oficiales porque el consumidor medio no va a entenderlas.

90. Tampoco es exigible que se compare con otro tipo oficial como el Euribor. Primero, porque los tipos de referencia oficiales (incluidos el IRPH y el EURIBOR) se publican mensualmente en el Boletín Oficial del Estado, por lo que se trata de una información pública y accesible y comparable para cualquiera. Segundo, porque el juez remitente defiende la necesidad de que se informe sobre el EURIBOR, pero el EURIBOR es un índice como tantos otros índices, ¿por qué el EURIBOR?. Y además desconoce que en la práctica lo que ocurría es que el “producto” de las Cajas en aquel momento era ofrecer generalmente el IRPH. Si solían ofrecer este producto, no tiene mucho sentido que expliquen el producto de otras entidades bancarias distintas.
91. En cualquier caso, sobre la pertinencia de explicar el índice EURIBOR al consumidor que iba a contratar un contrato de préstamo hipotecario sujeto al IRPH es preciso detenerse. El juez nacional parte de la premisa (de hecho lo explica en el apartado 13 de su auto de planteamiento incluyéndolo en el marco fáctico) que el EURIBOR es más económico y que es el índice “habitual”. En definitiva, considera que el tipo de referencia EURIBOR es mejor que el tipo de referencia IRPH.
92. Al respecto debe ponerse de manifiesto que este razonamiento no es válido para exigir que se hubiere dado información sobre este índice concreto y no sobre cualquier otro índice igualmente válido. En primer lugar, como hemos explicado en el pie de página 11 de este escrito de observaciones el EURIBOR se incorporó como índice oficial en 1999. Esto es, dos años antes de la contratación del préstamo hipotecario objeto de la cuestión prejudicial por lo que en ese momento no era el índice habitual.
93. En segundo lugar, en el momento en que se concertó el préstamo hipotecario (año 2001) el IRPH Cajas y el EURIBOR tenían un comportamiento estadístico similar³⁶ y una evolución similar. Ello es lógico porque ambos se calculaban con arreglo a precios de mercado. Tras la crisis económica el EURIBOR varió su comportamiento al verse afectado por la falta de mercado interbancario *unsecured* y las inyecciones de liquidez del Banco Central Europeo.
94. Pero eso era imposible de saber en aquel momento. Es más, lo lógico es que el EURIBOR en algún momento vuelva a calcularse con arreglo a datos de mercado, y en ese momento puede que sea “menos económico” que el IRPH. Si esto sucede dentro de 5 años siguiendo el razonamiento del órgano jurisdiccional remitente ¿habría entonces que dejar sin efecto el EURIBOR en los contratos de préstamo hipotecario referenciados a este índice?. Porque al fin y al cabo este es el razonamiento que subyace al exigir la comparación de un tipo con

³⁶ Debe señalarse que el órgano remitente incorpora una tabla estadística comparando ambos índices que no resulta relevante porque coge un periodo que abarca desde el año 2000 al año 2013, cuando el contrato de préstamo hipotecario es del año 2001.

otro que “con posterioridad” tienen un comportamiento económico más favorable. Es más, si siguiéramos este razonamiento, incluso los consumidores que tienen un contrato con un interés fijo podrían pedir que se les cambie por un tipo variable referenciado al EURIBOR, porque ha tenido un comportamiento económico más favorable. No podemos olvidar que estamos hablando de contratos de préstamos hipotecario de 20, 30 o 40 años y durante este periodo los tipos de referencia pueden cambiar en su comportamiento estadístico. Precisamente esta es la diferencia entre un interés fijo y un interés variable.

95. Por otro lado, el órgano jurisdiccional remitente nos dice que el IRPH solo tenía un 10% de mercado frente al EURIBOR que tenía un 90%. Lo cierto es que el IRPH era un índice generalmente aplicado y normalmente se utilizaba por una serie de entidades de crédito (fundamentalmente Cajas), en contraposición al EURIBOR que era utilizado por otras entidades de crédito. Ello no pone de manifiesto ningún elemento de falta de transparencia.
96. Por lo tanto, no puede resultar obligatorio compararlo con otros índices oficiales que en un futuro pudieran ser más económicos, porque el futuro como no puede ser de otra forma, siempre es incierto.
97. A la vista de todo ello el Reino de España considera que debe responderse a esta cuestión en el sentido de que si fuese aplicable la Directiva 93/13/CEE a la transparencia de estos índices, sí sería necesario informar cómo se configura el índice y cómo ha evolucionado en el pasado, pero no es necesario informar de los demás elementos que señala el órgano remitente. No sería necesario informar sobre cómo podría evolucionar en el futuro, ni publicitar tampoco aquellas gráficas que expliquen de manera clara y comprensible al consumidor la evolución de este tipo en relación con el EURIBOR.

IV.II.3 Segunda cuestión, apartado 3

98. Mediante la tercera cuestión del apartado 2 el juez nacional pregunta si la falta de información de todos los elementos señalados por el órgano remitente no supondría: i) “la falta de comprensión de la cláusula al no ser clara para el consumidor medio”, ii) o “un trato desleal por parte del profesional” y que, por lo tanto, el consumidor de ser informado no hubiera aceptado referenciar su préstamo al IRPH.
99. Al efecto lo primero que debe ponerse de manifiesto es la complejidad de esta pregunta. En primer lugar, porque pregunta si pueden anudarse dos consecuencias a la falta de información. Así, pregunta si la falta de información puede suponer la falta de comprensión de la cláusula, o si puede suponer un trato desleal. En segundo lugar, pregunta si cualquiera

de estas dos consecuencias deben llevar a concluir que el consumidor no hubiera aceptado referenciar el préstamo al IRPH. Por razones de claridad vamos a ir analizando estos tres elementos de forma separada.

i) ¿supone la falta de información una falta de comprensión de la cláusula?

100. Consideramos que la falta de información de los elementos identificados por el juez nacional en la pregunta precedente no puede suponer automáticamente una falta de comprensión de la cláusula. Lo que debe comprobar el juez remitente es sí el consumidor podía o no podía entender la cláusula. La falta de información no es determinante porque habrá contratos que expongan de manera transparente el motivo y las particularidades de la cláusula cuestionada. Lo fundamental es comprobar si el consumidor puede prever las consecuencias económicas de la cláusulas. Por lo tanto, debe examinarse si el consumidor medio, atento y perspicaz (Kásler y Káslerné Rabai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 74 y Andriđiuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 54) podría valorar las consecuencias económicas de su decisión.

101. En este caso no podemos dejar de poner de manifiesto que se trata de una cláusula transparente. Y es que un consumidor medio puede conocer de manera sencilla que el índice oficial atendería a la media de las operaciones de crédito de las Cajas. Por lo tanto, es perfectamente posible que la cláusula sea transparente no mediando información sobre la misma, más allá que la contenida en el contrato.

ii) ¿supone la falta de información un trato desleal?

102. En un segundo orden el órgano jurisdiccional remitente pregunta si la falta de información constituye un trato desleal. Al efecto el Reino de España considera que no debe contestarse a esta pregunta dado que lo que es o no es un trato o práctica desleal forma parte de la Directiva de Prácticas Comerciales Desleales y el órgano jurisdiccional remitente no ha dado indicaciones precisas sobre por qué debe o no debe ser un trato desleal.

103. Adicionalmente, no son trasladables los efectos que impone el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE en el caso de que haya un trato desleal. La Directiva 2005/29/CE no regula los efectos de las prácticas comerciales desleales y por ello deja fuera de su ámbito de aplicación tanto las acciones individuales ejercidas por quienes hayan resultado perjudicados por una práctica comercial desleal como las normas en materia contractual (considerando 9 y artículo 3 apartado 2, ambos de la Directiva 2005/29/CE)³⁷.

³⁷ Esta cuestión está siendo objeto de examen en la cuestión prejudicial C-109/17, Bankia, no habiéndose dictado aun sentencia del Tribunal de Justicia en la fecha en la que se presentan estas observaciones escritas.

104. Por ello, la pregunta segunda, apartado 3, la vamos a contestar sin entrar a valorar si hay trato o no hay trato desleal, ni de cuáles pueden ser las consecuencias si lo hubiera, consecuencias que de ningún modo son las previstas en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE. Queriendo añadir únicamente que si las apreciaciones que hace el órgano jurisdiccional remitente en esta cuestión prejudicial son más propias de una práctica comercial (cómo se ha ofertado el IRPH o cómo tenía que haberse comercializado el IRPH) entonces las preguntas deberían haberse realizado a la luz de la Directiva 2005/29/CE y no de la Directiva 93/13/CEE. No obstante no ha dado el órgano remitente indicaciones precisas sobre este aspecto.

iii) ¿supone la falta de comprensión de la cláusula la nulidad de la misma conforme al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE?

105. El Reino de España considera que el tercer inciso de esta pregunta (*que, por lo tanto, el consumidor de ser informado no hubiera aceptado referenciar su préstamo al IRPH*) se refiere a la nulidad de la cláusula. Así, en el auto de planteamiento explica en el apartado 47 que en el caso de que el banco hubiera incumplido sus obligaciones de información entonces habría que acordar la nulidad de la cláusula conforme al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE. Y, como consecuencia de la nulidad de la cláusula, el juez remitente pregunta por la posible nulidad del contrato.

106. Al efecto queremos poner de manifiesto que para dar una respuesta útil al juez remitente el Reino de España considera esencial que el Tribunal de Justicia recuerde, en la respuesta que se dé a la cuestión prejudicial, que la Directiva 93/13/CEE no establece que la falta de transparencia de lugar a la nulidad de la cláusula conforme al artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE.

107. El artículo 6.1 solo impone la nulidad de la cláusula contractual ("*no vincularán al consumidor*" en terminología de la Directiva) en los supuestos en los que esta sea una cláusula abusiva. Y los criterios generales que permiten apreciar la naturaleza abusiva de las cláusulas contractuales sujetas a las disposiciones de la Directiva 93/13/CEE son los recogidos en los artículos 3, apartado 1, y 4, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE (Caja de Ahorros de Madrid y Monte de Piedad, C-484/08, EU:C:2009:682 apartado 33). Es decir, la falta de transparencia no hace abusiva una cláusula al amparo de la Directiva 93/13/CEE. Y ello porque puede haber una cláusula que no sea transparente pero que tampoco sea abusiva,

porque no cause en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes.

108. Y tampoco la legislación española anuda la consecuencia que pretende el órgano jurisdiccional remitente. La falta de transparencia en el Derecho español no supone la "abusividad" de la cláusula, y así lo ha interpretado también la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España³⁸.

109. En el supuesto de cláusulas que describen las prestaciones esenciales de los contratos (artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE) lo que ocurre es que es necesario examinar previamente si las mismas son o no son transparentes antes de realizar el control jurisdiccional de abusividad. El examen de transparencia es un filtro previo al examen de abusividad. Es decir, si la cláusula no es transparente ello habilita o permite el control jurisdiccional de la abusividad de la cláusula contractual. Esto es así porque el artículo 4,2 de la Directiva 93/13/CEE " tiene únicamente por objeto establecer las modalidades y el alcance del control de contenido de las cláusulas contractuales no negociadas individualmente, que describen las prestaciones esenciales de los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor". (Caja de Ahorros de Madrid y Monte de Piedad, C-484/08, EU:C:2009:682 apartado 34).

110. Por lo tanto, si estamos examinando una cláusula contractual a la luz de la Directiva 93/13/CEE tras el control de transparencia debe haber un control de abusividad y en el control de abusividad deben aplicarse los criterios establecidos por la Directiva 93/13/CEE y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

111. Dado que estamos hablando de una cláusula de intereses remuneratorios resulta muy esclarecedor acudir a la sentencia de 26 de enero de 2017 dictada en el asunto Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60). En esta sentencia también se examinaba una cláusula relativa al cálculo de intereses ordinarios, si bien en este caso se había incluido una fórmula

³⁸ En este sentido la sentencia de 8 de junio de 2017 [ES:TS:2017:2244] indica en su apartado 25 que (la cursiva y el subrayado es nuestro): " *Es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva pues tal como afirmábamos en el apartado 250 de la sentencia 241/2013 «la falta de transparencia no supone necesariamente que [las condiciones generales] sean desequilibradas». Tal afirmación se explica porque esa falta de transparencia puede ser, excepcionalmente, inocua para el adherente, pues pese a que el consumidor no pueda hacerse una idea cabal de la trascendencia que determinadas previsiones contractuales pueden tener en su posición económica o jurídica en el desarrollo del contrato, las mismas pueden no tener efectos negativos para el adherente.*" Y en el mismo sentido se pronuncia la sentencia de 7 de noviembre de 2017 [ES:TS:2017:3919] indicando en su apartado 10 que (la cursiva y el subrayado es nuestro) " *En cuanto a las consecuencias de la falta de transparencia, hemos dicho en diversas resoluciones que posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas.*"

matemática que no era oficial y que dividía el capital pendiente de devolución y los intereses devengados por el número de días que conforman un año comercial (360 días) en vez de 364 días. El juez nacional explicaba en su auto de planteamiento que la cláusula no era clara ni comprensible debido a este método de cálculo, y el Tribunal de Justicia explicó que "en estas circunstancias", es decir, debido a que la cláusula, según el juez remitente, no estaba redactada de manera clara y comprensible en el sentido del artículo 4.2, incumbía al órgano jurisdiccional remitente examinar el carácter abusivo de dicha cláusula (Banco Primus, C-421/14, EU:C:2017:60, apartado 64). Es decir, tras el control de transparencia debe hacerse un control de abusividad y ver si la cláusula causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes.

112. Por ello, si finalmente el Tribunal de Justicia considera que el tipo IRPH incorporado a una cláusula contractual es susceptible de control jurisdiccional de abusividad (el Reino de España sigue insistiendo en que un tipo oficial incorporado a una cláusula contractual no es susceptible de un control jurisdiccional de abusividad) consideramos que una respuesta útil al juez remitente debe suponer partir de nuevo de los criterios que el Tribunal de Justicia ya dio en la sentencia Banco Primus.

113. En este caso consideramos que serían aplicables los tres primeros criterios que dio en la sentencia Banco Primus, y, en consecuencia, para apreciar si la cláusula que recoge el tipo IRPH es abusivo el órgano jurisdiccional debe: i) compararlo con el tipo efectivo resultante de otros modos de cálculo generalmente aplicados; ii) compararlo con el tipo legal de interés, iii) y compararlo con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato controvertido en relación con un contrato de préstamo con un importe y una duración equivalentes (Banco Primus, C-421/14, EU:C:2017:60, apartado 65).

114. Por lo tanto, debe responderse a esta cuestión en el sentido de que para que se den las consecuencias establecidas en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE el juez nacional debe comprobar si la cláusula es abusiva. Y tratándose de un tipo que fija el interés remuneratorio el órgano jurisdiccional debe i) compararlo con el tipo efectivo resultante de otros modos de cálculo generalmente aplicados; ii) compararlo con el tipo legal de interés, iii) y compararlo con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato controvertido en relación con un contrato de préstamo con un importe y una duración equivalentes.

IV.III.- Tercera cuestión

115. La última pregunta del juez remitente se refiere a cuáles deben ser las consecuencias de declarar “la nulidad del IRPH cajas”. Sobre esta pregunta queremos aclarar dos cuestiones. La primera, que entendemos que únicamente se refiere a la nulidad del IRPH incorporado contractualmente al contrato de préstamo que examina porque no acertamos a entender cómo podría declarar nulo un tipo previsto legalmente (El Reino de España sigue insistiendo en que un tipo oficial aún incorporado a una cláusula contractual no puede por su propia naturaleza ser abusivo).
116. Y la segunda cuestión, que esta última pregunta solo sería de utilidad si el juez nacional llegase a la conclusión de que el IRPH incorporado a una cláusula contractual es “abusivo”. En este caso las consecuencias son que la cláusula debe tenerse por no puesta y el órgano remitente pregunta si el préstamo debe seguir vigente sin interés o si puede sustituirlo por el EURIBOR.
117. No obstante esta cláusula forma parte del precio del contrato, y sin la misma el contrato no puede subsistir. Así lo admite el órgano remitente en el apartado 48 del auto de planteamiento que indica que afecta a un elemento esencial del préstamo³⁹. De hecho, el órgano remitente es consciente de que sin el interés el contrato debe resolverse en perjuicio del consumidor, por ello en ningún momento plantea que la entidad bancaria deba devolver al consumidor las cantidades pagadas en virtud de este tipo, dado que ello conllevaría la correlativa obligación del consumidor de devolver íntegramente el capital prestado.
118. En este escenario de falta de subsistencia del contrato debe recordarse que el legislador comunitario no precisó en el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE, qué debe hacerse ante la falta de subsistencia del contrato. La solución que deba darse debe ser una solución que se ajuste a la Directiva 93/13/CEE. La única solución que a día de hoy el Tribunal de Justicia ha considerado conforme a la Directiva 93/13/CEE ha sido la aplicación de una disposición legal supletoria en defecto de pacto en la sentencia Kásler y Kásler Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282). No obstante, hay más soluciones posibles siempre que las mismas sean conformes con la Directiva 93/13/CEE.
119. En este supuesto concreto debemos recordar que no existen en la actualidad ni el tipo IRPH Cajas ni el tipo sustitutorio que prevea el contrato de préstamo hipotecario. El

³⁹ Debe señalarse que a pesar de la citada afirmación el órgano remitente plantea la posibilidad de que el contrato pueda subsistir. A juicio del Reino de España es incompatible afirmar que estamos ante un elemento esencial del préstamo y luego argumentar que el contrato puede subsistir. Un contrato de préstamo hipotecario es un contrato oneroso, no puede subsistir sin que haya un interés remuneratorio. Adicionalmente pretender que el profesional (la entidad bancaria) soporte la continuidad del préstamo sin interés remuneratorio alguno supondría atentar contra la finalidad de la Directiva 93/13/CEE que es restablecer la igualdad entre las partes y no dejar en una situación de onerosidad irrazonable al profesional. Volvemos a recordar que estamos hablando de contratos de préstamos hipotecario de 20, 30 o 40 años en los que se presta el dinero a cambio de una remuneración.

legislador español aprobó un índice legal sustitutorio que se aplica por imperativo legal en este tipo de contratos de préstamo hipotecario. Por lo tanto, el Reino de España considera que debe seguir aplicándose este tipo legal en el contrato. El hecho de que el índice se declare abusivo no impide que la previsión legislativa siga aplicándose como disposición legal supletoria ⁴⁰.

120. De esta forma preservaríamos el contrato y además tratándose de un tipo formulado legalmente e imperativamente, que no está a disposición de las partes, el juez nacional no estaría modificando el contenido de la cláusula sino aplicando una disposición legal e imperativa.
121. En el caso de que esta opción no fuera posible el Reino de España considera que entonces habría que acudir al interés legal del dinero. No obstante, esta opción es más perjudicial para el consumidor dado que el interés legal del dinero es mucho más alto en relación con el IRPH.
122. Finalmente, el Reino de España considera que sustituir un índice (IRPH Cajas) por otro índice (EURIBOR) carece de justificación. Es una apreciación subjetiva del órgano jurisdiccional que tendrá que decidir qué índice aplicar. Esa sustitución sí supone una integración subjetiva del contrato. Con esta solución además no cabe descartar que cuando el EURIBOR vuelva a tener un comportamiento estadístico ajustado al comportamiento del mercado, el consumidor pida que se le cambie de nuevo el tipo por otro más favorable.
123. Por ello el Reino de España propone que se responda a la presente cuestión prejudicial en el sentido de que si se declara la nulidad del IRPH Cajas, y con la finalidad de garantizar la subsistencia del préstamo hipotecario, este deberá seguir devengando interés. El juzgador podrá acordar la sustitución del tipo bien por el tipo establecido legalmente en sustitución del índice IRPH, bien por el interés legal del dinero.

V.- SOLICITUD DE LA LIMITACIÓN DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA EN EL TIEMPO

124. Como es sabido, la interpretación que hace el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como

⁴⁰ Debe aclararse que esta disposición legislativa fue aprobada porque se decidió suprimir el índice IRPH Cajas dado que ante la desaparición de la Cajas este índice ya no era suficientemente representativo. No tiene nada que ver con una posible abusividad de este tipo ni tiene ninguna relación con los problemas que ahora está examinando el Tribunal de Justicia en el asunto C-51/17, Ilyés et Kiss, en el que el Tribunal de Justicia está examinando una intervención del legislador llevada a cabo en vista de los litigios en materia de invalidez de cláusulas abusivas que afectaban a un gran número de contratos.

debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. Por lo tanto, la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez nacional, incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación.

125. Ahora bien, sólo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, en aplicación del principio de seguridad jurídica, limitar los efectos de sus sentencias respecto de relaciones jurídicas nacidas antes de la resolución judicial de que se trate. El Tribunal sólo ha recurrido a esta solución en circunstancias muy concretas cuando existía un riesgo de repercusiones económicas graves debidas, en particular, al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y era patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa de la Unión Europea en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones de la Unión, incertidumbre a la que habían contribuido eventualmente los mismos comportamientos observados por otros Estados miembros o por la Comisión.

126. Es evidente que en el presente caso concurren ambos requisitos.

1.- EL RIESGO DE REPERCUSIONES ECONÓMICAS MUY GRAVES.

127. Debe tenerse en cuenta que, como hemos explicado, el índice era un índice generalmente aplicado por las entidades de crédito, especialmente por las Cajas de Ahorro (sólo 7 entidades de crédito en España representan alrededor del 70% del volumen de operaciones crediticias hipotecarias referenciadas al IRPH). Por lo tanto, la nulidad de este índice incorporado a los contratos de préstamo hipotecario tendría un impacto extremadamente elevado sobre la estabilidad financiera del Estado español. Puede afirmarse que el impacto sobre el riesgo sistémico y la estabilidad financiera sería significativo y tendría un carácter inmediato.

128. La nulidad de la utilización del tipo de referencia IRPH en los préstamos con garantía hipotecaria si admitiésemos la tesis extrema del órgano remitente (que el préstamo fuera un préstamo sin interés) supondría: 1) la devolución íntegra de los intereses cobrados durante toda la vida de estos préstamos hipotecarios, 2) el lucro cesante de los intereses por cobrar en el futuro durante el resto de la vida del préstamo y 3) el pago de los intereses de demora o indemnizatorios por el tiempo transcurrido desde que se cobraron los intereses en el pasado. A ello habría que añadir otras posibles cantidades tales como las costas judiciales, los gastos de defensa o los costes operativos.

2.- EL ELEVADO NÚMERO DE RELACIONES JURÍDICAS CONSTITUIDAS DE BUENA FE

129. En relación al segundo requisito debe señalarse que el tipo IRPH es un tipo generalmente utilizado. Como se indica en la estimación económica del impacto existen 7 entidades que representan alrededor del 70% del volumen de operaciones crediticias hipotecarias referenciadas al IRPH.
130. Debe señalarse que aquellas entidades que utilizaban este índice lo hacían de buena fe. Era un índice oficial, regulado reglamentariamente, y supervisado por el Banco de España. De hecho, la utilización de índices oficiales se incentiva y se recomienda para garantizar el funcionamiento del mercado interior y, en particular, del mercado hipotecario. Contribuyen también a una mayor transparencia y protección del consumidor.
131. Todas las entidades bancarias que utilizaron el IRPH lo hicieron confiadas en que el nivel de información o transparencia que había que garantizar era el previsto en las normas en vigor en el momento de la celebración del contrato de préstamo hipotecario. Las normas en vigor establecían una serie de obligaciones previas a la contratación y regulaban el contenido mínimo de las cláusulas financieras incluidas en los contratos con interés variable.
132. El Tribunal de Justicia no se ha pronunciado aún sobre el uso de índices oficiales a la luz de la Directiva 93/13/CEE. Ni desde el punto de vista de su transparencia, ni desde el punto de vista de su abusividad. Por lo tanto, es patente la buena fe de todas las entidades bancarias afectadas que han constituido relaciones jurídicas de buena fe.
133. Por todo ello el Reino de España considera que se cumplen los requisitos establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y pide la limitación de los efectos de la sentencia que dicte si considera que el índice puede declararse abusivo a la luz de la Directiva 93/13/CEE.

VI.-RESPUESTA A LAS CUESTIONES PREJUDICIALES

134. A la vista de todos los argumentos expuestos, el Reino de España propone al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión prejudicial en los siguientes términos:
- A la primera pregunta: *“El índice IRPH Cajas no debe ser objeto de tutela por el juzgador al amparo de la Directiva 93/13/CEE, en el sentido de examinar que sea*

comprensible para el consumidor, dado que está regulado por disposiciones reglamentarias o administrativas, y queda fuera del ámbito de aplicación de la citada Directiva en virtud de lo previsto en el artículo 1.2”

- A la segunda pregunta:

- “No resulta contrario a la Directiva 93/13/CEE ni a su artículo 8 que un órgano jurisdiccional español invoque y aplique el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE en la medida en que está interpretando el ordenamiento jurídico nacional conforme al Derecho de la Unión.”

- “Resulta necesario informar cómo se configura el índice y cómo ha evolucionado en el pasado, pero no es necesario informar de los demás elementos que señala el órgano remitente, pero, por el contrario no es necesario informar sobre cómo podría evolucionar en el futuro, ni publicitar tampoco aquellas gráficas que expliquen de manera clara y comprensible al consumidor la evolución de este tipo en relación con el EURIBOR.”

- “Para que se den las consecuencias establecidas en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE el juez nacional debe examinar si el tipo es abusivo con arreglo a los criterios de la Directiva 93/13/CEE. Y tratándose de un tipo que fija el interés remuneratorio el órgano jurisdiccional debe i) compararlo con el tipo efectivo resultante de otros modos de cálculo generalmente aplicados; ii) compararlo con el tipo legal de interés, iii) y compararlo con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato controvertido en relación con un contrato de préstamo con un importe y una duración equivalentes.

- A la tercera pregunta: “ Si se declara la nulidad del IRPH Cajas, y con la finalidad de garantizar la subsistencia del préstamo hipotecario, este deberá seguir devengando interés. El juzgador podrá acordar la sustitución del interés bien por el interés establecido legalmente en sustitución del índice IRPH, bien por el interés legal del dinero.”

Madrid, a 7 de junio de 2018

LA ABOGADO DEL ESTADO

María José García-Valdecasas Dorrego



LISTA DE ANEXOS QUE PRESENTA EL REINO DE ESPAÑA

ANEXO 1.- Tipos de referencia recomendados para las operaciones de crédito hipotecario a tipo de interés variable», del Boletín Económico del Banco de España, diciembre, 1993 (citado en el pie de página número 4, página 5 de este escrito de observaciones).

ANEXO 2.- Artículo: “¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 de junio de 2010 (Caja de Madrid, C-494/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (pleno) de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo.”(citado en el pie de página 17, página 18 de este escrito de observaciones).