


## AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA

|   |  |
|---|--|
|  <p style="text-align: center;">           TRIBUNAL DE JUSTICIA<br/>           DE LA<br/>           UNION EUROPEA<br/> <br/>           Secretaría         </p> | <div style="border: 1px solid black; width: 250px; height: 80px; margin: 0 auto;"></div> <p style="text-align: right;">Luxemburgo, 3 de octubre de 2023</p> <p style="text-align: right;">           Sra. Ainhoa Kintana Martínez<br/>           C/ Sarasate, 12-2ºB<br/>           ES-20304 Irún (Guipúzcoa)         </p> |
| <p>1269604 ES</p>   | <p> <b>Asunto prejudicial C-300/23</b><br/> <b>Kutxabank</b><br/> <b>[Órgano(s) jurisdiccional(es) remitente(s): Juzgado de Primera Instancia de Donostia – San Sebastián - España]</b> </p>   |

**Juzgado nacional remitente: Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Donostia - San Sebastián (España).**

**Asunto: C-300/23.**

Don **José María Erausquin Vázquez** y Doña **Maite Ortiz Pérez**, letrados, defensores de los intereses de Don **XXXXXXXXXXXXXXXXXX** en el procedimiento **C-300/23** que se ventila ante este alto tribunal, como mejor proceda en Derecho ...

## DECIMOS

Que, habiéndosenos concedido traslado por este alto tribunal (**TJUE**), como parte demandante en el procedimiento que se viene conociendo ante el **Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Donostia - San Sebastián**, de la posibilidad de presentar observaciones escritas sobre la petición de decisión prejudicial elevada por dicho juzgado, procedemos a formular, en tiempo y forma, dichas observaciones.

Que habida cuenta de que el juzgado remitente ha estructurado sus 22 cuestiones en 7 bloques, nosotros vamos a estructurar, igualmente, nuestro escrito en 7 observaciones comprensivas, cada una de ellas, de una breve descripción de la situación de hecho existente, una breve explicación de lo que entendemos debiera ser la aplicación de la Jurisprudencia del **TJUE** a dicha situación de hecho, y, finalmente, con todo respeto, de una propuesta de respuesta fundamentada a dichas cuestiones.

Que somos conscientes de la extensión del escrito, 54 páginas, pero que ello, lejos de pretender abrumar, busca facilitar al máximo su lectura y trabajo, de ahí que hayamos optado por un tipo de letra que exige de mucho espacio, pero que, al mismo tiempo, proporciona una gran amplitud, claridad, y facilidad de lectura, que creemos resultara del agrado de sus lectores.

Que el presente escrito se desarrolla con arreglo al siguiente índice ...

|                   |  |
|-------------------|--|
| <b>Página 1ª</b>  | <b>Presentación.</b>                             |
| <b>Página 4ª</b>  | <b>Observación 1ª – Bloque 1º de cuestiones.</b> |
| <b>Página 10ª</b> | <b>Observación 2ª – Bloque 2º de cuestiones.</b> |
| <b>Página 27ª</b> | <b>Observación 3ª – Bloque 3º de cuestiones.</b> |
| <b>Página 31ª</b> | <b>Observación 4ª – Bloque 4º de cuestiones.</b> |
| <b>Página 35ª</b> | <b>Observación 5ª – Bloque 5º de cuestiones.</b> |
| <b>Página 38ª</b> | <b>Observación 6ª – Bloque 6º de cuestiones.</b> |
| <b>Página 49ª</b> | <b>Observación 7ª – Bloque 7º de cuestiones.</b> |
| <b>Página 54ª</b> | <b>Documentación que se acompaña y Petitum.</b>  |

## I.- OBSERVACION PRIMERA

### En relación con el primer bloque de cuestiones prejudiciales

1). Esta defensa letrada entiende necesario comenzar por recordar que el índice hipotecario IRPH Cajas se determinaba a través de una media simple de los tipos TAE de las operaciones de referencia, lo que le otorgaba una sorprendente e inesperada dualidad, pues constituía un índice de referencia, que, al mismo tiempo, y derivado de su especial método de cálculo, representaba, también, el coste medio final de dichas operaciones de referencia.

2). Es por ello que el Banco de España, en su Circular 5/94, de 22 de julio, la misma en la que lo definía, le dotaba de carácter oficial, y lo incorporaba al mercado hipotecario español, ya advertía a las entidades financieras a las que se dirigía de las consecuencias especialmente negativas, para los clientes, de su simple utilización directa, una utilización directa que implicaba situar las respectivas tasas anuales equivalentes (TAE) de sus contratos por encima de la tasa anual equivalente (TAE) del mercado, situación que se evitaría aplicando un adecuado diferencial negativo.

3). El **TJUE** se ha pronunciado, en **STJUE C-265/22**, de 13 de julio de 2023, en su **parágrafo 69º**, en el sentido de entender que para apreciar la transparencia y el carácter eventualmente abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que remite a un índice de referencia como es el caso del índice IRPH, resulta pertinente el contenido de la información recogida en una circular de la que se desprende la necesidad de aplicar a ese índice un diferencial negativo a fin de igualar su TAE con la TAE del mercado.

4). Sin embargo, la realidad a día de hoy nos muestra que, por ejemplo, la Ilma. Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 5ª, o la Ilma. Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3ª, únicamente conectan la existencia y contenido de dicha Circular 5/94 con el juicio de transparencia, de manera que, aun cuando su incumplimiento podría conllevar una falta de transparencia, ello no afectaría al juicio de abusividad, esto es, a la buena fe y justo equilibrio de prestaciones entre las partes, en perjuicio del consumidor, en los términos recogidos en el artículo 3.1 de la **Directiva 93/13/CEE**.

Es más, la Ilma. Audiencia Provincial de Navarra, Sección 3ª, relativiza la trascendencia de la **STJUE C-265/22**, de 13 de julio de 2023, por entender que nos encontramos ante una mera recomendación o sugerencia contenida en un preámbulo o exposición de motivos, y que resulta reiterada la doctrina jurisprudencial que insiste en que las exposiciones de motivos carecen de valor normativo, lo que le lleva a no entrar siquiera a valorar el hecho de que el profesional no aplique el necesario diferencial negativo, cuando el contrato se remite a un índice IRPH.

5). De aquí la importancia de que el **TJUE** se pronuncie respecto de si la omisión por parte del profesional de información relativa a la existencia de dicha Circular 5/94, del Banco de España, y de su contenido, así como el incumplimiento de la obligación de incorporar el adecuado diferencial negativo que evite que la TAE del contrato se sitúe por encima de la TAE del mercado, a sabiendas de las consecuencias económicas negativas que conlleva para el consumidor contratante, pueden resultar relevantes a los efectos, no solo del juicio de transparencia, sino, también, del juicio de abusividad, esto es, de la buena fe y justo equilibrio de prestaciones en perjuicio del consumidor.

6). En este sentido, esta defensa letrada entiende relevante partir de una realidad indiscutible, y es que los consumidores no son conocedores de las Circulares que el Banco de España dirige a las entidades financieras, por lo que no son conocedores de la existencia y contenido de su Circular 5/94.

Si los consumidores no son conocedores de la existencia de la Circular 5/94, ni serán conocedores de que, si su contrato de préstamo hipotecario se remite a un índice IRPH y éste no incorpora el necesario diferencial negativo, su tasa anual equivalente se situará por encima de la tasa anual equivalente del mercado, ni harán valer su contenido en la fase precontractual, ni se sorprenderán cuando el profesional no haga mención al mismo, lo que lleva a que éste, que sí es conocedor de su existencia y contenido, la oculte y les ofrezca un diferencial cero, haciéndoles creer que son muy afortunados, pues han suscrito un contrato de préstamo hipotecario en unas extraordinarias condiciones.

7). Y así, la 3ª cuestión prejudicial elevada por el juzgado remitente interesa conocer si el hecho de que el profesional cumpla rigurosamente con la obligación de utilizar un diferencial negativo, o un coeficiente reductor, o un porcentaje del nominal del índice IRPH, únicamente en los casos de contratación de préstamos hipotecarios para la adquisición de vivienda protegida, contrataciones supervisadas por las Administraciones Públicas, pero, sin embargo, no cumpla tal obligación cuando contrata individualmente con un consumidor, aprovechando la situación de inferioridad en la que éste se encuentra en cuanto a información y medios para acceder a la misma, y a sabiendas de que ninguna Administración Pública supervisará si ha cumplido con las exigencias de la reiterada Circular 5/94, ... puede constituir una forma de generar ese desequilibrio pese a las exigencias de la buena fe al que alude el artículo 3.1 de la **Directiva 93/13/CEE**.

8). De modo más general, la 1ª cuestión prejudicial elevada por el juzgado remitente interesa conocer si el incumplimiento por parte del profesional de la obligación/sugerencia de incorporar un diferencial negativo cuando el contrato se remite a un índice IRPH, puede entenderse como un comportamiento contrario a la buena fe y causante de ese desequilibrio al que alude el artículo 3.1 de la **Directiva 93/13/CEE**.

9). Esta defensa letrada entiende que la respuesta a ambas cuestiones debería ser, dicho con todo respeto, que un profesional que, pese a conocer, desde el año 1994, la existencia y contenido de una Circular 5/94, del Banco de España, en la que éste ya exponía la necesidad de incorporar un diferencial negativo cuando el contrato se remitía a un índice IRPH, ... que, a sabiendas de que no aplicar ese diferencial negativo suponía, en beneficio propio, situar, de forma permanente, la TAE del contrato suscrito por el consumidor por encima de la TAE del mercado, ... y que, aprovechando, por un lado, que los contratos de préstamo hipotecario para la adquisición de vivienda libre no se supervisaban por las Administraciones Públicas y, por otro, la situación de inferioridad en cuanto a información y medios en la que se encontraba el consumidor con el que contrataba, no incorporó dicho diferencial negativo, ... **SÍ** generó ese desequilibrio en contra de la buena fe, en los términos recogidos en el artículo 3.1 de la **Directiva 93/13/CEE**.

10). En cualquier caso, nos parece importante insistir, a los efectos de la buena fe del profesional, en que resulta irrelevante si la necesidad de incorporar un diferencial negativo constituye una obligación o una sugerencia, pues, aun cuando constituyera una mera sugerencia, su incumplimiento, en beneficio económico propio y a sabiendas de que ello conllevaba un incremento de la carga económica a soportar por el consumidor, no puede entenderse como acorde con la buena fe.

11). La 2ª cuestión prejudicial elevada por el juzgado remitente interesa conocer si la exigencia de transparencia en relación con una cláusula que incorpora un índice oficial como el IRPH, que, por sus características de cálculo, requiere de la aplicación de un diferencial negativo a fin de evitar el pago duplicado de algunas comisiones, se opone a una jurisprudencia nacional que permite al profesional no informar, con antelación, al consumidor con quien contrata, ni de que el índice de referencia al que se remite su contrato es también reflejo de las comisiones de las operaciones de referencia, ni del incremento de coste que ello supone, ni de la necesidad de aplicar un diferencial negativo para compensar ese sobrecoste, información que hubiera permitido que éste pudiera realizar una comparación real entre los distintos tipos de referencia posibles, y de que pudiera conocer que iba a asumir el pago de comisiones duplicadas, y en qué cuantía.

Entendemos que, respecto de esta segunda cuestión, el **TJUE** ya se ha pronunciado afirmativamente en el **parágrafo 69º** de su reciente **STJUE C-265/22**, estableciendo la pertinencia del contenido de la información recogida en la Circular 5/94, del Banco de España, de la que se desprende la necesidad de informar al consumidor contratante de su existencia y de la obligación de aplicar, al índice IRPH, un diferencial negativo a fin de igualar su TAE con la TAE del mercado.

Igualmente, en su **parágrafo 67º**, y en relación con el pago duplicado de algunas comisiones al que también alude el juzgado remitente, el **TJUE** establece la pertinencia de que el juzgador examine la posibilidad de existencia de un riesgo de doble retribución de determinadas prestaciones del prestamista.

Sin embargo, pese a la claridad con la que se expresa el **TJUE**, la realidad, a día de hoy, nos muestra que jueces y tribunales desprecian absolutamente el contenido de la **STJUE C-265/22**.



12). A través de la 4ª cuestión prejudicial elevada por el juzgado remitente, éste interesa conocer si resulta contrario al artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, y, en consecuencia, al “principio de no vinculación” de las cláusulas abusivas, mantener la validez de una cláusula que incorpora un índice IRPH que ha venido determinándose, mes a mes, a través de una media simple de tipos TAE que incluían costes constitutivos de cláusulas declaradas abusivas.

En este sentido hemos de partir de que el profesional, por su conocimiento del mercado financiero, era consciente de que la utilización de los tipos TAE de las operaciones de referencia en la determinación de un índice hipotecario como el IRPH Cajas conllevaba el riesgo de que la declaración de nulidad de cualquiera de las cláusulas que incorporaban los elementos integrantes de esas TAE también afectaría a la cláusula de incorporación del índice IRPH Cajas al contrato.

Ahora bien, si ese profesional hubiera incorporado el adecuado diferencial negativo que compensara el efecto de estos elementos integrados en la TAE de las operaciones de referencia a fin de que no desplegaran efectos económicos durante su vigencia, ya no cabría invocar un perjuicio económico si, posteriormente, las cláusulas que incorporaban dichos elementos al contrato fueran expulsadas del mismo por abusivas.

En consecuencia, entendiéndose que el problema expuesto por el juzgado remitente radica en que esos elementos integrantes de la TAE, ahora declarados nulos, no fueron compensados en su día con el necesario diferencial negativo, e incidieron, en beneficio del profesional, en la determinación del índice IRPH Cajas y en el incremento de la carga económica que soportaron los afectados, la respuesta a esta cuestión, dicho con todo respeto, debería ser que SI salvo que el profesional hubiera incorporado el adecuado diferencial negativo.

## **II.- OBSERVACION SEGUNDA**

### **En relación con el segundo bloque de cuestiones prejudiciales**

13). Resulta un hecho incuestionable que el **TJUE**, en el **parágrafo 51º** de su **STJUE C-125/18**, entiende que la exigencia de transparencia de una cláusula que, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, estipula la retribución mediante intereses que se calculan a tipo variable, exige que ésta, la cláusula, además de resultar comprensible en el plano formal y gramatical, posibilite que el consumidor esté en condiciones de comprender el funcionamiento del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar así, con arreglo a criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras, de donde se desprende que quien ha de proporcionar la necesaria información para que el consumidor esté en condiciones de comprender el funcionamiento del método de cálculo de sus intereses es el profesional a través del redactado de la cláusula.

Así las cosas, si es la cláusula quien debe proporcionar al consumidor la necesaria información para que éste pueda comprender el funcionamiento del método de cálculo del controvertido índice, parece razonable entender que jueces y tribunales deberán centrar su atención, especialmente, en observar si el redactado literal o contenido de la cláusula facilita que el consumidor esté en disposición de comprender el funcionamiento del método de cálculo del tipo IRPH Cajas al objeto de que pueda valorar así las consecuencias económicas potencialmente significativas derivadas de su aplicación, tal y como exige el **TJUE**.

14). Por otro lado, el **TJUE**, en el **parágrafo 52º** de la misma **STJUE C-125/18** establece que corresponde al juez nacional realizar las comprobaciones necesarias, entre las que figura la publicidad y la información proporcionada por el prestamista, concretando que incumbe al juez nacional verificar que se hubieran comunicado al consumidor todos los elementos que podían incidir en el alcance de su compromiso, desempeñando un papel decisivo en tal apreciación la falta de mención en el contrato de préstamo de información esencial a la vista de la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato.

15). Una lectura conjunta de ambos párrafos nos lleva a concluir que el juez nacional, contrariamente a como viene entendiendo nuestro **Tribunal Supremo**, debe realizar las comprobaciones y verificaciones necesarias en relación con, entre otros, la publicidad y la información proporcionada por el profesional en cada caso, lo que incluye la información que pueda obtenerse del contenido literal de la propia cláusula en cada caso, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato en cada caso, lo que le obliga, valga la redundancia, a una revisión individualizada de cada caso, justamente lo contrario de lo establecido por nuestro **Tribunal Supremo**, que entiende que la cláusula que incorpora el tipo IRPH Cajas supera el control de transparencia, en todos los casos, habida cuenta de su publicación en el **BOE**.

Del citado **parágrafo 52º** de la **STJUE C-125/18** también se desprende que es el profesional, y no el **BOE**, quien ha de proporcionar al consumidor esa información necesaria para que pueda tomar una decisión prudente y con pleno conocimiento de causa de lo que supone el método de cálculo del índice IRPH Cajas, información a la que se refiere el **Abogado General** en su **Conclusión 125ª**, y a la que alude permanentemente el **TJUE**.

Esta defensa letrada entiende, a la luz de dicho **parágrafo 52º**, que es la información contenida en la cláusula la que ha de ser comprobada y valorada por el juez nacional, quien, además, ha de prestar atención a la posible falta de mención en el contrato de préstamo de información esencial a la vista de la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, sin que pueda liberarse al profesional de su responsabilidad y obligación de informar al consumidor remitiendo a éste a buscar por sí mismo dicha información en el **BOE**, y eso cuando, en el mejor de los casos, la cláusula remite a un concreto **BOE**, pues, en el caso que nos ocupa, el contrato ni alude a **BOE** alguno, ni, menos todavía, cita en qué parte de qué **BOE** puede localizar dicha información.

16). En el caso de la cláusula que nos ocupa, el índice IRPH Cajas viene definido como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo otorgados por las Cajas de Ahorro a plazo igual o superior a tres años para la adquisición de vivienda libre, omitiendo la parte final de la definición, la parte que concreta que esos tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo otorgados por las Cajas de Ahorro han de ser los tipos TAE declarados al Banco de España para esas mismas operaciones. La omisión es trascendente, lo que nos permite concluir que la información, en los términos en los que viene recogida en la cláusula, no solo no permite que el consumidor comprenda el funcionamiento del método de cálculo del índice IRPH Cajas, sino que lleva a que el consumidor se represente una falsa idea de la realidad, a que entienda que su índice de referencia resulta razonable, por tratarse de un tipo de interés que representa una media de los tipos de interés de operaciones homólogas a la suya, cuando, de haber sabido que su índice de referencia constituye una media de tipos TAE de esas operaciones, probablemente hubiera rechazado la contratación en esos términos.

17). A lo dicho han de añadirse dos elementos relevantes a considerar por el juez, por un lado, que en ninguna parte del contrato se alude a Orden Ministerial, **BOE**, o Circular del Banco de España en donde el consumidor pueda localizar información respecto del índice IRPH Cajas, y, por otro, que, finalmente, no se incorpora diferencial negativo alguno, incumpliendo así la exigencia recogida en una Circular 5/94, del Banco de España, que ni se nombra en el contrato.

18). Esta defensa letrada tiene la total convicción de que la omisión de esta parte final de la definición del índice IRPH Cajas constituye esa falta de mención en el contrato de préstamo de información esencial a la vista de la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato a la que alude el **parágrafo 52º** de la **STJUE C-125/18**.

19). Sin embargo, la realidad nos muestra que cláusulas idénticas a la que nos ocupa, cláusulas redactadas en idénticos términos en miles de contratos suscritos por profesionales como **Kutxabank**, **Caixabank**, o **Caja Rural de Navarra**, cláusulas que omiten la parte final de la definición del índice IRPH Cajas, la parte que concreta que los tipos medios de interés utilizados por el Banco de España para su determinación serán tipos TAE, cláusulas que omiten cualquier información respecto de donde puede el consumidor localizar información relativa al funcionamiento de su método de cálculo, cláusulas que no incorporan el obligado diferencial negativo, se han declarado válidas por miles desde el año 2013 hasta hoy, por más resoluciones dictadas por este **TJUE** al que nos dirigimos, tanto por juzgados de instancia, audiencias provinciales, y nuestro **Tribunal Supremo**, quien, a día de hoy, inadmite todos los Recursos de Casación interpuestos por la parte consumidora, sin leerlos, por entender que la cláusula reputa válida para todos los casos, convirtiendo estos miles de procedimientos en cosa juzgada.

20). El **TJUE**, en el **parágrafo 54º** de su **STJUE C-125/18**, establece, a los efectos de observar el cumplimiento de las exigencias de transparencia, la necesidad de entrega, por parte del profesional, de un folleto informativo en el que se recoja la evolución del controvertido índice los dos años anteriores a la celebración del contrato, así como su último valor disponible, pues tal información puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice, y constituye un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable del índice IRPH Cajas y otras fórmulas de cálculo propias de otros tipos de índices.

21). Es cierto que el posterior **ATJUE C-655/20**, de 17 de noviembre de 2021, libera al profesional de esta obligación, pero tal disculpa viene condicionada porque el consumidor, habida cuenta de los datos públicamente disponibles y accesibles, y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles las consecuencias económicas potencialmente significativas de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.

22). Es una realidad constatable que, tras dictarse la **STJUE C-125/18** fueron muchos los jueces y tribunales, incluyendo nuestro **Tribunal Supremo**, que consideraron faltas de transparencia, si bien ello no suponía su abusividad, aquellas cláusulas que incorporaban índices IRPH cuando el profesional no acreditaba la entrega del folleto informativo en los términos exigidos por el **parágrafo 54º** de la **STJUE C-125/18**, pero la mayoría de ellos cambiaron su criterio entendiendo que el posterior **ATJUE C-655/20** liberaba al profesional de la obligación de entrega de dicho folleto informativo.

23). En este sentido hemos de recordar que la exigencia de folleto informativo ya venía recogida en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, de transparencia en la contratación bancaria, que obligaba al profesional a la entrega de dicho folleto informativo en el caso de contratos de préstamo por importe no superior a 150.253 €, suscritos por persona física y en los que la garantía hipotecaria recaía sobre una vivienda.

24). Así las cosas, la primera duda que se nos plantea, a la vista del **ATJUE C-655/20**, es si un consumidor medio, habida cuenta de la información pública disponible, y con la información adicional facilitada por el profesional, estaba en disposición de comprender, por sí mismo, el funcionamiento del método de cálculo del tipo IRPH Cajas y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas potencialmente significativas de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.

25). Esta defensa letrada entiende la existencia de un posicionamiento unánime por parte de la **Comisión Europea**, el **Abogado General** y la **Gran Sala del TJUE**, quienes, partiendo de la base de que el consumidor se encuentra en situación de inferioridad respecto del profesional con quien contrata, imponen a éste la obligación de informar a dicho consumidor respecto del funcionamiento del método de cálculo del índice IRPH Cajas a fin de que, valoradas por éste, con arreglo a criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas especialmente significativas derivadas de su aplicación, esté en disposición de tomar una decisión prudente y con conocimiento de causa respecto de la conveniencia de referir su contrato a un índice como el IRPH, cuyo método de cálculo resulta, tal y como recordaba el **Abogado General** en su **Conclusión 125ª**, complejo y poco transparente.

26). Sin embargo, nuestro **Tribunal Supremo**, sin alusión alguna a los **parágrafos 51º, 52º, 54º y 55º** de la **STJUE C-125/18**, entiende que, a partir de su publicación en el **BOE**, un consumidor medio ya puede comprender que el referido índice se calcula 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, de modo que esa publicación salva las exigencias de transparencia en cuanto a la composición y cálculo del tipo IRPH.

27). No podemos compartir este razonamiento, que ha creado una asentada jurisprudencia, por cuanto, por un lado, y contrariamente a los pronunciamientos de la **Comisión Europea (Observación 57ª)**, **Abogado General (Conclusión 2ª y 125ª)**, y **Gran Sala del TJUE, (parágrafos 51º, 52º, 54º y 55º de la STJUE C-125/18)**, libera al profesional de toda obligación de informar al consumidor respecto del funcionamiento del método de cálculo del índice IRPH a fin de que éste pueda así valorar, con arreglo a criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas potencialmente significativas que de su aplicación se derivan, trasladándole la responsabilidad de informarse por su cuenta, a través de no sabe muy bien que parte de qué **BOE**, y, por otro, porque presupone que el consumidor tiene el nivel de conocimiento financiero necesario para, por sí mismo, localizar, entre las páginas 25.106 y 25.111 del **BOE nº 184**, de 3 de agosto de 1994, la Circular 5/94 del Banco de España, y, tras leer la definición del índice, comprender su método de cálculo y deducir que, en la medida en que en su determinación se utilizan tipos TAE, el índice IRPH incluirá los diferenciales y gastos a los que alude nuestro **Tribunal Supremo**, además de las comisiones, de las que se olvida.



28). En definitiva, nuestro **Tribunal Supremo** entiende que los elementos principales relativos al cálculo del tipo IRPH resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada en el **BOE**, circunstancia que permitiría a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por las entidades.

Sin embargo, han de realizarse cuatro importantes observaciones ...

29). La primera nos lleva a preguntarnos por qué un consumidor, como nuestro defendido, que veía como su contrato recogía lo que decía ser la definición del índice IRPH Cajas, debería dudar de que ésta estuviera correctamente recogida, debería desconfiar del profesional con el que contrataba, y acudir al **BOE** a fin de comprobar si lo recogido en la cláusula se correspondía con la realidad.

30). La segunda se refiere al hecho de que la Circular 8/90 del Banco de España, publicada en el **BOE**, versión que hoy todavía podemos localizar en el **BOE nº 226**, de 20 de septiembre de 1990, páginas 27.498 a 27.508, no hace alusión alguna a los índices IRPH, pues estos se incorporaron al mercado hipotecario español cuatro años más tarde, a través de la Circular 5/94, del Banco de España, de 22 de julio de 1994.

Ello significa que cuando se remite al consumidor a la Circular 8/90, del Banco de España, publicada en el **BOE**, a fin de que pueda ilustrarse respecto de los índices hipotecarios IRPH, se le está remitiendo a un documento en el que ninguna información podrá encontrar respecto de dichos índices.

**31).** La tercera lleva a preguntarnos cómo podía un consumidor buscar información en una Circulares del Banco de España cuya existencia desconocía, si el profesional ocultaba su existencia en la fase precontractual y no las citaba en el redactado de la cláusula.

En este sentido hemos de insistir en que resulta una realidad constatable que contratos como el que nos ocupa, contratos cuyo índice de referencia era el índice hipotecario IRPH Cajas, tanto los que recogían su definición de manera incompleta como los que no recogían ningún tipo de definición, ni mencionaban, ni aludían, ni remitían a Circular alguna del Banco de España, que es donde se podía localizar dicha definición.

**32).** La cuarta, y más importante, se refiere al hecho de que si bien es cierto que la definición de los índices IRPH viene recogida en la Circular 5/94 del Banco de España, publicada en el **BOE nº 184**, de 3 de agosto de 1994, entre las páginas 25.106 y 25.111, los elementos principales relativos al cálculo del tipo IRPH Cajas no resultaban tan fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, pues la citada Circular no recoge expresamente qué elementos constituyen los índice IRPH, debiendo el consumidor deducirlo si conoce qué es un tipo TAE y qué elementos lo integran, un conocimiento que esta defensa letrada entiende que no está al alcance de un consumidor medio.

En consecuencia, la pregunta que deberíamos formularnos sería ... ¿estaba al alcance de un consumidor medio la posibilidad de comprender, a partir de la definición del índice IRPH Cajas recogida en el BOE, el funcionamiento de su método de cálculo para así comprender que éste incorporaba diferenciales, gastos y comisiones, y valorar así, con pleno conocimiento de causa, las consecuencias económicas potencialmente significativas derivadas de su aplicación?.

33). A esta pregunta ya ha respondido el **Abogado General**, Sr. **Maciej Szpunar**, en su **Conclusión Segunda**, donde precisa que la distinción entre índice de referencia, tipo de interés, y tipo TAE, o la valoración de las consecuencias económicas derivadas de la utilización de tipos TAE como base para la determinación del tipo de interés, no es algo que esté al alcance de un consumidor medio, resultando de vital importancia la información suministrada por el profesional, lo que redundaba en la idea, expresada por esta defensa letrada, de que los elementos principales relativos al cálculo del tipo IRPH Cajas no resultaban tan fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario como entiende, para todos los casos, nuestro **Tribunal Supremo**.

34). Esta defensa letrada entiende que resulta trascendente, en relación con este debate, el hecho de que los Magistrados de nuestro **Tribunal Supremo** todavía no diferencien conceptos como índice de referencia al que se remite un contrato, tipo de interés o precio del préstamo, y tipo TAE o coste final de la contratación, al punto de que utilizan indistintamente los tres conceptos, como si fueran lo mismo, lo que puede dar a entender una facilidad para la comprensión de los mismos que no concuerda con la realidad.

Y es que nuestro **Tribunal Supremo**, en su **STS 669/2017**, de 14 de diciembre, en su **FJ6º.8**, entendía que no cabe considerar que el consumidor no pudiera conocer que el interés resultante de su contratación se calculaba mediante 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, para, a continuación, en la misma **STS 669/2017**, en su **FJ6º.12**, afirmar que 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.

Como podemos observar, nuestro **Tribunal Supremo**, en su **STS 669/17**, pasó de entender que el índice IRPH consistía en una media de índices hipotecarios, a entender, unas líneas más adelante, que representaba una media de tipos de interés, cuando lo cierto es que los índices IRPH se determinan a través de una media de los tipos TAE de las operaciones de referencia.

Transcurridos 3 años, nuestro **Tribunal Supremo**, en el conjunto de resoluciones seriadas que publicó una vez que el **TJUE** se pronunció en **STJUE C-125/18**, de 3 de marzo de 2020, continuaba sin comprender la realidad del funcionamiento del modo de cálculo del índice IRPH, lo que, a su vez, le impedía valorar, con arreglo a criterios precisos, las consecuencias económicas potencialmente significativas derivadas de su aplicación.

Y así, en **STS 597/2020**, de 12 de noviembre, por citar una, entendía que un consumidor medio puede comprender que el índice IRPH constituye una media del precio de las operaciones homólogas a las contratadas por él, definición que seguía sin ajustarse a la realidad, pues los tipos IRPH no constituyen una media del precio de las operaciones homólogas a la contratada por él, sino que constituyen una media del coste final de esas mismas operaciones, coste que incluía la Comisión de Apertura, los Gastos de Comprobación Registral, los Gastos de Gestoría y Tramitación, los Gastos de Registro, el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, el Seguro de Daños y el Coste de Mantenimiento de la cuenta de pago vinculada al préstamo, de esas operaciones homólogas a la suya, a lo que cada consumidor añadía esos mismos elementos como constitutivos de su propia TAE, dándose así una duplicidad de pagos, un solapamiento de cobros por parte del profesional, al que se ha referido el **TJUE** en su reciente **STJUE C-265/22**, de 13 de julio, sin que ello, a día de hoy, haya modificado los criterios de valoración de la transparencia y la abusividad por parte de jueces y tribunales españoles.

Este desconocimiento de conceptos básicos de la contratación bancaria por parte de los Magistrados de nuestro **Tribunal Supremo**, desconocimiento que lleva a que, a día de hoy, todavía no diferencien conceptos como "precio" y "coste", unido al seguimiento incondicional de una inmensa mayoría de jueces y tribunales que transcriben íntegramente su jurisprudencia sin el menor cuestionamiento, es lo que lleva a que una inmensa mayoría de las resoluciones que se dictan en España coincidan en concluir en la facilidad con la que cualquier consumidor puede conocer, acudiendo al **BOE**, que los índices hipotecarios IRPH incorporan diferenciales y gastos de las operaciones de referencia.

Este desconocimiento es el que, igualmente, lleva a que jueces y tribunales no sean capaces de diferenciar cuando una definición del índice IRPH está correctamente incorporada al contrato de cuando la definición omite la parte final de la misma, esa parte que concreta que los tipos medios que utilizará el Banco de España para la determinación de los índices IRPH serán tipos TAE, una omisión que no solo impide que el consumidor comprenda el funcionamiento real del método de cálculo del índice para así poder valorar, con arreglo a criterios precisos, las consecuencias económicas potencialmente significativas de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras, como exige el **parágrafo 51º** de la **STJUE C-125/18**, sino que le lleva a representarse una falsa idea de cómo opera al creer, erróneamente, que éste constituye una media de precios cuando la realidad es que constituye una media de costes.

Este desconocimiento es el que lleva a la existencia de miles de resoluciones judiciales que entienden transparente una cláusula que omite una información de tal esencialidad que, de haber sido conocida por el consumidor, bien le hubiera podido haber llevado a tomar una decisión diferente a la que tomó.

35). En estas circunstancias cabe preguntarnos si resulta razonable exigir de un consumidor que sea capaz, a través de la información publicada en el **BOE**, de comprender por sí mismo el funcionamiento del método de cálculo del índice IRPH cuando, a día de hoy, los Magistrados de nuestro **Tribunal Supremo** todavía no diferencian "precio" de "coste", "tipo de interés" de "tipo TAE", o "índice de referencia" de "tipo de interés".

36). Esta situación, y las dudas que genera, son las que han llevado a que el juzgado remitente, en la 5ª cuestión prejudicial elevada, interese conocer si resulta contraria a los **parágrafos 51º, 52º, 54º y 55º** de la **STJUE C-125/18**, una jurisprudencia nacional, como la establecida por nuestro **Tribunal Supremo**, según la cual, el juez, sin necesidad de realizar comprobación o verificación alguna respecto de la información proporcionada por el profesional en orden a que los consumidores contratantes pudieran comprender el funcionamiento del método de cálculo del índice IRPH Cajas, ha de entender superado, para todos los casos, el control de transparencia, por el simple hecho de que la definición de dicho índice hipotecario venga recogida en la Circular 5/94, del Banco España, cuya existencia y contenido desconoce, y más cuando, como en el caso que nos ocupa, el contrato no hace alusión alguna ni a su existencia ni a su localización.

Esta defensa letrada entiende, dicho con todo respeto, que la respuesta a esta 5ª cuestión debería ser que **SI**, que los **parágrafos 51º, 52º, 54º y 55º** de la **STJUE C-125/18**, se **oponen** a una jurisprudencia nacional, como la establecida por nuestro **Tribunal Supremo**, según la cual, el control de transparencia de la cláusula que incorpora el índice IRPH Cajas al contrato se ha de entender superado, para todos los casos, por el simple hecho de que la definición de dicho índice hipotecario venga recogida en la Circular 5/94, del Banco España, publicada en el **BOE**.

37). La 6ª cuestión prejudicial elevada por el juzgado remitente interesa conocer si resulta contrario a los parágrafos 51º, 52º, 54º y 55º de la STJUE C-125/18, a la Observación 57ª de la Comisión Europea, y a las Conclusiones 2ª y 125ª del Abogado General, una jurisprudencia nacional que libera al profesional de toda obligación de informar al consumidor con quien contrata respecto del funcionamiento del método de cálculo del índice IRPH Cajas, trasladando al propio consumidor la responsabilidad de informarse a través de una Circular del Banco de España publicada en el BOE, cuya existencia desconoce y ha de localizar, para, si es capaz de comprender los términos de su definición, deducir por sí mismo que el índice IRPH Cajas incluía comisiones, diferenciales y gastos, y así valorar, con pleno conocimiento de causa, las consecuencias económicas que de ello se derivarían.

Respecto de esta 6ª cuestión, entendemos, dicho con todo respeto, que la respuesta debería ser que SI, que los parágrafos 51º, 52º, 54º y 55º de la STJUE C-125/18, la Observación 57ª de la Comisión Europea, y las Conclusiones 2ª y 125ª del Abogado General, se oponen a una jurisprudencia nacional que libera al profesional de toda obligación de informar al consumidor con quien contrata respecto del funcionamiento del método de cálculo del índice IRPH Cajas, a fin de que este pueda valorar con arreglo a criterios precisos las consecuencias económicas derivadas a su cargo, trasladando a dicho consumidor la responsabilidad de informarse por su cuenta, a través de una Circular del Banco de España, de cuya existencia y localización en el BOE tampoco se le ha informado, de que el índice IRPH Cajas incorporado a su contrato, incluía comisiones, diferenciales y gastos.

38). La 7ª cuestión prejudicial elevada por el juzgado remitente interesa conocer si resulta compatible una interpretación de los parágrafos 53º y 56º de la STJUE C-125/18, según la cual la publicación del índice IRPH Cajas en el BOE permitía al consumidor conocer que este índice incorporaba diferenciales y gastos, con una jurisprudencia del TJUE según la cual, el consumidor se encuentra en situación de inferioridad respecto del profesional con quien contrata, en cuanto a información, y con una Conclusión Segunda de las presentadas por el Abogado General, a quien la complejidad del índice le lleva a considerar de vital importancia la información suministrada por el profesional.

Respecto de esta 7ª cuestión, entendemos, dicho con todo respeto, que la respuesta debería ser que una interpretación de los parágrafos 53º y 56º de la STJUE C-125/18 según la cual la publicación del índice IRPH Cajas en el BOE permitía al consumidor conocer que este índice incorporaba diferenciales y gastos, NO resulta compatible con una jurisprudencia del TJUE según la cual, el consumidor se encuentra en situación de inferioridad, respecto del profesional con quien contrata, y con la Conclusión Segunda de las presentadas por el Abogado General.

39). La 8ª cuestión prejudicial elevada por el juzgado remitente interesa conocer si resulta contrario a una jurisprudencia del TJUE según la cual el consumidor se encuentra en situación de inferioridad respecto del profesional con quien contrata, y a la Conclusión Segunda de las presentada por el Abogado General, una interpretación de los parágrafos 53º y 56º de la STJUE C-125/18, según los cuales un consumidor puede conocer por sí mismo, a partir de la definición del índice IRPH Cajas recogida en el BOE, y tras leer que éste se determina a partir de una media de tipos TAE, que éste incorporará diferenciales, comisiones y gastos.



Respecto de esta 8ª cuestión, entendemos, dicho con todo respeto, que la respuesta debería ser que una interpretación de los parágrafos 53º y 56º de la STJUE C-125/18 según los cuales un consumidor puede conocer por sí mismo, a partir de la definición del índice IRPH Cajas recogida en el BOE, y tras leer que éste se determina a partir de una media de tipos TAE, que éste incorporará diferenciales, comisiones y gastos, **SI** resulta contraria a una jurisprudencia del TJUE según la cual el consumidor se encuentra en situación de inferioridad respecto del profesional con quien contrata, y a la Conclusión Segunda de las presentada por el Abogado General, según la cual resulta de vital importancia la información proporcionada por el profesional.

40). Una lectura conjunta de las cuatro cuestiones nos lleva a entender que la duda interpretativa versa en torno a si un consumidor medio, razonablemente atento y perspicaz, sin más información que la derivada de la lectura de la definición del índice hipotecario IRPH Cajas publicada en el BOE, era capaz, en el tiempo de la contratación, año 2006, sin la colaboración del profesional con quien contrataba, de comprender el funcionamiento del método de cálculo del índice IRPH Cajas y deducir por sí mismo que, si éste se determinaba mensualmente a partir de una media simple de tipos TAE, ello suponía que incorporaba diferenciales, comisiones y gastos, para, con esa información, valorar las consecuencias económicas potencialmente significativas derivadas de su aplicación.

Esta defensa entiende que la respuesta a estas cuatro cuestiones ha de tomar en consideración tres hechos relevantes,

...

41). El hecho de que la edición electrónica del **BOE** se iniciara el 1 de enero de 2009, debiendo el consumidor, hasta el día 31 de diciembre de 2008, acudir a una publicación impresa que resultaba de muy difícil acceso a los consumidores.

42). El hecho de que, en su **Conclusión Segunda**, el **Abogado General** entienda que la distinción entre índice de referencia, tipo de interés, y tipo TAE, o la valoración de las consecuencias económicas derivadas de la utilización de tipos TAE como base para la determinación del tipo de interés, no es algo que esté al alcance de un consumidor medio, resultando de vital importancia la información suministrada por el profesional, de donde se desprende que no parece razonable que se pueda exigir de un consumidor medio que, sin la ayuda y la necesaria información proporcionada por el profesional, esté en condiciones de comprender el funcionamiento del método de cálculo del índice IRPH Cajas, tal y como exige el **parágrafo 51º** de la **STJUE C-125/18**.

43). El hecho de que la totalidad de los Magistrados de nuestro **Tribunal Supremo** no diferencien, a día de hoy, conceptos como índice de referencia, tipo de interés y tipo TAE, o conceptos como precio del contrato y coste del mismo, circunstancia que nos lleva a concluir que no debe resultar tan sencillo conocer los elementos esenciales que determinan el índice IRPH Cajas si los Magistrados de nuestro más alto tribunal todavía no lo han hecho.

### III.- OBSERVACION TERCERA

#### En relación con el tercer bloque de cuestiones prejudiciales

44). El **TJUE**, en el parágrafo 54º de su **STJUE C-125/18**, establece, a los efectos de observar el cumplimiento de las exigencias de transparencia, la necesidad de entrega, por parte del profesional, de un folleto informativo en el que se recoja la evolución del índice los dos años anteriores a la celebración del contrato, así como su último valor disponible, pues tal información puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice, y constituye un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable del índice IRPH Cajas y otras fórmulas de cálculo propias de otros tipos de índices.

45). Si bien es cierto que en posterior **ATJUE C-655/20**, exime al profesional de esta obligación, entendemos que tal disculpa viene condicionada porque el consumidor, habida cuenta de los datos públicamente disponibles y accesibles, y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles las consecuencias económicas potencialmente significativas de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.

Sin embargo, la realidad nos muestra que, a día de hoy, jueces y tribunales españoles, en su inmensa mayoría, obvian analizar si el profesional dio cumplimiento a la obligación de entregar dicho folleto informativo en razón de que el **TJUE** ha establecido, en posterior **ATJUE C-655/20**, que dicha entrega no resulta obligatoria.

46). Así las cosas, la 9ª cuestión prejudicial elevada por el juzgado remitente interesa conocer si la dispensa de la obligación del profesional para incluir en el contrato la definición completa del índice de referencia que sirve para calcular el tipo de interés variable y la entrega de un folleto informativo en el que se recoja la evolución anterior de ese índice, recogida en el ATJUE C-655/20, de 17 de noviembre de 2021, lo es de manera radical e incondicional o, por el contrario, está supeditada a que, con la acreditada información proporcionada por el profesional, el consumidor contratante ya esté en disposición de comprender el funcionamiento del método de cálculo del controvertido índice a fin de poder valorar así, con arreglo a criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas potencialmente significativas sobre su economía.

47). Esta defensa letrada entiende que la respuesta a esta 9ª cuestión, dicho con todo respeto, debería ser que la dispensa de la obligación del profesional para incluir en el contrato la definición completa del índice de referencia que sirve para calcular el tipo de interés variable y la entrega de un folleto informativo en el que se recoja la evolución anterior de ese índice, recogida en el ATJUE C-655/20, de 17 de noviembre de 2021, **NO** lo es de manera radical e incondicional, y está condicionada a que el profesional tenga la total seguridad de que el consumidor con quien contrata ya ha comprendido el funcionamiento del método de cálculo del índice IRPH Cajas para así valorar, con arreglo a criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas potencialmente significativas derivadas de su aplicación, por lo que, en esas circunstancias, éste ya no necesita ni de la información contenida en el citado folleto informativo ni de la transcripción de la definición completa del índice en el contrato, salvo que tal obligación derive de una norma nacional de carácter imperativo.

48). La Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, vigente desde el 11 de agosto de 1994 hasta su derogación por la posterior Orden Ministerial 2899/2011, de 28 de octubre de 2011, tenía por finalidad primordial garantizar la adecuada información y protección de quienes concertaban préstamos hipotecarios, prestando especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo de éstas, entre otras cosas, la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se recogiera la evolución del índice hipotecario al menos los dos últimos años anteriores a la suscripción del contrato, o que el contrato recogiera la definición completa del mismo con indicación de quien lo elaboraba, quien lo publicaba y con qué periodicidad.

49). Así las cosas, la 10ª cuestión prejudicial elevada por el juzgado remitente interesa conocer si eximir al profesional de la obligación de que el contrato recoja la definición completa del índice de referencia y la dispensa de la entrega del folleto informativo, como contempla el **ATJUE C-655/20**, afecta también a los casos en los que dichas obligaciones derivan de una norma nacional, protectora y de carácter imperativo.

50). Esta representación letrada no alberga duda, el **TJUE** impone, a través de su jurisprudencia y en su condición de intérprete de la voluntad del legislador comunitario, unos mínimos de protección para todos los ciudadanos de la UE sin perjuicio de que el legislador nacional pueda elevar dicha protección hasta donde considere.

Ahora bien, esa jurisprudencia del **TJUE** no puede rebajar la protección que el legislador nacional ha previsto para sus ciudadanos, por lo que si, en el Reino de España, el legislador ha considerado necesario, y obligado, que el contrato recoja la definición completa del índice hipotecario al que se remite el contrato y la entrega de un folleto informativo en el que se recoja la evolución del índice al menos los dos últimos años y su último valor disponible, las resoluciones del **TJUE** no pueden liberar al profesional de esas obligaciones, reduciendo así el nivel de protección establecido por el legislador nacional.

**51).** De ello se desprendería que, aun en el supuesto de que la dispensa de la obligación de entregar el folleto informativo por parte del profesional, a la que se refiere el **ATJUE C-655/20**, lo fuera de manera radical e incondicional, ello no afectaría a los casos en los que la entrega de dicho folleto informativo y la transcripción de la definición completa del índice hipotecario al contrato, con indicación de quien lo elabora, quien lo publica y con qué periodicidad, deriven de una norma nacional protectora e imperativa.

**52).** En consecuencia, respecto de esta 10ª cuestión, entendemos, dicho con todo respeto, que la respuesta debería ser que la dispensa de la obligación de entregar el folleto informativo por parte del profesional, a la que se refiere el **ATJUE C-655/20**, no sería de aplicación en los casos en que tal obligación viniera expresamente impuesta por una norma nacional protectora e imperativa.

#### IV.- OBSERVACION CUARTA

##### En relación con el cuarto bloque de cuestiones prejudiciales

53). Con fecha 11 de mayo de 2005 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea, la **Directiva 2005/29/CE**, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que entró en vigor al día siguiente de su publicación en dicho Diario Oficial de la Unión Europea.

La citada **Directiva 2005/29/CE** establece, en su artículo 19, que los Estados Miembros adoptarán y publicarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a su contenido, a más tardar, el 12 de junio de 2007.

Sin embargo, la incorporación de la citada Directiva al ordenamiento interno español tuvo lugar por Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el **BOE**, esto es, el 31 de diciembre de 2009, treinta meses después de la fecha límite para su incorporación al ordenamiento interno.

54). En esta línea podemos recordar que la **Directiva 93/13/CEE**, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, recoge, en su artículo 10, que los Estados Miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en su contenido, a más tardar, el 31 de diciembre de 1994.

Sin embargo, la incorporación de la citada **Directiva 93/13/CEE** al ordenamiento interno español tuvo lugar por Ley 7/98, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el **BOE**, esto es, el 14 de abril de 1998, cuarenta meses después de la fecha límite para su incorporación al ordenamiento interno.

55). La **Directiva 2014/17/UE**, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, recoge, en su artículo 49, que su entrada en vigor sería a los 20 días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, esto es, el 24 e febrero de 2014.

Sin embargo, la incorporación de la citada Directiva al ordenamiento interno español tuvo lugar por Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que entró en vigor a los tres meses de su publicación en el **BOE**, esto es, el 15 de junio de 2019, sesenta y cuatro meses después de la fecha de publicación y entrada en vigor de la **Directiva 2014/17/UE** en el Diario Oficial de la Unión Europea.

56). La conclusión es clara, el legislador español se ha mostrado alarmantemente perezoso a la hora de incorporar las Directivas protectoras de los derechos de los consumidores europeos al ordenamiento interno español, y la duda que surge es si los consumidores españoles han de sufrir un retraso en el ejercicio de sus derechos como consecuencia de esta desidia crónica del legislador nacional a la hora de transponer al ordenamiento interno estas Directivas.



57). Este comportamiento perezoso y reiterado del legislador nacional nos lleva a preguntarnos en qué momento resultan exigibles ante un juez o tribunal español los derechos que las citadas Directivas otorgan a los ciudadanos europeos, si desde el momento de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, si desde el momento en que se agota la fecha límite para su transposición al ordenamiento interno establecida en la propia Directiva, o si desde el momento en que, finalmente, se ha producido dicha transposición, aunque ello haya ocurrido transcurridos tres años desde dicha fecha límite.

58). En el caso que nos ocupa, el contrato se suscribió con fecha 11 de septiembre de 2006, 16 meses después de publicada la **Directiva 2005/29/CE** en el Diario Oficial de la Unión Europea y de su entrada en vigor el día 12 de mayo de 2005, pero sin haberse alcanzado la fecha límite para su transposición al ordenamiento interno español, que era el 12 de junio de 2007, por lo que nos preguntamos si nuestro defendido puede verse privado de la protección que desde el 12 de mayo de 2005 contempla la **Directiva 2005/29/CE** porque el legislador español la transpuso el 31 de diciembre de 2009.

59). Para el caso de que el **TJUE** entienda que nuestro defendido pueda invocar la protección que otorga la Directiva 2005/29/CE, la 11ª cuestión prejudicial elevada por el juzgado remitente interesa conocer si la omisión de información relevante por parte del profesional respecto del funcionamiento del método de cálculo del índice IRPH Cajas, de su evolución a lo largo de los años, y de la existencia de una Circular 5/94 del Banco de España que advierte de la necesidad de incorporar un diferencial negativo, puede entenderse como una práctica engañosa a la luz de su artículo 7.

60). En este sentido, esta defensa letrada entiende que la omisión en el contrato de información relevante respecto del funcionamiento del modo de cálculo del índice IRPH Cajas llevaba a entender un funcionamiento de su método de cálculo que no se ajustaba a la realidad, y, por tanto, que no permitía que nuestro defendido pudiera valorar con arreglo a criterios precisos y ciertos la carga económica real que se vería obligado a soportar durante los 35 años a los que se remitía el contrato, por lo que entendemos que la respuesta a esta 11ª cuestión, dicho con todo respeto, debería ser que **SI**, que la conducta del profesional, responsable de dicha omisión, ha de considerarse engañosa y desleal.

61). La 12ª cuestión prejudicial elevada por el juzgado remitente interesa conocer si, declarado que la práctica realizada por el profesional resultó engañosa, en el caso de que así fuera, de ello se desprendería, de forma directa, que su comportamiento generó ese desequilibrio importante pese a las exigencias de la buena fe.

62). Esta defensa letrada entiende que la respuesta a esta 12ª cuestión, dicho con todo respeto, debería ser que **SI**, que declarado que el comportamiento del profesional resultó desleal y engañoso, en el supuesto de que así lo fuera, ha de concluirse directamente, sin la necesidad de más comprobaciones, con que éste **SI** generó un desequilibrio importante pese a las exigencias de buena fe, pues, en caso contrario, nos encontraríamos ante la paradoja de que una misma conducta podría resultar desleal y engañosa a la luz de la **Directiva 2005/29/CE**, protectora de los consumidores en contratación con profesionales, y, al mismo tiempo, acorde a la buena fe a la luz de la **Directiva 93/13/CEE**, también protectora de los consumidores en su contratación con profesionales.

## **V.- OBSERVACION QUINTA**

### **En relación con el quinto bloque de cuestiones prejudiciales**

63). El artículo 83 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (TRLGDCU) y el artículo 5.5 de la Ley 7/98, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, tras modificación por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de regulación de los contratos de crédito inmobiliario, establecen que las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.

64). Sin embargo, nuestro **Tribunal Supremo** entiende que la modificación operada por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de regulación de los contratos de crédito inmobiliario, resultado de la transposición tardía de la **Directiva 2014/17/UE**, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, y que lleva a que las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores reputen nulas de pleno derecho, no resulta de aplicación en los casos en los que la suscripción del contrato se produjo con anterioridad a dicha modificación.

65). Así las cosas, nos encontramos con que el retraso del legislador español para transponer a nuestro ordenamiento interno la **Directiva 2014/14/UE**, protectora de los intereses de los consumidores, opera en contra de ellos, pues tal retraso lleva a que únicamente los consumidores que hayan suscrito contratos a partir de la entrada en vigor de la norma nacional que transpone tardíamente dicha **Directiva 2014/17/UE** podrán beneficiarse de que la falta de transparencia en la contratación determine la nulidad de la cláusula, con las consecuencias económicas que de ello se derivan.

66). Esta defensa letrada considera que esta doctrina del **Tribunal Supremo**, por la que entiende que no cabe la aplicación retroactiva de una norma nacional que pretende elevar el nivel de protección de todos los consumidores españoles por encima de los niveles mínimos establecidos por el **Derecho de la UE**, y la asimilación de falta de transparencia con abusividad únicamente en los casos en que la cláusula entrañe engaño, bien pudiera resultar contraria al Principio de Efectividad.

67). Es por ello que entendemos relevante la 13ª cuestión prejudicial elevada por el juzgado remitente, donde éste interesa conocer si resulta contrario al Principio de Efectividad una jurisprudencia según la cual, declarada la falta de transparencia de la cláusula que incorpora el índice IRPH Cajas al contrato, no cabe aplicar de forma retroactiva una norma nacional que ha pretendido, vista la situación en la que se encuentran los consumidores españoles cuando contratan con profesionales, elevar el nivel de protección de éstos, dando lugar así a dos niveles de protección frente a idéntica cláusula, uno para quienes suscribieron contrato con anterioridad a la modificación legal, y otro para quienes suscribieron contrato con posterioridad a dicha modificación legal.

68). La 14ª cuestión prejudicial elevada por el juzgado remitente interesa conocer si resulta contrario al Principio de Efectividad que, en tanto que la falta de transparencia de la "cláusula suelo" conlleva su abusividad, habida cuenta de la existencia de un elemento "engañoso", sin que nuestro **Tribunal Supremo** haya precisado qué ha de entenderse por "engañoso", pues nunca aludió a ello en las resoluciones que dictó respecto de las "cláusulas suelo", la falta de transparencia de la cláusula relativa al índice IRPH Cajas únicamente abra la puerta a la posibilidad de someter dicha cláusula a un control de abusividad propiamente dicho.

69). Teniendo en cuenta que, por un lado, la falta de transparencia de la cláusula relativa al índice IRPH Cajas se concreta en la omisión de información relevante por parte del profesional, tanto en lo relativo al funcionamiento real de su método de cálculo como en lo que respecta a la existencia y contenido de la Circular 5/94 del Banco de España, y, por otro, que resulta incuestionable que, desde el momento en que el profesional omite conscientemente una parte de la definición del índice IRPH Cajas a fin de que el consumidor no se represente una idea real del funcionamiento del método de cálculo del mismo para poder así valorar la carga económica que le va a suponer la contratación, está "engañando" al consumidor contratante de manera equivalente a como lo hace la "cláusula suelo", ... esta representación letrada entiende que la respuesta a la 13ª cuestión, dicho con todo respeto, debería ser que **SI**, que resulta contrario al Principio de Efectividad que, en tanto que la falta de transparencia de la "cláusula suelo" conlleva directamente su abusividad, habida cuenta de la existencia de un elemento "engañoso", la falta de transparencia de la cláusula relativa al índice IRPH Cajas únicamente abra la puerta a la posibilidad de someter dicha cláusula a un control de abusividad propiamente dicho, cuando la existencia de un elemento "engañoso" respecto del funcionamiento de su método de cálculo y de la existencia y contenido de la Circular5/94 resulta sobradamente acreditada.

**V.- OBSERVACION SEXTA****En relación con el sexto bloque de cuestiones prejudiciales**

70). 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, lo que lleva a esta defensa letrada deba precisar que no se juzga el índice IRPH Cajas, del que no cabe duda constituye un índice oficial, legal, y determinado por el Banco de España con arreglo a un método protocolizado, sino que se juzga la buena fe del profesional atendiendo a las circunstancias de cada contratación, esto es, analizando qué tipo de información proporcionó a nuestro defendido, y cómo se la presentó, para que éste aceptara remitir su contrato a un índice hipotecario tan especial, que no es lo mismo.

Esta defensa letrada entiende que el hecho de que el índice IRPH resulte oficial, controlado por el Banco de España, y habitualmente utilizado por las Administraciones en sus programas de financiación de vivienda protegida, no dejan de ser meras anécdotas cuando lo que se pretende es comprobar si el profesional actuó de buena fe en la concreta contratación que nos ocupa, sin que otras circunstancias puedan suplir los criterios de buena fe y justo equilibrio establecidos por el **TJUE**, que son los que se han de tomar en consideración.

Aceptar el argumento de nuestro **Tribunal Supremo**, seguido incondicionalmente por infinidad de jueces y tribunales, nos llevaría a entender, por ejemplo, que la cláusula multidivisa reputa válida en todos los casos por cuanto el yen japonés resulta ser una moneda oficial regulada por el Banco Central Japonés, y de amplia utilización en el mercado internacional de divisas.

Además, debería matizarse y completar correctamente la argumentación engañosa de nuestro **Tribunal Supremo**, pues, siendo cierto que los índices IRPH han venido siendo utilizados de forma habitual en los programas de financiación de vivienda protegida supervisados por las Administraciones Públicas central y autonómicas, nos oculta que dichos programas de vivienda protegida incorporaban un diferencial negativo, o aplicaban un porcentaje sobre el nominal del índice IRPH Entidades establecido en ese momento por el Banco de España, o utilizaban un coeficiente reductor a fin de que la TAE de la operación no se alejara de la TAE de una operación de similar importe y plazo referida a índices hipotecarios que utilizaban otra metodología de cálculo.

Y así, el artículo 5 del Real Decreto 1/2002, de 11 de enero, sobre medidas de financiación de actuaciones protegidas en materia de vivienda y suelo del Plan 2002 – 2005, en su apartado c), establecía que el tipo de interés efectivo anual inicial de los préstamos a conceder en el marco del Plan sería un porcentaje del índice hipotecario IRPH Entidades, en tanto que el artículo 9 del Real Decreto 801/2005, de 1 de julio, por el que se aprueba el Plan Estatal 2005 – 2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda, en su epígrafe 3º, establecía que la cuantía del tipo de interés efectivo anual inicial sería la resultante de aplicar un coeficiente reductor a la media de los tres últimos meses del índice IRPH Entidades, coeficiente reductor que sería 0,9175.

Así sí, cuando se da cumplimiento a las obligaciones recogidas en la Circular 5/94 del Banco de España no hay nada que reprochar, pero ese no es el caso que nos ocupa, donde la demandada **Kutxabank** ni aplicó diferencial negativo, ni coeficiente reductor, ni porcentaje sobre el nominal de IRPH Cajas, a sabiendas de las consecuencias económicas especialmente negativas para nuestro defendido.

71). En todo caso, hemos de precisar que el concepto de buena fe del profesional, a los efectos que nos ocupan, es un concepto muy concreto, no es un concepto que pueda improvisarse en cada caso, y nada tiene que ver con que el profesional imponga un índice oficial, o que éste se utilice por las Administraciones Públicas, pues la **STJUE C-415/11**, de 14 de marzo de 2013, en su **parágrafo 69º**, 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 libertad para rechazar su incorporación al contrato y optar por otra, concepto que ha venido reiterando en infinidad de resoluciones, incluida la reciente **STJUE C-265/22**, cuyo **parágrafo 64º** vuelve a recordar el concepto jurídico a considerar por los jueces comunitarios en relación con la buena fe del profesional.

72). El concepto "lealtad" o "tratar de manera leal" se puede deducir de la **Directiva 2005/29/CE**, sobre prácticas comerciales desleales de los profesionales en la contratación con consumidores, que no solo protege directamente los intereses económicos de los consumidores frente a las prácticas comerciales desleales de los profesionales en sus relaciones con los consumidores sino, también, indirectamente, a los profesionales que operan lícitamente de aquellos de sus competidores que no lo hacen, una **Directiva 2005/29/CE** que asocia la lealtad con la información y manera en que se presenta dicha información al consumidor, lo que redundaría en la idea, ya expresada por esta defensa letrada, de que el carácter oficial del índice IRPH Cajas, su utilización por las Administraciones Públicas o su supervisión por el Banco de España, nada tienen que ver con el juicio de buena fe, en los términos en lo que exige el **TJUE**.



73). Si el concepto "lealtad" o "tratar de manera leal" se vincula con la información proporcionada por el profesional y la manera de presentarla, la omisión de información relevante, como es la no transcripción de la parte final de la definición del índice IRPH Cajas, omisión que impidió que nuestro defendido pudiera comprender el funcionamiento real de su método de cálculo, o la ocultación de la existencia y contenido de la Circular 5/94, del Banco de España, adquieren una especial trascendencia, pues llevaron a que éste no pudiera decidir con el debido conocimiento de causa y, en consecuencia, de manera eficiente.

De esta manera, si la "lealtad" ha de asociarse con la información proporcionada por el profesional y con la manera de presentarla, el "trato leal y equitativo" supone que el profesional ha de equilibrar la situación de inferioridad en la que se encuentra el consumidor con quien contrata, proporcionándole una información completa y cierta a fin de que, con ella, éste pueda elegir con el conocimiento de causa que exige el Abogado General.

74). En definitiva, el profesional de buena fe, en el concreto marco de la Directiva 93/13/CEE, no es aquél que impone sin explicación alguna, o con una información incompleta que induce a error, un índice oficial publicado en el BOE, habitualmente utilizado por las Administraciones Públicas, y supervisado por el Banco de España, como entiende nuestro Tribunal Supremo, sino aquél que tiene la seguridad de que ese mismo consumidor que acepta la incorporación de una concreta cláusula como condición general 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 para negociar la contratación necesitada.

Dicho de otra manera, para comprobar si una cláusula, como la que nos ocupa, causa, en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, esta defensa letrada entiende que el juez nacional deberá remitirse al **parágrafo 69º** de la **STJUE C-415/11**, donde se recoge que, a tal efecto, el juez nacional deberá verificar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual, sin que pueda improvisar criterios propios de buena fe como es el caso de entender ésta porque el índice al que se remite el contrato resulte oficial.

75). Es importante considerar, de manera novedosa, que los criterios establecidos por el **TJUE** en su reciente **STJUE C-265/22** no solo resultan de aplicación a los efectos de valorar la transparencia, sino también, la eventual abusividad, pues no podemos olvidar, como ya se ha reiterado, que ésta, en su **parágrafo 69º**, ha venido a decir que los artículos 3.1, 4 y 5 de la **Directiva 93/13/CEE** deben interpretarse en el sentido de que, para apreciar la transparencia y el carácter eventualmente abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés variable que designa, como índice de referencia para la revisión periódica del tipo de interés aplicable a ese préstamo, un índice como el IRPH Cajas, resulta pertinente el contenido de la información incluida en la Circular 5/94, del Banco de España, de la que se desprende la necesidad de aplicar a ese índice, dado su modo de cálculo, un diferencial negativo a fin de igualar dicho tipo de interés con el tipo de interés del mercado.

76). Así las cosas, asociando el concepto “tratar leal y equitativamente” con la idea de que el profesional ha de informar al consumidor de manera suficiente como para que este pueda tomar una decisión con pleno conocimiento de causa, esta defensa letrada entiende, dicho con todo respeto, que lo que el juzgador nacional ha de preguntarse, más allá del carácter oficial del índice IRPH Cajas, y en relación con el posible carácter abusivo de la cláusula que lo incorpora al contrato, es si el profesional, en este caso **Kutxabank**, podía entender que ... tratando a mi defendido de manera leal, esto es, proporcionándole toda la información relativa al índice IRPH Cajas que contrataba, tal y como entiende la lealtad la **Directiva 2005/29/CEE**, ... comprendiendo éste el funcionamiento del método de cálculo del controvertido índice IRPH Cajas, como exigen el **Abogado General** y la **Gran Sala del TJUE**, ... informado éste de que, derivado de dicho método de cálculo, y debido al solapamiento de elementos constitutivos de su TAE, el índice IRPH Cajas siempre operaría por encima del Euribor, como advierte el Banco de España, ... conociendo éste que para evitar la generación de un desequilibrio en su perjuicio se hacía necesaria la incorporación de un diferencial negativo, como igualmente obliga/sugiere el Banco de España en su Circular 5/94, de 22 de julio, dirigida a entidades de crédito, incorporación de un diferencial negativo que la entidad no pensaba realizar ... conociendo éste la evolución anterior del índice IRPH Cajas, cómo exigen la **Comisión Europea** y la **Gran Sala del TJUE**, de la que se desprendía que, desde su incorporación al mercado hipotecario español, no solo evolucionó por encima del Mibor y del Euribor, sino que resultó, año tras año, el más gravoso del mercado, ... hubiera aceptado su incorporación al contrato en el marco de una negociación individual, esto es, pudiendo negarse sin miedo a echar por tierra la contratación pretendida.

77). Y la respuesta, a juicio de esta defensa letrada, es que, de la misma manera que nuestro **Tribunal Supremo** entiende, en su **STS 669/17**, que no es creíble que un consumidor suscriba un préstamo sin conocer las condiciones esenciales del mismo, y, en particular, su remuneración mediante un interés variable que se calcularía a partir de un índice de referencia oficial más un diferencial, tampoco resulta creíble es que ese mismo consumidor fuera tan inconsciente como para, con toda esta información, elegir remitir su contrato al índice IRPH Cajas que, año tras año, resultó ser el más caro del mercado, ... al índice IRPH Cajas que por su peculiar método de cálculo, al determinarse en base a tipos TAE, siempre sería el más elevado del mercado, ... al índice que, tal y como advertía el Banco de España, requería de un diferencial negativo para evitar que su operación situara su TAE por encima del TAE medio nacional, diferencial negativo que **Kutxabank** no tenía pensado aplicar.

78). La **STJUE C-265/22**, en su **parágrafo 65º**, recoge que, en lo que respecta a una cláusula relativa al cálculo de los intereses de un contrato de préstamo, también resulta pertinente, a los efectos de determinar si dicha cláusula genera, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y deberes de las partes que se derivan del contrato, comparar el modo de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por la referida cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los del contrato de préstamo considerado.

Este mandato ya venía recogido en el **parágrafo 67º** de su anterior **STJUE C-421/14**, si bien ha sido ignorado por jueces y tribunales españoles, que continúan entendiendo que tal comparación de modos de cálculo y de los tipos efectivos resultantes constituye una comparación de precios.

79). Del parágrafo 65º de la STJUE C-265/22 y parágrafo 67º de la STJUE C-421/14 se desprende, contrariamente a como viene entendiendo nuestro Tribunal Supremo, que resulta pertinente que el juez nacional compare el modo de cálculo de los intereses remuneratorios y el tipo resultante a tenor de la cláusula objeto de controversia y el propio de otros índices hipotecarios aplicados en el mercado, para cantidades y plazos similares, en la fecha en que se celebró el contrato.

Dicha comparación muestra una realidad indiscutible, una anomalía que el propio Banco de España intentó remediar obligando a la incorporación de un diferencial negativo, y es que, en lo relativo al modo de cálculo de los intereses remuneratorios, en tanto el tipo Euribor, de utilización generalizada en el momento de suscripción del contrato que nos ocupa, representaba, como consecuencia de su método de cálculo, la media de los que las entidades financieras pagaban por el dinero que compraban y posteriormente prestaban a sus clientes, el índice IRPH Cajas, derivado de su peculiar método de cálculo, representaba la media de lo que esos clientes pagaban al conjunto de Cajas de Ahorro por todos los conceptos asociados al contrato.

80). Y así, la 15ª cuestión prejudicial elevada por el juzgado remitente interesa conocer si resulta contrario al parágrafo 69º de la STJUE C-415/11, de 14 de marzo de 2013, y al concepto jurídico de desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe» que en él se establece, una jurisprudencia nacional, como la establecida por nuestro Tribunal Supremo, que entiende ilógico sostener que el profesional no ha actuado de buena fe cuando ha utilizado un tipo hipotecario oficial, regulado por el Banco de España, y habitualmente utilizado por las Administraciones Públicas en sus planes de vivienda protegida, deduciendo así, para todos los casos, la existencia de buena fe por parte del profesional.

81). Esta defensa letrada propone, con todo respeto, que la respuesta a esta 15ª cuestión sea que **SI**, que resulta contrario al **parágrafo 69º** de la **STJUE C-415/11**, una jurisprudencia nacional que suple los criterios recogidos en dicha resolución y entiende que la buena fe del profesional resulta acreditada, para todos los casos, por el mero hecho de que utiliza un índice oficial, regulado por el Banco de España, y habitualmente utilizado por las Administraciones Públicas en sus programas de vivienda protegida.

82). La 16ª cuestión prejudicial elevada por el juzgado remitente interesa conocer, en línea con la anterior cuestión, si el **parágrafo 69º** de la **STJUE C-415/11**, en el marco de una controversia relativa a la incorporación al contrato de un índice IRPH Cajas a fin de determinar la remuneración del contrato, ha de interpretarse en el sentido de que el juez nacional debe preguntarse si el profesional podía entender que el consumidor, comprendiendo el funcionamiento del método de cálculo del tipo IRPH Cajas, conociendo su evolución al menos los dos años anteriores a la contratación, e informado de que el Banco de España, en su Circular 5/94, advertía de la necesidad de incorporar un diferencial negativo, advertencia que no pensaba atender, éste hubiera aceptado la incorporación de dicha cláusula en el marco de una negociación individual.

83). Esta defensa letrada entiende que no cabe improvisar nuevos conceptos de buena fe, y que el hecho de que el índice IRPH Cajas resulte oficial, supervisado por el Banco de España, y utilizado por las Administraciones Públicas, no puede suplir un control serio respecto de la información proporcionada por el profesional, su manera de presentarla, y, especialmente, como recoge el **parágrafo 52º** de la **STJUE C-125/18**, la posibilidad de omisión de una parte de la misma que, de haber sido conocida por el consumidor, bien pudo llevarle a tomar una decisión diferente a la que finalmente tomó.

84). Es por ello que esta defensa letrada propone, con todo respeto, que la respuesta a esta 16ª cuestión sea que **SI**, que atendiendo a las exigencias establecidas por el **TJUE** en el **parágrafo 69º** de la **STJUE C-415/11**, el juez nacional debe prescindir de criterios como el carácter oficial del índice al que se remite el contrato, o su supervisión por el Banco de España, y preguntarse si dicho profesional podía entender que el consumidor, comprendiendo el funcionamiento del método de cálculo del tipo IRPH Cajas, conociendo su evolución al menos los dos años anteriores a la contratación, e informado de que el Banco de España, en su Circular 5/94, advertía de la necesidad de incorporar un diferencial negativo, advertencia que no pensaba atender, ... hubiera aceptado la incorporación de dicha cláusula en el marco de una negociación individual.

85). La 17ª cuestión prejudicial elevada por el juzgado remitente interesa conocer si, en relación con la cláusula que incorpora el índice IRPH Cajas al contrato suscrito por un profesional y un consumidor, el **parágrafo 67º** de la **STJUE C-421/14**, debe interpretarse en el sentido de que el juez, a fin de valorar la existencia de un desequilibrio pese a las exigencias de la buena fe, debe comparar su método de cálculo con el utilizado en la determinación del índice Euribor, de implantación mayoritaria, y los respectivos tipos efectivos resultantes para préstamos de importe y duración equivalentes.

86). En relación con esta 17ª cuestión, esta defensa letrada propone, con todo respeto, que la respuesta sea que **SI**, que el **parágrafo 67º** de la **STJUE C-421/14**, debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, a fin de valorar la existencia de un desequilibrio pese a las exigencias de la buena fe, debe comparar el método de cálculo del índice IRPH Cajas con el utilizado en la determinación del índice Euribor, de implantación mayoritaria, y los respectivos tipos efectivos resultantes para préstamos de importe y duración equivalentes.

**87).** La 18ª cuestión prejudicial elevada por el juzgador nacional interesa conocer si, a los efectos de valorar la existencia de desequilibrio pese a las exigencias de buena fe con arreglo al **parágrafo 67º** de la **STJUE C-421/14**, resulta relevante la circunstancia, absolutamente anómala, de que el tipo efectivo resultante de la determinación del índice Euribor represente el precio que las entidades pagan por el dinero que posteriormente prestan a sus clientes, en tanto que el tipo efectivo resultante de la determinación del índice IRPH Cajas, siempre superior, represente el coste total abonado por los clientes a los que las Cajas de Ahorra han prestado ese dinero.

Esta defensa letrada entiende que el criterio establecido por el **TJUE** para entender la existencia de un desequilibrio pese a las exigencias de buena fe, en lo relativo a la cláusula que determina el tipo de interés remuneratorio, es muy concreto, no admite improvisaciones, invenciones, adaptaciones, ni nuevas creaciones, y obliga al juez nacional a comparar el modo de cálculo del índice IRPH Cajas objeto de controversia con el modo de cálculo de otros índices igualmente utilizados en el mercado para cantidades y plazos similares.

**88).** Trasladando este criterio al caso que nos ocupa, esta defensa letrada entiende que la respuesta a la 18ª cuestión, dicho con todo respeto, debería ser **SI**, que en orden a que el juez valore la existencia de desequilibrio pese a las exigencias de buena fe, resulta relevante la circunstancia de que el tipo efectivo resultante de la determinación del índice Euribor represente el precio que las entidades pagaron por el dinero que posteriormente prestaron a sus clientes, en tanto que el tipo efectivo resultante de la determinación del índice IRPH Cajas representaba el coste total que, por ese mismo dinero y todos los elementos inherentes a la contratación, abonaron los clientes a las Cajas de Ahorro prestamistas.



## **VII.- OBSERVACION SEPTIMA**

### **En relación con el séptimo bloque de cuestiones prejudiciales**

89). En relación con las consecuencias derivadas de la hipotética nulidad por abusiva de la cláusula que incorpora el índice IRPH Cajas al contrato suscrito por un profesional y un consumidor, y a las que se refieren las cuestiones prejudiciales 19ª, 20ª, 21ª y 22ª, se ha producido, con posterioridad a la elevación de dichas cuestiones prejudiciales, una importante novedad, la **STJUE C-520/21**, de 15 de junio de 2023, que entendemos arroja luz definitiva a la controversia y que lleva a que las cuatro cuestiones puedan resolverse con una única respuesta.

90). El **TJUE** ha establecido de manera reiterada que en caso de que un contrato no pueda subsistir tras la expulsión por abusiva de una o varias cláusulas, el juez deberá comunicar al consumidor las consecuencias de dicha nulidad contractual a fin de que sea éste quien decida si opta por la integración del mismo o su nulidad.

En este sentido, la **STJUE C-260/18**, de 3 de octubre de 2019, en su **parágrafo 55º**, establece, con total claridad, que, de la misma manera que un consumidor puede rechazar la protección que le otorga la **Directiva 93/13/CEE** en relación con la incorporación de cláusulas abusivas a su contrato, igualmente, y con mayor razón, podrá rechazar la protección de la **Directiva 93/13/CEE** únicamente en lo que se refiere a evitar los efectos derivados de la nulidad del contrato como consecuencia de la expulsión de cláusulas abusivas, esto es, el consumidor podrá negarse a que se le imponga la integración del contrato a fin de salvar la nulidad radical del mismo, incluso cuando el juez entienda que dicha nulidad opera en su perjuicio.

91). Con fecha 29 de abril de 2021, el **TJUE**, en **STJUE C-19/20**, concluía señalando que el artículo 6.1 de la **Directiva 93/13/CEE**, en relación con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debía interpretarse en el sentido de que corresponde al juez nacional que declara el carácter abusivo de una cláusula de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, informar a este, en el marco de las normas procesales nacionales y tras un debate contradictorio, de las consecuencias jurídicas que pudiera entrañar la anulación de tal contrato, con independencia de que el consumidor esté asistido por un representante procesal profesional, a fin de que sea éste quien decida si opta por la integración o por la nulidad.

92). Con fecha 2 de septiembre de 2021, el **TJUE** dictaba **STJUE C-932/19** en cuyo **parágrafo 48º** recordaba que de su anterior Jurisprudencia ya se desprendía que de la misma manera que el sistema de protección que la **Directiva 93/13/CEE** otorga a los consumidores no es aplicable si el consumidor se opone a ello, éste deberá tener 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.

93). Con fecha 17 de noviembre de 2021, el **TJUE**, en el **Fallo 3º** de su **ATJUE C-655/20**, estableció que el artículo 6.1 de la **Directiva 93/13/CEE** debe interpretarse en el sentido de que obliga al juez nacional a ofrecer al consumidor la posibilidad de optar entre, por un lado, la revisión o integración del contrato mediante la sustitución de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable declarada abusiva por una cláusula que se remite a un índice previsto por la ley con carácter supletorio y, por otro lado, la anulación del contrato de préstamo hipotecario en su conjunto, cuando éste no pueda subsistir sin esa cláusula.

94). Finalmente, la STJUE C-80/21 y 81/21, de 8 de septiembre de 2022, resulta definitiva cuando en su Fallo 3º establece que los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE se oponen a una jurisprudencia nacional por la que el juez nacional, expulsada del contrato una cláusula abusiva sin la que el contrato no puede subsistir, pueda suplir dicha cláusula por interpretación de la voluntad de las partes o por norma supletoria del derecho interno cuando el consumidor, informado de las consecuencias de la nulidad del contrato en su totalidad, las acepta.

95). Así las cosas, no cabe duda de que el TJUE ha establecido de manera reiterada que cuando la expulsión por abusiva de una concreta cláusula conlleve la nulidad radical del contrato, el juez nacional deberá informar al consumidor de las consecuencias de dicha nulidad radical para que sea éste quien decida si opta entre la nulidad del contrato o la integración del mismo, de tal manera que, si el consumidor acepta las consecuencias de la nulidad radical del contrato, el juez nacional deberá entender que dicha nulidad no opera en su perjuicio y no podrá integrar el contrato supliendo la cláusula abusiva ni por norma supletoria del ordenamiento interno ni por interpretación de la voluntad de las partes.

Desgraciadamente, se cuentan por miles los procedimientos de ejecución hipotecaria en los que jueces y tribunales españoles, tras declarar la nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado que fundamentaba la ejecución y entender que el contrato no podía subsistir tras su expulsión del mismo, han aplicado directamente, sin el más mínimo cuestionamiento, unas pautas orientativas dictadas por nuestro Tribunal Supremo a fin de salvar la nulidad del contrato y continuar con el procedimiento ejecutivo, sin ofrecer al consumidor ejecutado la posibilidad de ser él quien decidiera si optaba por la nulidad del contrato o su integración.

Esta actuación de jueces y tribunales españoles que, ignorando la jurisprudencia del **TJUE** respecto del procedimiento a seguir en los casos en los que el contrato no puede subsistir tras la expulsión de una cláusula abusiva, y siguiendo unas pautas orientativas de nuestro **Tribunal Supremo**, han procedido a integrar sistemáticamente los miles de contratos en los que la nulidad y expulsión de la cláusula de vencimiento anticipado conllevaba la nulidad radical de los mismos, incluso en los casos en los que el consumidor ejecutado, invocando la jurisprudencia del **TJUE**, manifestaba su voluntad de que se anulara el contrato, ha supuesto la pérdida de miles de viviendas de consumidores españoles, un daño de muy difícil o imposible reparación.

96). En caso de que el consumidor optara por la nulidad radical del contrato, esta defensa letrada entiende que, tras la publicación de la **STJUE C-520/21**, carece de sentido el debate respecto de si procede la aplicación de la Disposición Adicional 15ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, o si procede la aplicación del artículo 1303 del Código Civil, o procede la aplicación del artículo 1306.2 del Código Civil.

97). Entiende el **TJUE**, en su **STJUE C-520/21**, que la **Directiva 93/13/CEE** no regula expresamente las consecuencias que conlleva la invalidez de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor tras la supresión de las cláusulas abusivas que contiene, y que corresponde a los Estados Miembros determinar las consecuencias que conlleva tal declaración, siempre que las normas que establezcan a este respecto sean compatibles con el Derecho de la Unión y, en particular, con los objetivos perseguidos por dicha Directiva.

El **TJUE** precisa que esa compatibilidad entre las normas nacionales y el **Derecho de la Unión** asienta en que dichas normas nacionales han de permitir restablecer la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicho contrato y, por otro lado, no han de poner en peligro el efecto disuasorio perseguido por la **Directiva 93/13/CEE**.

Según precisa el **TJUE**, la posibilidad de que un consumidor reclame frente al profesional cantidades que excedan de lo que supuso el pago de las cuotas mensuales abonadas, por ejemplo en concepto de intereses de demora, y que dicho profesional no pueda reclamar más de lo que prestó, no parece poner en peligro los mencionados objetivos, todo lo contrario, esa posibilidad puede contribuir realmente a disuadir a los profesionales de incluir cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores cuando observen que la inclusión de cláusulas abusivas, en la medida en que cuando su inclusión implique la nulidad de un contrato en su totalidad, podría entrañarles consecuencias económicas que exceden de la restitución de las cantidades abonadas por el consumidor.

**98).** En conclusión, esta defensa letrada entiende que, con el debido respeto, la respuesta a las **cuestiones prejudiciales 19<sup>a</sup>, 20<sup>a</sup>, 21<sup>a</sup>, y 22<sup>a</sup>**, se resume en que incumbe únicamente al juez nacional la decisión respecto de si, con arreglo a criterios exclusivamente técnicos, el contrato puede subsistir tras la expulsión por abusiva de la cláusula objeto de litigio, de manera que si su decisión fuera que no puede subsistir, será el consumidor litigante quien decida si opta por la nulidad o la integración (**STJUE C-260/18, STJUE C-19/20, STJUE C-932/19, ATJUE C-655/20, y STJUE C-80/21 y 81/21**), y si optara por la nulidad radical del contrato, las consecuencias serían las derivadas de la **STJUE C-520/21**, de 15 de junio de 2023.

**DOCUMENTACION QUE SE ACOMPAÑA**

**Documento nº 1.-** Copia del **Boletín Oficial del Estado nº 226**, de 20 de septiembre de 1990, páginas 27.498 a 27.508, donde se publica la Circular 8/90, del Banco de España, de 7 de septiembre de 1990, y que prueba que, contrariamente a cómo entiende nuestro **Tribunal Supremo**, nada recoge respecto de los tipos IRPH.

**Documento nº 2.-** Copia del **Boletín Oficial del Estado nº 184**, de 3 de agosto de 1994, páginas 25.106 a 25.111, donde se publica la Circular 5/94, del Banco de España, de 22 de julio de 1994, y que prueba que en dicha publicación únicamente se recoge la definición de los índices IRPH, sin más explicación, lo que obliga al consumidor a deducir de la misma, si conoce lo que es y los elementos que integran un tipo TAE, que dichos índices IRPH incorporan los diferenciales, gastos y comisiones aplicados por las entidades.

**EN VIRTUD DE TODO LO EXPUESTO, AL TJUE SOLICITAMOS:**

Que teniendo por presentado este escrito, con los documentos que lo acompañan, los admita y tenga por cumplido, en lo que a esta defensa letrada concierne, el trámite de realización de observaciones en relación con las 22 cuestiones prejudiciales remitidas por el **Juzgado de 1ª Instancia nº 8 de Donostia-San Sebastián** y que han dado lugar al **asunto C-300/23** que se ventila ante este **Tribunal de la Unión Europea**.

**LETRADA**

**LETRADO**

**MAITE ORTIZ PEREZ**

**JOSE MARIA ERAUSQUIN VAZQUEZ**