AL JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 38 DE BARCELONA

N.I.G.: 0801942120178003261
Procedimiento ordinario 325/2017 -3B
Materia: Juicio ordinario (resto de casos)

www.abogadosres.com

Don **FERNANDO BERTRAN SANTAMARIA**, Procurador de Tribunales y de Don **MARC GOMEZ DEL MORAL GUASH**, cuya representación tengo acreditada en el procedimiento de referencia, con la asistencia letrada de Don **ALEJANDO BENAVENTE ANTOLIN**, Doña **MAITE ORTIZ PEREZ**, Don **JOSE MARIA ERAUSKIN VAZQUEZ**, y Doña **SUSANA MORENO DE LAMO,** ante este Juzgado comparezco y como mejor proceda en derecho...

DIGO

Que, por **Providencia** de **16 de noviembre de 2020**, notificada a esta representación el **17 de noviembre de 2020**, este Juzgado ante el que comparezco ha entendido procedente, a la vista de las recientes resoluciones **585/20**, **595/20**, **596/20**, **597/20** y **598/20**, de **12 de noviembre de 2020**, dictadas por nuestro **Tribunal Supremo**, otorgarnos un plazo de cinco días a fin de que aportemos, si lo consideramos oportuno, cuestiones a reconsiderar y plantear al **TJUE**.

Que, en consecuencia, procedo a realizar una sencilla valoración de las citadas resoluciones y a proponer al juzgador las cuestiones que, a juicio de esta representación, deberían elevarse ante el **TJUE** a fin de concretar al máximo el alcance de las exigencias recogidas en la **STJUE en el asunto C-125/18**, de **3 de marzo de 2020**, y evitar así interpretaciones dispares respecto de idéntica controversia.

EN RELACION CON LA NATURALEZA Y ESPECIAL COMPLEJIDAD DEL INDICE IRPH CAJAS

1º). Esta representación, sin entrar a profundizar en exceso en las especiales peculiaridades del índice y las consecuencias económicas que de ello se derivan, entiende especialmente relevantes las **Conclusiones** del **Abogado General** a propósito del **asunto C-125/2018**, donde éste comienza por recordar, ya en la **Conclusión 1ª**, que, de **modo general**, para suscribir un préstamo, el consumidor medio dispone de **diferentes fuentes de información**, como los folletos o las guías prácticas elaborados por las entidades bancarias e incluso también por las asociaciones de protección de los consumidores, cuyo objetivo es facilitar información a los potenciales compradores sobre determinados elementos como los tipos de interés fijo o variable y los índices de referencia ...

> **1. En la actualidad, la adquisición de un bien inmobiliario raramente se lleva a cabo sin recurrir a un préstamo. Pagar las cuotas mensuales de un crédito hipotecario forma parte de las acciones de la vida cotidiana desde tiempos inmemoriales. (2) Para suscribir un préstamo, el consumidor medio dispone, en principio, de diferentes fuentes de información, como los folletos o las guías prácticas elaborados por las entidades bancarias e incluso también por las asociaciones de protección de los consumidores, cuyo objetivo es facilitar información a los potenciales compradores sobre determinados elementos como la capacidad máxima de endeudamiento, los tipos de interés fijo o variable y los índices de referencia.**

2º). Establecida esta idea general, añade que, **no obstante**, debido al carácter técnico de la información relativa a los préstamos hipotecarios, el consumidor medio no alcanza a comprender determinados conceptos, como **«tipo de interés»**, **«índice de referencia»** o **«tasa anual equivalente»**, y, en particular, las **diferencias entre estos conceptos**; que lo mismo cabe decir del **funcionamiento** o del **cálculo** concreto de los índices de referencia oficiales de préstamos hipotecarios y de las **T.A.E.** sobre cuya base se calculan estos tipos de interés; y que, en estas circunstancias, **el nivel de información que se exige del profesional es de vital importancia** para permitir al consumidor medio

www.abogadosres.com

comprender el coste real de su préstamo …

> **2. Ahora bien, a menudo, debido al carácter técnico de la información relativa a los préstamos hipotecarios, el consumidor medio no alcanza a comprender determinados conceptos, como «tipo de interés» (fijo o variable), «índice de referencia» o «tasa anual equivalente» (TAE), y, en particular, las diferencias entre estos conceptos. Lo mismo cabe decir del funcionamiento o del cálculo concreto no solo de los tipos de interés variables, sino también de los índices de referencia oficiales de préstamos hipotecarios y de las TAE sobre cuya base se calculan estos tipos de interés. En estas circunstancias, el nivel de información que se exige del profesional es de vital importancia para permitir al consumidor medio comprender el coste real de su préstamo.**

3º). De ello se desprende que siendo cierto que los consumidores disponen de diferentes fuentes de información en relación con los préstamos hipotecarios y los índices de referencia para la determinación de intereses a los que cabe referir dichos préstamos, fuentes de información que incluyen, entre otros, las publicaciones del **B.O.E.** a las que alude nuestro **Tribunal Supremo**, resulta igualmente cierto que en el caso del índice **IRPH Cajas**, y teniendo en cuenta la especial trascendencia que tiene el hecho de que se determine mensualmente a través de una media de los tipos anuales equivalentes de las operaciones de referencia, resulta de **vital importancia** el nivel de **información que ha de proporcionar el profesional** al consumidor en relación con conceptos como **«tipo de interés»**, **«índice de referencia»**, o **«tasa anual equivalente»**, y, en particular, las **diferencias entre ellos** y el funcionamiento y **método de cálculo** de los índices oficiales y las **T.A.E.** sobre cuya base se calculan.

4º). Así las cosas, esta representación discrepa del análisis de la sentencia del **TJUE** realizado por nuestro **Tribunal Supremo**, en relación con el **Control de Transparencia**, análisis que le lleva a entender que dicho **TJUE** ha considerado que la publicación del **IRPH** en el **B.O.E.** permitía al consumidor medio **comprender** que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales

www.abogadosres.com

entidades, de modo que esa publicación salva, **para todos los casos**, las exigencias de transparencia en cuanto a la composición y cálculo del **IRPH**.

5º). Esta representación no comparte la idea de que la mera lectura de la publicación relativa al índice **IRPH Cajas** recogida en el **B.O.E.** resulte suficiente para que un consumidor medio pueda **comprender** el **coste real de su préstamo**.

Es más, sostener, como lo hace nuestro **Tribunal Supremo**, que la publicación del **IRPH** en el **B.O.E.** permitía al consumidor medio **comprender** que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda, **incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades**, supone, dicho con todo respeto, un verdadero ejercicio de **hipocresía**, pues, ha de recordarse que estos mismos Magistrados que ahora afirman que un consumidor medio debía comprender que el índice **IRPH** se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados, son los mismos que en el **FJ 6º.8** de su **STS 669/2017** definían **erróneamente** el tipo **IRPH Entidades** como la **media de los índices hipotecarios** de todas las entidades que actuaban en España al que se sumaba un margen o diferencial …

> **8.-** En consecuencia, para determinar la transparencia de la cláusula que incorpora el índice de referencia (IRPH-Entidades) habrá que ver si el consumidor era consciente, porque había sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial, así como la manera en que se calculaba el interés variable. Dado el carácter esencial de la propia cláusula, no cabe considerar que el consumidor no se apercibiera de su importancia económica y jurídica y que pudiera conocer que el interés resultante en dicho periodo se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial consistente en una media de los índices hipotecarios de todas las entidades que actuaban en España al que se sumaba un margen o diferencial.

www.abogadosres

… y los mismos que en el **FJ 6º.12** de la misma resolución se referían **erróneamente** al tipo **IRPH Entidades** como la **media de los tipos de interés medios** aplicables para la adquisición de vivienda libre en España ….

> Los valores del IRPH resultaban de la media de los tipos de interés medios aplicables para la adquisición de vivienda de precio libre en España, lo cual, por definición, incorporaba en dicha media todas operaciones de financiación hipotecaria tanto a interés fijo como variable, entre las que también se encontraban las operaciones referenciadas al Euribor.

… cuando la realidad es que el índice **IRPH Entidades** de aquél caso, al igual que el índice **IRPH Cajas** del caso que nos ocupa, ni es la media de los índices hipotecarios de todas las entidades que actuaban en España (**FJ 6º.8**), ni es la media de los tipos de interés medios aplicables para la adquisición de vivienda libre en España (**FJ 6º.12**), … es la **media de los tipos anuales equivalentes** de la una parte de las operaciones de adquisición de vivienda libre en España, razón por la que incluyen las Comisiones y Gastos aplicados, lo que viene a confirmar que los Magistrados de nuestro **Tribunal Supremo**, a quienes se les debiera suponer un conocimiento superior al de un consumidor medio, y quienes entienden que la mera lectura del **B.O.E.** permite al consumidor conocer las especiales peculiaridades del índice, no han comprendido la diferencia entre lo que es y supone el **índice de referencia** de un contrato de préstamo hipotecario, lo que es y supone el **tipo de interés** de ese mismo contrato de préstamo (**índice de referencia** + **diferencial**), y lo que es y supone el **tipo anual equivalente** de la operación (**índice de referencia** + **diferencial** + **comisiones** + **gastos**).

Tal desconocimiento por parte de los Magistrados de nuestro **Tribunal Supremo** viene a reforzar, en línea con la **Conclusión 2ª** del **Abogado General**, la necesidad y **vital importancia** de conocer con una mínima precisión la diferencia entre conceptos como «**tipo de interés**», «**índice de referencia**» o «**tasa anual equivalente**», así como el funcionamiento y **método de cálculo** de los índices oficiales y las **T.A.E.** sobre cuya base se calculan.

www.abogadosres.com

7º). Esta representación entiende igualmente relevante diferenciar los términos "**conocer**" y "**comprender**", pues una remisión al **B.O.E.** permitiría al consumidor **conocer la definición del índice** al que remite su contrato, pero tal conocimiento ni garantiza que pueda **comprender** la trascendencia de que la media simple que determina el índice se elabore con los tipos anuales equivalentes de las operaciones de referencia, ni garantiza que pueda **comprender el coste real de su préstamo**, pues la realidad nos muestra que un consumidor medio, - al igual que ocurrió con los Magistrados de nuestro **Tribunal Supremo** el 14 de diciembre de 2017 -, no es capaz de deducir, a partir de la definición del índice, que éste incluye las comisiones y gastos de las operaciones de referencia, entre otras cosas porque no es conocedor de los conceptos **«tipo de interés»**, **«índice de referencia»** o **«tasa anual equivalente»**, y, en particular, las **diferencias entre ellos**.

8º). De esta manera, esta representación entiende que la publicación en el **B.O.E.** de la definición del índice **IRPH Cajas** constituye una más de esas **fuentes de información** a la que puede acceder el consumidor interesado en la contratación de un préstamo bancario, una forma de **conocer** el índice al que refiere su contrato, incluso una forma de **conocer** que éste se determina a través de una media de tipos anuales equivalentes, pero no resulta ser una forma de **comprender** las consecuencias económicas derivadas de la utilización de dichos tipos anuales equivalentes, de **comprender** las consecuencias derivadas a su cargo.

De lo dicho se desprende que en tanto nuestro **Tribunal Supremo** traslada al consumidor contratante la responsabilidad de buscar en el **B.O.E.** la información relativa al índice al que remite su contrato y a deducir por sí mismo las consecuencias derivadas de su aplicación, el **Abogado General** obliga al profesional a que proporcione al consumidor contratante la información necesaria para que éste comprenda el coste real de su préstamo, actuación que cataloga de **vital importancia**, lo que nos lleva a entender que se trata de una actuación **ineludible**.

www.abogadores.com

En suma, la posibilidad de que el consumidor pueda acceder al **B.O.E.** a fin de conocer el índice al que remite su contrato no excluye la **obligación** del profesional de **informar** correctamente respecto de su especial método de cálculo, de lo que representa el tipo anual equivalente de las operaciones de referencia y de lo que supone para su economía que el índice simple al que remite su contrato constituya, al mismo tiempo, la media del coste total de esas operaciones, una exigencia que resulta, en boca del **Abogado General**, de **vital importancia**.

9º). Surge así una posible primera cuestión a elevar ante el **TJUE**, y que se referiría a si puede obviarse el deber del profesional en cuanto a explicar al consumidor conceptos como **«tipo de interés»**, **«índice de referencia»** o **«tasa anual equivalente»**, y las **diferencias entre ellos** y el funcionamiento y **método de cálculo** del índice **IRPH** al que refiere su contrato, por el simple hecho de que tal información hubiera sido publicado en un **B.O.E.** de 1994, o, más escuetamente, si el deber de información del profesional, calificado de "**vital importancia**" por el **Abogado General**, puede verse suplido por la información que respecto del índice se publicó en un **B.O.E.** de 1994 cuya existencia habitualmente desconoce el consumidor.

EN RELACION CON LA INFORMACION MÍNIMA QUE DEBE PROPORCIONAR EL PROFESIONAL EN EL CASO DE QUE EL CONTRATO SE REMITA A UN INDICE COMO EL IRPH CAJAS

10º). Establecida por el **Abogado General** la obligación de que el profesional informe al consumidor contratante en relación a conceptos como **«tipo de interés»**, **«índice de referencia»** o **«tasa anual equivalente»**, y, en particular, las **diferencias entre ellos** y el funcionamiento y **método de cálculo** del índice oficial y las **T.A.E.** sobre cuya base se calcula, - (por tratarse de una información de **vital importancia** en orden a permitir al consumidor medio comprender el coste real de su préstamo) -, restaría aclarar **cómo se concreta la transmisión de tal información** y cómo el juzgador puede comprobar de manera fehaciente que el profesional ha cumplido con ella.

www.abogadosres.com

En este sentido resulta relevante la **Conclusión 125ª** donde el **Abogado General** tras calificar de **COMPLEJA** y **POCO TRANSPARENTE** la fórmula de cálculo del índice **IRPH Cajas**, entiende que resulta necesario que **el contrato especifique la definición completa del índice de referencia empleado**, así como que el consumidor sea informado de la **evolución en el pasado** del índice de referencia escogido …

> **125. En estas circunstancias, con objeto de orientar al órgano jurisdiccional remitente en estas comprobaciones, es preciso considerar que la información que el profesional debe facilitar para cumplir, con arreglo al artículo 4, apartado 2, y al artículo 5 de la Directiva 93/13, la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés tomando como valor de referencia un índice de referencia legal como el IRPH Cajas, cuya fórmula matemática de cálculo resulta compleja y poco transparente para un consumidor medio, debe, por una parte, ser suficiente para que este pueda tomar una decisión prudente y con pleno conocimiento de causa en lo que se refiere al *método de cálculo del tipo de interés* aplicable al contrato de préstamo hipotecario y a los elementos que lo componen, especificando no solo *la definición completa del índice de referencia* empleado por este método de cálculo, sino también las disposiciones de la normativa nacional pertinentes que determinan dicho índice y, por otra parte, referirse a la evolución en el pasado del índice de referencia escogido. (93)**

… lo que significa el establecimiento de **DOS exigencias objetivas**, que se cumplen o no se cumplen, pero que no admiten una interpretación distinta de la que se desprende de su tenor literal.

11º). De esta manera, y a la vista del tenor de la citada **Conclusión 125ª**, para entender que el profesional cumplió con la exigencia de transparencia en relación con una cláusula que fijaba un tipo de interés como el **IRPH Cajas**, éste debería acreditar que **dicha cláusula recoge la definición completa del índice de referencia empleado**, debería acreditar que el consumidor fue informado de la **evolución en el pasado** del índice de referencia escogido, y debería acreditar que **la cláusula especifica también las disposiciones de la normativa nacional pertinentes que determinan dicho índice**.

Sin embargo, nuestro **Tribunal Supremo** ha **desoído** este mandato y entendido que la mera remisión a un índice publicado en el **B.O.E.** y controlado por el **Banco de España** salva la exigencia de transparencia en cuanto a composición y de cálculo del índice, lo cual, a juicio de esta representación, abre otra posible razón para elevar cuestión prejudicial ante el **TJUE**.

La **Conclusión 126ª** concreta dos cuestiones muy importantes, (1) que corresponde al juez nacional verificar que el método de cálculo se haya recogido de manera transparente **EN EL CONTRATO**, una **verificación sencilla**, pues recoger de manera transparente el método de cálculo del índice en el contrato no es sino **transcribir al contrato la definición completa del mismo**, una verificación objetiva que solo puede dar una respuesta, "si" o "no"; (2) y que corresponde al juez nacional, **adicionalmente a la obligación anterior**, verificar si el contrato cumple con todas las **obligaciones de información prevista en la normativa nacional**, y aquí queremos subrayar que el cumplimiento de las obligaciones previstas en la normativa nacional es una **exigencia adicional a la anterior**, de manera que de no cumplirse la obligación primera de **transcribir al contrato la definición completa del índice** huelga la continuación de comprobaciones.

> **126. No obstante, corresponde al juez nacional, al efectuar el control de la transparencia de la cláusula controvertida verificar, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, por una parte, si el contrato expone de manera transparente el método de cálculo del tipo de interés, de manera que el consumidor estuviera en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que del mismo se derivaban para él y, por otra parte, si este contrato cumple con todas las obligaciones de información previstas en la normativa nacional.**

www.abogadosres.com

El término **"por otra parte"** resulta relevante, pues la **Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª**, acostumbra a limitar su atención a si la entidad demandada cumplió con todas las obligaciones de información previstas en la normativa nacional, sin querer reparar en que esta es una obligación adicional a la obligación de que el contrato exponga de manera transparente el método de cálculo del tipo de interés. Y es que para más confusión, la **Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona**, **Sección 15ª**, tras limitar su actuación a comprobar si el profesional dio cumplimiento a la normativa nacional al respecto, acostumbra a concluir con que habiendo sido derogada la **Orden Ministerial** de **5 de mayo de 1994**, - (en la que se recogían tanto la obligación de entrega de un **Folleto Informativo** respecto de la evolución del índice como la obligación de que el contrato recogiera la **definición del índice** con indicación de quien lo elabora, quien lo publica y con qué periodicidad) -, ya no cabe la exigencia al profesional de tales obligaciones.

Esta conducta de la **Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona**, **Sección 15ª**, nos lleva a plantearnos otra duda, y es si las obligaciones de información que ahora exige el **TJUE** y que ya estuvieron incluidas anteriormente en una norma nacional derogada resultan no obstante de aplicación, o dicho de otra manera, si las obligaciones ahora exigidas por el **TJUE** tienen naturaleza propia y se deben mantener con independencia de haber sido derogadas por el legislador español, o si, por el contrario, el hecho de que el legislador nacional ya no las contemple supone que ya no deban ser atendidas por mucho que el **TJUE** lo exija.

12º). Tal conjunto de obligaciones lo condensa el **TJUE** en el **parágrafo 56º** de su resolución en los siguientes términos …

> **56 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial, letras b) y c), que la Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también**

www.abogadores.com

permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.

Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.

Como podemos observar, el **TJUE** insiste nuevamente en que la cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical sino también debe permitir que el consumidor medio esté en condiciones de **comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés**, algo que requiere, como adelantó el **Abogado General**, que en ella se recoja la **definición completa del índice**, pues en el caso del índice **IRPH**, su definición completa describe con total precisión su método de cálculo.

13º). En este sentido queremos poner de manifiesto varias cuestiones relevantes …

Que la controversia no gira en torno al índice sino en torno a la **cláusula** que lo incorpora al contrato y la información proporcionada al consumidor contratante.

Que es la **cláusula** quien debe recoger la información suficiente que permita al consumidor comprender el funcionamiento **concreto del método de cálculo del referido índice**, con independencia de que éste fuera publicado en su día en el **B.O.E.**

Que es la **cláusula** quien debe recoger la **definición del índice**, una definición que no es sino la descripción de su método de cálculo.

www.abogadosres.com

Que, de esta manera, el juzgador queda obligado a centrar su atención en la **cláusula**, a **comprobar si la cláusula recoge tales exigencias** sin que resulte suficiente con que el profesional afirme haber explicado verbalmente dicho funcionamiento si tal explicación no viene recogida en el contrato, un extremo que se cumple o no se cumple.

Que como señala el **Abogado General**, la definición ha de transcribirse al contrato de forma **completa**, pues obviar cualquiera de sus pasos induce a errores y falsas expectativas, y queremos insistir en este punto por cuanto resulta habitual que las entidades que afirman transcribir la definición del índice al contrato obvien su último párrafo, ese en el que se recoge que la media se confecciona con los tipos **T.A.E.** de las operaciones de referencia.

Que también constituye un elemento especialmente pertinente para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto la circunstancia de que los **elementos principales relativos al cálculo** del mencionado tipo de interés resulten **fácilmente asequibles a cualquier persona** que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, una exigencia imposible de atender habida cuenta de que los elementos relativos al cálculo del índice son los tipos anuales equivalente medios ponderados de las operaciones de referencia que remite cada entidad contribuidora de datos al Banco de España, datos que no se publican, datos de los que no se puede garantizar su certeza, no ya por los consumidores afectados, sino por el Banco de España. Y es que el **Banco de España**, en su condición de testigo en el **Procedimiento 81/2004** que se sustanció ante el **Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Burgos**, a la pregunta de si era cierto que para la determinación del **IRPH Cajas** se habían considerado elementos que posteriormente fueron declarados nulos por abusivos, como era el caso de las **cláusulas suelo** o las **cláusulas de redondeo al alza**, y que si dichas cláusulas no hubieran sido tenidas en cuenta el resultado del **IRPH Cajas** hubiera sido inferior, contestó que el **Banco de España** no disponía de información suficiente para responder a esta pregunta ya que desconocía la existencia o no de operaciones con dichas cláusulas en la fecha de referencia ni su posible repercusión en el índice calculado.

www.abogadores.com

> **Pregunta 15.- ¿Es cierto que para la determinación del IRPH Cajas se consideraban tipos de interés que posteriormente fueron declarados nulos por abusivos en muchos préstamos, como es el caso de la denominada cláusula suelo o la cláusula de redondeo al alza y que si dichas cláusulas abusivas no hubieran sido aplicadas el resultado del IRPH Cajas habría sido inferior?**
>
> *Respuesta:* El Banco de España no dispone de información suficiente para responder a esta pregunta, ya que se desconoce la existencia o no de operaciones con estas cláusulas en la fecha de referencia, ni su posible repercusión en el índice calculado.

Así las cosas, y tras lo respondido por el **Banco de España**, no cabe sino desmitificar esa labor de control a la que alude nuestro **Tribunal Supremo**, pues lo cierto es que la labor del **Banco de España** se limita a **recibir los datos**, **elaborar una media simple** y **publicarla en el B.O.E.**, sin fiscalizarlos, sin cuestionarse su realidad, y sin plantearse siquiera la posibilidad de que estuvieran influidos por el efecto de elementos abusivos como las cláusulas suelo o los redondeos al alza.

14º). Finalmente, resulta relevante recordar, a propósito de la transparencia en la información, que la **Comisión Europea**, en el **parágrafo 57º** de sus **Observaciones** de **31 de mayo de 2018**, a propósito del **asunto C-125/18**, concreta lo que suponen las **obligaciones del profesional**, estableciendo que tales obligaciones incluyen el **deber de explicar al consumidor cómo se configura el tipo de referencia** y cuál ha sido su evolución …

> **57. Por lo anterior, la Comisión propone al Tribunal de Justicia contestar a la segunda sub pregunta en el sentido de que el deber de transparencia consagrado en los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 en relación con una cláusula esencial del contrato como es la cláusula controvertida, que fija el tipo de interés de un préstamo hipotecario con base en el índice IRPH-Cajas, comprende, en particular, la obligación para el profesional de explicar al consumidor, antes de la firma del contrato, cómo se configura el tipo de referencia, cuál ha sido la evolución de dicho tipo en el pasado así como su posible evolución futura, comparado con otros tipos empleados en el mercado.**

www.abogadosres.com

… de donde se desprende, a juicio de esta representación, que, más allá de que el **B.O.E.** recoja la definición del índice **IRPH**, el profesional está **OBLIGADO** a proporcionar información respecto de cómo se configura el índice, sin que tal obligación pueda entenderse suplida por el hecho de que una notificación en un **B.O.E.** de 1994 recoja la definición del índice.

Así las cosas, esta representación entiende procedente elevar una segunda cuestión ante el **TJUE**, la relativa a si la obligación de transparencia en cuanto a composición y método de cálculo del índice **IRPH** exige que el contrato recoja al menos la definición completa del índice o si la mera remisión a un índice publicado en el **B.O.E.** y controlado por el **Banco de España** salva la exigencia de transparencia en cuanto a composición y de cálculo del índice.

EN RELACION CON EL HECHO DE QUE LA FALTA DE TRANSPARENCIA NO DETERMINA LA NULIDAD DE LA CLAUSULA

15º). Nuestro **Tribunal Supremo** ha entendido que, si bien es cierto que, en los casos que le ocupan, la cláusula que incorpora el índice **IRPH** al contrato no supera el Control de Transparencia en relación con los criterios establecidos por el **TJUE**, ello no implica su nulidad por abusiva, sino simplemente abre la posibilidad de realización de un **juicio de abusividad**.

Llama la atención este cambio de criterio de nuestro **Tribunal Supremo**, quien en **STS 241/13**, de **13 de mayo de 2013**, y en su **parágrafo 274º**, establecía que en lo relativo a las cláusulas que definen el objeto principal, **el control de abuso únicamente resulta posible cuando hubiera falta de transparencia**, de donde se desprende que **la falta de transparencia cierra definitivamente la puerta a un control de abuso de este tipo de cláusulas** ...

www.abogadosres.com

> 274. Como hemos indicado las cláusulas suelo se refieren al objeto principal del contrato -de ahí que el control de su abuso nada más sea posible cuando haya falta de claridad en los términos indicados-. También hemos indicado que no cabe identificar "objeto principal" con "elemento esencial" y, en contra de lo sostenido por alguna de las recurridas, el tratamiento dado a las cláusulas suelo por las demandadas es determinante de que no forme "parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa". Más aún, las propias imponentes han escindido su tratamiento.

16º). El **Abogado General**, en su **Conclusión 127ª**, establece que la no transposición al ordenamiento español del **artículo 4.2** de la **Directiva 93/13/CEE** supone que las cláusulas relativas al precio, en el supuesto de superar el control de transparencia con arreglo a los criterios establecidos por el **TJUE**, deberían, **por añadidura**, superar un control de contenido en relación con el **artículo 3.1** de la **Directiva 93/13/CEE**, de donde se desprende que tal control de contenido no resulta necesario en el caso de que las cláusulas relativas al precio no superen el control de transparencia …

> **127. Por último, es preciso considerar que, en caso de que el órgano jurisdiccional remitente llegara a la conclusión de que la exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por lo tanto, de transparencia ha sido respetada habida cuenta de los elementos que el Tribunal de Justicia facilitará en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas, ello no implicaría la exención del deber de someter, en cualquier caso, la cláusula controvertida a un examen referido a su eventual carácter abusivo en cuanto al fondo, habida cuenta de la posible existencia de un desequilibrio importante causado, en detrimento del consumidor, entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. (94) En ese contexto incumbe al juez nacional, atendiendo a los criterios enunciados en el artículo 3, apartado 1, y en el artículo 5 de la Directiva 93/13, determinar si, dadas las circunstancias propias del presente caso, (95) una cláusula como la controvertida en el litigio principal cumple asimismo las exigencias de buena fe y equilibrio impuestas por esta Directiva. (96) Sin embargo, esta cuestión sobrepasa el objeto de la presente petición de decisión prejudicial, por lo que no ahondaré más en la misma.**

www.abogadosres.com

A propósito de la **Conclusión 127ª**, resulta relevante observar una remisión al **punto 95º** de las puntualizaciones que el propio **Abogado General** incluye tras su última Conclusión, **punto 95º** que establece la **obligación del juzgador de verificar si las entidades bancarias podían realmente influir o no en el índice IRPH Cajas**, atendiendo a las peculiaridades de éste, que se describen en las **Conclusiones 45ª a 47ª** …

> **95. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente debería verificar, en particular, si, como se desprende de la resolución de remisión, las entidades bancarias podían realmente influir o no en el IRPH Cajas. Me remito, en particular, a las explicaciones relativas al funcionamiento del IRPH Cajas facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente. Véanse los puntos 45 a 47 de las presentes conclusiones.**

… y las **Conclusiones 45 a 47** a las que remite señalan …

> **45. En cuanto al funcionamiento del IRPH Cajas, el órgano jurisdiccional remitente observa, en primer lugar, que dicho índice se calculaba, a partir de los datos facilitados por las cajas de ahorro al Banco de España cada mes, como media simple, reconociendo a todas las cajas la misma importancia con independencia del volumen de préstamos concedidos. Así, según este órgano jurisdiccional, la representatividad de una caja de ahorro en el IRPH no variaba si, por haber incrementado un mes los tipos de interés o comisiones, perdía cuota de mercado. Por consiguiente, la reducción del número de cajas de ahorro tenía como consecuencia que las que quedaban adquirían más influencia a la hora de calcular el IRPH, de forma que cualquier caja de ahorro podía influir en el resultado de este índice incrementado los intereses o las comisiones que aplicaba en el mes en cuestión.**
>
> **46. En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente señala que la información que proporcionaban las cajas de ahorro para obtener la media aritmética del IRPH incluía la TAE, los gastos y las comisiones, las cuales suponían aproximadamente más de un cuarto de punto porcentual sobre el interés nominal, así como las cláusulas suelo o las que preveían el redondeo al alza.**
>
> **47. En tercer lugar, el órgano jurisdiccional remitente expone que, conforme a la normativa nacional, los tipos que habían sido rebajados en**

www.abogadores.com

> **virtud de subvenciones o acuerdos para empleados —los cuales reducirían el resultado— no se tenían en cuenta para el cálculo del IRPH.**

En consecuencia, esta representación entiende que de las Conclusiones del **Abogado General** se desprende que si la cláusula que incorpora el índice **IRPH Cajas** al contrato supera el **Control de Transparencia**, debería continuarse con un **Control de Contenido**, un **Control de Desequilibrio**, centrado, contrariamente a lo que viene sosteniendo nuestro **Tribunal Supremo**, en analizar si dado el modo de determinación del índice, éste es **susceptible de influencia por las propias Cajas de Ahorro**, supuesto que, a nuestro juicio, llevaría a su declaración de **abusividad** por su **falta de reciprocidad**, dado que tal posibilidad de influencia no la tiene el consumidor (**artículo 87 del TRLGDCU**), y por **vincular el contrato a la voluntad del empresario** (**artículo 85 del TRLGDCU**).

17º). La **Comisión Europea**, en sus **Observaciones** de **31 de mayo de 2018**, y en relación con el mismo **asunto C-125/18**, recordaba, en su **parágrafo 40º**, que el **TJUE** ya había establecido que el carácter abusivo de una cláusula contractual puede resultar de una formulación que no cumple la exigencia de una redacción clara y comprensible en los términos que exige el **artículo 5º** de la **Directiva 93/13/CEE**, de donde esta representación concluye que **la falta de transparencia de la cláusula relativa al índice IRPH Cajas supone directamente su abusividad** ...

> **40. Por otra parte, el Tribunal de Justicia también ha recordado que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, según resulta del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, coincide con la exigencia de transparencia prevista en el artículo 5 de la citada Directiva y que, en consecuencia, el carácter abusivo de una cláusula contractual puede resultar de una formulación que no cumple la exigencia de una redacción clara y comprensible enunciada en dicho artículo 5.**

Y el **parágrafo 41º** de las mismas **Observaciones** completa que la exigencia de transparencia de las cláusulas a las que se refiere el **artículo 4.2** de la **Directiva 93/13/CEE** es equivalente a la exigencia contenida en el **artículo 5º** de la misma, por lo que **el examen de transparencia de una cláusula forma parte del examen de abusividad** que se deriva del **artículo 3.1** de la **Directiva 93/13/CEE**.

> **41. De lo anterior se deduce que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales contenida en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 es equivalente a la contenida, con carácter general, en el artículo 5. Por consiguiente, el examen de transparencia de una cláusula forma parte del examen de abusividad que se deriva del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva.**

18º). En consecuencia, esta representación entiende necesario elevar cuestión prejudicial ante el **TJUE** en el sentido de **si la falta de transparencia de una cláusula relativa al precio del contrato supone en sí mismo su carácter abusivo** o si, por el contrario, una cláusula relativa al precio del contrato puede incorporarse al contrato de manera no transparente y, al mismo tiempo, entenderse que ello no supone su carácter abusivo y su expulsión del contrato.

19º). El **artículo 83** del **TRLGDCU** recoge, a partir de la reforma introducida por la **Ley 5/2019**, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que **las condiciones generales incorporadas de manera no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho**.

Sin embargo, nuestro **Tribunal Supremo**, tras declarar la falta de transparencia de las controvertidas cláusulas relativas al índice **IRPH** incorporadas a los contratos que le ocupan, ha entendido que **no procedía su declaración de nulidad** por cuanto **en el momento de suscripción del contrato nuestro ordenamiento no contemplaba expresamente que la falta de transparencia implicara necesariamente su carácter abusivo**.

Ello da lugar a la necesidad de elevar ante el **TJUE** nueva cuestión prejudicial relativa a **si los consumidores españoles que han suscrito contratos de préstamo hipotecario con anterioridad a mayo de 2019 resultan excluidos del ámbito de protección que**

www.abogadores.com

otorga la Directiva 93/13/CEE frente a la utilización por los profesionales de condiciones generales no transparentes en relación con cláusulas de la trascendencia de las que determinan el precio del contrato, habida cuenta de que el legislador español no ha establecido expresamente hasta dicha fecha que las condiciones generales incorporadas de manera no transparente al contrato reputan nulas a todos los efectos.

EN RELACION CON LA BUENA FE DEL PROFESIONAL QUE IMPONE CLAUSULAS DECLARADAS FALTAS DE TRANSPARENCIA

20º). Entiende nuestro **Tribunal Supremo** que el ofrecimiento por parte de la entidad bancaria de un índice oficial, **aprobado por la autoridad bancaria**, no puede vulnerar por sí mismo la buena fe, y refuerza su afirmación recordando que, dado que el Gobierno Central y varios Gobiernos Autonómicos han venido considerando, a través de normas reglamentarias, que el índice **IRPH** era el más adecuado para utilizarlo como índice de referencia en el ámbito de la financiación de viviendas de protección oficial, resultaría **ilógico** considerar como actuación contraria a la buena fe la incorporación de ese mismo índice a préstamos concertados fuera de ese ámbito de financiación oficial.

21º). No se puede compartir esta visión **sesgada** de lo que resulta ser la buena fe del profesional. Hemos de empezar por recordar que el concepto de **buena fe del profesional**, a los efectos que nos ocupan, **no es un concepto abstracto** que acoja cualquier tipo de actuación loable por su parte, pues a partir de la **STJUE en el asunto C-415/11**, de **14 de marzo de 2013**, **asunto Aziz**, el **TJUE** acotó las posibilidades de interpretación de esta figura y definió al profesional de buena fe como **aquél que tratando de manera leal y equitativa con el consumidor**, **podía estimar razonablemente que dicho consumidor aceptaría igualmente la cláusula objeto de litigio en el marco de una negociación individual**, esto es, con total libertad para negarse a su incorporación al contrato y optar por otra.

Y así, la **STJUE 415/11**, de **14 de marzo de 2013**, establece …

www.abogadores.com

> «Para determinar si se causa el desequilibrio "pese a las exigencias de la buena fe", debe comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual».

En consecuencia, el **profesional de buena fe**, en el concreto marco de la **Directiva 93/13/CEE**, no es aquél que impone un índice oficial sin mediar explicación alguna, **es aquél que tiene la seguridad de que ese consumidor que acepta la incorporación de una concreta cláusula a su contrato, hubiera aceptado igualmente dicha cláusula en el marco de una negociación en términos de igualdad, con toda la información y con toda libertad**. O, en sentido contrario, podemos entender por **profesional que actúa de manera contraria a la buena fe** aquél que impone una determinada cláusula a sabiendas de que ese consumidor con quien contrata nunca hubiera aceptado su incorporación al contrato en el marco de una negociación individual, con toda la información y con toda libertad.

Y ello nos lleva a preguntarnos si el profesional, … tras informar al consumidor de que (1) el índice **IRPH Cajas** que le imponía se determinaba mensualmente por el **Banco de España** elaborando una **media simple de los tipos anuales equivalentes de las operaciones de referencia**, tipos anuales equivalentes que como tales incluían los **índices**, **diferenciales**, **comisiones** y **gastos** de dichas operaciones de referencia, a lo que añadiría su propio diferencial, sus propios gastos y sus propias comisiones dando lugar así a una **duplicidad de pagos**; (2) que como consecuencia de ello su índice **IRPH Cajas** siempre evolucionaría por encima del habitual **Euribor** por cuanto éste último formaba parte del primero; (3) que como consecuencia de ello cualquier subida del **Euribor** llevaría un incremento proporcional del índice **IRPH Cajas** pero que, por el contrario, sus bajadas podrían ser compensadas con bajadas del resto de elementos constitutivos del índice **IRPH Cajas** a fin de estabilizarlo; … podía estimar razonablemente que el consumidor, en el marco de una negociación individual, y disponiendo de tal información, nunca hubiera aceptado la inclusión de dicha cláusula en su contrato.

www.abogadosres.com

Y la respuesta es que **ningún consumidor razonablemente atento y perspicaz**, **informado de la naturaleza y especiales peculiaridades del índice IRPH**, **hubiera optado por este índice en el marco de una negociación individual**, no en balde se trata de un índice de implantación residual, imposible de localizar, pese a sus teóricas "bondades", en contratos de préstamo hipotecario suscrito por empleados, familiares o allegados de las entidades financieras.

En conclusión, la imposición por parte del profesional de un índice como el **IRPH Cajas**, sin ningún tipo de explicación que facilitara que el consumidor pudiera comprender el coste real de su préstamo, constituye un **comportamiento contrario a las exigencias de buena fe**, por lo que, a la vista de la interpretación que realiza nuestro **Tribunal Supremo**, esta representación entiende necesario elevar nueva cuestión prejudicial ante el **TJUE** a fin de que éste se pronuncie respecto de si la imposición por parte del profesional de un índice oficial para la determinación de los intereses de un contrato de préstamo hipotecario, sin proporcionar la necesaria información a fin de que el consumidor contratante pueda comprender el coste real de su préstamo, resulta una contraria a la exigencia de buena fe.

23º). Pero es que, a mayor abundamiento, y en relación con la **buena fe** del profesional, no es cuestión menor lo que al respecto entendió la **Comisión Europea** en las **Observaciones** presentadas en relación con la controversia que nos ocupa ante el **TJUE**, y en las que, en su **apartado 70º**, afirmaba que una práctica comercial en la que se **omite información sobre cómo se configura el tipo de referencia**, **cuál ha sido la evolución de dicho tipo en el pasado**, así como su posible evolución en el futuro, comparado con otros tipos empleados en el mercado, debe calificarse de **engañosa** en el sentido del **artículo 7.1** de la **Directiva 2005/29/CEE** …

www.abogadosres.com

> 70. A la luz de lo anterior, la Comisión propone al Tribunal contestar a la tercera subpregunta en el sentido de que una práctica comercial consistente en omitir información sobre cómo se configura el tipo de referencia, cuál ha sido la evolución de dicho tipo en el pasado así como su posible evolución futura, comparado con otros tipos empleados en el mercado, debe calificarse de engañosa en el sentido del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2005/29/CE, siempre que haga o pueda hacer tomar al consumidor una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado. Corresponde al juez nacional comprobar si tal es el caso en el

… de donde esta representación concluye que **la conducta de un profesional que ha realizado una práctica engañosa no puede ser considerada como acorde a la buena fe**.

24º). Hemos aludido anteriormente a una visión sesgada de nuestro **Tribunal Supremo** cuando apoya la buena fe del profesional en el hecho de que el Gobierno Central y varios Gobiernos Autonómicos han venido considerando, a través de normas reglamentarias, que el índice **IRPH** era el más adecuado para utilizarlo como índice de referencia en el ámbito de la financiación de viviendas de protección oficial, **sin mencionar que en todos esos programas de vivienda protegida se ha impuesto el índice IRPH en los términos que recoge la Circular 5/94 del Banco de España**, esto es, **aplicando un diferencial negativo** o un **porcentaje del IRPH** que compense el efecto de las comisiones y gastos y evite los efectos derivados de que se trate de un índice simple y, al mismo tiempo, un indicador del coste medio total de los contratos de referencia, o, lo que es lo mismo, un indicador de la financiación hipotecaria española.

25º). En este sentido, 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, establece que los tipos medios de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda libre lo son de forma rigurosa, pues incorporan el efecto de las comisiones, por lo que **su simple utilización directa implicaría situar la tasa anual equivalente de la operación**

www.abogadosres.com

hipotecaria por encima del tipo practicado en el mercado, y añade que **para igualar la T.A.E. de la operación hipotecaria con el mercado sería necesario aplicar un diferencial negativo cuyo valor variaría según las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas** …

> Los tipos de referencia escogidos son, en último análisis, tasas anuales equivalentes. Los tipos medios de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda libre de los bancos y del conjunto de entidades, lo son de forma rigurosa, pues incorporan además el efecto de las comisiones. Por tanto, su simple utilización directa como tipos contractuales implicaría situar la tasa anual equivalente de la operación hipotecaria por encima del tipo practicado por el mercado. Para igualar la TAE de esta última con la del mercado sería necesario aplicar un diferencial negativo, cuyo valor variaría según las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas.

Y ocurre que tanto el Gobierno Central como varios Gobiernos Autonómicos han desarrollado variados programas de vivienda protegida remitidos al índice **IRPH**, pero siempre cuidando el **principio de legalidad** que les obliga al cumplimiento de la normativa bancaria y aplicando, en consecuencia, diferenciales negativos **al objeto de que la T.A.E. de la operación no se sitúe por encima de la T.A.E. del mercado**, un cuidado que algunas entidades financieras también pusieron en un principio, hasta darse cuenta de que su incumplimiento no acarreaba consecuencias, pasando así de aplicar diferenciales negativos del orden de **0,50%** a diferenciales de **0,00%** y a diferenciales positivos en torno al **1% a 2%**.

EN RELACION CON EL DESEQUILIBRIO DE DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

26º). Entiende nuestro **Tribunal Supremo** que, desde el punto de vista del desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, la evolución más o menos favorable del índice durante la vida del préstamo no puede ser determinante, y que el hecho de que en el posterior desenvolvimiento del préstamo éste resulte más caro que otros préstamos no supone un desequilibrio, pues el control de contenido no puede derivar en un control de precios.

Sin embargo, **la cuestión no es si la evolución del índice IRPH ha sido más o menos favorable que la del índice Euribor**, sino **si por el propio método de determinación del índice IRPH cabe la posibilidad de que se sitúe por debajo del Euribor**, y, lo que es más importante, si **se informó de ello al consumidor**.

En este sentido, frente a este planteamiento de nuestro **Tribunal Supremo** existe un argumento definitivo que nos proporciona el propio **Banco de España** en la anteriormente citada **Circular 5/1994**, de 22 de julio, cuando establece que **la simple utilización directa de los índices IRPH implicaría situar la tasa anual equivalente de la operación hipotecaria por encima del tipo practicado en el mercado**.

De tal valoración se desprende que **en aquellos casos en los que la utilización del índice IRPH no se acompaña de un diferencial negativo**, **se estaría situando permanentemente la operación, a lo largo de toda su vida, en una tasa anual equivalente por encima de la de mercado**, lo que daría lugar a la existencia de ese **desequilibrio entre derechos y obligaciones de las partes** a las que se refiere el **artículo 3.1** de la **Directiva 93/13/CEE**.

EN RELACION CON EL VOTO PARTICULAR

27º). Entiende el voto particular que la Sala debió declarar abusiva la cláusula que establecía el índice **IRPH** como índice del préstamo y que una vez declarada abusiva dicha cláusula **se debería decidir** si debe mantenerse algún índice sustitutivo, añadiendo que son tres las opciones posibles, (1) **entender que no cabe mantener índice alguno y dejar el préstamo como gratuito**, (2) aplicar un **índice sustitutivo** como el de la **Ley 14/2013**, y (3) aplicar el **Euribor**.

www.abogadosres.com

28º). No se comparte el planteamiento. Declarada abusiva la cláusula relativa al interés remuneratorio, esta representación entiende que nos encontramos ante **tres diferentes disyuntivas** que se presentan de forma encadenada …

1ª.- La primera disyuntiva se plantea respecto de si el contrato puede sobrevivir sin la cláusula relativa al interés remuneratorio o si su expulsión del contrato supone la nulidad del mismo en su integridad, disyuntiva respecto de la **únicamente decide el juzgador** tal y como lo establece la **STJUE C-453/10**, de **15 de marzo de 2012**, asunto **Pernicova y Perenic**.

2ª.- Si el juzgador decidiera que el contrato no puede sobrevivir sin la cláusula declarada abusiva y entiende que ha de declarar la nulidad del contrato, surge la disyuntiva respecto de si el contrato se declara nulo en su integridad o si se procede a su integración, **decisión que corresponde al consumidor** tal y como recoge la **STJUE C-260/18**, de **3 de octubre de 2019**, asunto **Dziubak vs Raiffeisen Bank International**.

3ª.- Si el consumidor optara por la integración, la disyuntiva que **habría de resolver el juzgador** surgiría en torno a que sustitutivo establecer, debiéndose tener en cuenta que la sustitución ha de **recuperar el justo equilibrio de prestaciones entre las partes** y no, como ocurre con el sustitutivo recogido en la **Ley 14/2013**, que pretende mantener el equilibrio de prestaciones existente. En este caso se comparte el criterio del voto particular a fin de que la sustitución se realice, en caso de hacerse, por el índice **Euribor**.

29º). Así las cosas, si el juzgador entendiera que el contrato no puede subsistir sin la cláusula de interés remuneratorio, decisión que ha de tomar sin valorar el interés que pudiera tener el consumidor en la nulidad del contrato, como insiste la **STJUE en el asunto C-453/10**, de **15 de marzo de 2012**, no podría proceder directamente a suplir dicha cláusula en beneficio del consumidor sin que éste haya manifestado expresamente que ante la tesitura de tener que optar entre la integración del contrato o su nulidad, opta

www.abogadosres.com

por la integración del contrato, tal y como establece la **STJUE en el asunto C-260/18**, de **3 de octubre de 2019**.

Nuestro **Tribunal Supremo**, en **STS 463/2019**, de **11 de septiembre de 2019**, establecía la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado y la suplía automáticamente por norma legal, aparentando hacerlo en interés del consumidor pero con el fin de continuar con el procedimiento ejecutivo, negando así la posibilidad de que fuera el consumidor quien pudiera decidir respecto de lo más beneficioso para sus intereses, y tratándole como a un menor o disminuido que necesita que un juez decida por él lo más beneficioso para sus intereses.

Y así, la citada **STS 463/2019**, de **11 de septiembre de 2019**, recoge …

> v. Unicamente si se entendiera que el contrato puede subsistir sin la clausula de vencimiento anticipado sería relevante la postura (opción) del consumidor. No así cuando se considere que el contrato no puede subsistir".

… lo que lleva a que, por ejemplo, la **Ilma. Audiencia Provincial de Gipuzkoa** venga negando sistemáticamente la posibilidad de que el consumidor opte entre la nulidad del contrato o la integración del mismo una vez que el juzgador ya ha decidido que el contrato no puede subsistir sin la cláusula declarada abusiva y la ha de expulsar del contrato.

La reiterada **STS 463/2019**, de **11 de septiembre de 2019**, en la que se niega el derecho del consumidor a decidir sobre si opta por la nulidad del contrato o su integración se basa en la **STJUE en el asunto C-453/10**, de **15 de marzo de 2012**, en la que lo que el **TJUE** establece es que la decisión respecto de si el contrato puede subsistir sin la cláusula abusiva o ha de declararse nulo en su integridad no ha de tener en cuenta la opinión del consumidor.

www.abogadosres.com

Y es que, ciertamente, la **STJUE en el asunto C-453/10**, de **15 de marzo de 2012**, centra uno de sus puntos de atención en la necesidad de que la declaración de nulidad de un contrato como consecuencia de la expulsión de una o varias cláusulas declaradas abusivas obedezca **exclusivamente** a **criterios objetivos**, sin que el hecho de que tal nulidad convenga o beneficie los intereses del consumidor resulte un criterio a considerar por el juzgador ...

> **1) El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que, al valorar si un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que contiene una o varias cláusulas abusivas puede subsistir sin éstas, el juez que conoce del asunto no puede basarse únicamente en el carácter eventualmente favorable para una de las partes, en el caso de autos el consumidor, de la anulación de dicho contrato en su conjunto.**

... es decir, a la hora de que el juzgador analice la posibilidad de subsistencia del contrato, en ese concreto momento, **los intereses del consumidor resultan irrelevantes**, y **la subsistencia o nulidad del contrato ha de derivarse de criterios objetivos**.

Ahora bien, cosa distinta es que una vez cumplida la obligación del juzgador, una vez que éste, en aplicación de criterios absolutamente objetivos, ha declarado la imposibilidad de subsistencia del contrato tras la expulsión de las cláusulas declaradas abusivas, y, en consecuencia, su nulidad, **nace un derecho para el consumidor**, un derecho a "levantar la mano" y manifestar que tal nulidad le perjudica, un derecho a solicitar del juzgador que ejerza la facultad excepcional que el **TJUE** le otorga para integrar el contrato y evitarle así el daño que tal nulidad le puede acarrear.

www.abogadosres.com

Y así, con fecha **3 de octubre de 2019**, el **TJUE** ha dictado **STJUE en el asunto C-260/18** cuyo **parágrafo 54º** establece de manera contundente que la **Directiva 93/13/CEE** no llega hasta el extremo de hacer obligatorio el sistema de protección contra la utilización de cláusulas abusivas por los profesionales instalado en beneficio de los consumidores, de tal manera, que cuando el consumidor no quiera valerse de este sistema, **no cabe aplicarlo** …

> **54. Así, la Directiva 93/13 no llega hasta el extremo de hacer obligatorio el sistema de protección contra la utilización de cláusulas abusivas por los profesionales que ha instaurado en beneficio de los consumidores. Por consiguiente, cuando el consumidor prefiera no valerse de este sistema de protección, el mismo no se aplicará.**

… añadiendo, en el **parágrafo 55º**, que de la misma manera que el consumidor puede rechazar la protección que le ofrece la **Directiva 93/13/CEE** en relación con las cláusulas abusivas, puede igualmente rechazar cualquier sistema de protección de los efectos derivados de la nulidad del contrato que se le ofrezca, lo que significa que **nada puede evitar la nulidad del contrato si él así lo desea**.

> **55. De manera análoga, en la medida en que dicho sistema de protección contra las cláusulas abusivas no es aplicable si el consumidor se opone a ello, el consumidor deberá tener *a fortiori* el derecho de oponerse a ser, en aplicación de ese mismo sistema, protegido de las consecuencias perjudiciales provocadas por la anulación del contrato en su totalidad cuando no desee invocar tal protección.**

De ello se desprende la **existencia de dos posibles renuncias**, una por la que **el consumidor puede rechazar la protección que le ofrece la Directiva 93/13/CEE en relación con las cláusulas abusivas**, y otra por la que **"de manera análoga"**, y **con mayor razón**, el consumidor **puede oponerse, simplemente, a ser protegido de las consecuencias perjudiciales provocadas por la anulación del contrato en su totalidad** cuando no desee invocar tal protección, por lo que no cabe entender, como lo hace por ejemplo la **Ilma.**

Audiencia Provincial de Gipuzkoa, que la oposición del consumidor a ser protegido de las consecuencias perjudiciales provocadas por la anulación del contrato en su totalidad suponga que igualmente se oponen a la protección contra las cláusulas abusivas que le ofrece la **Directiva 93/13/CEE**.

A mayor abundamiento, el **parágrafo 56º** establece el **carácter determinante de la voluntad del consumidor a la hora de decidir si opta por la integración del contrato o por la nulidad del mismo** ….

> **56. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, por una parte, las consecuencias sobre la situación del consumidor provocadas por la anulación de un contrato en su totalidad, tal como se contemplan en la sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282), deben apreciarse a la luz de las circunstancias existentes o previsibles en el momento del litigio, y de que, por otra parte, a efectos de tal apreciación, la voluntad que el consumidor haya expresado a este respecto es determinante.**

30º). No obstante lo dicho y la claridad con la que el **TJUE** se pronuncia en su **STJUE en el asunto C-260/18**, de **3 de octubre de 2019**, habida cuenta de la interpretación que vienen haciendo la totalidad de las **Audiencias Provinciales** que han declarado el carácter abusivo de la cláusula relativa al índice **IRPH Cajas** y procedido a su sustitución sin plantear al consumidor la posibilidad de optar entre la nulidad del contrato o la sustitución del índice, es por lo que esta representación entiende necesario elevar cuestión prejudicial ante el **TJUE** a fin de que éste aclare si en el caso de que el juez entendiera que la declaración de abusividad de la cláusula relativa al índice **IRPH Cajas** supone su expulsión del contrato y, en consecuencia, la nulidad del mismo, éste estaría **obligado** a plantear al consumidor la opción entre declarar la nulidad del contrato o la integración del mismo.

www.abogadosres.com

31º). Finalmente, y para el caso de que el consumidor optara por la nulidad del contrato, restaría conocer cuáles serían sus consecuencias.

El **artículo 1.303** del **Código Civil** recoge que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes, entre los que el **artículo 1.306** establece que si la causa de la nulidad fuera una causa torpe que no constituyere ni delito ni falta habrá de estarse a si tal causa torpe estuviera de parte de uno solo de los contratantes o de los dos.

Si la culpa estuviera de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiera dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiese ofrecido.

Si la causa torpe estuviera de parte de un solo contratante, éste no podrá repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, en tanto que el otro, el que fuera extraño a dicha causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido.

La cuestión tiene su trascendencia, pues la aplicación del **artículo 1.303** del **Código Civil** resultaría contraria al efecto disuasorio que pretende el **artículo 7** de la **Directiva 93/13/CEE**, pues el interés legal del dinero a aplicar respecto de las cantidades intercambiadas por las partes resultaría superior al interés remuneratorio contemplado en la cláusula declarada nula por abusiva, lo que llevaría a **premiar al infractor**.

Por el contrario, el **artículo 1.306** del **Código Civil** contribuiría a disuadir a los profesionales en el uso de cláusulas abusivas habida cuenta de que el profesional, como responsable de la causa torpe que dio lugar a la nulidad del contrato, debería reintegrar cuanto recibió con sus intereses en tanto que el consumidor no estaría obligado al reintegro.

Y aún cabría una tercera posibilidad, y es que **la nulidad del contrato supusiera el reintegro recíproco de cuanto las partes intercambiaron sin que tales cantidades se vieran incrementadas con interés alguno**.

De esta manera, esta representación entiende que resulta necesario elevar ante el **TJUE** cuestión prejudicial en el sentido de si declarada la nulidad del contrato por voluntad del consumidor y a consecuencia del carácter abusivo de una condición general impuesta por el profesional, procedería la aplicación del **artículo 1.303** del **Código Civil** o del **artículo 1.306** del mismo, o el reintegro de cuanto ambos intercambiaron sin aplicación de interés alguno.

www.abogadosres.com

CONCLUSIONES

A la vista de lo dicho, esta representación concluye entendiendo que resulta adecuado elevar ante el **TJUE** las siguientes cuestiones …

1ª.- Si la obligación del profesional de informar al consumidor contratante respecto de conceptos como **«tipo de interés»**, **«índice de referencia»** o **«tasa anual equivalente»**, las **diferencias entre ellos** y el especial **método de cálculo** del índice **IRPH** al que refiere su contrato, se entiende cumplida por el mero hecho de que tal información fue publicada en un **B.O.E.** de 1994.

2ª.- Si, tal como señala el **Abogado General**, la obligación de transparencia en cuanto a **composición** y **método de cálculo** del índice **IRPH** exige que el contrato recoja la **definición completa del índice** o si, como sostiene el **Tribunal Supremo**, la mera remisión a un índice publicado en el **B.O.E.** y controlado por el **Banco de España** salva la exigencia de transparencia en cuanto a composición y método de cálculo del índice.

3ª.- Si la **falta de transparencia** de la cláusula relativa al interés remuneratorio supone su **carácter abusivo** con las consecuencias que prevé el ordenamiento nacional, o, si, por el contrario, tal falta de transparencia sólo conlleva la posibilidad de realizar un **control de contenido** cuya superación **legalizaría** a todos los efectos la controvertida cláusula.

4ª.- Si el hecho de que el legislador español haya incorporado a su ordenamiento interno el mandato de que las condiciones generales no transparentes reputan nulas en el mes de **mayo de 2019** significa que las condiciones generales suscritas por consumidores con anterioridad a esa fecha no son susceptibles de declararse nulas por falta de transparencia.

5ª.- Si el hecho de que el profesional remita el contrato a un índice oficial supone que ya no quepa entender, en ningún caso, que éste ha actuado en contra de las **exigencias de la buena fe**.

6ª.- Si el hecho de que, como señala el **Banco de España**, la mera utilización directa del índice **IRPH** sin aplicarle diferencial negativo alguno implica **situar la tasa anual equivalente de la operación hipotecaria por encima del tipo practicado en el mercado** supone un **desequilibrio entre los derechos y deberes de las partes** que tiene acogida en el **artículo 3.1** de la **Directiva 93/13/CEE**.

7ª.- Si, en caso de que el juez nacional entendiera que la declaración de abusividad de la cláusula relativa al índice **IRPH Cajas** supone su expulsión del contrato y, en consecuencia, la nulidad del mismo, estaría **obligado a plantear al consumidor la opción entre declarar la nulidad del contrato o la integración del mismo**, o si, por el contrario, la negativa del consumidor a beneficiarse de la posibilidad de integración del contrato supone que se está negando a beneficiarse de la totalidad del sistema de protección que otorga la **Directiva 93/13/CEE**, incluido del control de abusividad de las cláusulas impuestas por el profesional en forma de condiciones generales.

www.abogadosres.com

8ª.- Si el consumidor optara por la nulidad del contrato en su totalidad, cabría entender que el profesional que impuso la cláusula abusiva es el responsable de la causa torpe que dio lugar a dicha nulidad del contrato.

Por todo lo expuesto …

AL JUZGADO SUPLICO que tenga por presentado este escrito y, por medio del mismo, dado por cumplido el trámite que nos fue conferido mediante la **Providencia** de fecha **16 de noviembre de 2.020**, y, con ello, por aportada la propuesta de formulación de nuevas cuestiones a plantear ante el **TJUE**, cuestiones que se incorporan en el presente escrito.

Es justicia que pido en Barcelona, a 23 de Noviembre de 2020

www.abogadosres.com