

Juzgado de Primera Instancia

JPI de Palma de Mallorca (Provincia de Islas Baleares) Auto de 4 abril 2022

JUR\2022\121931



Consumidores y Usuarios. Hipoteca, prenda y anticresis. Propiedad Intelectual.

Jurisdicción:Civil

/

Ponente:Ilmo. Sr. D. Margarita Isabel Poveda Bernal

JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 17 DE PALMA DE MALLORCA

-

TRAVESSA DE'N BALLESTER, 20-3ER.

Teléfono: 911219493, Fax: 971219498

Correo electrónico:

Equipo/usuario: SGG

Modelo: S40010

N.I.G.:

OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 /2021

Procedimiento origen: /

Sobre COND.GNRLS.CTRTO.FINAC.GARNT.INMO.PRSTARIO.PER.FIS

DEMANDANTE , DEMANDANTE D/ña.

Procurador/a Sr/a. GABRIEL TOMAS GILI, GABRIEL TOMAS GILI

Abogado/a Sr/a.

DEMANDADO D/ña. CAIXABANK SA

Procurador/a Sr/a. CATALINA SALOM SANTANA

Abogado/a Sr/a.

ÓRGANO JURISDICCIONAL REMITENTE:

Juzgado de Primera Instancia n° 17 de Palma de Mallorca.

C/ Travessa D'en Ballester n° 20, 3ª planta.

07002 Palma de Mallorca, Illes Balears, España.

Correo electrónico: instancia17.palmademallorca@iusticia.es .

Fax: (34) 971 219498

Teléfono. (34) 971 219498

Magistrada: D^a MARGARITA ISABEL POVEDA BERNAL.

Demandantes:

Procurador: D. Gabriel Tomás Gili

Letrado: D. Norberto José Martínez Blanco.

MARTINEZ-BLANCO

Abogados

Demandada: CAIXABANK S.A.

Procuradora: D^a Catalina Salom Santana.

Letrado: D. Raimon Tagliavinia Sansa

AUTO

PLANTEAMIENTO DE CUESTIÓN PREJUDICIAL AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

En Palma de Mallorca, a 4 de abril de 2022.

Vistos por mi, D^a MARGARITA ISABEL POVEDA BERNAL, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número Diecisiete de Palma de Mallorca, en funciones de sustitución entre miembros de la carrera judicial, los autos del Procedimiento Ordinario n^o .../2021, remito la presente petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea , y en consideración a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

Partes y objeto del proceso

(Caso ... vs. CAIXABANK, S.A).

Ante este Juzgado se interpuso, en fecha 28 de julio de 2021, demanda de procedimiento ordinario por ... y D. ... representados por el Procurador Sr. Tomás Gili, y defendido por el Letrado Sr. Martínez Blanco, controla entidad financiera CAIXABANK, S.A., representada por la Procuradora Sra. Salom Santana y defendida por Letrado Sr. ..., interesando, con base en la normativa de defensa de los consumidores y usuarios, tanto española como de la Unión-Europea, entre otras

peticiones que:

1.- Se declare la nulidad de la cláusula que establece el índice de referencia IRPH y su sustitutivo inserto en el contrato de préstamo hipotecario de fecha 31 de enero de 2001, formalizado ante la Notario Dña ... , bajo número de protocolo ... , suscrito entre la parte actora y la entidad financiera demandada, con condena a la devolución de las cantidades devengadas por la aplicación de dicha cláusula como consecuencia inherente de la declaración de nulidad, con abono de los intereses legales pertinentes.

1.2.- Y subsidiariamente a lo anterior, se declare la nulidad de la cláusula que establece el índice de referencia IRPH, y su sustitutivo inserto en el contrato de crédito hipotecario de referencia, condenando a la entidad a aplicar el índice de referencia EURIBOR por el índice de referencia IRPH y su sustitutivo desde el inicio del contrato, obligando a la entidad a aplicar las revisiones y la variabilidad del tipo de interés conforme al EURIBOR, con condena a la entidad demandada a restituir las cantidades pagadas en exceso por la aplicación del índice de referencia IRPH y su sustitutivo a la parte actora, con abono de los intereses legales pertinentes.

2.- Se declare la nulidad de la cláusula que establece un apéndice de congelación del tipo de referencia, contenido en el contrato de préstamo hipotecario de fecha 31 de enero de 2001, formalizado ante la Notario ... , bajo número de protocolo ... , suscrito entre la parte actora y la entidad financiera demandada, con condena a la devolución de las cantidades devengadas por la aplicación de dicha cláusula como consecuencia inherente de la declaración de nulidad, con abono de los intereses legales pertinentes.

SEGUNDO

En el seno del procedimiento, por el Letrado de la parte actora ha expuesto la necesidad de plantear una serie de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, interesando el planteamiento de las siguientes cuestiones:

1) ¿Se opone al [artículo 3](#) de la [Directiva 93/13/CE \(LCEur 1993, 1071\)](#) la decisión de un juez nacional de declarar la nulidad por abusiva de una cláusula que impone un índice de referencia en un contrato de préstamo sin informar el profesional previamente al consumidor que se introduciría ese concreto índice y no otro de los disponibles en el momento de la comercialización del préstamo?

2) ¿Se opone al [artículo 3](#) de la Directiva 93/13/CE una jurisprudencia nacional que entiende que exonera al profesional de suministrar al consumidor la información con carácter previo a la contratación de las condiciones a aplicar en el contrato de préstamo con un consumidor, como es la de la cláusula del IRPH, uno de los índices oficiales existentes al momento de la concertación sin que fuera imperativo su uso?

3) ¿Se opone al [art. 5](#) de la Directiva 93/13/CE una jurisprudencia que considera que la introducción del índice IRPH en un contrato de préstamo suscrito con un consumidor no es transparente pero tampoco abusiva, cuando la cláusula que lo

introduce no es clara y comprensible para un consumidor medio por omitir elementos esenciales que permitan al consumidor evaluar las consecuencias económicas de la misma, como son la información normativa de que el índice IRPH a aplicar es una tasa efectiva, debiendo llevar aparejado un diferencial negativo para ser utilizado como interés nominal cuando se estipule en el contrato que el propio IRPH se tendrá como interés nominal anual?

4) ¿se opone a los [artículos 3](#) , [4](#) , [5](#) y [7](#) de la Directiva 93/13/CE a la decisión de un juez nacional que considera nula por abusiva la , cláusula I [RPH \(RCL 2007, 1334\)](#) en un contrato de préstamo suscrito con un consumidor i no es transparente pero tampoco abusivo, cuando la redacción de la cláusula remita para la definición del índice a una normativa obsoleta no actualizada donde precisamente se omiten datos de especial trascendencia para que el consumidor pueda realizar una evaluación correcta de las consecuencias económicas de la posible suscripción de la cláusula?

5) ¿Se opone a los [artículos 3](#) , [4](#) , [5](#) y [7](#) de la Directiva 93/13/CE la decisión de un juez nacional de declarar la nulidad por abusiva de una cláusula no transparente que ha causado un perjuicio económico al consumidor acreditado, que impone un índice de referencia en un contrato de préstamo sin informar el profesional; mínimamente al consumidor que se introduciría ese concreto índice y no otro de los existentes en el momento de la comercialización del préstamo?

6) ¿Se opone a los [artículos 3](#) , [4](#) , [5](#) y [7](#) de la Directiva 93/13/CE, y a los artículos 7, 14 y 16 de la Directiva 2014/ 17/UE la decisión de un juez nacional de declarar la nulidad por abusiva de una cláusula que impone un índice de referencia en un contrato de préstamo sin informar previamente el profesional al consumidor permitiendo que suscribiera un contrato préstamo refrendado a un índice concreto no imperativo que ha supuesto un sobre coste para el consumidor, y que este hubiera podido comparar con el resto de índices para evaluar las consecuencias económicas si el profesional hubiera suministrado, informado completamente y/o asesorado mínimamente al consumidor?

7) Se opone la Directiva 93/13/CE en su artículo 3 una jurisprudencia que no declara la nulidad por abusiva de una cláusula introducida al contrato de préstamo de forma no transparente que ha causado un perjuicio económico al consumidor?

8) ¿Se opone al [artículo 3](#) , y [5](#) de la Directiva 93/13/CE la decisión de un juez nacional de declarar la nulidad por abusiva de una cláusula que introduce el índice IRPH cuando el profesional no haya informado al consumidor de que la aplicación del índice IRPH supondrá que siempre sea mayor a otros índices de referencia existentes y/o que existe la posibilidad/que incluso pueda subir cuando el resto de índices del mercado bajen?

9) ¿Se opone al [artículo 3](#) y [7](#) de la Directiva 93/13/CE la decisión de un juez nacional de declarar la nulidad por abusiva de una cláusula no transparente que impone un periodo de interés fijo inicial en un préstamo a interés variable,

convirtiendo el préstamo a interés fijo de forma temporal, y causando un perjuicio económico al consumidor?

10) ¿Se opone al artículo 3 de la Directiva una jurisprudencia nacional que establece que no ha existido desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes en detrimento del consumidor el hecho de que se haya introducido de forma no transparente por el profesional la cláusula que impone el índice de referencia IRPH sin la necesaria información previa mínima de las condiciones del préstamo al Consumidor, cuando ha supuesto haber abonado más cantidad en intereses si lo comparamos con el índice más habitual en aquel momento para operaciones similares o cualquier otro índice existente en el momento de la contratación distinto al IRPH?

11) ¿Se opone al artículo 3 de la Directiva 13/93/CE una jurisprudencia que entiende que una cláusula que introduce el índice de referencia IRPH en un contrato de préstamo sin información precisa, no es abusiva, pese a que se contempla específicamente en la normativa interna nacional la obligación de aplicar un diferencial negativo para que pueda ser utilizado como índice de referencia y en el caso concreto se haya aplicado un diferencial positivo?

12) Se opone al [artículo 3](#) y [5](#) de la Directiva 93/13/CE la decisión de un juez nacional de declarar abusiva una cláusula que introduce el índice IRPH por ser introducida por el profesional en el contrato de préstamo con un consumidor de forma no transparente que daba a entender gramaticalmente que se trataba de un interés nominal en vez de una tasa efectiva, omitiendo datos esenciales como la necesidad de tener un diferencial negativo aplicado, y/o por la remisión a una normativa obsoleta donde no se recogía estas informaciones que podrían haber alertado al consumidor de las consecuencias económicas perjudiciales de la cláusula?

13) ¿Se opone al artículo 3.1 de la Directiva una jurisprudencia nacional que no declara abusiva la cláusula no transparente a pesar de haber causado un perjuicio al consumidor, cuando ésta impone un índice de referencia concreto entre los diferentes índices disponibles, en un contrato celebrado con un consumidor, la falta de información al consumidor en el sentido del deber de informar que ese índice de referencia no era el normalmente utilizado y que hasta el momento de la concertación del préstamo en su evolución pasada siempre había estado más elevado que el índice más popular en el momento de la concertación del préstamo, y que nunca podría estar igualado o por debajo de éste por su propia fórmula de cálculo, y que en consecuencia siempre iba a pagar más intereses en comparación con un préstamo referenciado a otro Índice de los disponibles distintos del IRPH?

14) ¿Se opone al artículo 3.1 de la Directiva una jurisprudencia nacional que establece que no ha existido perjuicio importante en los derechos y obligaciones de las partes en detrimento del consumidor el hecho de que se haya, introducido de forma no transparente por el profesional, ni siquiera comunicado al consumidor el nombre del índice a aplicar la cláusula que impone el índice de referencia IRPH

privando al consumidor del derecho de poder comparar, analizar y valorar antes de formalizar el contrato?

15) ¿Se opone al artículo 3.1. de la Directiva una jurisprudencia nacional que establece que no se ha de proceder a declarar abusiva una cláusula no transparente que ha provocado desequilibrio en los derechos y obligaciones de las partes en detrimento del consumidor, cuando el hecho de que se haya introducido de forma no transparente por el profesional la cláusula que ha ocasionado al consumidor abonar en concepto de intereses una cuantía notablemente superior en comparación con -el resto de índices más utilizados existentes al tiempo de la concertación del préstamo?

16) Se opone al [artículo 3](#) y [5](#) de la Directiva 93/13/CE una normativa nacional que remite para la determinación del interés a aplicar a los préstamos hipotecarios para consumidores que adquieren viviendas de protección oficial (VPO) a un evento futuro predecible ni del que se pueden conocer por el consumidor criterios y método de cálculo para evaluar las consecuencias económicas, como lo es una remisión a una posible decisión futura de un Consejo de Ministros? En caso afirmativo, ¿se opondría al artículo 3 de la Directiva la decisión de un juez nacional que declarara la nulidad por abusiva de esta cláusula?

17) Se cuestiona si el [artículo 7](#) de la Directiva 93/13/CE resultaría contrario a la decisión de un juez nacional de declarar nula por abusiva la cláusula IRPH si estableciera que el contrato ... de préstamo puede subsistir sin la cláusula y sin necesidad de que sea sustituida por otro índice de referencia al seguir existiendo remuneración a través del diferencial aplicado? ¿Se opondría esta decisión al efecto disuasorio perseguido en el artículo 7 de la Directiva?

18) ¿Se opone al [artículo 3](#) de la [Directiva 93/31/CE \(LCEur 1993, 2469\)](#) una jurisprudencia que no procede a declarar nula por abusiva la cláusula IRPH no transparente, por entender que no puede determinarse el desequilibrio entre los derechos y obligaciones en perjuicio del consumidor, por considerar que no puede ser predecible la evolución del IRPH, cuando en realidad por el simple método de cálculo se conocía con base al pasado, al presente y al futuro, que el IRPH nunca podría situarse por debajo del Euribor u otro índice distinto del IRPH, suponiendo siempre un mayor coste para el consumidor?

19) ¿Se opone a la Directiva 93/13/CE una jurisprudencia que entiende que no procede declarar la abusividad de la cláusula que ha sido introducida de forma no transparente alegando que existe buena fe del profesional aunque no haya informado al consumidor mínimamente de la aplicación del IRPH en su contrato de préstamo a pesar del perjuicio que previsiblemente le causaría, por el simple hecho de que el IRPH se publica en el BOE?

20) ¿Se opone a los [artículos 3](#), [4](#), [5](#) y [7](#) de la Directiva 93/13/CE, y a los [artículos 7](#), [14](#) y [16](#) de la [Directiva 2014/17/UE \(LCEur 2014, 313\)](#) una jurisprudencia que entiende que el profesional no tiene obligación de asesorar e informar al cliente

sobre el préstamo que está contratando según la información disponible podría resultar perjudicial para el consumidor en comparación con los préstamos habituales existentes en el momento de la contratación?

TERCERO

Por la entidad financiera demandada no se han hecho manifestaciones en relación a la necesidad de plantear esta cuestión prejudicial ni se han solicitado a esta Juzgadora que se eleven nuevas o complementarias cuestiones relativas al caso de

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO

Sobre la cuestión prejudicial comunitaria

Conforme a lo dispuesto en el [artículo 267](#) del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea \(RCL 2009, 2300\)](#) , cualquier órgano jurisdiccional está facultado para presentar al TJUE peticiones de decisión prejudicial sobre la interpretación de una norma del Derecho de la Unión si lo considera necesario para resolver el litigio que conozca. Cuando se ... plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros este podrá pedir al TJUE que se pronuncie sobre ella si estima que es necesaria una decisión para poder emitir su fallo.

Conforme a las recomendaciones del TJUE , § § 5, 12 y 13 (en adelante RTJUE), las cuestiones que se someten al TJUE se vinculan a la interpretación de una norma de derecho comunitario y son necesarias para emitir el fallo; se plantean antes de admitir los medios probatorios, con debate contradictorio, en tanto en cuanto como se expondrá, las respuestas del TJUE son necesarias para determinar la admisión de los medios probatorios y, consecuentemente, con el resultado de los mismos, son necesarias para resolver el litigio y emitir su fallo. Se entiende por el Juzgador que al estar perfiladas todas las condiciones este es el mejor momento para plantear las cuestiones, y ello según el contexto jurídico y fáctico del asunto principal.

SEGUNDO

Sobre la necesidad de un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Union Europea contundente, claro, preciso que solucione las actuales dudas interpretativas y jurisprudencia contradictoria en relación a la posible practica abusiva, con infracción del Derecho de la Union Europea, por parte de las entidades financieras en contratos de préstamo hipotecario celebrados con consumidores por la imposición de la clausula del índice IRPH

Previamente al planteamiento de la cuestión, merece consideración la justificación de la solicitud de la presente cuestión prejudicial sea materializada a través del procedimiento ordinario para dar cabida de opinión y defensa a todos los

organismos y posibles partes involucradas, establecido en el artículo 93 y siguientes del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, de 25 de Septiembre de 2012, y todo ello con base en las consideraciones que a continuación se exponen.

La experiencia de tramitaciones exprés ante el Trienal de Justicia donde no se ha dado cabida a todos los agentes interesados (Comisión Europea, Reino de España, Estados Miembros interesados, Operadores y Expertos), como ha Sucedido recientemente en la Cuestión Prejudicial 79/2021, o en la 655/2020, nos ha llevado a pronunciamientos incompletos del Tribunal, de cierta ambigüedad y falta de claridad para los juzgadores nacionales que aplicamos el Derecho de la Unión, por lo que esta vez planteamos una tramitación ágil dentro de un procedimiento ordinario que permita conocer con precisión el funcionamiento de la práctica abusiva llevada a cabo por las entidades financieras detectada por miles de consumidores en España, así como los graves perjuicios calculables causados a estos contrariamente a lo dispuesto en la [Directiva 93/13/CEE \(LCEur 1993, 1071\)](#).

La primera de las justificaciones queda acreditada por el gran volumen de demandas que juzgados como en el que sirve esta Juzgadora están resolviendo, debido al auge de reclamaciones bancarias por parte de consumidores por cláusulas como las que aquí se cuestionan contadas por miles de procedimientos judiciales en los que se solicitan cuestiones idénticas a las aquí se presentan, en todo el territorio nacional, razón por la cual se han creado Juzgados especializados en estas materias. En este sentido, conforme al Acuerdo de 28 de diciembre de 2017 de la Comisión Permanente del CGPJ (BOE 30 de diciembre de 2017) prorrogado por acuerdos posteriores, se atribuye a determinados Juzgados, incluyendo el Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Palma de Mallorca del que esta Juzgadora fue titular desde su creación y continúa desempeñando funciones de refuerzo entre miembros de la carrera judicial, la competencia exclusiva y excluyente para conocer de acciones individuales sobre condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física.

La segunda de ellas, es la necesidad urgente de unificar el criterio interpretativo en pro del principio de seguridad jurídica que impera en nuestro Estado de Derecho, para evitar el pronunciamiento de sentencias contradictorias que provoquen un grave daño material irreparable a los consumidores españoles.

Y en tercer lugar, siendo la más preocupante, viene motivada porque el Tribunal Supremo español parece venir realizando, en sus más recientes resoluciones sobre la mater, una reinterpretación del Derecho de la Unión que una parte de los jueces nacionales españoles, entre los que se incluyó esta Juzgadora, considera dudosamente acorde a los principios inspiradores de la normativa comunitaria en el ámbito de la protección a los consumidores y usuarios, y en contraposición de la propia normativa de la UE y de las interpretaciones realizadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esta materia de cláusulas abusivas en contratos celebrados entre profesional y consumidor en el ámbito de interpretación, entre

otras, de la Directiva 93/13/CEE y de la [Directiva 2014/17/UE \(LCEur 2014, 313\)](#) , todo ello en un sentido que llevaría a una protección de los intereses de las entidades financieras, o de ... intereses supuestamente superiores de "interés público económico", frente a los principios que desde su origen y en un sentido de creciente protección, han inspirado al Derecho Comunitario desde su creación y al Derecho de la Unión Europea, en la actualidad, en la defensa de los intereses jurídicos y económicos de los consumidores como parte más débil en la relación jurídica, en situación no sólo de clara inferioridad y de evidente desequilibrio contractual en lo referente a su posibilidad de negociación del clausulado en un contrato de trascendental importancia para el consumidor como es la adquisición de su vivienda habitual, para 'cuya celebración la práctica totalidad de los ciudadanos españoles necesita financiación, sino también por la evidente asimetría de información que, en lo referente a cuestiones técnicas, económicas y en muchas ocasiones complejas, como el simple y previo conocimiento de que existen varios índices de referencia, la elección de uno determinado, su definición, su funcionamiento que hace que, necesariamente y por razones objetivas, uno sea más caro que otros, su evolución pasada, su comparación con otros índices para poder determinar el más favorable a sus intereses, etc., existe entre el profesional (en este caso la entidad financiera) y el consumidor.

Inciendo en este extremo, cabe recordar que el asunto versa sobre una cláusula esencial presente en un número elevado de contratos de préstamo hipotecario en España. Estos contratos son probablemente los contratos con más importancia económica y mayor repercusión social de entre los contratos de consumo, en la medida en que resultan clave para el ejercicio del derecho de acceso a la vivienda, reconocido en el artículo ... 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, derecho que -como bien ha señalado el TJUE- ha de tenerse en cuenta a la hora de aplicar la Directiva 93/133.

Esta situación, ha provocado que en las últimas semanas se hayan conocido diferentes denuncias ante la Comisión Europea por la no aplicación del Derecho de la Unión Europea y de la jurisprudencia emanada del TJUE, así como denuncias penales frente al propio Tribunal Supremo realizadas por consumidores españoles.

Con independencia de la prosperabilidad de esas actuaciones, se evidencia un profundo malestar en la opinión pública que puede trascender del ámbito nacional, en relación al nivel de protección que, por una posible inadecuada interpretación del derecho de la Unión Europea, los consumidores españoles tienen ante sus propias autoridades judiciales, que hace que, en opinión de esta Juzgadora, y a instancia de parte (una pareja de consumidores que podría ser el prototipo de miles de casos en idéntica situación en nuestro país), se considere pertinente el planteamiento de la presente cuestión ante el TJUE, considerando los graves e irreparables daños que la situación actual puede estar provocando a los consumidores por la falta de seguridad jurídica que está provocando la reinterpretación del Derecho de la Unión por parte del Tribunal Supremo, así como la falta de claridad y contundencia de las recientes resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en esta materia.

En este contexto, al margen de un elevadísimo número de procedimientos en que se cuestiona la posible abusividad de la comercialización del IRPH en los préstamos hipotecarios que se encuentran en suspenso ante los tribunales especializados antes mencionados, se tiene constancia de que existen otras muchos cuyas demandas que aún no se han planteado ante los Tribunales Nacionales por esa misma falta de certidumbre y la existencia de resoluciones contradictorias entre los tribunales de primera instancia (mayoritariamente favorables a declarar la nulidad por abusiva de la cláusula que introduce el IRPH) , las resoluciones más divididas de las Audiencias Provinciales y las últimas resoluciones del Tribunal Supremo desestimatorias de esta pretensión al considerar que el IRPH, si bien puede no superar el control de transparencia, no es abusivo al no existir mala fe ni desequilibrio importante entre partes contratantes, está generando una gran confusión e inseguridad jurídica, obligando a las partes implicadas estos procedimientos a acudir a tres instancias judiciales, con el consiguiente encarecimiento y colapso de los tribunales de justicia, que pudiera fácilmente evitarse, si el TJUE, máximo intérprete del derecho de la Unión Europea, se manifestase con contundencia y claridad sobre esta materia concreta en el marco de la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, en el cual el Derecho de la Unión tiene prioridad sobre el Derecho Interno de los Estados Miembros.

TERCERO

Síntesis del supuesto fáctico

En el seno del procedimiento llevado a cabo en la instancia se interpuso por la parte actora demanda de nulidad de cláusulas abusivas contenidas en contrato de préstamo con la entidad financiera demandada por la que se solicita, entre otros pedimentos, en aplicación de la normativa española y europea de defensa de los consumidores y usuarios, la nulidad del índice de referencia IRPH y su sustitutivo, así como la subsidiaria para el caso de que no se aprecie la nulidad, consistente en la sustitución del IRPH por Euribor.

El préstamo hipotecario fue suscrito por la parte demandante, matrimonio ... , con la entidad financiera CAIXABANK con el objetivo de comprar su vivienda familiar, por un capital de 78.131,57€, a devolver en un plazo de 30 años, con pago de intereses referenciado a la cláusula I [RPH \(RCL 2007, 1334\)](#) más un diferencial fijo del 0,50%.

Se alega en el escrito de demanda, de manera resumida, en lo referente a sus pretensiones relativas al IRPH e invocando la normativa europea y española de defensa de los consumidores y usuarios que en ningún momento la parte actora fue informada cuando acudió a la entidad financiera demandada a solicitar financiación para adquirir su vivienda habitual de que se le estaba ofreciendo referenciar su préstamo un índice diferente al habitual y muy minoritario, del cual no se les dio ningún tipo de información precontractual ni ninguna advertencia de su carestía en

relación al índice habitualmente utilizado en los préstamos hipotecarios.

Alega asimismo la parte actora que el índice de referencia denominado como "IRPH" y un sustitutivo en el mismo sentido, no aparece identificado como tal en el amplio contrato, pues no se la designa con el nombre por el que coloquialmente se la conoce: IRPH, lo que podría posibilitarse detectada por el consumidor, sino que aparece difuminada en un engorroso contrato, redactado de tal forma que lo hace totalmente ilocalizable dicha cláusula para un consumidor medio sin conocimientos económicos que accede al crédito con garantía hipotecaria.

Cabe indicar que en ningún momento se pretende en el caso de ... el control del índice de referencia, sino el control de la cláusula que contiene el índice de referencia IRPH por su absoluta falta de transparencia, información o explicación facilitada por la entidad financiera al consumidor a la hora de introducirla en el contrato, razones, que unidas a la ausencia de buena fe del profesional y al importante desequilibrio contractual y perjuicio causado al consumidor, determinarían la declaración de abusividad y consiguiente nulidad de la cláusula procediendo a su expulsión del contrato, sin que quepa moderación de la cláusula con la única excepción de que el contrato no pudiera subsistir, procediendo la entidad financiera a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas en su aplicación.

El consumidor del presente caso que adquirió, el préstamo hipotecario para la compra de su vivienda habitual y afirma haber tenido que abonar más de 53.746,76€ en un préstamo de 78.131,57€ de capital prestado por haber tenido aplicado IRPH, además de otros 9.151,20€ en concepto de intereses por ,da aplicación del diferencial.

La entidad financiera demandada, en el escrito de contestación a la demanda, se opone a la demanda, solicitando su desestimación, alegando que la cláusula IRPH fue redactada de forma clara y sencilla, y se limita a establecer el precio de la operación, que en este caso aparece circunscrito a un índice de referencia más un concreto diferencial. Se alega igualmente que la cláusula permite a la actora conocer que la cuota de su hipoteca se calculará a partir de un tipo de referencia fijado y controlado por el Banco de España. Este precio no solo fue informado por la entidad financiera, sino que habría sido objeto de negociación, de modo previo a la firma del contrato ante Notario, quien le advirtió de su contenido de conformidad con el art. 193 del Reglamento Notarial. Todo ello, sin perjuicio de que, en opinión de entidad financiera demandada, la parte actora tuvo a su disposición con facilidad la información relativa al funcionamiento y modo de cálculo del IRPH (tanto en la Circular 8/1990 como en el Boletín Oficial del Estado), así como respecto de la evolución de dicho índice en el pasado.

Sin que sea este el momento procesal oportuno para valorar si la documental precontractual y contractual aportada a las actuaciones por la entidad financiera demandada (contrato, oferta vinculante, comunicación de la designación de Notaría, histórico de recibos abonados por la parte actora, revisión del tipo de interés y

recibos) se considera o no ... suficiente para acreditar los extremos invocados por la demandada, cuestión que deberá realizarse con la valoración conjunta de la prueba que se practicará a lo largo del presente procedimiento, lo cierto es que la condición de consumidor de los demandantes no es discutida por las partes, dado que el contrato se formaliza para la adquisición de su vivienda familiar, actuando de ese modo en un ámbito ajeno a su actividad empresarial, de conformidad a lo dispuesto en el art.3 TRLGDCyU.

Tampoco parece controvertido y este extremo ya ha sido resuelto de manera pacífica por la jurisprudencia tanto del TJUE, como del TS, que las cláusulas de las que se discute su nulidad en el pleito son condiciones generales de la Contratación impuestas por la entidad financiera demandada, reuniendo los requisitos de contractualidad, generalidad y preredacción.

Sobre esta cuestión la [STS 42/2022 de 27 de enero de 2022 \(RJ 2022, 553\)](#) ya señalado que: "La jurisprudencia de esta sala sobre el carácter de condición general de la contratación de una cláusula que define el interés remuneratorio en un contrato de préstamo ha sido resumida y sistematizada por la sentencia de Pleno 596/2020, de 12 de noviembre (también referida a un préstamo con interés referenciado al índice IRPH). Conforme a esta jurisprudencia, es posible que una cláusula que afecta al objeto principal del contrato se haya incluido en el clausulado general y se configure como una condición general de la contratación. También es posible que una cláusula que recae sobre el objeto principal del contrato no haya sido objeto de negociación individual.

Para que se dé el requisito de la generalidad de las condiciones generales de la contratación, las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o ir destinadas a tal fin, ya que se trata de modelos de declaraciones regociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse. Y la carga de la prueba es de que una cláusula preredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario.

[...] En este caso, en que la prestataria es consumidora, por lo que resulta de aplicación el concepto de negociación individual (en el sentido de influencia por parte del consumidor en el contenido de la cláusula) a que se refiere el [art. 3.2 de la Directiva 93/13/CEE \(LCEur 1993, 1071\)](#), de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, la entidad prestamista no ha probado esa negociación individual. Además, la escritura pública se ... redactó conforme a la minuta previamente presentada por la entidad prestamista, sin que constara negociación alguna. Como también hemos afirmado en otras ocasiones (sentencias 649/2017, de 29 de noviembre; 489/2018, de 13 de septiembre; o 422/2019, de 16 de julio), no puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre una pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación, aunque varias de ellas procedan del mismo empresario. Tampoco equivale a negociación individual la posibilidad, cuando menos teórica, de

escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios". "

En este contexto, incumbe al profesional . (en este caso entidad financiera demandada) acreditar que informó previamente al consumidor de dichas condiciones generales de la contratación y que fueron incorporadas al contrato de forma transparente.

Por ello, el debate central de esta cuestión prejudicial versará sobre la transparencia necesaria y el perjuicio causado al consumidor, pues al tener el profesional una posición y predisposición dominante en el negocio contractual, surge así un problema importante en la asimetría de la información, que de no realizarse tal necesario acto de transparencia, no solo sería una posición de abuso de la entidad financiera sino una práctica engañosa y fraudulenta por la grave omisión de una parte esencial de la información en el momento de contratación causando un grave perjuicio económico al consumidor. Y ello es así, sobre todo cuando esa omisión es contraria a la práctica del mercado habitualmente existente en el momento de la contratación y porque ha venido a causar un resultado del todo perjudicial al consumidor si lo comparamos con lo que habitualmente el mercado hipotecario venía ofreciendo a la generalidad (más del 97% de las hipotecas), EURIBOR o MIBOR.

Otro de los asuntos sobre los que se plantea cuestión prejudicial, es la cláusula abusiva detectada de oficio en el presente caso, que es la que introduce en un préstamo a interés variable una cláusula de interés fijo inicial temporal, produciendo un sobre coste al consumidor, sin que este tuviera ningún tipo de conocimiento de la existencia de esta cláusula al momento de su suscripción, no existiendo ninguna prueba documental aportada por la entidad financiera demandada donde se acredite que informó de la existencia de cualquiera de las cláusulas y en idéntico sentido a la conocida "cláusula suelo" ya resuelta por el Tribunal de Justicia en Sentencia de fecha 21 de Diciembre de 2016, pero ... aplicada exclusivamente en la fase inicial del préstamo y de forma temporal.

CUARTO

Principales cuestiones jurídicas planteadas: debate Jurídico sobre el IRPH en la jurisprudencia nacional y Comunitaria

En este Fundamento Jurídico, se realizará un sintético recorrido para determinar la evolución jurisprudencial en el TS español y en el TJUE sobre la cláusula I [RPH \(RCL 2007, 1334\)](#) , y sobre la confusión y dudas interpretativas que, en esta interpretación, a juicio de esta Juzgadora, todavía no están resueltas.

La STS Sala Primera, de 14 de diciembre de 2017 , resuelve en casación un caso que habla conocido en primera instancia el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria y en segunda instancia la AP de Álava, sección Primera, en un supuesto de una particular frente a la entidad financiera KUTXABANK S.A. (antes Caja de Ahorros de Vitoria y Álava) En primera instancia se declaró la nulidad de la cláusula Tercera Bis del préstamo hipotecario de fecha 21 de septiembre de 2006, en la que se pactó

que el tipo de interés remuneratorio del préstamo sería el resultado de añadir un margen del 0,50% al índice oficial IRPH Entidades.; el tenor literal de la cláusula era: "el tipo de interés será el resultante de adicionar el MARGEN (de 0,5%) al tipo mediante los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito definidas por la [Circular 5/94 del Banco de España de 22-7-94 \(RCL 1994, 2281\)](#), que se publica en el B.O.E. de 3-8-94". La cláusula establecía también que el tipo de interés sustitutivo era el IRPJ Cajamás un margen de 0.5 %.

La sentencia considero nula, por abusiva, la cláusula por no haber sido explicada la fórmula de cálculo del índice a los consumidores, por no haber sido explicado el comportamiento del IRPH en los últimos años en comparación con el de otros índices oficiales, ofreciendo con carácter precontractual gráficos y simulaciones de esa comparativa, y, en especial, por, no haber sido ofrecidos al cliente otros índices como el Euribor que, a juicio del juzgador, serían más favorables. La sentencia obligó a la entidad financiera a devolver las cantidades cobradas en aplicación del mismo. No se aplica como ... índice sustitutivo el EURIBOR, sino que se deja al préstamo sin intereses remuneratorios. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia desestimando el recurso de apelación que la entidad financiera había interpuesto contra la misma y KUTXABANK recurre en casación ante el TS.

Lo primero que se recurre es que el IRPH, índice de referencia del tipo de interés remuneratorio del contrato de préstamo sea calificada como Condición General de la Contratación. A juicio de la parte recurrente, el tipo de interés, junto con el importe del capital prestado y el plazo de amortización, constituyen los elementos esenciales del contrato de préstamo, siempre son negociados entre la entidad y los clientes y por eso son distintos en cada operación, por lo que no reúnen los requisitos establecidos en el [artículo 1 LCGC \(RCL 1998, 960\)](#) para su calificación como condiciones generales de la contratación.

En este punto, el TS desestima el recurso al considerar que conforme al [art. 1 LCGC Ley 7/1998](#) de 13 ddD abril de Condiciones Generales de la Contratación: "son condiciones generales de la contratación «las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

Y el [art. 3.2](#) de la [Directiva 93/13 \(LCEur 1993, 1071\)](#), que incide en que la cláusula no se haya negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.

Si bien, la referida STS de 14 de diciembre de 2017 señala, en lo referente al control de transparencia de la cláusula de interés variable que lo referencia al IRPH, que la parte predisponente (la entidad financiera en el caso de autos) no define contractualmente el índice de referencia, sino que se limita a uno de los índices

oficiales regulados mediante disposiciones legales para este tipo de contratos. Por ello, es a la Administración Pública a quien corresponde controlar que esos índices se ajusten a la normativa, lo que hace que ese control quede fuera del ámbito de conocimiento de los tribunales del orden civil.

La administración tiene mecanismos de sanción respecto de aquellas conductas de las entidades financieras que contravengan las normas sobre transparencia bancaria". En consecuencia, el índice como tal no puede ser objeto /el control de transparencia desde el punto de vista de la Directiva 93/13/CEE, sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores. El art. 4 LCGC excluye de su ámbito de aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas, al igual que hace el [art. 1.2](#) de la Directiva 93/13.

Lo que tiene como consecuencia que, en el marco de una acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación, no pueda valorarse el modo en el que se ha fijado un índice de referencia legalmente predeterminado, ni quepa analizar si ese índice puede ser manipulado por las entidades financieras, ya que en estos casos el control sobre el equilibrio entre las obligaciones y derechos de las partes viene garantizado por la intervención de la administración pública, siempre y cuando su contenido no haya sido modificado contractualmente.

Solamente puede controlarse que la condición general de la contratación por la que se incluye en un contrato con consumidores este índice esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente. Para lo cual, ha de tenerse en cuenta, que el interés remuneratorio es el precio del contrato de préstamo. En consecuencia, las cláusulas que se refieren al modo de determinación del interés remuneratorio afectan a los elementos esenciales del contrato que determinan su objeto principal.

Analizado bajo ese prisma, entiende el TS en esta resolución que, gramaticalmente, la cláusula es clara y comprensible y permite al prestatario poner, comprender y aceptar que el interés variable de su préstamo hipotecario se calcula con referencia a un tipo fijado y controlado por el Banco de España. De forma que, desde esta perspectiva, la cláusula impide el control de inclusión.

En cuanto al control de transparencia, se determinaba en las sentencias de primera y segunda instancia recurridas, que el mismo obligaba a la prestamista a: 1º explicar cómo se configuraba el tipo de referencia, cómo había evolucionado y cómo podría evolucionar en el futuro; 2º poner en relación el tipo de referencia elegido con otros tipos legalmente previstos; y 3º ofrecer al prestatario la posibilidad de ... elección entre los diversos tipos existentes en el mercado. Si bien, entiende el TS que estos requisitos no eran exigibles.

Pese a señalar que "a las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita que el consumidor pueda adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la

carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato".

Considera el TS en esta resolución que "al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial del contrato de préstamo". [...] Igualmente, no se puede obligar a una entidad financiera a utilizar u ofrecer varios de los índices oficiales, por la misma razón que no se le puede exigir que únicamente ofrezca tipos fijos o solo tipos variables. Ni era exigible a la entidad prestamista una explicación pormenorizada del modo en que se determina el índice de referencia, porque su elaboración estaba bajo la supervisión del Banco de España. Además, en este caso, la mención del índice no se hacía siquiera mediante una denominación que pudiera resultar desconocida para el consumidor, sino mediante su definición básica, que resultaba ilustrativa: «tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito».

Tampoco era exigible, en opinión del TS en esta resolución, a efectos del control de transparencia, que se ofreciera al prestatario la opción de contratar con otros índices de referencia, como el Euribor que, ex post facto, en los años posteriores a la celebración del contrato, se ha observado que ha tenido un comportamiento más económico para el consumidor. Los índices de "preferencia aplicables a los préstamos hipotecarios se supervisan por el Banco de España y se publican mensualmente en el Boletín Oficial del Estado, por lo que se trata de una información pública y accesible para cualquiera. Además, se publican de forma agrupada, por lo que es posible confrontarlos entre sí.

Dice el TS que la SAP tiene muy presente que el Euribor ha tenido un comportamiento más favorable para el consumidor que el IRPH, pero aparte de que dicha circunstancia se hace desde un sesgo retrospectivo que no puede servir de pauta para el control de transparencia, en la práctica, la Audiencia acaba haciendo un control de precios, al declarar la nulidad de una condición general de la contratación porque el precio resultante sea más o menos elevado, lo que no es admisible.

Señala igualmente el TS en esta resolución que el TJUE ha insistido en que el momento al que debe referirse el control es el de la celebración del contrato. El estándar de validez de este tipo de cláusulas referenciadas a un tipo oficial lo establecía la Disposición Adicional Primera I-2ª de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 (actual art. 85.3TRLGCU de 16 de noviembre de 2007), al exigir que: 1º se trate de un índice legal; y 2º en el contrato se describa el modo de variación del tipo. Circunstancias ambas que se dan en el caso.

Con esos datos es fácilmente comprensible el precio del préstamo, puesto que el

consumidor puede conocer de manera sencilla que tendrá que pagar el resultado de sumar el índice y el diferencial. Y aquí radica fundamentalmente la diferencia con los préstamos con cláusula suelo, en que dicha comprensibilidad quedaba oscurecida por el hecho de que el coste del préstamo no funcionaba siempre con esos dos elementos, al establecerse un tope mínimo por debajo del cual el diferencial no fluctuaba.

Lo único de lo que podría haberse informado, además de lo que se informó (que el índice era el IRPH, que ese índice se publicaba en el BOE y en que consistía), era que si el IRPH evolucionaba más desfavorablemente que el Euribor, podría ser peor para el prestatario, si pese a los distintos márgenes, el resultado era superior. Pero eso era una obviedad, porque resulta evidente que siempre que existen varios índices oficiales, los prestatarios cuyos préstamos estén referenciados al índice que en el futuro se comporte mejor (en el sentido de que baje más o suba menos) saldrán ganando, y los que lo estén al índice que evolucione peor, saldrán perdiendo. Como ocurre con los préstamos fijos: si el índice al que está referenciado el préstamo a interés variable más el diferencial baja por debajo del tipo fijo, los prestatarios que hayan optado por éste saldrán perdiendo; si ocurre lo contrario, saldrán ganando.

Si bien, en esta resolución se incluyó el voto particular que formula D. ... , y al que se adhiere el D.

Señalando el voto particular que la STS, al realizar/el control de transparencia del IRPH, no se ajusta a los criterios jurisprudenciales que el TJUE ha establecido, al considerar que la utilización de este índice de referencia oficial sea suficiente, por sí solo, para superar el control de transparencia, sin que resulte exigible al profesional predisponente ninguna otra información al respecto.

1º: a través de la indicada reconducción del objeto del control de transparencia hacia conceptos o referencias más generales o descriptivos (remuneración del interés o fluctuación del interés cuando es variable).

2º «presumiendo» la comprensibilidad del prestatario, dando por sentado que un «consumidor medio» conoce que se utilizan diferentes sistemas de cálculo de interés variable y que, por tanto, los índices de referencia no responden a una misma configuración o confección, pudiendo presentar diferencias notables.

3º «invirtiendo» o «alterando» la carga de los deberes de información, al considerar que los índices de referencia aplicables a los préstamos hipotecarios se supervisan por el Banco de España y se publican mensualmente en el Boletín Oficial del Estado, por lo que se trata de una información «pública y accesible» para cualquiera.

Cabe plantearse, por tanto, en el sentido del deber de transparencia que contempla la Directiva 93/13/CEE, si el profesional que utiliza el índice de referencia IRPH - Entidades, como índice que responde a una configuración propia y

diferenciada respecto de otros índices de referenciaUde posible utilización, algunos de ellos más usuales en elmomento de la contratación, como el índice Euribor, sólo debe establecer la mera referencia a este índice oficial en la cláusula predispuesta, o bien, de forma extensiva, estableceíctefí alcance y funcionamiento concreto del mecanismo de este índice de referencia, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicho índice sobre las obligaciones financieras que asume y, a su vez, esté en condiciones de valorar correctamente otras posibles ofertas de contratación.

Entendiendo ... que respuesta debe ser resuelta desde una valoración extensiva de los deberes de información que incumben al profesional, como tal, y que van más allá de la mera referencia de este índice oficial y concluyendo en su voto particular que deberla haberse estimado parcialmente el recurso de casación, declarando la abusividad de la cláusula y aplicando como índice de referencia al préstamo hipotecario, el Euribor (sin el diferencial del 0,5 % que se había pactado, tanto para el índice de referencia inicial como para el sustitutivo).

Ante las dudas suscitadas por la interpretación que de la Directiva Comunitaria 13/93 hace el TS en la citada Sentencia de 14 de diciembre de 2017, en relación al control de transparencia de la cláusula IRPH, por Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona, de 16 de febrero de 2018, se planeta cuestión prejudicial ante el TJUE , en un caso en que se pretende la declaración de nulidad de una cláusula de IRPH Cajas (más un diferencial de 0,25 %), frente a BANKIA. El préstamo hipotecario se celebró en fecha 19 de julio de 2001 en ese momento con CAJA MADRID.

Las cuestiones planteadas al TJUE fueron las siguientes:

PRIMERA CUESTIÓN: EL índice, IRPH Cajas: ¿debe ser objeto de tutela por el juzgador, en el sentido de examinar que sea comprensible para el consumidor, sin que sea óbice el que esté regulado por disposiciones reglamentarias o administrativas, al no ser este un supuesto previsto en el [art. 1.2](#) de la Directiva 93/13 , ya que no se trata de una disposición obligatoria sino que se incorpora tal ífferés variable y remuneratorio opcionalmente por el profesional al contrato?

SEGUNDA CUESTIÓN:

2.1 Conforme al [art. 4.2](#) de la Directiva 93/13 , no transpuesta en nuestro ordenamiento, ¿resulta contrario a la Directiva 93/13/CEE, y a su artículo 8, que un órgano jurisdiccional español invoque y aplique el artículo 4.2 de la misma cuando tal disposición no ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento por voluntad del legislador, que pretendió un nivel de protección completo respecto de todas las cláusulas que el profesional pueda insertar en un contrato Suscrito con consumidores, incluso las que afectan al objeto principal del contrato, incluso si estuvieran redactadas de manera clara y comprensible?

2.2 En todo caso, ¿es necesario transmitir información o publicidad sobre los

siguientes hechos o datos, o alguno de ellos, para la comprensión de la cláusula esencial, en concreto del IRPH? (i) Explicar cómo se configuraba el tipo de referencia, es decir, informar que este índice incluye las comisiones y demás gastos sobre el interés nominal, que se ... trata de una media simple no ponderada, que el profesional debía conocer y transmitir que debía aplicar un diferencial negativo y que los datos proporcionados no son públicos, en comparación con el otro habitual, el euribor. (ii) Explicar cómo evolucionó en el pasado y podría evolucionar en el futuro, informando y publicitando aquellas gráficas que expliquen de manera clara y comprensible al consumidor la evolución de este tipo específico en relación con el euribor, tipo habitual de los préstamos con garantía hipotecaria.

2.3 Y de concluir el TJUE que incumbe al órgano judicial remitente que examine el carácter abusivo de las cláusulas contractuales y deducir todas las consecuencias conforme a su derecho nacional, se pregunta al Tribunal, si la falta de información de todos ellos, ¿no supondría la falta de comprensión de la cláusula al no ser clara para el consumidor medio, [art. 4.2](#) de la Directiva 93/13 o que su omisión conllevaría un trato desleal por parte del profesional y, que por lo tanto, el consumidor de ser informado conveniente no hubiera aceptado referenciar su préstamo al IRPH? Hubiera sido interesante plantear la cuestión, más que desde el planteamiento de la "conducta desleal" por parte de la Entidad Financiera que siempre conlleva un elemento subjetivo, difícil de probar, desde la perspectiva del "conflicto de intereses", más objetiva, especialmente si se tiene en cuenta la capacidad que tenían las Entidades Financieras para "incidir" sobre el IRPH, según apunta la información transmitida por el Banco de España, (por no hablar abiertamente de "manipulación" de dicho índice) y por tanto cuanto más subía el IRPH mejor para el banco y peor para el cliente.

TERCERA CUESTIÓN : Si se declara la nulidad del IRPH cajas, ¿cuál de las dos consecuencias siguientes, en defecto de pacto o si este resultase más perjudicial para el consumidor, sería conforme a los [arts. 6.1](#) y [7.1](#) de la Directiva 93/13 ? 3.1 La integración del contrato, aplicando un índice sustitutorio habitual, el euribor, al tratarse de un contrato esencialmente vinculado a un interés productivo a favor de la entidad, profesional. 3.2 Dejar de aplicar el interés, con la única obligación de devolver el capital prestado en los plazos estipulados por parte del prestatario o deudor.

En el seno del Procedimiento ante el TJUE para resolver la cuestión prejudicial planteada, la Comisión Europea realizó un escrito de alegados en fecha 31 de mayo de 2018. El informe de la Comisión tiene en cuenta, para analizar los datos económicos sobre el IRPH, las respuestas a las preguntas que se realizaron, al Banco De España, por escrito, al amparo del [art. 381.1 LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) .

Considera esta Juzgadora que este trámite también resultaría esencial para resolver la presente cuestión prejudicial, especialmente tras las llamativas y contundentes conclusiones alcanzadas en el "Estudio sobre el desequilibrio

financiero en la contratación IRPH", realizado por diversos expertos en el ámbito económico, por encargo de la Dirección General de Consumo del Gobierno de las Islas Baleares, publicado el 4 de febrero de 2022. (Se acompaña como anexojunto con la presente resolución que eleva cuestión prejudicial al TJUE dicho estudio).

La STJUE de fecha 3 de marzo de 2020 (conocida como Sentencia Gómez del Moral Guasch), tras señalar en su fundamentación jurídica, como extremos que desea resaltar especialmente esta Juzgadora que: "54 También resulta pertinente para evaluar la transparencia de la cláusula controvertida la circunstancia de que, según normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal, las entidades de crédito estuvieran obligadas a informar a los consumidores de cuál había sido evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible. Tal información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés.

55 Por consiguiente, el juzgado remitente deberá comprobar si en el contexto de la celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal Bankia cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional".

Resuelve el Tribunal de Justicia (Gran Sala) que:

1) El [artículo 1, apartado 2](#), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que si está comprendida en el ámbito de aplicación de esa misma Directiva la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que estipule que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y que las entidades de crédito pueden aplicar a los préstamos hipotecarios, cuando esa normativa no establezca ni la aplicación imperativa del índice en cuestión con independencia de la elección de las partes en el contrato ni su aplicación supletoria en el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa.

2) La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 8, debe interpretarse en el sentido de que los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con independencia de la transposición del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.

3) La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de

una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.

4) Los [artículos 6, apartado 1, y 1, apartado 1](#), de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales".

De la lectura de la resolución C-125/18 del TJUE parece que puede deducirse lo siguiente:

a) La protección al consumidor de la Directiva 93/13/CE es aplicable al caso del IRPH, al no ser el único índice existente, y ser escogido libremente entre los índices existentes para ser aplicado en el contrato.

b) La protección al consumidor de la Directiva 93/13 es aplicable en el caso del IRPH aunque pueda ser considerada parte del objeto principal del contrato.

c) La cláusula IRPH es abusiva si no permite al consumidor comprender el cálculo del índice para valorar sus consecuencias económicas.

d) La cláusula IRPH es abusiva si el método de «fórmula» no resulta fácilmente entendible a cualquier consentidor.

e) La entidad financiera está obligada a [suministrar información previa relativa a las condiciones, así como la relativa al cálculo y a su evolución pasada:

f) El juez nacional puede sustituir el índice IRPH por otro oficial existente, como el más utilizado en el momento de la firma del contrato de préstamo, como lo era el Euribor.

No obstante, el Tribunal Supremo en sentencia de 12 de Noviembre de 2020 ,

interpreta de manera distinta la STJUE C125/18 llegando a la conclusión de que la cláusula IRPH no es transparente pero tampoco puede considerarse abusiva porque no se aprecia mala fe de la entidad financiera ni desequilibrio importante al consumidor, al entender que no podía preverse al tiempo del firma del contrato de préstamo la evolución del IRPH futuro.

Por otra parte, deben tenerse también en cuenta la Resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Cuestión Prejudicial 655/20, Auto de 17 de Noviembre de 2021 que señala en su apartado dispositivo:

"1) El [artículo 5](#) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, deben interpretarse en el sentido de que permiten al profesional no incluir en tal contrato la definición completa del índice de referencia que sirve para calcular un tipo de interés variable o no entreoaral consumidor, antes de la celebración de ese contrato, un folleto informativo que recoja la evolución anterior de ese índice , por la razón de que la información relativa almencionado índice es objeto de publicación oficial, siempreque, habida cuenta de los datos públicamente disponibles y accesibles y de la información facilitada , en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estuviera en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras"

"2) Los artículos 3, apartado j, 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, cuando un órgano jurisdiccional nacional considera que una cláusula contractual que tiene por objeto la fijacion del modo de cálculo de un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario no está redactada de manera clara y comprensible , en el sentido del artículo 4, apartado 2, o del artículo 5 de dicha Directiva, le incumbe examinar si esa cláusula es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Dirpbtiva".

"3) El [artículo 6, apartado 1](#) , de la Directiva 93/13 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 de un 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 suconjunto, cuando este no pueda subsistir sin esa cláusula"

"4) Los [artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1](#) , de la Directiva 93/13, a la luz del artículo 1, apartado 2, de esta Directiva, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula abusiva crue fije un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional sustituya , siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 67 de

la [sentencia de 3 de marzo de 2020, ... \(C-125/18 \(TJCE 2020, 3\)](#) , EU:C:2020:138), dicho índice por un Índice legal, aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, cuando ambos índices se determinan por un método de cálculo de un nivel de complejidad equivalente y el Derecho nacional contempla esta sustitución en los supuestos pacíficos en los que se pretende el mantenimiento del equilibrio de las prestaciones entre las partes, a condición de que el índice sustitutivo refleje efectivamente una disposición supletoria de Derecho nacional.

"5) El [artículo 6, apartado 1](#) , de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación en la que un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto deja al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, el juez nacional puede subsanar la nulidad de dicha cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional, debiendo producirse la aplicación del tipo resultante del índice sustitutivo desde la fecha de la celebración del contrato."

De la lectura de la resolución C655/20 del TJUE parece que puede extraerse lo siguiente:

a) En ningún caso el TJUE exonera al profesional de suministrar información al consumidor con carácter previo a la firma del contrato.

b) El TJUE elijplna el requisito de sunyjjnistrar la evolución pasada del índice tal y como htótbia exigido en la Resolución C125/18, y la definición completa del índice pero en ningún caso exonera aprofesional de suministrar informaciónalconsumidqt. De hecho, el Tribunal utiliza expresiones como "información J suministrada".

c) El TJUE vuelve a indicar que nada impide que el IRPH sea sustituido por otro índice oficial como elíndice más habitual existente en el momento de la firma del contrato de préstamo. Tampoco elimina la posibilidad de que el contrato permanezca existiendo sin la cláusula IRPH al existir remuneración.

d) Y añade que la sustitución del índice sólo y únicamente está previsto cuando el contrato no pueda subsistint.

Asimismo, la Resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea - Cuestión Prejudicial 79/21, de 17 de Noviembre de 2021, señala en su apartado dispositivo:

"1) El [artículo 5](#) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, en el marco de un préstamo hipotecario, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa y a una jurisprudencia nacionales que dispensan al profesional de proporcionar al consumidor, en el momento de la celebración de un contrato de préstamo hipotecario, la información relativa a la evolución en el pasado del índice de referencia , al menos durante los dos últimos años, en comparación con, al menos, otro índice distinto como el índice euríbor, siempre que esa ifyrmativa y esa

jurisprudencia permitan al juez comprobar no obstante que, habida cuenta de los datos públicamente disponibles y accesibles y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio / normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estuvo 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.

2) El [artículo 3, apartado 1](#), de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa y a una jurisprudencia nacionales que consideran que la falta de buena fe del profesional es un requisito previo necesario para llevar a cabo cualquier control del contenido de una cláusula no transparente de un contrato celebrado con un consumidor. Corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si, habida cuenta de todas las circunstancias pertinentes del litigio principal, debe considerarse que el profesional actuó de buena fe al elegir un índice previsto por la ley, y si la cláusula que incorpora tal índice puede causar en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

3) Los [artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1](#), de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional sustituya ese índice por un índice legal, aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, cuando esos dos índices producen los mismos efectos, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 67 de la sentencia de 3 de marzo de 2020, ... (C-125/18, EU:C:2020:138)"

De la lectura de la resolución C79/21 del TJUE puede extraerse lo siguiente:

1º: En ningún caso el TJUE exonera al profesional de suministrar información al consumidor con carácter previo a la firma del contrato.

2º: El TJUE elimina el requisito de suministrar la evolución pasada del índice tal y como había exigido en la Resolución C125/18, y la definición completa del índice pero en ningún caso exonera al profesional de suministrar información al consumidor. De hecho, el Tribunal utiliza expresiones como "información suministrada".

3º: Corrige al Tribunal Supremo en el sentido de indicar que la falta de buena fe no impide el control de contenido de la cláusula cuando ésta produzca un desequilibrio en perjuicio del consumidor.

4º: El TJUE prevé la posibilidad de que la cláusula IRPH pueda ser declarada nula, y además exista la posibilidad de ser sustituida, únicamente cuando el contrato no pueda subsistir.

Finalmente, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de Enero de 2022, en la que interpreta la Resolución C79/21 y C655/20 , llega a la conclusión de que la evolución del índice IRPH es imprevisible y no puede considerarse más o menos perjudicial para el consumidor. Considerando que la imposición sin transparencia ni negociación individual de cláusula IRPH no es contraria a la buena fe ni causa perjuicio al consumidor, porque la mera publicación del índice en el BOE salvaría las exigencias de transparencia en cuanto a la composición y el cálculo del IRPH.

Añade que no es obligatorio para el profesional informar al consumidor de la evolución pasada del índice como ha indicado el TJUE, dejando a entender que se debe extender a cualquier tipo de información previa.

El Tribunal Supremo llega a indicar que la ausencia de información no es transparente pero tampoco es abusiva si no ha causado un desequilibrio en perjuicio del consumidor, no pudiéndose determinar dicho desequilibrio porque no puede preverse si la evolución futura del índice IRPH sería más o menos favorable al consumidor, obviando, en opinión de esta Juzgadora que la clave no es esta, sino si el profesional informó minimamente de qué índice iba a aplicarse. Concretado al caso de ... , tiene en este momento procesal esta juzgadora, analizando la documentación aportada por las partes a las presentes actuaciones, muy serias dudas de que el matrimonio actor tuviera conocimiento en el momento en que celebró el contrato, que estaba referenciando su préstamo a algo que en realidad no es un índice, sino una tasa efectiva, que se denominaba IRPH, que no era el habitual en que se suscribían en esa época la inmensa mayoría de los préstamos hipotecarios y que era NECESARIAMENTE Y POR SU PROPIA DEFINICIÓN, más caro que cualquiera de ellos.

Y acaba por determinar, la STS de 27 de enero de 2022 que no ha existido mala fe del profesional por no informar al consumidor por entender que es uno de los índices legales oficiales existentes, y que el profesional no tiene obligación de asesorar al cliente sobre el mejor de los préstamos, dejando entender que aunque el profesional no informara ya aunque la cláusula no es transparente, no puede llegar a ser abusiva porque el cliente lo firmó, o porque de forma masiva miles de consumidores lo firmaran.

Refiere literalmente esta resolución que: "4. Como advirtieron las SSTJUE de 26 de enero de 2011, C-421/14, Banco Primus, y de 3 de octubre de 2019, C-621/17, Gypla Kiss, a efectos del juicio de abusividad, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando exista un acuerdo de las partes en ese sentido, para analizar si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Y respecto a en qué circunstancias se causa ese desequilibrio «contrariamente a las exigencias de la buena fe», habrá que comprobar 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. Las sentencias de esta ... sala antes indicadas, al realizar ese juicio de abusividad de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, consideraron que el ofrecimiento por la entidad prestamista de un índice oficial, aprobado por la autoridad bancaria, no puede vulnerar por sí mismo la buena fe. Además, el Gobierno central y varios Gobiernos autonómicos han venido considerando, a través de normas reglamentarias, que el índice IRPH era el más adecuado para utilizarlo como índice de referencia en el ámbito de la financiación de viviendas de protección oficial, por lo que resulta ilógico considerar como actuación contraria a la buena fe la incorporación de ese mismo índice a préstamos concertados fuera de ese ámbito de financiación oficial.

5. Para apreciar si hay desequilibrio no basta con comparar el IRPH con otro índice de referencia (básicamente, el Euribor), porque para el cálculo del IRPH se toman en consideración no solo los préstamos con Euribor, sino también los préstamos referenciados a otros tipos variables y los préstamos a interés fijo, así como los diferenciales. De forma que el tipo nominal resultante de la aplicación del índice más el margen o diferencial puede ser superior, inferior o igual, en el momento de la contratación, utilizando el IRPH con un diferencial menor que utilizando el Euribor con un diferencial mayor. El diferencial aplicado en uno u otro caso junto con el índice, a cada operación concreta, vendrá determinado por la valoración del riesgo y demás características de la operación (solventía del deudor, calidad de las garantías concurrentes - fiadores-, plazo y cuantía del préstamo, contratación de otros productos o servicios, etc).

Desde el punto de vista del desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes y que debe ser valorado en el momento de suscripción del contrato ([art. 4.1](#) de la Directiva 93/13 y STJUE de 9 de julio de 2020, Ibercaja Banco, C-452/18, apartado 48, a la que se remiten los AATJUE de 17 de noviembre de 2021), la evolución más o menos favorable del índice durante la vida del préstamo no puede ser determinante. Que en su desenvolvimiento posterior el préstamo resulte caro que otros, no supone desequilibrio causante de abusividad, puesto que el control de contenido no puede derivar en un control de precios y el TJUE ha descartado que las entidades bancarias tuvieran obligación de facilitar información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura o de asesorar a sus clientes sobre el mejor préstamo posible.

6. Por último, las indicadas sentencias de pleno, en sintonía con la sentencia 585/2020, de 6 de noviembre, consideraron que no se ha justificado que el índice IRPH, que está fiscalizado en todo caso por la administración pública, sea más fácilmente manipulable que el resto de los índices oficiales.

7. Lo que puede determinar la abusividad de la cláusula es la concurrencia de los dos parámetros a los que se refieren la Directiva y la legislación de consumidores, a los que antes hemos hecho mención: el desequilibrio importante y la mala fe. Ninguno de ellos concurre en presente caso, por las razones que hemos expuesto".

A ello es necesario añadir el mensaje lanzado por Tribunal Supremo en una reciente Nota de Prensa, en la que informa a los consumidores con asuntos judiciales IRPH encurso a que si desisten de los mismos, no les impondrá la condena en costas. (Nota de prensa publicada el 25 de Febrero de 2022 en la página web del Poder Judicial poderjudicial.es referencia Auto 15-02-2022 - Recurso CAS 1070/2021, remitida a los medios de comunicación) . Tiene esta Juzgadora serias dudas de que esta información vaya en la línea del efecto disuasorio proclamado en el [art. 7](#) de la Directiva 93/13/CEE, o tan Siquiera suponga una correcta interpretación del [art. 394.1](#) in fine de la LEC en su supuesto en el que concurren tantas dudas de hecho y de derecho que han dado lugar a múltiples resoluciones contradictorias en el Derecho nacional y al planteamiento de diversas cuestiones prejudiciales y aclaraciones al TJUE, en un asunto, que en opinión de esta Juzgadora, al formular esta cuestión prejudicial, todavía no está claramente resuelto.

QUINTO

Conocimientos económicos básicos sobre el IRPH necesarios para entender su abusividad, la asimetría de la información, el desequilibrio contractual, y la necesaria protección a los consumidores

Tras el análisis cronológico y resumido de las resoluciones recalas en la materia, cabe resaltar que, talvez, los razonables argumentos esgrimidos por nuestro Alto Tribunal Nacional, en las citadas resoluciones, al resolver sobre la cláusula I [RPH \(RCL 2007, 1334\)](#) , sólidamente fundamentados sobre bases jurídicas y precedentes jurisprudenciales por quienes, sin duda, tiene superiores conocimientos y experiencia a los de esta pagadora de Instancia, no hayan tenido en cuenta algunas taremisas económicas y otras referentes a la regulación sectorial del IRPH, así como a la información que hubiera sido indispensable facilitar al consumidor antes de contratar, teniendo en cuenta tanto dichos factores económicos como la ... regulación sectorial del IRPH, que son fundamentales y esenciales para comprender las razones por las que las razones esgrimidas para juzgar la suficiencia de la información suministrada, la buena fe del profesional y el desequilibrio entre las prestaciones, pudieran no ser acordes con la interpretación de la normativa europea, en el caso concreto de los préstamos hipotecarios referenciados al IRPH.

Tal vez entender algunos de estos conceptos económicos y una interpretación teleológica de la normativa sectorial bancaria regulatoria del IRPH, permitan, sin necesidad de tachar a miles de prestatarios en nuestro país como personas con un nivel inferior al "consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz" , según el reiteradísimo y habitual parámetro de diligencia media realizado por las resoluciones del TJUE, partir de unas premisas distintas a las tenidas en cuenta hasta ahora por las resoluciones examinadas.

Considera esta Juzgadora necesario volver a reiterar que se trata, en la inmensa mayoría de los casos de afectados, de familias de clase media, que se embarcaron

en el negocio jurídico de mayor trascendencia económica en sus vidas, cual es la adquisición de la vivienda familiar.

La detección de esta grave situación llevada a cabo por miles de consumidores afectados no puede llevar a las instituciones europeas a mirar hacia otro lado, pues de ese modo estaríamos renunciando a los estándares de protección que tanto tiempo nos ha llevado conquistar en Europa.

Le resulta preocupante a esta Juzgadora, que desde ámbitos económicos expertos, se considere que el asunto del IRPH en España constituya un "supuesto de libro" de un caso de abuso de la asimetría, de la información. Este tipo de casos que son perseguidos en el resto de países europeos y en Estados Unidos, no parecen calar en nuestro país, pues como se puede comprobar fácilmente, la parte que tiene peor información (consumidor) sale perjudicada a diferencia de las entidades financieras, que al poseer toda la información precisa, han sabido realizar un negocio extra, al conseguir una remuneración notablemente superior a los préstamos referenciados al índice de referencia normalmente utilizado con consumidores en préstamos hipotecarios para adquisiciones de viviendas familiares, es decir el MIBOR o el EURIBOR (según épocas), o incluso a cualquier otro índice que no sea IRPH.

No obstante, como hemos podido analizar, la tesis del Tribunal Supremo viene a decirnos, que efectivamente el contrato no es transparente pero no es abusivo y que la responsabilidad no es de la entidad financiera, de cuya buena fe no puede dudarse al haber utilizado un índice oficial publicado, sino del propio consumidor porque si hubiera investigado previamente hubiera descubierto el coste real del préstamo y de ese modo no lo hubiera contratado. Pero olvida nuestro Alto Tribunal lo más importante, que es que para investigar, al menos necesitaba el consumidor saber qué tenía que investigar y que, "como mínimo, debía saber que iba aplicarse el IRPH y no otro índice de los disponibles.

En este sentido, hemos de preguntarnos, ¿cómo debía o podía investigar el consumidor?

Es aquí donde nos debemos remitir a los detallados datos y clarísimas conclusiones que nos ofrece el reciente "Estudio sobre el Desequilibrio Financiero en la Contratación IRPH" publicado por la Dirección General Consumo de la Conselleria de Salud y Consumo del Gobierno de las Islas Baleares, publicado el 4 de Febrero de 2022, y elaborado por Don ... autor emisor de diferentes estudios e informes técnico-jurídico con relación en el IRPH para el Sindic de Greuges de Cataluña, quien ha comparecido ante el Parlamento de Cataluña y Balear para explicar la problemática del IRPH, contando, entre otros méritos con la experiencia profesional de haber sido consultor técnico en el Congreso de los Diputados para la realización de proyectos de ley relacionados con créditos. Estudio también elaborado con la colaboración de Don ... y Don ... del Departamento de Economía de la Universidad de Barcelona.

Según refiere este informe técnico sobre el equilibrio financiera en la contratación IRPH, el primero de los problemas detectados al es que las ofertas de los bancos se venían haciendo por las entidades financieras únicamente en comparación respecto a los diferenciales a aplicar, provocando una confusión con evidente mala fe, para manipular la voluntad del consumidor, centrándose en la comparación de diferenciales que deben sumarse al índice de referencia, a escoger entre las diferentes ofertas de préstamo que puede encontrar en el mercado (1%, 0,5%, 0,25%, etc.), y todo ello sin informar de modo alguno de lo verdaderamente diferenciador: el índice de referencia a aplicar de todos los disponibles.

Como ahora es sabido, el préstamo referenciado al IRPH, no es lo mismo que el referenciado al Euribor, ya que el y primero de ellos es una tasa efectiva donde por su método de cálculo se incluyen más conceptos que elevan el índice, y en cambio el Euribor es un interés nominal, por lo que siempre el IRPH será siempre mayor al Euribor , por la tan sencilla explicación de que no se incluyen en su cálculo estos conceptos.

Así, las entidades financieras, centrando el debate en los diferenciales a sumar al índice, hacen entender el IRPH como un interés nominal, es decir como cualquier otro índice de los disponibles. Ningún consumidor que no sea experto en aspectos financieros alcanzaría a detectar tal sustancial diferencia a raíz de la estrategia tan bien orquestada por la entidad financiera para confundir, omitir y perder cualquier mínima labor investigadora del consumidor que mínimamente hubiera podido conocer que iba aplicarse el IRPH. El informe explica detalladamente las causas:

En primer lugar, debe acudirse a la redacción que existe en el propio contrato cuando se estipula el IRPH. Esta redacción puede fácilmente calificarse de incomprensible, pues por un lado, de una simple lectura, se deduce que se está reverenciando a un tipo nominal cuando en realidad se está referenciando a una tasa efectiva, eliminado subrepticamente en su definición contractual, como puede observarse, lo más importante, que es la coetilla en la que sí consta en su definición oficial normativa, que es la que indica que las medias del IRPH se el aboran con tipos efectivos y no nominales.

Por otro lado, otro de los motivos que llevan a una confusión clara del consumidor, es que al IRPH se le añade un diferencial positivo al igual que los préstamos reverenciados a Euribor, cuando al ser una tasa efectiva ésta ya incluye los diferenciales y las comisiones medias, por lo que y como establece el Banco de España el IRPH debe llevar? aparejado obligatoriamente un diferencial negativo que contrarreste para poder ser utilizado como índice nominal.

Esta confusión no es causal, siendo difícil no presumir mala fe de la entidad financiera que conlleva aparejada esa confusión al consumidor.

Para más concreción debemos acudir a la definición del IRPH existente en la escritura de préstamo objeto de la presente litis para detectar claramente la confusión, pues la definición oficial del IRPH se encuentra en la [Circular 5/1994 del](#)

[Banco de España \(RCL 1994, 2281\)](#) , donde la entidad financiera omite un párrafo de vital importancia al trasladar dicha definición literal a la escritura de préstamo, como veremos.

Así, la definición oficial del IRPH Cajas de la [Circular 5/1994](#) del Banco de España (BOE 03-08-1994), es la siguiente:

"Se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para la adquisición de vivienda libre que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes al que se refiere el índice por el conjunto de cajas de ahorro. Dichos tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para estos plazos".

Y si atendemos a cómo la entidad financiera ha trasladado dicha definición, podemos observar como, se omite justo esa vital información que esta Juzgadora ha subrayado.

"B) ÍNDICE DE REFERENCIA ADOPTADO

"Es el "Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de las cajas de ahorro" que se publica por el Banco de España con periodicidad mensual, en el Boletín Oficial del Estado.

Este índice se define por el [Anexo VIII, apartado 2](#) de la [Circular 8/90 del Banco de España \(RCL 1990, 1944\)](#) , como la media simple de los tipos de interés medios ponderados de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria, a plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas por el conjunto de Cajas de Ahorro en el mes a que se refiere el índice, declarados al Banco de España de acuerdo con la norma segunda de la expresada circular. El referido índice se tomará directamente, es decir, como si estuviera expresado en términos de interés nominal anual ".

Como puede comprobarse fácilmente, la definición que consta en la escritura omite intencionada la frase de la definición oficial en la que menciona la diferencia clave entre el IRPH y cualquier otro índice, que es la que indica que dichos tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España, una pista que podría hacer descubrir al consumidor que el interés del préstamo que estaba contratando siempre sería más elevado que el referenciado a cualquier otro índice que sí fuera nominal, como el Euribor.

Continuando con la Circular 5/1994 del Banco de España, además de definir los índices IRPH, contiene una advertencia para el prestatario y una obligación para las entidades financieras, que es la que indica que para igualar la TAE de esta última con la del mercado sería necesario aplicar un diferencial negativo.

En efecto, la Circular 5/1994 del Banco de España señala que "Los tipos medios escogidos son, en último análisis, tasas anuales equivalentes. Los tipos medios de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda libre de los bancos y del

cofijunto de entidades, lo son de forma rigurosa, pues incorporan además el efecto de las comisiones. Por tanto, su simple utilización directa como tipos contractuales implicaría situar la TAE de la operación por encima del tipo practicado por el mercado. Para igualar la TAE de esta última con la del mercado sería necesario aplicar un diferencial negativo, cuyo valor variaría según las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas ."

Esta hubiera sido también una información clave para el consumidor, pues hubiera podido detectar en sus condiciones que a pesar de lo expuesto en la Circular, en su préstamo se iba aplicar un diferencial positivo como en un préstamo habitual referenciado a Euribor.

La resulta especialmente llamativo a esta Juzgadora y no puede dejar de resaltarle que el contrato de préstamo de litis remite a la definición del índice del IPPH, no a definición actualizada del IRPH, es decir, a la mencionada Circular 5/1994 del Banco de España, donde constan una completa definición con la advertencia de los diferenciales negativos, sino que la propia escritura lo remite a una publicación obsoleta Circular 8/90 del Banco de España, donde no aparece la obligación del diferencial negativo .

Así consta en la escritura de préstamo hipotecario:

"B) ÍNDICE DE REFERENCIA ADOPTADO

"Es el "Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de las cajas de ahorro" que se publica por el Banco de España con periodicidad mensual, en el Boletín oficial del estado.

Este índice se define por el Anexo VIII, apartado 2 de la Circular 8/90 del Banco de España , como la media simple de los tipos de interés medios ponderados de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria, a plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas por el conjunto de Cajas de Ahorro en el mes a que se refiere el índice, declarados al Banco de España de acuerdo con la norma segunda de la expresada circular. El referido índice se tomará directamente, es decir, como si estuviera expresado en términos de interés nominal anual".

Llegados a este punto cabe preguntarse si realmente con la información reflejada en el contrato y la confusión generada con referencia a una regulación sectorial obsoleta que omite la información esencial recogida en la regulación posterior de que el índice debería llevar un diferencial negativo, resultaría sencilla una labor investigadora del IRPH para aquellos consumidores que incluso -lo que no parece suceder en el caso de - pudieran haber sabido, de algún modo, que su hipoteca iba a ser referenciada al IRPH y no a otro índice de referencia.

Considera el estudio técnico relativo al Desequilibrio Financiero en la Contratación IRPH, que, no tenemos que olvidar las expresiones gramaticales utilizadas en su propia definición son notablemente incomprensibles, pero tampoco obviar que la

media de tipos de una tasa efectiva es una estructura de media móvil que lógicamente al incorporar resultados de operaciones conlleva necesariamente un retraso en la cifra a modo de delay financiero que también permitiría al consumidor perderse un poco más si cabe en su ardua labor investigadora.

Y por otro lado, no menos importante es que en dicha media se incluyen los márgenes y costes de financiación de las propias entidades, por lo que de forma categórica puede afirmarse que nunca podrá ser el IRPH inferior al Euribor o a cualquier otro índice disponible diferente al IRPH, evidencia que respalda toda la argumental del Tribunal Supremo que defiende que "no ha existido perjuicio porque no podía conocerse cuál iba a ser la evolución del IRPH en el momento de la contratación", pero omitiendo que las entidades financieras si conocían de antemano que siempre y ante cualquier escenario el IRPH iba a ser superior a cualquier otro índice.

Con esta sencilla explicación, incluida en el informe técnico/económico de reiterada referencia, puede saberse porqué el IRPH siempre fue, es y será más elevado que el Euribor tal y como puede observarse en el siguiente gráfico evolutivo:

imagen 1

Por otro lado, y con remisión nuevamente al Estudio sobre el IRPH publicado el 4 de Febrero de 2022, no se pueden dejar de resaltar otros factores que también invocan al abuso por la aplicación del IRPH por las entidades financieras, en sus desarrollos relativos a la "cláusula freno" y la inclusión del "riesgo ajeno" en lo referido a la evolución tardía del IRPH en comparación con el Euribor, así como la inclusión al alza de los diferenciales que evaluaban el riesgo de otras operaciones no relacionadas con el prestatario.

Este estudio manifiesta con total rotundidad que "los préstamos IRPH pueden catalogarse de engaño financiero, pues las entidades emitían publicidad totalmente contraria a lo que suponían estos índices de referencia, los que lo contrario realizaban raramente sabían lo que hacían y, finalmente, que lo contrataban no sabían qué firmaban. Si los jueces no entienden en qué consiste el engaño, ya no tendremos un simple engaño financiero, tendremos el engaño financiero perfecto. Hace falta, por tanto, suministrar información financiera (de uso por parte de los juristas y la Administración) para que se resuelva con conocimiento de causa en los conflictos relacionados con los préstamos IRPH".

Se anticipa por su autores que el informe no es jurídico sino financiero. Ahora bien, se destaca también que " es una herramienta para juristas, a fin de que dispongan de información fundamental que puede ser puesta en juego en los litigios sobre contratación IRPH. Y, en segundo lugar, es una herramienta para la Administración, para que tome las medidas necesarias en los ámbitos que a ella competen relativos a la protección de consumidores".

Desarrolla el informe, en términos bastante asequibles para los no expertos en economía, a juicio de esta Juzgadora, que el contrato IRPH es un ejemplo típico de

información asimétrica, que cumpliría a rajatabla los elementos que expone Akerlof (el que tiene más información la aprovecha para sacar más beneficio de quien no la tiene; en presencia de información asimétrica, los mercados no funcionan bien; se asignan mal los recursos, proporcionan sobre beneficios a los que tienen mejor información y dan lugar a sobreprecios) .

En el caso español, continúa refiriendo el informe, "la defensa jurídica del IRPH se ha basado en que Boletín Oficial del Estado contiene la información necesaria para que el consumidor medio entienda qué está contratando. Nitidamente, nos encontramos ante un argumento extra financiero. Es como decir que el contrato está mal, pero si el prestatario se hubiera ocupado de investigar, lo hubiera descubierto".

Ahora bien, este argumento, en opinión de los expertos autores del informe, no sería cierto, señalando que: "de nada le va a servir a un consumidor medio acudir al BOE porque, de su lectura, no puede detectar la condición fundamental en la que se basa el desequilibrio: el hacer pasar una tasa efectiva por un tipo nominal".

"Para lectores sin conocimientos financieros debemos señalar que las «tasas efectivas» (o tipos anuales equivalentes) son datos con valores más elevados que los tipos nominales (o tipos simples). Es decir, en cualquier contrato hipotecario podrá comprobar como el interés inicial es, por ejemplo, del 5 %; luego, más abajo, observará que su TAE (tasa efectiva) es del 5,68 %.

Por tanto, es fraudulento que un contrato indique que se tomará como referencia la media de los tipos nominales de las entidades, pero, a la hora de la verdad, se tomen las tasas efectivas (más altas que los anteriores).

Resumiendo lo expuesto, el engaño de los préstamos IRPH se basa en los siguientes aspectos:

- la redacción incomprensible
- el argumento extrafinanciero
- el índice como cláusula freno
- la afectación del riesgo ajeno

Al estudiar los contratos IRPH de diferentes entidades, se observa que tienen algo en común: hacen pasar una tasa efectiva por un tipo nominal. Y esto lo hacen cometiendo, como mínimo, alguna de las siguientes irregularidades:

a) Dan a entender que se referencia el interés a un tipo nominal (como el euríbor) cuando en realidad se referencia a una tasa efectiva.

b) Para que el prestatario no sospeche que se trata de una tasa efectiva media, se suprime de la definición del IRPH la parte más importante: la que señala que las medias se elaboran con tipos efectivos. Es decir, la escritura reproduce una definición que no es la del BOE.

c) Otra manera de hacer que el prestatario no sospeche es, simplemente, incluir una definición tan críptica o confusa que en algunos casos llega a ser incorrecta.

d) Aun cuando se diga que se trata de medias de tasas efectivas, se añade un diferencial positivo como si se tratara de un tipo ordinario nominal.

e) En ningún momento se advierte de que el índice ya incorpora todos los costes del préstamo (un diferencial medio y unas comisiones medias).

f) Una vez aplicados diferenciales nudos o positivos, se omite la advertencia del Banco de España que indica que los préstamos IRPH deben llevar diferencial negativo.

En definitiva, la «trampa» se basa en dos aspectos:

a) Utilización de un índice por otro: TAE (IRPH) por TIN, con ocultación de su composición.

b) Ocultación de dicha utilización mediante redactado jurídicamente alambicado y con información parcial.

Cabe señalar que la circular 5/1994 del Banco de España, además de definir los índices IRPH, contiene una advertencia para el prestatario, que se deriva de calcular el IRPH con tasas efectivas:

Los tipos medios escogidos son, en último análisis, tasas anuales equivalentes.

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

Esta advertencia es fundamental. No hemos encontrado ningún contrato IRPH que la reproduzca. Cabe señalar que los contratos hipotecarios suelen tener un apartado final de «advertencias», donde el notario avisa a los prestatarios de diversos aspectos financieros para que sepan qué están contratando. Pues bien, la advertencia más importante es la que no está en los contratos.

Por añadidura, por si no fuera poco no incluir la advertencia del Banco de España, encontramos en el contrato otra prueba de mala fe financiera, pues, por lo general, la escritura no remite al último BOE (normalmente, Circular 5/1994), sino a un BOE obsoleto (normalmente, Circular 8/90), donde no consta dicha advertencia. Es decir, el prestatario puede descubrir la advertencia sobre el diferencial negativo por que se le indica que consulte un BOE donde dicha advertencia no aparece.

Al respecto de dichas expresiones, ¿puede desentrañar su significado un consumidor medio y, por tanto, descubrir que le están engañando? No puede,

porque, justamente, el párrafo del BOE utiliza vocabulario financiero avanzado.

Para que un consumidor medio lo comprenda, debe entender, como mínimo, los siguientes conceptos:

- a) «último análisis»
- b) «tasa anual equivalente»
- c) tipos de «forma rigurosa»
- d) «efecto de las comisiones»"

El estudio también realiza interesantes conclusiones sobre el IRPH como cláusula freno señalando que:

"El IRPH, debido a la capacidad de subir diferenciales de las entidades y la posibilidad de contemplar escenarios económicos fruto de dicha subida, actúa como «cláusula freno» para evitar que los bancos ingresen menos dinero en tiempos de bajadas de tipos.

Esto es un hecho estadístico constatado a partir de diciembre de 1992, mediante observación de los ciclos de bajada, confirmado por el director general de una de las cajas de ahorros.

Y sobre afectación del riesgo ajeno, considerando que el IRPH, debido a la capacidad de subir diferenciales de las entidades y la posibilidad de contemplar escenarios económicos fruto de dicha subida, actúa como ... «cláusula freno» para evitar que los bancos ingresen menos dinero en tiempos de bajadas de tipos.

Conclusiones sobre el engaño sistémico

Los hechos financieros que hemos expuesto se resumen en los siguientes puntos:

a) Las entidades financieras trabajan con las series temporales; pero los clientes, no. Por tanto, cuando un préstamo se comercializa referenciado al IRPH es un hecho que el banco sabe qué vende, pero el cliente no sabe qué compra.

b) Para ser más concretos, el cliente no sabe habitualmente que el índice que contrata, cuando los demás índices bajan, se mantendrá o bajará muy poco y muy lentamente, de manera que protegerá al banco ante los bajos tipos de interés. Y esta protección de los intereses del banco se hará a costa de que el cliente pague más que el resto (clientes MIBOR o euríbor).

c) Para valorar la mala fe, hay que considerar que, a la vista de los datos, a la banca no le interesa tanto ganar mucho con las Jijptecas IRPH cuando los tipos son altos. Su interés principal es evitar que se pague poco cuando los tipos sean bajos.

d) La banca usa, por tanto, a los clientes IRPH como, un nicho seguro de liquidez, puesto que pagarán cuotas elevadas cuando las cuotas, en general y en su inmensa

mayoría, sean bajas".

Elementos que desembocan, a juicio de los autores del informe en: " un «precio final del dinero», que es, obligatorio por normativa incluir en las escrituras mediante el indicador que se llama TAE (tasa anual equivalente o efectiva).

El procedimiento básico, grosso modo, para establecer lo que pagamos en un préstamo hipotecario se realiza en tres etapas:

- a) Se establece un tipo contractual (normalmente, un índice de referencia).
- b) Se establece un diferencial que se suma al anterior, con esto se obtiene el tipo del préstamo, que es el TIN (tipo de interés nominal).
- c) Se suman las comisiones y gastos y se obtiene un tipo final.

El TIN (tipo de interés nominal), llamado por abuso de lenguaje «tipo del préstamo», es el porcentaje con el cual cada mes obtenemos los intereses generados por, el capital pendiente.

La TAE (tasa anual efectiva o equivalente) es el porcentaje real que le cuesta al cliente dicho préstamo, ya que paga diversos gastos y, por tanto, está pagando un interés superior por su dinero.

Consecuencias:

- a) La TAE es siempre mayor que el TIN.
- b) La media de las TAE de unos préstamos será siempre más alta que la media de los TIN de los mismos.
- c) El IRPH, por ser media de TAE, siempre será más alto que las medias de tipos TIN". (El subrayado, la negrita y el aumento de tamaño de la letra es de esta juzgadora).

Para finalizar, debemos considerar que el perjuicio causado al consumidor no es baladí, dado que tal y como recoge el estudio, el desequilibrio es tan grave que causa un grave perjuicio económico a lo largo de la vida del préstamo por lo ... que el desequilibrio es calculable al céntimo siendo perfectamente acreditado.

En el caso particular seguido en la instancia, seguí los cálculos realizados por la parte actora, la entidad financiera demandada, CAIXABANK habría cobrado hasta la fecha (20 años) por un préstamo de 78.131,57€ de capital referenciado al índice IRPH una cuantía de 53.746,76 más otros 9.151,20€ del diferencial aplicado (0,50%). Dicho en otras palabras, si no hubiera tenido la cláusula IRPH hubiera pagado únicamente 9.151,20€, y si hubiera tenido aplicado EURIBOR o MIBOR en vez de IRPH hubiera pagado 21.820,86€ menos si lo comparamos con la aplicación realizada del IRPH en su préstamo.

SEXTO

Dudas interpretativas que surgen al aplicar la jurisprudencia del TJUE al IRPH en el caso que nos ocupa. aplicando además la normativa nacional sectorial bancaria y la normativa de Defensa de los consumidores y usuarios

Conforme a lo expuesto en las resoluciones citadas del TJUE: "La [Directiva 93/13 \(LCEur 1993, 1071\)](#) , y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 8, debe interpretarse en el sentido de que los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con independencia de la transposición del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro ".

"La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula Sobre sus obligaciones financieras. Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de ... contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés ".

Habiendo manifestado igualmente que: " cuando un órgano jurisdiccional nacional considera que una cláusula contractual que tiene por objeto la fijación del modo de cálculo de un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario no está redactada de manera clara y comprensible , en el sentido del artículo 4, apartado 2, o del artículo 5 de dicha Directiva, le incumbe examinar si esa cláusula es ... «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva"

Por otra parte, el TJUE también ha dicho que: "El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa va una jurisprudencia nacionales que consideran que la falta de buena fe del profesional es un requisito previo necesario para llevar a cabo cualquier control del contenido de una cláusula transparente de un contrato celebrado con un consumidor . Corresponde al órgano jurisdiccional remitente determinar si, habida cuenta de todas las circunstancias pertinentes del litigio principal, debe considerarse que el profesional actuó de buena fe al elegir un índice previsto por la ley, y si la cláusula que incorpora tal índice puede causar en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se

derivan del contrato".

Así como que " y de la información facilitada , en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estuvo 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".

Por otra parte, si tenemos en cuenta la normativa sectorial Joancaria reguladora del IRPH cabe señalar que:

[Circular 5/1994 Banco de España \(RCL 1994, 2281\)](#) : "Los tipos medios escogidos son, en último análisis, tasas anuales equivalentes.

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

Continuando con la Circular 5/1994 del Banco de España, además de definir los índices IRPH, contiene una advertencia para el prestatario y una obligación para las entidades financieras, que es la que indica que para igualar la TAE de esta última con la del mercado sería necesario aplicar un diferencial negativo.

Y además de esta omisión dolosa o cuanto menos engañosa de información esencial, no podemos dejar de mencionar en el contrato de préstamo remite a la definición del índice del IRPH, no a definición actualizada del IRPH, es decir, a la mencionada Circular 5/1994 del Banco de España, donde constan una completa definición con la advertencia de los diferenciales negativos, sino que la propia escritura lo remite a una publicación obsoleta [Circular 8/90 del Banco de España \(RCL 1990, 1944\)](#) , donde no aparece la obligación del diferencial negativo .

Así consta en la escritura de préstamo hipotecaria:

"B) ÍNDICE DE REFERENCIA ADOPTADO

"Es el "Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de las cajas de ahorro" que se publica por el Banco de España con periodicidad mensual, en el Boletín Oficial del Estado.

Este índice se define por el [Anexo VIII, apartado 2](#) de la [Circular 8/90 del Banco de España](#) , como la media simple de los tipos de interés medios ponderados de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria, a plazo igual o superior a tres años, para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas por el conjunto de Cajas de Ahorro en el mes a que se refiere el índice, declarados al

Banco de España de acuerdo con la norma segunda de la expresada circular. El referido índice se tomará directamente, es decir, como si estuviera expresado en términos de interés nominal anual".

En este contexto parece difícil entender que la información facilitada al consumidor por parte de la entidad ... financiera demandada, tanto en fase precontractual como contractual, fue adecuada y suficiente para comprender un elemento esencial del contrato, de las examinadas características del IRPH, o que existió buena fe, por parte de la entidad financiera, o que no existe desequilibrio importante entre las prestaciones de las partes en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria, a efectos de poder determinar la abusividad y subsiguiente declaración de nulidad de la cláusula que introduce el IRPH.

Y en lo referente a la legislación protectora de los consumidores y usuarios, cabe destacar que el [art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre \(RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372\)](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias dispone que: "Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho".

El párrafo segundo de este precepto fue introducido por la [disposición final octava](#) de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario («B.O.E.» 16 marzo) y entró en vigor el 16 junio 2019.

El Artículo 83 fue redactado por el apartado veintisiete del [artículo único](#) de la [Ley 3/2014, de 27 de marzo \(RCL 2014, 466, 677\)](#), por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el R.D. Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre («B.O.E.» 28 marzo).

En ese contexto y aunque el TJUE, siempre respetuoso con la independencia judicial de los jueces nacionales de los Estados Miembros de la Unión, determine que corresponde al Juez Nacional, una vez realizado el control de transparencia y constatado el carácter no transparente de una cláusula, realizar el control de abusividad, en los términos del [art. 3.1](#) de la Directiva 93/13/CEE; es decir, debe determinar si el profesional actuó de buena fe al elegir un índice previsto por la ley, y si la cláusula que incorpora tal índice puede causar en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

Es también cierto que el TJUE ha establecido en sus resoluciones, que, tal y

como se extrae del [art. 8](#) de la directiva 93/13/CEE, no hallamos ante una regulación de mínimos y que, en cualquier caso podrá cada estado miembro dotar al consumidor de una regulación con un nivel superior de protección al que establece dicha directiva.

En esa línea argumental el [art. 83.2 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios](#) en su actual redacción establece en su apartado final: "Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho". Es cierto que esta modificación se introduce en la [Disposición Final Octava](#) de la Ley 5/2019 de 15 de marzo: Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, y que no estaba en vigor cuando se suscribe el contrato de préstamo objeto de la presente litis, pero en esta materia de protección de derechos del consumidor no cree esta Juzgadora que debamos atender a criterios de retroactividad legislativa, sino al nivel de protección que, en cada momento el legislador nacional quiere atribuir al consumidor y desea que los jueces nacionales apliquen. En este sentido parece obvio que el legislador nacional ha querido que, en los contratos celebrados con consumidores se establezca una equiparación automática entre cláusula no transparente y cláusula abusiva, y se pregunta esta Juzgadora si ese debe ser el criterio que debe guiar al Juez nacional a la hora de resolver el supuesto de litis.

Tras la redacción actual del [art. 83.2 TRLGDCyU](#) no parece razonable seguir manteniendo que una cláusula no transparente puede no ser abusiva en base a criterios de retroactividad normativa, de la misma razón que no parecería razonable, por ejemplo, y en el caso de litis en el que también se solicita la nulidad de la cláusula de intereses moratorios pactada al 20,50% esta Juzgadora en aplicación del precepto de la [Ley 26/1984, de 19 de julio \(RCL 1984, 1906\)](#), General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios vigente en el momento de celebrarse el contrato, moderase la cláusula de intereses moratorios y los fijase en el 14 o 15% como se hacíamos en ese momento los Jueces españoles, aplicando la normativa de defensa de consumidores y usuarios vigente, hasta que desde el TJUE se obligó a modificar la legislación nacional, determinando que no era posible la moderación de las cláusulas abusivas ni ¿a reconstrucción equitativa del contrato que venía realizándose por los jueces nacionales, por contradecir los [arts. 6](#) (principio de no vinculación) y [7](#) (efecto disuasorio) de la Directiva 93/13/CEE.

Con todo y aunque siguiéramos, según las tesis del TS en sus últimas resoluciones, un criterio escalonado de análisis en primer lugar del control de transparencia y en segundo lugar del control de abusividad, no parece razonable, teniendo en cuenta que en ningún caso ni la normativa nacional, ni la comunitaria, ni la jurisprudencia nacional -hasta hora- ni la jurisprudencia del TJUE exige al profesional del deber de información, más allá de la remisión a la publicación en boletines oficiales, que debe adaptarse a cada caso concreto, a la complejidad del producto, y todo ello en un contexto de asimetría de la información, y teniendo en cuenta las conclusiones económicas en relación al índice que hemos expuesto en el Fundamento de Derecho Quinto, no parece que pueda mantenerse en el supuesto

de comercialización de hipotecas sujetas al IRPH que el profesional cumpliera con sus obligaciones de información, así como tampoco parece razonable considerar que actuó de buena fe o que no causó un desequilibrio contractual importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato celebrado entre el profesional y el consumidor.

Partiendo de que en el caso de autos, nos hallaríamos ante una condición general de la contratación, cumpliéndose todos y cada uno de los requisitos ya establecidos en la STS de 9 de mayo de 2013 (referente a la nulidad de la cláusula suelo):

a) **Contraetualidad**: se trata de "cláusulas contractuales", que se ha incluido en el contrato por Nulidad de los contratantes y no por acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) **Predisposición**: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros.

c) **Imposición**: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes (suele ser el empresario al consumidor pero la [LCGC \(RCL 1998, 960\)](#) no se aplica sólo en el ámbito de la relación entre empresario y consumidor), de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato no pueda obtenerse más que mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula. La conocida fórmula "take it or leave it".

d) **Generalidad**: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos con la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse. Frente a las cláusulas negociadas individualmente se utilizan en la llamada contratación en masa o seriada.

Por otra parte, considera esta Juzgadora que parecería discriminatorio en perjuicio de un determinado consumidor (el que se sometió su hipoteca a IRPH) utilizar, aplicando la misma normativa de defensa de consumidores y usuarios, tanto Europea como nacional, un criterio jurisprudencial diferente y más perjudicial para sus intereses al no exigirse una información precontractual que si viene exigiéndose por pacífica jurisprudencia, incluyendo la del Tribunal Supremo y la del TJUE, para declarar la nulidad de otras cláusulas como la cláusula multidivisa en los contratos de préstamo con garantía hipotecaria, en los que, esta Juzgadora, siguiendo el criterio unánime de la Jurisprudencia de las Audiencias Provinciales y del Tribunal Supremo, viene considerando esencial para determinar el carácter abusivo de la cláusula multidivisa, el nivel de información que se le suministró al consumidor del producto hipoteca multidivisa, que se facilitara al consumidor información precontractual, a través de simulaciones con diferentes divisas, en diferentes escenarios alcistas y bajistas, con los datos y cifras concretas de su préstamo hipotecario, referenciados al LIBOR y al EURIBOR, en un contexto temporal lo suficientemente amplio para que el consumidor, al que esta Juzgadora, tiende respetuosamente a considerar un consumidor medio, normalmente informado y

razonas lemente atento y perspicaz, pudiera tener conocimiento pleno del coste jurídico y económico del contrato que suscribía.

Y del mismo modo que, esta Juzgadora, en los cientos por no decir miles de pleitos de hipoteca multiidivisa que ha celebrado le pregunta el consumidor en la prueba de interrogatorio de parte: ¿Reconoce usted que si la entidad financiera le hubiera advertido expresamente y a través de simulaciones concretas, antes de contratar, que tras pagar durante 10 o 15 años crecientes cuotas de amortización mensual de su préstamo hipotecario referenciado a multividiva, usted podría, terminar debiendo mayor cantidad de principal de la que inicialmente pidió prestada, hubiera contratado igualmente el producto?. Obviamente, aunque la seriedad y formalismo que exige esta resolución que interpone una cuestión prejudicial al máximo intérprete del Derecho de la Unión Europea, impide a esta Juzgadora pormenorizar los gestos de manifiesto enfado e irascibles respuestas que recibe a diario, si cabe indicar que ningún consumidor responde afirmativamente a esta pregunta.

Del mismo modo, y aunque todavía no se han celebrado en España muchos pleitos sobre préstamos hipotecarios referenciados al IRPH, al hallarse la mayoría de ellos en tramitación suspendida o pendientes de interposición ante los Juzgados especializados, por la inseguridad jurídica que el iter jurisprudencial antes expuesto ha generado, está convencida esta Juzgadora de que si se preguntase, por ejemplo, en el caso de autos, al matrimonio actor, en la prueba de interrogatorio de parte: ¿Reconocen ustedes que si se les hubiera advertido, antes de contratar, por la entidad financiera, de que se les estaba ofreciendo referenciar su hipoteca a algo que no es un índice, sino una tasa efectiva, lo que significa que, por definición, ha sido y tiene que ser necesariamente más caro que el Índice de referencia habitualmente utilizado en los préstamos hipotecarios (EURIBOR en el año 2001), y de que para compensar esa carestía la normativa sectorial (circular del Banco de España en unaversión más reciente que la que se incluyó en el préstamo hipotecario de litis) indica que debe sumársele un diferencial negativo, y en este caso, no sólo no le estamos ofreciendo un diferencial negativo, sino uno positivo (del 0,5%), lo que significa que su préstamo, NECESARIAMENTE VA A SER SIEMPRE MÁS CARO que si lo referendamos al EURIBOR, usted, hubiera aceptado referenciar su hiteca al IRPH?. Esta Juzgadora, sin querer anticipar el futuro, no tiene muchas dudas de la respuesta de los consumidores.

A mayor abundamiento, debe destacarse que nos hallamos ante una cláusula que establece que la definición del "índice" está en una Circular, es decir, es una cláusula con remisión normativa en uno de los elementos esenciales del contrato, siendo dudoso; a juicio de esta Juzgadora, que más allá de la interpretación que deba realizarse de las resoluciones citadas del TJUE y de las también citadas sentencias del TS en la materia, sea válida como información precontractual o contractual ya que, con carácter general, nuestra legislación en materia de defensa de consumidores y usuarios, en los términos que se expondrán al citar la normativa aplicable, ... obliga a que el contrato contenga perfectamente definidos los

elementos del mismo y las fórmulas de cálculo , especialmente los elementos esenciales y las cláusulas complejas u oscuras , sin que sea válida la remisión normativa para que sea el consumidor el que se informe del funcionamiento de dicha cláusula mediante su propia búsqueda de información, fuera del contrato.

Por otra parte, hace referencia el TS en la jurisprudencia citada que, "debe tenerse en cuenta que el tipo de interés no se forma solo con el índice de referencia, sino también con el diferencial , y no consta que los diferenciales aplicados a préstamos con Euribor fueran también más beneficiosos para el prestatario que los aplicados a préstamos con IRPH. Al contrario, estadísticamente, en los préstamos con este último índice de referencia los diferenciales son más bajos". Lo que, en opinión del TS serviría para hacer competitiva la oferta, puesto que a un índice de referencia que supone un tipo porcentual más alto que otros, como el Euribor, se le añade un diferencial menor. Sin embargo, se olvida el Alto Tribunal de que precisamente esa argumentación ha podido ser un elemento de confusión y engaño para el consumidor que, sin recibir la adecuada información sobre el funcionamiento del IRPH, y su evolución en relación a otros índices, optaría por aquel índice que tiene un diferencial menor , en el supuesto de que hubiera podido haber optado entre diferentes índices para referenciar su préstamo hipotecario a interés variable, -ya que este concepto (diferencial mayor o menor) si que es universalmente entendido por cualquier consumidor. Cabe suponer que, si el consumidor no sabía lo que era el IRPH, como funcionaba o que necesariamente y por definición tenía que ser más caro que el MIBOR o el EURIBOR, si, además, se le ofrecía con un diferencial menor, sería evidente que optaría por aquel índice que, sin saber cómo se formaba tenía un diferencial menor ya que este número inferior sí sería fácil y generalmente reconocible y le permitiría a cualquier, engañosamente, suponer que se trataría de un préstamo más barato.

Precisamente estos diferenciales bajos del IRPH, al 0%, 0,25% o 0,50% han podido ser el señuelo lanzado por los bancos a clientes para que se suscribiesen hipotecas referenciadas al IRPH, en lugar de al EURIBOR, considerando, erróneamente, que pagarían menos intereses. El consumidor iba a firmar una hipoteca, y no se le explicaba a cuanto está el índice hipotecario (euribor o IRPH), pero sí le dicen que el diferencial que me da es + 0,25% en lugar del + 1% que ofrece otro banco, es claro que escoge la primera opción, que es inferior, pero se hacía necesario ser negativa para parecerse a otras TAE del mercado. Sin embargo, si en esa opción del 0,25% iba con IRPH, es muy probable que pagarla más intereses que si hubiera escogido la opción del 1%, que iba referenciada a Euribor.

Todo parece indicar que bancos han estado utilizando el señuelo del diferencial bajo que ofrecían en préstamos con IRPH para que los consumidores suscribieran índice, sin saber que realmente iban a pagar más intereses, y sin informar de que el preámbulo de la circular que regula el índice IRPH hace necesario que sea negativo, información que se ha omitido que se ha omitido y normativa que se ha incumplido.

No se trata de que las entidades financieras tuvieran obligación de asesorar a los clientes sobre los diferentes índices existentes en el mercado, o recomendarles uno u otro, pero, no pareciendo razonable, o no, acreditándose que el consumidor fuera por iniciativa propia solicitando un préstamo referenciado al IRPH, siendo más probable que fuera la entidad financiera la que se lo ofreció al prestatario, lo que tiene trascendencia es haber omitido información esencial a sus clientes, concretamente que el IRPH siempre estaría por encima del EURIBOR, por lo que aunéue se le adicionara un (diferencial menor, siempre que no fuera negativo, tal y como indicaba la circular del Banco de España, siempre pagarían Por su hipoteca.

Manifiesta el TS en las citadas recientes resoluciones, que no se sabe si el IRPH va a estar en el futuro por debajo del Euribor por lo que no se puede afirmar que sea más perjudicial para el cliente, pero esa aseveración es, por lo que hemos visto, desde un punto de vista económico, imposible y falsa. En ese contexto no parece irrazonable que el hecho de omitir, por parte de las entidades financieras que tenían conocimiento de que, desde su existencia, el IRPH había estado por encima del índice general de referencia (ya fuera MIBOR o EURIBOR) y de que al IRPH debería adicionársele un diferencial negativo, en aplicación de la normativa sectorial, el hecho no sólo de haber omitido conscientemente esta información, sino que haber adicionado un índice positivo, como en el caso de litis, debe suponer una presunción de actuación contraria a la buena que además crea un desequilibrio entre las partes contratantes.

Finalmente, también resulta controvertido que si la cláusula I [RPH \(RCL 2007, 1334\)](#) que no ha sido negociado individualmente, sino impuesta en el contrato de préstamo por la entidad financiera sin informar minimamente al consumidor de su existencia, debe ser declarada nula por abusiva con las correspondientes consecuencias restitutorias integras al consumidor por la aplicación del IRPH, permaneciendo en vigor el, préstamo hipotecario al seguir existiendo remuneración a la entidad financiera a través del diferencial positivo aplicado, y solo para el caso de que el contrato no pudiera subsistir, debería ser sustituido el índice IRPH con carácter retroactivo por el Euribor, que era el más habitual para dicha operación en el momento de la contratación, devolviendo al consumidor la diferencia de cobro abonada por la aplicación de la cláusula IRPH, pues llevar a cabo la sustitución por otro IRPH sería desprendernos del efecto disuasorio que la Directiva persigue aplicar a quien abusa.

En cuanto a la cláusula que impone un tipo de interés inicial temporal aplicado, no obrando información alguna previa a la concertación del préstamo suministrada al consumidor, considero de oficio que debe apreciarse el carácter abusivo de la misma, declarando su nulidad con los efectos restitutorios integrales pertinentes, dado que la inclusión de este tipo de interés inicial no es de obligada estipulación según la normativa vigente, convirtiendo el préstamo contratado a interés variable en su modalidad fija, en idéntica similitud a la ya conocida y resuelta judicialmente "cláusula suelo".

En idéntico sentido, cabe considerar la posibilidad por abusividad de la cláusula que impone al consumidor la aplicación de un interés variable que no es previsible remitiendo la determinación del interés a aplicar en cada revisión a una decisión futura del Consejo de Ministros, sin que pueda conocer el consumidor que requisitos, características o métodos de cálculo se aplicarán en supréstamo, privándole de su capacidad de analizar y evaluar las consecuencias económicas de la concertación del préstamo, todo ello con los efectos restitutorios.

En atención a lo expuesto, en virtud de la correcta aplicación del Derecho de la Unión al caso de autos, y existiendo dudas razonables, interesa esta Juzgadora elevar al TJUE la oportuna cuestión prejudicial que otorgue el debido marco de actuación correcta que permita a todos los operadores jurídicos aplicar el derecho en consonancia con el principio de seguridad jurídica que desde España requerimos urgentemente en este asunto.

Asimismo, interesaría esta Juzgadora que, en la medida de lo posible, el Tribunal de Justicia respondiera a todas las cuestiones planteadas, dando voz a todas las partes y agentes interesados, evitando en la medida de lo posible, la reunificación o reagrupación de las preguntas en su respuesta, interesando que dado el caso de autos y la grave situación expuesta, proceda a resolver con claridad, contundencia, y en la mejor armonía interpretativa del Derecho de la Unión al objeto de que los jueces nacionales podamos aplicarla con claridad sin impedimentos jurisprudenciales nacionales alejados del mismo.

SÉPTIMO

Marco normativo de la Unión Europea

En materia de cláusulas abusivas, resulta de aplicación la [Directiva 93/13/CEE \(LCEur 1993, 1071\)](#) del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Los consideramos: duodécimo, decimotercero, decimonoveno, vigésimo y vigesimocuarto exponen: «Considerando no obstante que en el estado actual de las legislaciones nacionales sólo se puede plantear una armonización parcial; que, en particular, las cláusulas de la presente Directiva se refieren únicamente a las cláusulas contractuales que no hayan sido objeto de negociación individual; que es importante dejar a los Estados miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado [CEE], de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente Directiva; Considerando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; [...]; que a este respecto, la expresión "disposiciones . legales o reglamentarias imperativas" que aparece en el apartado 2 del artículo 1 incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo; [...] Considerando que, a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter

abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación /calidad/precio de la mercancía o de la prestación; ... que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; [...] Considerando que los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas, [...] Considerando que los órganos judiciales y autoridades administrativas deben contar con medios apropiados y eficaces para poner fin al uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores».

Artículo 1: "1. El propósito de la presente Directiva es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. 2. Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva".

Artículo 3: "1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato."

Artículo 4: "1. Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa. 2. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible."

Artículo 5.: "En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva".

La misma Directiva establece de forma clara e incondicional el alcance y los efectos de la abusividad de una cláusula:

Artículo 6: "1. Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las

cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo Obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin Jas cláusulas abusivas. " (...)

Igualmente, la Directiva prevé la creación de mecanismos que garanticen el cese de la aplicación de dichas cláusulas, en particular en los apartados 1 y 2 del artículo 7:

Artículo 7: "1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. 2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cesela aplicación de dichas cláusulas."

Asimismo, la Directiva prevé que los Estados miembros otorguen un nivel de protección, superior:

Artículo 8: "Los Estados Miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección ".

Señalando la [Directiva 2014/17/UE \(LCEur 2014, 313\)](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las [Directivas 2008/48/CE \(LCEur 2008, 799\)](#) y [2013/36/UE \(LCEur 2013, 928\)](#) y el [Reglamento \(UE\) n° 1093/2010 \(LCEur 2010, 1748\)](#) :

Art.7: Artículo 7 Normas de conducta en la concesión de créditos al consumidor.

"1. Los Estados miembros exigirán que, al elaborar productos crediticios o conceder créditos, o prestar servicios de intermediación o de asesoramiento sobre el crédito y, en su caso, servicios accesorios a los consumidores, o cuando ejecuten un contrato de crédito, los prestamistas, intermediarios de crédito o representantes designados actúen de manera honesta, imparcial, transparente y profesional, teniendo en cuenta los derechos y los intereses de los consumidores. Por lo que se refiere a dicha concesión, intermediación o prestación de servicios de asesoramiento sobre el crédito, las actividades se basarán en la información sobre las circunstancias del consumidor y en cualquier requisito específico que haya dado a conocer un consumidor, así como en hipótesis razonables sobre los riesgos para la situación del consumidor durante la vigencia del contrato de crédito. En cuanto a la prestación de servicios de asesoramiento, la actividad se basará también en la

información requerida en el artículo 22, apartado 3, letra a)"

Artículo 8: Obligación de facilitar información gratuita a los consumidores.

"Los Estados miembros velarán por que, cuando se facilite información a los consumidores de conformidad con los requisitos establecidos en la presente Directiva, no se imponga coste alguno al consumidor".

Art. 14: Información precontractual

"1. Los Estados miembros velarán, por que el prestamista y, si ha lugar, el intermediario de crédito o su representante designado ofrezcan al consumidor la información personalizada que este necesita para comparar los créditos disponibles en el mercado, para evaluar sus implicaciones y para tomar una decisión fundada sobre la conveniencia de celebrar o no un contrato de crédito:

a) sin demora injustificada una vez que el consumidor haya dado la información necesaria sobre sus necesidades, situación financiera y preferencias de conformidad con el artículo 20, y

b) con suficiente antelación respecto del momento en que el consumidor quede vinculado por cualquier contrato u oferta de crédito.

2. La información personalizada a que se refiere el apartado 1, en papel o en cualquier otro soporte duradero, se facilitará mediante la FEIN, que figura en el anexo II.

3. Los Estados miembros velarán por que siempre que el consumidor reciba una oferta vinculante para el prestamista, esta sea facilitada en soporte de papel o cualquier otro soporte duradero y vaya acompañada de una FEIN cuando:

a) el consumidor no haya recibido anteriormente una FEIN, o

b) las características de la oferta difieran de la información indicada en la FEIN facilitada previamente.

4. Los Estados miembros podrán disponer que la entrega de la FEIN sea obligatoria antes de que se haga una oferta vinculante para el prestamista. Cuando un Estado miembro así lo disponga, exigirá que la FEIN solo deba volver a facilitarse cuando se cumpla la condición indicada en el apartado 3, letra b).

5. Los Estados miembros que, antes del 20 de marzo de 2014, hayan aplicado una ficha de información que satisfaga requisitos de información equivalentes a los expuestos en el anexo II podrán seguir utilizándola a los efectos del presente artículo hasta el 21 de marzo de 2019.

6. Los Estados miembros especificarán un período de siete días como mínimo durante el cual el consumidor dispondrá de tiempo suficiente para comparar las ofertas, evaluar sus implicaciones y tomar una decisión con conocimiento de causa.

Los Estados miembros especificarán que el período a que se hace referencia en

el párrafo primero será un periodo de reflexión antes de la celebración del contrato de crédito o un período para ejercer un, derecho de desistimiento tras la celebración de dicho contrato, o será una combinación de ambas cosas.

Cuando un Estado miembro especifique un período de reflexión antes de la celebración de un contrato de crédito:

a) la oferta será vinculante para el prestamista mientras dure el período de reflexión, y

b) el consumidor podrá aceptar la oferta en cualquier momento durante el período de reflexión.

Los Estados miembros podrán establecer que los consumidores no puedan aceptar la oferta durante un lapso de tiempo que no supere los primeros diez días del período de reflexión.

Cuando el tipo de interés o otros costes aplicables a la oferta se determinen sobre la base de la venta de obligaciones subyacentes o de otros instrumentos de financiación a largo plazo, los Estados miembros podrán establecer que el tipo de interés u otros costes puedan variar respecto de lo que se haya declarado en la oferta de conformidad con el valor de la obligación subyacente o de otro instrumento de financiación a largo plazo.

Cuando el consumidor tenga derecho de desistimiento con arreglo al párrafo segundo del presente apartado, no se aplicará el [artículo 6](#) de la [directiva 2002/65/CE \(LCEur 2002, 2613\)](#).

7. Se considerará que el prestamista y, en su caso, el intermediario de crédito o representante designado que hayan facilitado la FEIN al consumidor han satisfecho los requisitos sobre información al consumidor previamente a la celebración de un contrato a distancia, que se establecen en el [artículo 3, apartado 1](#), de la Directiva 2002/65/CE, y que han satisfecho los requisitos del artículo 5, apartado de dicha Directiva solo cuando al menos hayan facilitado la FEIN antes, de celebrarse el contrato.

8. Los Estados miembros no modificarán el modelo de la FEIN excepto como se disponga en el anexo II. Toda información adicional que el prestamista o, en su caso, el intermediario de crédito o representante autorizado faciliten al consumidor o que estén obligados a facilitar al consumidor con arreglo al Derecho nacional figurará en un documento aparte, que podrá adjuntarse a la FEIN.

9. Se autorizará a la Comisión a adoptar actos delegados de conformidad con el artículo 40 para modificar la redacción habitual de la parte A del anexo II o las instrucciones de la parte B del mismo para atender a la necesidad de información o de formulación de advertencias en relación con nuevos productos que no se hayan comercializado antes del 20 de marzo de 2014. No obstante, dichos actos delegados no modificarán la estructura o el formato de la FEIN.

10. En las comunicaciones a través de telefonía vocal, según se mencionan en el [artículo 3, apartado 3](#), de la Directiva 2002/65/CE, la descripción de las características principales del servicio financiero que se prevé prestar, conforme a lo especificado en el artículo 3, apartado 3, letra b), segundo guión, de esa misma Directiva, incluirá como mínimo las elementos que se especifican en el anexo II, parte A, secciones 3 a 6, de la presente Directiva.

11. Los Estados miembros velarán por que, al menos cuando no exista un derecho de desistimiento, el prestamista o, cuando corresponda, el intermediario de crédito o el representante designado faciliten al consumidor una copia del proyecto de contrato de crédito en el momento en que se haga una oferta vinculante para el prestamista. Cuando exista un derecho de desistimiento, los Estados miembros velarán por que el prestamista o, cuando corresponda, el intermediario de crédito o el representante designado se ofrezcan a facilitar al consumidor una copia del proyecto de contrato de crédito en el momento en que se haga, una oferta vinculante para el prestamista". .

Ar. 16: Explicaciones adecuadas

"1. Los Estados miembros velarán por que los prestamistas y, en su caso, los intermediarios de crédito o los representantes designados faciliten al consumidor explicaciones adecuadas sobre el contrato o los contratos de crédito que se ofrecen, y sobre todo posible servicio o servicios accesorios, al objeto de que el consumidor pueda calibrar si dichos contratos y servicios accesorios se adaptan a sus necesidades y a su situación financiera.

La explicación incluirá, si procede, lo siguiente:

- a) la información precontractual que ha de facilitarse con arreglo:
 - i) al artículo 14 en el caso de los prestamistas,
 - ii) a los artículos 14 y 15 en el caso de los intermediarios de crédito o representantes designados;
- b) las características principales de los productos propuestos;
- c) los efectos específicos que los productos propuestos pueden tener en el consumidor, incluidas las consecuencias que se producirían si este incurriera en impago, y
- d) cuando los servicios accesorios estén combinados con un contrato de crédito, si cada componente del paquete puede rescindirse por separado y las implicaciones que ello tendría para el consumidor.

2. Los Estados miembros podrán adaptar el modo de prestación de la explicación mencionada en el apartado 1 y su alcance, así como la identidad de la parte que se hará cargo de ella, a las circunstancias de la situación en que se ofrece el contrato de crédito, a la persona a quien se ofrece y a la naturaleza del crédito ofrecido".

OCTAVO

Derecho nacional aplicable

En Derecho español, la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas estaba garantizada inicialmente por la [Ley 26/1984, de 19 de julio \(RCL 1984, 1906\)](#), General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE n° 176, de 24 de julio del 1984, p. 21686; en lo sucesivo, «Ley 26/1984»).

La Ley 26/1984 fue modificada posteriormente mediante la [Ley 7/1998, de 13 de abril \(RCL 1998, 960\)](#), sobre condiciones generales de la contratación (BOE n° 89, de 14 de abril de 1998, p. 12304), que adaptó el Derecho interno a la [Directiva 93/13 \(LCEur 1993, 1071\)](#).

Por último, el [Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre \(RCL 2007, 2164y RCL 2008, 372\)](#), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (BOE n° 287, de 30 de noviembre de 2007, p. 49181; en lo sucesivo, «Real Decreto Legislativo 1/2007»), estableció el texto refundido de la Ley 26/1984, con sus sucesivas y recientes modificaciones.

Artículo 8. Derechos básicos de los consumidores y usuarios.

1. Son derechos básicos de los consumidores y usuarios y de las personas consumidoras vulnerables:

a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.

b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.

c) La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos.

d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios en formatos que garanticen su accesibilidad y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute, así como la toma de decisiones óptimas para sus intereses.

e) La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, a través de las asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.

f) La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial en relación con las personas consumidoras vulnerables.

2. Los derechos de las personas consumidoras vulnerables gozarán de una especial atención, que será recogida reglamentariamente y por la normativa pectorial que resulte de aplicación en cada caso. Los poderes públicos

promocionarán políticas y actuaciones tendentes a garantizar sus derechos en condiciones de igualdad, con arreglo a la concreta situación de vulnerabilidad en la que se encuentren, tratando de evitar, en cualquier caso, trámites que puedan dificultar el ejercicio de los mismos.

Artículo 8 redactado por el apartado dos del [artículo primero](#) de la [Ley 4/2022, de 25 de febrero \(RCL 2022, 383\)](#), de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica («B.O.E.» 1 marzo). Vigencia: 2 marzo 2022.

Artículo 60. Información previa al contrato.

1. Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato y oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara, comprensible y accesible, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.

Sin perjuicio de la normativa sectorial que en su caso resulte de aplicación, los términos en que se suministre dicha información, principalmente cuando se trate de personas consumidoras valga rabies, además de claros, comprensibles, veraces y suficientes, se facilitarán en un formato fácilmente accesible, garantizando en su caso la asistencia necesaria, de forma que aseguren su adecuada comprensión y permitan la comade decisiones óptimas para sus intereses.

Número 1 del artículo 60 modificado conforme establece el apartado ocho del [artículo primero](#) de la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica («B.O.E.» 1 marzo). Vigencia: 2 marzo 2022.

2. Serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y cualesquiera otras que resulten de aplicación y, además:

- a) Las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios.
- b) La identidad del empresario, incluidos los datos correspondientes a la razón social, el nombre comercial, su dirección completa y su número de teléfono y, en su caso, del empresario por cuya cuenta actúe.
- c) El precio total, incluidos todos los impuestos y tasas. Si por la naturaleza de los bienes o servicios el precio no puede calcularse razonablemente de antemano o está sujeto a la elaboración de un presupuesto, la forma en que se determina el precio así como todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales.

En toda información al consumidor y usuario sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio total, desglosando, en su

caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación, utilización de distintos medios de pago u otras condiciones de pagos similares.

- d) Los procedimientos de pago, entrega y ejecución, la fecha en que el empresario se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación del servicio.

- e) Además del recordatorio de la existencia de una garantía legal de conformidad para los bienes, la existencia y las condiciones de los servicios posventa y las garantías comerciales.

Letra e) del número 2 del artículo 60 redactada por el apartado seis del artículo 82 del R.D.-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes («B.O.E.» 3 noviembre).

- f) La duración del contrato, o, si el contrato es de duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución. Además, de manera expresa, deberá indicarse la existencia de compromisos de permanencia o vinculación de uso; exclusivo de los servicios de un determinado prestador así como las penalizaciones en caso de baja en la prestación del servicio.

- g) La lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando no sea aquella en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación.

- h) La existencia del derecho de desistimiento que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo.

- i) La funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables, como son, entre otras, la protección a través de la gestión de los derechos digitales o la codificación regional.

Letra i) del número 2 del artículo 60 redactada por el apartado seis del artículo 82 del R.D.-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes («B.O.E.» 3 noviembre).

j) Toda interoperabilidad relevante del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa esperar razonablemente que conozca, como son, entre otros, el sistema operativo, la versión necesaria o determinados elementos de los soportes físicos.

Letra j) del número 2 del artículo 60 redactada por el apartado seis del artículo 82 del R.D.-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes («B.O.E.» 3 noviembre).

k) El procedimiento para atender las reclamaciones de los consumidores y usuarios, así como, en su caso, la información sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos prevista en el artículo 21.4.

3. El apartado 1 se aplicará también a los contratos para el suministro de agua, gas o electricidad -cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas-, calefacción mediante sistemas urbanos y contenido digital que no se preste en soporte material.

4. La información precontractual debe facilitarse al consumidor y usuario de forma gratuita y al menos en castellano y en su caso, a petición de cualquiera de las partes, deberá redactarse también en cualquiera de las otras lenguas oficiales en el lugar de celebración del contrato.

Número 4 del artículo 60 redactado por el apartado ocho del [artículo primero](#) de la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica («B.O.E.» 1 marzo). Vigencia: 2 marzo 2022.

Número 5 del artículo 60 introducido por el apartado seis del artículo 82 del R.D.-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes («B.O.E.» 3 noviembre; Corrección de errores «B.O.E.» 25 noviembre).

Artículo 60 redactado por el apartado doce del artículo único de NL: [Ley 3/2014, de 27 de marzo \(RCL 2014, 466, 677\)](#) , por la que se modifica el texto refundido de

lé Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el R.D. Legislativo 1/2007, de 16 denóviembre («B.O.E.» 28 marzo). Las disposiciones de la citada Ley serán de aplicación a los contratos con los consumidores y usuarios celebrados a partir de 13 junio de 2014. Vigencia: 29 marzo 2014 Efectos / Aplicación: 13 junio 2014.

Artículo 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente.

1. En los contratos Con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor. y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura.

Letra b) del número 1 del artículo 80 redactada por el apartado veinticinco del [artículo único](#) de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el R.D. Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre («B.O.E.» 28 marzo). Las disposiciones de la citada Ley serán de aplicación a los contratos con los consumidores y usuarios celebrados a partir de 13 junio de 2014. Vigencia: 29 marzo 2014 Efectos / Aplicación: 13 junio 2014.

Letra b) del número 1 del artículo 80 redactada por el apartado diez del [artículo primero](#) de la Ley 4/2022, de 25 de febrero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica («B.O.E.» 1 marzo).

c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

2. Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor.

Artículo 82. Concepto de cláusulas abusivas.

1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe creen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y

obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.

3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

4. No obstante lo previsto en los apartados precedentes, en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90, ambos inclusive:

- a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,
- b) limiten los derechos del consumidor y usuario,
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,
- d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,
- e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o
- f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Artículo 83 Nulidad de las cláusulas abusivas y subsistencia del contrato:

"Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas.

Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho".

Párrafo segundo del artículo 83 introducido por la [disposición final octava](#) de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario («B.O.E.» 16 marzo). Vigencia: 16 junio 2019

Artículo 83 redactado por el apartado veintisiete del [artículo único](#) de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el R.D. Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre («B.O.E.» 28 marzo).

El [artículo 1.258](#) del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) dispone lo siguiente: "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entohces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley" .

Según el [artículo 1.303](#) del Código Civil: "Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirserecíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes".

El [artículo 7](#) de la Ley 7/98, de 13 de Abril, de Condiciones Generales de la Contratación señala que:

"No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de ' manera completa al tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente aceptabas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa espeófica que discipline en su ámbito la necesaria transparencia de las cláusulas contenidas en el contrato".

A tenor del [artículo 8](#) de la Ley 7/98, de 13 de Abril, de Condiciones Generales de la Contratación:

"1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley c en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor [...]."

Circular del BANCO DE ESPAÑA 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, PUBLICADA EN EL BOE DE 3 DE AGOSTO DE 1.994.

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

Disposición final.

"La presente Circular entrará en vigor el día de su publicación en el <Boletín Oficial del Estado>".

Por todo lo expuesto, vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, de conformidad con el art. 117 de la Constitución, en nombre de S.M. el Rey, por la autoridad conferida por el Pueblo español:

PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO formular al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el ámbito del [artículo 267](#) , del [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea \(RCL 2009, 2300\)](#) las siguientes cuestiones prejudiciales de interpretación de los [arts. 3](#) , [4](#) , [5](#) , [6](#) , y [7](#) de la [Directiva 93/13 CEE \(LCEur 1993, 1071\)](#) del Consejo, de 5 de abril sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores y de los [artículos 7](#) , [14](#) y [16](#) de la [Directiva 2014/17/UE \(LCEur 2014, 313\)](#) .

CUESTIONES QUE SE PLANTEAN AL TJUE :

1ª) ¿Se opone a los [artículos 3](#) , [4](#) , [5](#) y [7](#) de la Directiva 93/13/CE la decisión de un juez nacional de declarar la nulidad por abusiva de una cláusula no transparente que ha causado un perjuicio económico acreditado al consumidor al suponer un coste notablemente superior en comparación al resto de índices disponibles en el momento de la suscripción del préstamo, cuando la cláusula impone un índice de referencia concreto, sin que el profesional hubiera informado mínimamente al consumidor que se introduciría ese concreto índice y no otro de los existentes en el momento de la comercialización del préstamo privando al consumidor de la posibilidad de análisis y evaluación de las consecuencias económicas de la suscripción de la cláusula? ¿Se opondría tal decisión a los objetivos perseguidos en los artículos 7, 14 y 16 de la Directiva 2014/17/UE?.

2ª) ¿Se opone a los [artículos 3](#) , [5](#) y [7](#) de la Directiva 93/13/CE a la decisión de un juez nacional que declara nula por abusiva la cláusula I [RPH \(RCL 2007, 1334\)](#) inserta en un contrato de préstamo suscrito entre un profesional y un consumidor, por remitir a una normativa obsoleta no actualizada donde se omiten datos de especial trascendencia para que el consumidor pueda realizar una detección y evaluación mínima de las consecuencias económicas derivadas de la posible suscripción de la cláusula?.

3ª) ¿Se opone al [artículo 3](#) , [5](#) y [7](#) de la Directiva 93/13/CE la decisión de un juez nacional de declarar la nulidad por abusiva de una cláusula que introduce el índice IRPH de forma no transparente, cuando el profesional no haya informado al consumidor de que el índice IRPH es una tasa efectiva y no un interés nominal, lo que supondría que de ese modo que dicho índice siempre sería mayor a otros índices de referencia existentes, y/o que existe la posibilidad que incluso pueda subir este cuando el resto de índices del mercado bajen?.

4ª) Se opone al [artículo 3](#) , [5](#) y [7](#) de la Directiva 93/13/CE la decisión de un juez nacional de declarar abusiva la cláusula IRPH por ser introducida por el profesional en el contrato de préstamo con un consumidor de forma no transparente, que daba a entender gramaticalmente que se trataba de un interés nominal en vez de una tasa efectiva, omitiendo la entidad financiera el dato establecido en la normativa que indica la necesidad de aplicar un diferencial negativo al índice por tratarse de una tasa efectiva, y/o por la remisión a una normativa obsoleta donde se omitió por el profesional esta información que podrían haber alertado al consumidor de las consecuencias económicas perjudiciales de la cláusula?.

5ª) Se cuestiona si el [artículo 7](#) de la Directiva 93/13/CE resultaría contrario a la decisión de un juez nacional de declarar nula por abusiva la cláusula IRPH cuando el contrato de préstamo puede subsistir sin la cláusula y sin necesidad de que sea sustituida por otro índice de referencia al seguir existiendo remuneración al profesional a través del diferencial positivo aplicado?.

6ª) ¿Se opone al [artículo 3](#) , [5](#) y [7](#) de la Directiva 93/13/CE la decisión de un juez nacional de declarar la nulidad por abusiva una cláusula no transparente que impone un periodo de interés fijo inicial en un préstamo a interés variable, convirtiendo el préstamo a interés fijo de forma temporal cuando este haya causado un perjuicio económico al consumidor al haber abonado más intereses que los ordinariamente establecidos?.

7ª) Se opone al [artículo 3](#) , [5](#) y [7](#) de la Directiva 93/13/CE la decisión de un juez nacional que declara nula una cláusula por abusiva inserta en un contrato de préstamo entre un consumidor y un profesional, que establece para la determinación del interés a aplicar en el préstamo hipotecario a un evento futuro no predecible ni del que se pueden conocer por el consumidor con carácter previo, como son los criterios y método de cálculo de los intereses a aplicar en el contrato préstamo, para que este pudiera evaluar las consecuencias económicas, como lo es una remisión a una decisión futura de un Consejo de Ministros donde se estableciera el tipo de interés a aplicar de forma arbitraria?.

8ª) ¿Se opone al [art. 5](#) de la Directiva 93/13/CE una jurisprudencia que considera que la introducción del índice IRPH en un contrato de préstamo suscrito con un consumidor no es transparente pero tampoco abusiva, cuando la cláusula que lo introduce no es clara y comprensible para un consumidor medio por omitir elementos esenciales que permitan a éste evaluar las consecuencias económicas de la misma, como son la información de que el índice es una tasa efectiva, debiendo llevar aparejado un diferencial negativo para ser utilizado como interés nominal cuando se estipule en el contrato que este se tendrá como interés nominal?.

9ª) ¿Se opone la Directiva 93/13/CE en su artículo 3 una jurisprudencia que no declara la nulidad por abusiva de una cláusula introducida al contrato de préstamo de forma no transparente que ha causado un perjuicio económico al consumidor consistente en haber tenido que abonar una cantidad en concepto de intereses notablemente superior en comparación con el resto de índices existentes en el

momento de la celebración del contrato?.

10ª) ¿Se opone al artículo 3 de la Directiva 93/13/CE una jurisprudencia nacional que entiende exonerado al profesional de suministrar al consumidor la información con carácter previo a la contratación con un consumidor, de las condiciones a aplicar en el contrato de préstamo, como es la de la cláusula del IRPH, uno de los índices existentes al momento de la concertación sin que fuera imperativo su uso?.

11ª) ¿Se opone al artículo 3 y 7 de la Directiva una jurisprudencia nacional que establece que no ha existido desequilibrio en detrimento del consumidor el hecho de que se haya introducido de forma no transparente por el profesional la cláusula que impone el índice de referencia IRPH sin la necesaria información previa mínima de las condiciones del préstamo al consumidor, ... cuando ha supuesto haber abonado notablemente más cantidad en intereses en comparación con cualquier otro índice existente en el momento de la contratación distinto de este? ¿Se opone a los [artículos 3](#) , [5](#) y [7](#) del Directiva 93/13/CE, y a los [artículos 7](#) , [14](#) y [16](#) de la Directiva 2014/17/UE una jurisprudencia que no declara nula una cláusula no transparente por entender que el profesional no tiene obligación de asesorar e informar al cliente sobre la introducción de la cláusula IRPH en el préstamo que está contratando cuando según la información disponible conocía que resultaría económicamente perjudicial para el consumidor en comparación con los préstamos habituales existentes en el momento de la contratación?.

12ª) ¿Se opone al artículo 3, 5 y 7 de la Directiva 13/93/CE una jurisprudencia que entiende que una cláusula que introduce el índice de referencia IRPH en un contrato de préstamo no es transparente y tampoco abusiva en un contrato suscrito entre un profesional y un consumidor, pese a que se introdujo con un diferencial positivo cuando la normativa nacional establece que debía aplicarse un diferencial negativo para poder establecerse como interés nominal para contrarrestar el sobrecoste de éste por ser un tasa efectiva?.

13ª) ¿Se opone a la Directiva en sus artículos 3, 5 y 7 una jurisprudencia nacional que establece que no debe declararse nula una cláusula no transparente por entender que no ha existido perjuicio importante en los derechos y obligaciones de las partes en detrimento del consumidor el hecho de que se haya introducido de forma no transparente por el profesional, ni siquiera comunicado al consumidor el nombre del índice a aplicar, la cláusula que impone el índice de referencia IRPH privando al consumidor del derecho de poder comparar» analizar y valorar antes de formalizar el contrato?.

14ª) ¿Se opone al [artículo 3](#) y 7 de la [Directiva 93/31/CE \(LCEur 1993, 2469\)](#) una jurisprudencia que no procede a declarar nula por abusiva la cláusula IRPH introducida de forma no transparente, por entender que no existe desequilibrio, por considerar que no puede ser predecible la evolución del IRPH, cuando en realidad por el simple método de cálculo y tratarse de una tasa efectiva este nunca podría situarse por debajo del Euribor u otro índice distinto del IRPH, suponiendo siempre un mayor coste para el consumidor?.

15ª) ¿Se opone la decisión de un juez nacional a los [artículos 3 , 4 , 5 , 7 y 8](#) de la Directiva 93/31/CE al entender aplicable a un caso como el de litis el 2º párrafo del artículo 83 del [RDL 1/2007 \(RCL 2007, 74\)](#) que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios española, en su redacción actual, que considera que las cláusulas no transparentes son siempre nulas de pleno derecho en los contratos celebrados entre profesional y consumidor, al entender que el legislador nacional ha querido otorgar incluso un nivel superior de protección al que establece la propia Directiva, tal y como prevé su art. 8, y que ese debe ser el criterio que inspire al Juez nacional a la hora de aplicar la normativa protectora de los consumidores desde su entrada en vigor, o debe atenerse el Juez nacional a la redacción del precepto vigente en el momento de celebración del contrato?. En cualquier caso: ¿sería nula la cláusula cuando el profesional aunque no haya informado al consumidor mínimamente de la aplicación del IRPH en su contrato de préstamo a pesar del perjuicio que previsiblemente le causaría, omitiendo información básica como la de que el índice IRPH era una tasa efectiva y no un interés nominal, por haber remitido a la definición del índice en el contrato de préstamo a una normativa obsoleta que obviaba la necesidad de aplicar un diferencial negativo, cuando categóricamente suponía aplicar un índice que causaría un sobrecoste pecablemente superior en comparación con cualquier otro índice aplicable en el momento de la celebración del contrato?

ACUERDO igualmente, la SUSPENSIÓN del presente procedimiento hasta que se resuelvan las cuestiones prejudiciales planteadas ante el TJUE.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que es firme no cabiendo ningún recurso contra ella , ordenando remitir testimonio de esta resolución con una copia testimoniada del expediente para su consulta al TJUE por correo certificado con acuse de recibo dirigida a la Secretaría del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, (Rué du Fort Niedergrünwald, L-2925 Luxemburgo) para que, previo trámite de admisión de las cuestiones que se suscitan, dé cumplida contestación si lo estima pertinente, ... adelantándose su remisión por copia, al solicitarse para su resolución el procedimiento de acelerado, mediante correo electrónico (... @ ... eu) y fax (+3 ...).

Remitiendo copia simple al Servicio de Relaciones Internacionales del CGPJ, a la red REDUE, -Fax: ... - ... (REDUE Red del CGPJ de Expertos en Derecho de la Unión Europea) . C/ ... , 8 280 ... Madrid. E-mail:es.

DILIGENCIA.- La extiende yo, la Letrada de la Administración de Justicia, para hacer constar que en el día de hoy me ha sido entregada la anterior resolución debidamente firmada, para su notificación a las partes y archivo del original. De ello doy fe.

LA MAGISTRADA LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de

carácter personal que los mismos contuvieran y son pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.