Fecha de recepción : 17/09/2018

descargado en www.asufin.com

Observaciones del Reino Unido

Asunto C-125/18 *

Documento presentado por:

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte

Denominación habitual del asunto:

GÓMEZ DEL MORAL GUASCH

Fecha de presentación:

1 de junio de 2018

ENTRE:

MARC GÓMEZ DEL MORAL GUASCH

Parte demandante

– y –

BANKIA, S.A.

Parte demandada

Presentadas por

Anneli Howard
Abogado
Monckton Chambers
1 Raymond Buildings
Gray's Inn London
London WC1R5NR

Simon Brandon
Agente
Government Legal Department
1 Horse Guards Road
SW1A2HQ

1 de junio de 2018

* Lengua de procedimiento: español.

descargado en www.asufin.com

La notificación podrá efectuarse asimismo por correo electrónico:

Dirección de correo electrónico: Simon.Brandon@dexeu.gov.uk

descargado en www.asufin.com

1 El Reino Unido, en virtud del artículo 20 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, presenta las siguientes observaciones escritas en relación con las cuestiones planteadas con carácter prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE por el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona (España) (en lo sucesivo, **«órgano jurisdiccional remitente»)** en su petición de 16 de febrero de 2018 (en lo sucesivo, **«resolución de remisión»).**

Antecedentes de hecho

2 Los hechos pertinentes para este asunto se exponen detalladamente en la resolución de remisión. En síntesis, con fecha de 19 de julio de 2001, el demandante suscribió con la demandada un contrato de préstamo hipotecario a largo plazo por importe de 132 222,66 euros. El contrato de préstamo hipotecario estipulaba para el primer semestre un tipo fijo y, posteriormente, un tipo variable que se calcularía incrementado en 0,25 puntos porcentuales el *Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios,* índice oficial que publica el Banco de España (en lo sucesivo, «IRPH»).

3 Según la resolución de remisión, el IRPH es un índice oficial regulado que se publica en el Boletín Oficial del Estado, diseñado por el Banco de España y la Dirección General del Tesoro. Este índice constituye 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.

4 En España, el IRPH se aplica en aproximadamente el 10 % de los préstamos hipotecarios y es más gravoso que el índice más frecuente, el euríbor, aplicado en el 90 % de los casos. Se estima que los prestatarios con hipotecas referenciadas al IRPH pagan entre 18 000 y 21 000 euros más de intereses durante todo el período de su préstamo que en el caso del índice variable euríbor. En el procedimiento nacional el demandante solicita, en particular, que se declare nula la cláusula 3, referente al tipo de interés variable, por considerar que se trata de una cláusula abusiva debido a su tipo de interés más alto y/o por su falta de transparencia.

5 El órgano jurisdiccional remitente plantea las cuestiones prejudiciales siguientes al Tribunal de Justicia al amparo del artículo 267 TFUE:

Primera cuestión prejudicial:

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 artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, ya que no se

descargado en www.asufin.com

trata de una disposición obligatoria sino que se incorpora tal interés variable y remuneratorio opcionalmente por el profesional al contrato?

Segunda cuestión prejudicial:

2.1) Conforme al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, no transpuesta en nuestro ordenamiento, ¿resulta contrario a la Directiva 93/13, y a su artículo 8, que un órgano jurisdiccional español invoque y aplique el artículo 4, apartado 2, de la misma cuando tal disposición no ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento por voluntad del legislador, que pretendió un nivel de protección completo respecto de todas las cláusulas que el profesional pueda insertar en un contrato suscrito con consumidores, incluso las que afectan al objeto principal del contrato, incluso si estuvieran redactadas de manera clara y comprensible?

2.2) En todo caso, ¿es necesario transmitir información o publicidad sobre los siguientes hechos o datos, o alguno de ellos, para la comprensión de la cláusula esencial, en concreto del IRPH?

(i) Explicar cómo se configuraba el tipo de referencia, es decir, informar que este índice incluye las comisiones y demás gastos sobre el interés nominal, que se trata de una media simple no ponderada, que el profesional debía conocer y transmitir que debía aplicar un diferencial negativo y que los datos proporcionados no son públicos, en comparación con el otro habitual, el euríbor.

(ii) Explicar cómo evolucionó el IRPH en el pasado y cómo 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 Tribunal de Justicia 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, artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 o que su omisión conllevaría un trato desleal por parte del profesional y, que por lo tanto, el consumidor de ser informado conveniente no hubiera aceptado referenciar su préstamo al IRPH.

descargado en www.asufin.com

Tercera cuestión prejudicial:

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 artículos, 6, apartado 1, y 7, apartado 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.

OBSERVACIONES SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN

6 El Reino Unido no formula observación alguna sobre la primera cuestión, dado que se refiere a las circunstancias específicas de la transposición de la Directiva.

OBSERVACIONES SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN

7 En su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en primer lugar, si el juez español puede aplicar la excepción contemplada en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 cuando tal disposición no ha sido transpuesta al ordenamiento interno y, en segundo, si la exigencia de transparencia supone que debe proporcionarse al consumidor material publicitario del banco que explique detalladamente cómo se configura el IRPH y la información relativa a cómo evolucionó en el pasado y cómo podría evolucionar en el futuro este índice, de modo que el consumidor comprenda la cláusula esencial que incorpora el interés variable del IRPH y pueda compararlo con el euríbor, más utilizado (y menos gravoso).

8 El propósito de la Directiva es definir los criterios para la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales suscritas entre profesionales y consumidores (en lo sucesivo, «apreciación del carácter abusivo»). Más en concreto:

a) Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (artículo 3).

b) Determinadas cláusulas que figuran en la «lista gris», de carácter indicativo y no exhaustivo, del anexo de la Directiva podrán considerarse abusivas (artículo 3, apartado 3).

c) El carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y

descargado en www.asufin.com

considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa (artículo 4, apartado 1).

d) En caso de que las cláusulas que se le propongan al consumidor consten por escrito, deberán redactarse de manera *«clara y comprensible»* (artículo 5).

e) Siempre y cuando se cumpla este requisito, la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá, normalmente, a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, ni tampoco a los servicios que hayan de proporcionarse como contrapartida (artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, conocida comúnmente como «excepción de la cláusula esencial»).

9 Según la resolución de remisión, a diferencia de la situación del Reino Unido, el legislador español decidió no aplicar la excepción de la cláusula esencial del artículo 4, apartado 2, puesto que pretendió garantizar un nivel de protección completo respecto de todas las cláusulas de los contratos con consumidores, incluso las que afectan al objeto principal del contrato o a la adecuación entre precio y retribución de los servicios que hayan de proporcionarse como contrapartida. Esta decisión se ajusta al artículo 8 de la Directiva 93/13, conforme al cual los Estados miembros podrán adoptar disposiciones más estrictas, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección. La capacidad de los órganos judiciales españoles de restablecer la excepción de la cláusula esencial, en circunstancias en las que el legislador nacional ha renunciado expresamente a su aplicación, es una cuestión que incumbe al Derecho nacional y respecto de la que (dicho sea con el debido respeto) el Tribunal de Justicia debe abstenerse, en respeto al principio de subsidiariedad.

10 Con independencia de la aplicación o no de la excepción de la cláusula esencial, el órgano jurisdiccional remitente deberá igualmente apreciar si se ha cumplido la exigencia de transparencia en relación con la cláusula tercera, que establece el tipo de interés variable. La transparencia es un elemento indispensable del examen del carácter abusivo y se aplica en virtud de los requisitos expresos que se establecen en el artículo 5 o en el artículo 4, apartado 2, o, de manera implícita, como parte de los requisitos de buena fe y de equilibrio del artículo 3 de la Directiva 93/13.

11 En lo que atañe al control de transparencia, no basta la simple sintaxis racional o lógica: la cláusula debe ser clara y comprensible en el sentido de proporcionar información suficiente para que el consumidor tome una decisión fundada. La apreciación de si realmente se ha proporcionado información suficiente en las circunstancias particulares del caso es una cuestión de hecho que incumbe al órgano jurisdiccional nacional.

12 El Reino Unido alega que el control de transparencia se lleva a cabo, por lo general, en función de la repercusión sobre *el consumidor medio,* de quien se

descargado en www.asufin.com

presume que está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz. [1] Además, se tiene en cuenta la naturaleza de los servicios que hayan de proporcionarse [2] (en este caso, un préstamo hipotecario sobre vivienda residencial). Por otra parte, el órgano jurisdiccional nacional deberá tener en cuenta todas las circunstancias que concurran en el momento de la celebración del contrato, entre ellas los usos y las prácticas vigentes en el sector industrial en particular de que se trate. [3]

13 La posición de partida del Reino Unido es que, si una cláusula contractual que establece un tipo de interés variable en un contrato de crédito hipotecario no ha sido negociada individualmente, debe facilitarse al consumidor la información suficiente para que este pueda tomar decisiones fundadas y prudentes. [4] Ello supone que el consumidor debe poder comprender la cláusula (comprensión que no se limita al plano formal y gramatical) y valorar y prever de forma razonable, sobre la base de criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas derivadas de ella. [5]

14 En la Directiva no se indica que los tipos de interés variable referenciados sean intrínsecamente abusivos o inaceptables *a priori*. Véase, por analogía, el apartado 2, letra d), del anexo de la Directiva, que permite explícitamente las cláusulas de adaptación de los precios, sin presumir que resulten abusivas por el mero hecho de permitir al profesional aumentar el precio de los servicios una vez se ha celebrado el contrato. Su exclusión de la lista «gris» queda supeditada a que las cláusulas sean legales y a que el consumidor reciba información expresa acerca del método con arreglo al cual varía el precio.

15 En el caso de los tipos de interés variable referenciados, conforme a los principios desarrollados en sentencias similares del Tribunal de Justicia, [6] esto significa que el consumidor debe poder determinar lo siguiente:

a) cuál es el tipo de referencia subyacente que sirve de base para el cálculo de los intereses y dónde puede encontrarse;

1 Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2017, *Andriciuc y otros* (C-186/16, EU:C:2017:703), apartado 47.

2 Artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13.

3 Artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 y sentencia de 26 de enero de 2017, *Banco Primus* (C-421/14, EU:C:2017:60), apartado 65.

4 Sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriciuc y otros (C-186/16, EU:C:2017:703), apartado 51.

5 Véanse, en particular, el considerando 20 de la Directiva, y las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y *Káslerné Rábai* (C-26/13, EU:C:2014:282), apartados 71 y 72, y de 26 de febrero de 2015, *Matei* (C-143/13, EU:C:2015:127), apartados 73 y 74.

6 Véase, en particular la sentencia de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai* (C-26/13, EU:C:2014:282), apartados 71 y 72.

descargado en www.asufin.com

b) el margen establecido que se aplicará sobre el tipo de referencia subyacente;

c) los motivos de las variaciones de los intereses [7] (como, por ejemplo, el incremento del tipo de referencia subyacente);

d) el mecanismo contractual concreto de modificación del tipo del interés variable [8] (incluido, por ejemplo, el momento a partir del cual se modificarán los pagos del consumidor tras el aumento o reducción del tipo de referencia subyacente y la notificación previa que se ha de remitir);

e) la relación entre este mecanismo y otras cláusulas contractuales, [9] y

f) que las posibles fluctuaciones del tipo de referencia subyacente pueden repercutir en el importe adeudado por el consumidor.

16 En coherencia con los citados principios, y asumiendo que se cumplen estos criterios, probablemente se disponga de información suficiente para cumplir la exigencia de transparencia de la Directiva, de modo que el prestatario se halle en condiciones de comprender las actuales o potencias consecuencias económicas en lo que se refiere a sus obligaciones económicas.

17 En el caso del IRPH, no se discute que se trata de un índice oficial y legal, regulado por el Banco de España y la Dirección General del Tesoro. Se publica de forma periódica en el Boletín Oficial del Estado (véase el apartado 5 de la resolución de remisión). [10] El IRPH vigente puede consultarse en internet. [11] Cabe asumir de forma razonable que el consumidor medio al que se facilita la información acerca de la publicación del tipo de referencia subyacente y está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, deberá poder efectuar una búsqueda por internet relativamente sencilla que le permita conocer el tipo de referencia subyacente en vigor. De igual modo, siempre y cuando la información relativa al margen específico se incluya en la publicidad precontractual y la descripción no resulte engañosa en modo alguno, se puede asumir de forma razonable que el consumidor medio comprende los efectos del interés variable y las consecuencias económicas que supone para él en lo que respecta a la amortización del préstamo hipotecario.

18 El Reino Unido considera que cualquier exigencia más estricta en cuanto a especificar la fórmula detallada y las ponderaciones tenidas en cuenta al calcular

7 Sentencia de 26 de abril de 2012, *Invitel* (C-472/10, EU:C:2012:242), apartado 30.

8 Sentencia de 26 de febrero de 2015, Matei (C-143/13, EU:C:2015:127), apartados 73 y 74.

9 *Ibidem.*

10 El Boletín Oficial del Estado se publica diariamente (excepto los domingos) en su edición electrónica y puede consultarse en http://boe.es.

11 El índice IRPH vigente puede consultarse en https://www.irph.es/.

descargado en www.asufin.com

el tipo de referencia subyacente o su metodología iría más allá del objetivo de esta Directiva, sería contraria al régimen y a la estructura que establece, y produciría consecuencias indirectas no deseadas. Tal grado de detalle no ayudaría al consumidor de forma eficaz o significativa y podría aturdirlo o confundirlo en el momento de tomar la decisión contractual inicial o de evaluar las futuras repercusiones del interés variable referenciado acordado sobre el cálculo de los subsiguientes pagos del crédito hipotecario.

19 En particular, por lo que respecta al ámbito de aplicación y a la estructura de la Directiva, las obligaciones de información sobre hipotecas antes de la celebración del contrato ya han sido objeto de regulación pormenorizada tanto por los legisladores nacionales como por el legislador de la Unión mediante diversas normativas sectoriales. Aunque estas normativas sectoriales no sustituyen al examen del carácter abusivo, [12] se presume que la normativa en vigor no contiene cláusulas abusivas (considerando 13 de la Directiva 93/13). El Reino Unido considera que el órgano jurisdiccional nacional deberá tener en cuenta la obligación de informar que impone la legislación sectorial aplicable como parte de las circunstancias pertinentes en cada caso, y deberá considerarse que su cumplimiento contribuye a la equidad general a los efectos de los artículos 3 ó 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 (según corresponda).

20 El Derecho de la Unión establece diversas obligaciones precontractuales de informar en el sector de los servicios financieros. No vamos a hacer aquí una enumeración exhaustiva de estas obligaciones, aunque sí vamos a mencionar algunos ejemplos que podrán ser de utilidad. Por ejemplo, la Directiva 2014/17, sobre el crédito hipotecario, [13] armoniza la información que debe facilitar el prestamista hipotecario de forma anticipada al consumidor en la información publicitaria y precontractual del crédito hipotecario. Esta información incluye lo siguiente:

a) «Información básica» que debe figurar en la publicidad (artículo 11), además de la «información general» (artículo 13), que juntas incluyen la información relativa a las formas de tipo deudor disponible, indicando si este es fijo o variable o una combinación de ambos; la información sobre los gastos incluidos, en su caso, en el coste total del crédito; [14] una descripción de la características del tipo de cambio y de las características de los tipos y sus consecuencias para el consumidor; [15] el importe total del

12 Sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282), apartado 58.

13 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.º 1093/2010 (DO 2014, L 60, p. 34).

14 Artículo 11, apartado 2, letra c).

15 Artículos 11, apartado 2, letra c), y 13, apartado 1, letra e).

descargado en www.asufin.com

crédito y los gastos adicionales; [16] un ejemplo representativo del importe total del crédito, incluida la tasa anual equivalente («TAE» [17]), y una advertencia sobre las posibles fluctuaciones del tipo de cambio, sobre las posibles consecuencias del incumplimiento y otras advertencias específicas que exijan los Estados miembros. [18]

b) *El artículo 14 armoniza la información precontractual y dispone que el prestamista ofrecerá* «al consumidor la información personalizada que este necesita para comparar los créditos disponibles en el mercado, para evaluar sus implicaciones y para tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato de crédito». [19] *El artículo 14, apartado 6, establece un período mínimo de siete días para que el consumidor disponga de* «tiempo suficiente para comparar las ofertas, evaluar sus implicaciones y tomar una decisión con conocimiento de causa».

c) *El artículo 16 dispone, además, que los prestamistas deberán «*facilitar al consumidor explicaciones adecuadas sobre el contrato o los contratos de crédito que se ofrecen [...] al objeto de que el consumidor pueda calibrar si dichos contratos y servicios accesorios se adaptan a sus necesidades y a su situación financiera».

d) Esta información se ofrecerá con suficiente antelación respecto del momento en que el consumidor celebre el contrato mediante la ficha europea de información normalizada («FEIN») que figura en el anexo II. La FEIN incluye información relativa al tipo de interés, la TAE y costes y otras comisiones. En particular:

i) La sección 3, apartado 6, de las notas de la FEIN dispone:

«[...] Asimismo, se explicará la fórmula utilizada para revisar el tipo deudor y sus diversos componentes (como el tipo de referencia o el diferencial de tipos de interés). El prestamista indicará, por ejemplo mediante la dirección de una página web, dónde hallar información adicional sobre los índices o los tipos utilizados en la fórmula (como el euríbor o el tipo de referencia del banco central).»

ii) La sección 4, apartado 2, dispone:

16 Artículos 11, apartado 2, letras c) a h), y 13, apartado 1, letras g) y h).

17 Artículos 11, apartados 2, y 3, y 13, apartado 1, letra g): la TAE es importe total adeudado por el consumidor expresado como porcentaje anual del importe total del crédito concedido.

18 Artículos 11, apartados 2, letra j), y 6, y 13, apartados l, letra n), y 2.

19 Artículo 14, apartado 1.

descargado en www.asufin.com

> *«[...] Si el tipo de interés es variable y se basa en un tipo de referencia, el prestamista podrá, si lo desea, indicar el tipo de interés mediante un tipo de referencia y un valor porcentual que represente el diferencial del prestamista. Estará obligado a indicar, en cambio, el valor del tipo de referencia vigente el día en que extienda la FEIN.»*

21 Asimismo, la Directiva 2014/17 incluye disposiciones específicas sobre el tipo de interés. En particular:

a) El artículo 17 se ocupa específicamente de la TAE, que permite, en concreto, a los consumidores comparar distintas ofertas. El apartado sexto del artículo 17 regula los tipos variables en los términos siguientes (el subrayado es nuestro):

> *«Cuando el contrato de crédito tenga en cuenta variaciones en el tipo deudor, los Estados miembros velarán por que el consumidor esté informado de las posibles repercusiones de las variaciones en los importes adeudados y en la tasa anual equivalente (TAE) al menos mediante la FEIN. Ello se hará facilitando al consumidor una TAE adicional que ilustre los posibles riesgos vinculados a un aumento significativo del tipo deudor. Cuando el tipo deudor no esté limitado, dicha información irá acompañada de una advertencia en la que se ponga de relieve que el coste total del crédito para el consumidor, mostrado en la TAE, puede variar. [...]»*

b) El artículo 24 regula los créditos de tipo variable en los términos siguientes (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.»*

22 Cabe señalar que la Directiva 2014/17 ha normalizado los requisitos de la información que deberá de facilitarse, siendo de obligado cumplimiento para el prestamista ofrecerla al consumidor en grado suficiente y con antelación previa a la suscripción del contrato. El prestamista deberá asegurarse de orientar al consumidor respecto a dónde encontrar el tipo de referencia subyacente y las

descargado en www.asufin.com

fluctuaciones históricas, aunque no es necesario facilitar los pormenores como parte de la información precontractual. [20] Estos ejemplos muestran que, incluso en el caso de la normativa sectorial, el legislador de la Unión no considera que resulte necesaria una explicación exhaustiva acerca de la configuración del tipo de referencia ni una explicación figurativa pormenorizada sobre las fluctuaciones pasadas y futuras a efectos de transparencia.

23 En lo que respecta a las consecuencias no deseadas, exigir al prestatario que indique la fórmula detallada y las ponderaciones que emplean los economistas para calcular el tipo de referencia subyacente entraña el riesgo de aturdir al consumidor medio con una «sobrecarga de información», haciéndola incomprensible. No es probable que el consumidor medio, ni siquiera el normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, comprenda los cálculos de carácter técnico matemáticos y económicos. Al contrario, semejante minuciosidad haría al consumidor *menos capaz* de comprender las consecuencias económicas para su situación personal de la cláusula que regula los intereses y *menos dispuesto* a dedicarse a comparar las distintas ofertas de los distintos mecanismos. Ello perjudicaría la capacidad del consumidor de emplear útilmente la información precontractual como parte del proceso de la toma de una decisión fundada. Los detalles de la mecánica y la metodología económicas relativos a la recopilación de los datos sobre créditos de las cajas de ahorro, las características de las carteras crediticias de los bancos, las ponderaciones aplicadas en el cálculo del tipo medio así como la repercusión de la aplicación de comisiones y redondeos probablemente desalentarían al consumidor medio, lo cual iría en contra de los objetivos generales de la Directiva.

24 Por consiguiente, el Reino Unido considera que no es necesario, en lo que atañe a la transparencia o a la equidad, que los prestamistas que ofrezcan hipotecas a tipos variables referenciados faciliten información adicional pormenorizada en relación con la fórmula y metodología exactas que se emplean en el cálculo del tipo de referencia subyacente, ni sus fluctuaciones históricas o futuras; lo cual resulta particularmente cierto en los casos en que dichos prestamistas ya han explicado, de forma clara y no engañosa, la base sobre la que se establecen los intereses por referencia a un margen establecido sobre un índice a disposición del público y regulado oficialmente, y que ya cumple lo dispuesto en la Directiva sobre crédito hipotecario al ofrecer, dentro de la FEIN, las advertencias exigidas y los ejemplos ilustrativos que explican la repercusión de las posibles fluctuaciones del tipo de referencia subyacente sobre la amortización del préstamo hipotecario por parte del

[20] Procede señalar que ni siquiera tras la celebración del contrato está obligado el prestamista a facilitar una información tan amplia. Por ejemplo, con arreglo al artículo 27, apartado 1, de la Directiva sobre crédito hipotecario, este debe informar al prestatario de toda modificación del tipo deudor de forma anticipada, junto con el importe actualizado de la cuota. Con arreglo al apartado 2 del mismo artículo, las partes *podrán* (aunque no están obligadas a ello) acordar actualizaciones periódicas en caso de modificación del tipo de referencia subyacente, al objeto de que el nuevo tipo de referencia *«se haga público por los medios adecuados»* y que la información sobre ese nuevo tipo de referencia esté disponible en los locales del prestamista y se comunique en persona al consumidor junto con el importe de las nuevas cuotas periódicas.

descargado en www.asufin.com

prestatario. Tan solo se requiere una exposición clara y comprensible de las repercusiones financieras del aumento o la reducción del tipo de referencia subyacente (similar a la información normalizada que ofrece la FEIN), de modo que el consumidor medio pueda llevar a cabo una comparación significativa de las distintas ofertas y entender las consecuencias económicas que suponen para él en cuanto al pago futuro del crédito hipotecario. La falta de información adicional en relación con el cálculo exacto del tipo de referencia subyacente no hace a la cláusula que regula los intereses incomprensible o poco clara para el consumidor medio, ni es probable que, por sí misma, cree un desequilibrio importante o implique la falta de buena fe por parte del prestatario.

OBSERVACIONES SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN

25 Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente solicita aclaración acerca de las consecuencias de la nulidad de la cláusula que regula los intereses y, en particular, en defecto de pacto entre las partes, sobre cuál de estas dos alternativas debe prevalecer: ¿debe el órgano jurisdiccional integrar el contrato, aplicando un índice sustitutorio, como el euríbor, o ha de dejar de aplicar el interés, de modo que la única obligación del prestatario sea devolver el capital prestado?

26 El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 dispone que las cláusulas contractuales abusivas, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, no vincularán al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas. Tal como ha aclarado el Tribunal de Justicia en sentencias anteriores, el artículo 6, apartado 1, constituye una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas. Por otra parte, el artículo 7 dispone que los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

27 Con el fin de garantizar la protección a que aspira la Directiva, la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional solo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. [21] Ello sugiere que el órgano jurisdiccional nacional no puede dejar a las partes resolver las consecuencias de la nulidad de forma consensuada mediante pacto entre ellas, sino que debe actuar para ofrecer una solución que contemple su Derecho nacional (incluso si actúa de oficio).

21 Sentencia de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y De Man Garabito («Asbeek Brusse», C-488/11, EU:C:2013:341), apartados 38 y 39.

descargado en www.asufin.com

28 No obstante, el objetivo de la Directiva no es armonizar ni prescribir soluciones concretas, salvo la de instar a los Estados miembros (y, por ende, a los órganos judiciales nacionales) a eliminar los efectos continuados del carácter abusivo de la cláusula de que se trate, dentro del marco procesal y jurídico nacional aplicable.

29 En defecto de una normativa de Derecho de la Unión, la regulación de los procedimientos de protección de los derechos de los consumidores corresponde al Derecho interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal, si bien respetando los principios de equivalencia y efectividad. [22]

30 Por consiguiente, incumbe el órgano jurisdiccional nacional determinar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno: a) qué aspecto de la cláusula en concreto resulta abusivo; b) si es posible separar del resto de la cláusula esa parte censurable; c) si es posible separar la cláusula no ajustada a Derecho del contrato en su conjunto, y d) si el contrato puede seguir existiendo en ausencia de la cláusula inaplicada (en su totalidad o en parte). Incumbe asimismo al órgano jurisdiccional nacional, aplicando el marco jurídico nacional y los instrumentos que ofrece la legislación nacional sobre contratos, determinar qué consecuencias tendrá para la relación contractual existente (si fuese posible). Al realizar estas operaciones, el órgano jurisdiccional nacional deberá ofrecer a las partes litigantes la posibilidad de debatir la cuestión de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las normas procesales nacionales. [23]

31 Aunque estas cuestiones deberán resolverse conforme al Derecho nacional, es posible que al Tribunal de Justicia le interese ofrecer orientaciones respecto a las consideraciones que deberá tener en cuenta el órgano jurisdiccional nacional. En tal caso, el Reino Unido desea formular a continuación ciertas observaciones al respecto.

32 **Alcance de la nulidad: ¿toda la cláusula o solo parte?** Es preciso hacer una distinción importante en el presente asunto entre la facultad general del prestamista de cobrar intereses y el tipo específico al que se pagarán esos intereses. El Reino Unido considera que el Tribunal puede estimar razonablemente que un consumidor medio que haya sido tratado de manera leal y equitativa por el acreedor aceptaría un tipo de interés [abusivo] en las negociaciones contractuales individuales. [24] Por consiguiente, incluso en el caso de que el tipo de interés específico resulte abusivo por el motivo que fuere, ello no supone que el mecanismo de cálculo de intereses deba dejarse sin efecto en su totalidad. Puede suceder que, con arreglo al Derecho nacional aplicable, el órgano jurisdiccional nacional no aplique la parte nula de la cláusula relativa al tipo de

[22] *Ibídem*, apartado 42 y la jurisprudencia citada.

[23] *Ibidem*, apartado 52.

[24] Véase la sentencia de 26 de enero de 2017, *Banco Primus* (C-421/14, EU:C:2017:60), apartados 59 y 60.

descargado en www.asufin.com

referencia subyacente y la separe del resto de la cláusula, dejando intacto el resto del contrato de préstamo.

33 Separabilidad: Cabe anticipar que podría haber divergencias fácticas o jurídicas entre los distintos ordenamientos de los Estados miembros en relación con los efectos de la nulidad de la cláusula sobre el resto del contrato. [25] En los casos en que el Derecho nacional prevea que el tipo de interés es una parte fundamental de la contraprestación o la remuneración del crédito hipotecario y, por tanto, constituye la «esencia» del contrato, su anulación o no aplicación (como si nunca hubiese existido) podría destruir el objeto fundamental del contrato, de modo que el contrato de crédito hipotecario no podría seguir siendo viable ni subsistir durante el resto de su vigencia.

34 Y, al contrario, en caso de que el Derecho nacional aplicable permita separar el tipo de interés abusivo y que siga existiendo el contrato de crédito hipotecario sin la cláusula separada, el órgano jurisdiccional nacional podrá proseguir y establecer qué cláusulas regirán la relación contractual en curso entre las partes.

35 **Consecuencias de la nulidad para la relación existente:** La parte final del artículo 6, apartado 1, de la Directiva dispone que el *«contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir»* (el subrayado es nuestro). La determinación de las cláusulas contractuales aplicables es una tarea interpretativa que corresponde al órgano jurisdiccional nacional con arreglo a la legislación por la que se rija el contrato. En la resolución de remisión se plantean dos opciones alternativas, aunque también es posible que no sean exhaustivas (el órgano jurisdiccional nacional puede escoger entre una gama de interpretaciones). Las consecuencias concretas también las establece el Derecho nacional de conformidad con los recursos judiciales disponibles en el ordenamiento jurídico.

36 Si los requisitos del artículo 7, apartado 1, de la Directiva, leídos en relación con el artículo 6, suponen la anulación del tipo de interés, considera el Reino Unido que la supresión del tipo de referencia subyacente no acarrea que se impida de forma automática a los prestamistas aplicar ningún interés durante el resto del período de vigencia del préstamo. Aunque un prestamista pudiese ofrecer un crédito sin intereses durante un breve período inicial (normalmente, para enseres y efectos personales), esto no se sostiene en el caso de préstamos a largo plazo respecto a bienes inmuebles. La consecuencia sería un enriquecimiento sin causa del prestatario que no establecería un equilibrio justo en la relación entre las partes.

37 Además, podría acarrear graves consecuencias generales para la estabilidad financiera, en contra de los intereses de otros prestatarios, actuales o futuros, y

[25] A este respecto, sería útil que el servicio de investigación y documentación del Tribunal de Justicia examinase las legislaciones aplicables de los Estados miembros a fin de averiguar si existen rasgos comunes o divergencias.

descargado en www.asufin.com

para terceros en general, [26] puesto que el hecho de que los prestamistas no pudiesen aplicar intereses en estos contratos a largo plazo afectaría a la rentabilidad de sus carteras de crédito y a su capacidad de conceder créditos a otros consumidores. La posible consecuencia sería la retirada de los compromisos de crédito y la reducción de la oferta de productos en el futuro. Esto sería contrario al interés público en que se mantenga la estabilidad de los mercados financieros y en asegurar el aumento de la oferta de profesionales y de la competencia de los productos financieros para nuevos clientes. Tal consecuencia resultaría contraria a los intereses de los consumidores y de los competidores a los que se hace referencia en el artículo 7 de la Directiva, y no garantizaría un medio eficaz ni proporcionado de asegurar los objetivos de protección de forma coherente con los objetivos de esta norma.

38 La jurisprudencia del Tribunal hasta la fecha contempla que se pida al juez nacional simplemente dejar sin aplicación la cláusula abusiva de modo que se excluya su aplicación vigente y no vincule al consumidor. El órgano jurisdiccional nacional no está autorizado para revisar el contenido de la cláusula contractual abusiva ni para modificar de otro modo el clausulado del contrato. [27] La única excepción es el caso de que la anulación conlleve consecuencias perjudiciales que penalicen al prestatario en cuestión: [28] en tales circunstancias el órgano jurisdiccional nacional podrá subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional.

39 En el presente asunto hay un riesgo que ha reconocido el órgano jurisdiccional remitente de que se produzca el efecto perverso de que el consumidor pierda su capacidad de reembolsar las cuotas del crédito hipotecario durante la prolongada duración del contrato. En muchos casos, la nulidad de la cláusula (en función de las repercusiones indirectas en virtud del régimen jurídico nacional) podría acarrear consecuencias negativas mucho más graves para el consumidor, puesto que, en ciertos ordenamientos jurídicos, propiciaría la reclamación del rembolso íntegro e inmediato del crédito [29] o conllevaría la ejecución forzosa de la vivienda del consumidor, quedando este y su familia sin hogar u obligados a malvender su vivienda. [30] No existe garantía alguna de que el consumidor pudiese obtener un

26 También se producirían consecuencias negativas para terceros en circunstancias en las que la cartera de créditos del prestatario se haya titulizado u ofrecido como garantía, lo que podría desestabilizar los mercados de créditos para los consumidores en general.

27 Sentencias de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito* (C-618/10 EU:C:2012:349) apartados 65 a 69 y 73, y de 21 de enero de 2015, *Unicaja Banco y otros* (C-482/13, 484/13, 485/13 y 487/13, EU:C:2015:21), apartados 71 y 72.

28 Sentencia de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai* (C-26/13, EU:C:2014:282), apartados 81 a 84.

29 Este riesgo lo reconoció el Tribunal de Justicia en la sentencia de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai* (C-26/13, EU:C:2014:282), apartado 84.

30 Sentencia de 21 de enero de 2015, *Unicaja Banco* y otros (C-482/13, 484/13, 485/13 y 487/13, EU:C:2015:21), apartado 33, y auto de 17 de marzo de 2016, *Ibercaja Banco* (C-613/15, EU:C:2016:195).

descargado en www.asufin.com

crédito hipotecario sustitutivo en términos comparables, en tanto en cuanto sus circunstancias económicas, o los requisitos del prestamista para la concesión de créditos, podrían haber variado en el ínterin. Las cláusulas nuevas y los márgenes de los tipos variables podrían resultar menos beneficiosos que los pactados en el contrato original, es decir, es posible que el prestatario se viese obligado a afrontar el pago de un tipo de interés más alto que el anterior.

40 Pese a que la medida de suprimir la cláusula que regula los intereses tiene la capacidad de cumplir el objetivo inmediato previsto en el artículo 7, de impedir el uso continuado de cláusulas abusivas en contratos con consumidores, es también posible que no lo hiciese de una forma adecuada o eficaz. Es más, podría ponerse en peligro el efecto disuasorio previsto en la citada disposición: en lugar de promover los intereses de los consumidores, podría entrañar un efecto adverso para el prestatario a largo plazo. [31] El resultado, lejos del previsto en el artículo 6, apartado 1, de restablecer el equilibro efectivo y la equidad entre las partes o devolver al consumidor a la situación jurídica y fáctica anterior, como si la cláusula abusiva no hubiese existido, sería que el consumidor quedase en una situación aún peor. [32]

41 En circunstancias en las que la supresión de la cláusula abusiva entraña consecuencias adversas para el prestatario en particular y para los consumidores en general, debe permitirse al órgano jurisdiccional nacional remplazar la cláusula censurable (o parte de ella) por un tipo de interés alternativo que resulte adecuado y que restablezca el equilibrio equitativo entre las partes en cuanto a sus respectivos derechos y obligaciones contractuales. [33]

42 El ámbito de las facultades del juez nacional en ese sentido se deriva del régimen de recursos judiciales previsto en cada ordenamiento nacional, con sujeción a los principios de equivalencia y efectividad. Si el ordenamiento jurídico nacional así lo permite, el juez podrá inferir un tipo de interés no abusivo, ya sea a partir de las cláusulas contractuales supervivientes o bien a modo de cláusula implícita al objeto de otorgar al contrato eficacia comercial.

43 En tales circunstancias, incumbe al órgano jurisdiccional nacional, actuando conforme al Derecho nacional, sustituir la cláusula abusiva que regula los intereses de manera que resulte adecuada y restablezca la equidad y el equilibrio justo entre las partes, devuelva al consumidor a una situación de contraste realista en la que se hallaría de no existir tal cláusula abusiva y garantice los objetivos de los artículos 6, apartado 1, y 7 de la Directiva de forma adecuada, eficaz y proporcionada.

31 Sentencia de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai* (C-26/13, EU:C:2014:282) apartados 81 a 84.

32 Sentencia de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo* (C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980), apartados 55 y 61.

descargado en www.asufin.com

Respuestas propuestas a las cuestiones prejudiciales planteadas

44 A la vista de las observaciones anteriores, en respuesta a las cuestiones prejudiciales segunda y tercera, el Reino Unido alega que el Tribunal de Justicia debe concluir lo siguiente:

Segunda cuestión prejudicial

La primera parte de la segunda cuestión prejudicial, que aborda la capacidad de los órganos jurisdiccionales españoles de restaurar la excepción de la cláusula esencial en circunstancias en las que el legislador nacional la ha dejado expresamente sin aplicación constituye un asunto del Derecho nacional, y por consiguiente, es inadmisible.

No es necesario, en lo que atañe a la transparencia o a la equidad, que los prestamistas que ofrezcan hipotecas a tipos variables referenciados y que ya han explicado de forma clara y no engañosa la base sobre la que se aplican los intereses por referencia a un margen establecido sobre un índice a disposición del público y regulado oficialmente, y que ya han facilitado, dentro de la FEIN, la advertencia y los ejemplos ilustrativos que explican la repercusión de las posibles fluctuaciones del tipo de referencia subyacente sobre la amortización del préstamo hipotecario por parte del prestatario, proporcionen información adicional pormenorizada en relación con la fórmula y metodología exactas que se emplean en el cálculo del tipo de referencia subyacente ni sus fluctuaciones históricas o futuras. Tan solo se requiere una exposición clara y comprensible de las repercusiones financieras del aumento o la reducción del tipo de referencia subyacente (similar a la información normalizada que ofrece la FEIN) de modo que el consumidor medio pueda llevar a cabo una comparación significativa de las distintas ofertas y entender las consecuencias económicas que suponen para él en cuanto al pago futuro del crédito hipotecario.

La falta de información adicional en relación con el cálculo exacto del tipo de referencia subyacente no hace a la cláusula que regula los intereses incomprensible o poco clara para el consumidor medio, ni es probable que, por sí misma, cree un desequilibrio importante o implique la falta de buena fe por parte del prestatario.

Tercera cuestión prejudicial

En defecto de una normativa de Derecho de la Unión, la regulación de los procedimientos de protección de los derechos de los consumidores corresponde al Derecho interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal, si bien respetando los principios de equivalencia y efectividad.

Por consiguiente, incumbe el órgano jurisdiccional nacional determinar, con arreglo al ordenamiento jurídico interno: a) qué aspecto de la cláusula en concreto resulta abusivo y debe dejarse sin aplicación; b) si es posible separar del resto de

descargado en www.asufin.com

la cláusula esa parte censurable; c) si es posible separar la cláusula no ajustada a Derecho del contrato en su conjunto, y d) si el contrato puede seguir existiendo en ausencia de la cláusula dejada sin aplicación (en su totalidad o en parte). Incumbe asimismo al órgano jurisdiccional nacional, aplicando el marco jurídico nacional y los instrumentos que ofrece la legislación nacional sobre contratos, determinar qué consecuencias tendrá para la relación contractual existente (si fuese posible).

Si la nulidad y la eliminación del tipo de interés previstas en el Derecho nacional entrañan consecuencias perjudiciales para el prestatario in cuestión, y para los consumidores en general, debe permitirse al órgano jurisdiccional nacional remplazar el tipo de referencia subyacente por un tipo de interés alternativo que restablezca de forma efectiva el equilibrio equitativo entre las partes en cuanto a sus respectivos derechos y obligaciones contractuales.

Si el ordenamiento jurídico nacional así lo permite, el juez podrá inferir un tipo de interés no abusivo, ya sea a partir de las cláusulas contractuales supervivientes o bien a modo de cláusula implícita al objeto de otorgar al contrato eficacia comercial.

En tales circunstancias, incumbe al órgano jurisdiccional nacional, actuando conforme al Derecho nacional, sustituir la cláusula abusiva que regula los intereses de manera que restablezca la equidad y el equilibrio justo entre las partes, devuelva al consumidor a una situación de contraste realista en la que se hallaría en ausencia de la situación abusiva y garantice los objetivos de los artículos 6, apartado 1, y 7 de la Directiva de forma adecuada, eficaz y proporcionada.

Los objetivos del artículo 7, apartado 1, de la Directiva, leído en relación con el artículo 6, y el requisito de restaurar el equilibrio equitativo no suponen que deba eximirse a los prestatarios del pago de los intereses durante la vigencia del contrato de préstamo.

Presentadas por:

el 1 de junio de 2018

descargado en www.asufin.com