

Asunto C-269/19**Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

29 de marzo de 2019

Órgano jurisdiccional remitente:

Curtea de Apel Cluj (Tribunal Superior de Cluj, Rumanía)

Fecha de la resolución de remisión:

27 de febrero de 2019

Parte apelante:

Banca B. SA

Parte apelada:

A. A. A.

Objeto del procedimiento principal

Recurso de apelación interpuesto por Banca B. SA, demandada en primera instancia, contra la sentencia del Tribunalul Specializat Cluj (Tribunal especializado de Cluj, Rumanía) por la que estimó parcialmente la demanda de A. A. A., declarando abusivas determinadas cláusulas del contrato de crédito celebrado entre las partes, referidas, entre otras cosas, al método de cálculo del tipo de interés variable.

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Con arreglo al artículo 267 TFUE, se solicita la interpretación del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE

Cuestiones prejudiciales

1 ¿Debe interpretarse el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE en el sentido de que, una vez apreciado el carácter abusivo de una cláusula que define el

mecanismo de determinación del tipo de interés variable según la fórmula «margen fijo e interés de referencia aplicado por el banco sobre la base de criterios no transparentes» en un contrato de crédito en virtud del cual se aplica un tipo de interés fijo exclusivamente durante el primer año y un tipo de interés variable en los años posteriores, fijado de conformidad con la citada fórmula, el órgano jurisdiccional nacional puede adaptar el contrato estableciendo un método de cálculo del interés variable basado en criterios de referencia transparentes (LIBOR/EURIBOR) y en el margen fijo del banco, a la luz de los elementos de hecho del contrato de crédito, con el fin de otorgar mayor protección al consumidor?

2 En caso de respuesta negativa a dicha cuestión prejudicial ¿debe interpretarse el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE en el sentido de que, una vez apreciado el carácter abusivo de una cláusula como la descrita anteriormente, el órgano jurisdiccional nacional puede, por vía jurisprudencial, establecer un tipo de interés fijo referenciado al margen fijo previsto para el segundo año de ejecución del contrato o al tipo de interés fijo del primer año?

3 En caso de respuesta negativa a dicha cuestión prejudicial ¿deben interpretarse el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE y el principio de efectividad en el sentido de que, una vez apreciado el carácter abusivo de una cláusula como la descrita anteriormente, se oponen a que el órgano jurisdiccional nacional ordene a las partes que entablen negociaciones para convenir el nuevo tipo de interés, sin establecer criterios de referencia?

4 En caso de respuesta negativa a la anterior cuestión prejudicial ¿cuáles son los posibles remedios para garantizar una protección de los consumidores acorde a las disposiciones del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; artículo 6, apartado 1, y artículo 7, apartado 1.

Sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito (C-618/10, EU:C:2012:349), apartados 63 a 65 y fallo.

Sentencia de 30 de mayo de 2013, Jörös (C-397/11, EU:C:2013:340), apartados 40 a 47 y fallo.

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

Sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank (C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21).

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

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Legea nr. 193/2000 privind clauzele abuzive din contractele încheiate între profesioniști și consumatori (Ley n.º 193/2000 sobre cláusulas abusivas en los contratos entre profesionales y consumidores; en lo sucesivo, «Ley n.º 193/2000»), mediante la que se transponen las disposiciones de la Directiva 93/13 y que establece, en esencia, en su artículo 6, que las cláusulas abusivas contenidas en el contrato no surtirán efecto frente al consumidor y que el citado contrato únicamente seguirá desplegando sus efectos, con el consentimiento del consumidor, en caso de que, una vez eliminadas tales cláusulas, pueda subsistir, y, en su artículo 7, que cuando el contrato no pueda desplegar sus efectos una vez suprimidas las cláusulas consideradas abusivas, el consumidor tiene derecho a solicitar la resolución del contrato y, en su caso, una indemnización por los daños sufridos.

Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 50/2010 privind contractele de credit pentru consumatori (Decreto ley con carácter de urgencia n.º 50/2010 sobre contratos de crédito al consumo; en lo sucesivo; «O.U.G. n.º 50/2010») que, en su artículo 37, letra a), dispone que, en los contratos de crédito con tipo de interés variable, dicho tipo estará vinculado a las fluctuaciones de los índices de referencia EURIBOR/ROBOR/LIBOR/tipo de referencia de la Banca Națională a României (Banco Nacional de Rumanía), en función de la moneda de denominación del crédito, a los que el acreedor podrá añadir un determinado margen, fijo durante toda la vigencia del contrato.

Ordonanța Guvernului nr. 21/1992 privind protecția consumatorului (Decreto del Gobierno n.º 21/1992 de protección de los consumidores; en lo sucesivo, «O.G. n.º 21/1992»), cuyo artículo 9 *quater*, letra g), punto 1, introducido mediante la Ordonanța de urgență a Guvernului nr. 174/2008 (Decreto ley con carácter de urgencia n.º 174/2008), dispone que los proveedores de servicios financieros que estipulen contratos de crédito a tipo variable con consumidores están obligados a garantizar que la variación de los tipos de interés no dependa de la voluntad del proveedor de servicios financieros, vinculándose a las fluctuaciones de determinados índices de referencia comprobables, especificados en el contrato.

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 El 5 de junio de 2007, la apelante SC BANCA B. SA y el apelado A. A. A., en calidad de prestatario, celebraron un contrato de crédito personal garantizado mediante una hipoteca de primer grado, por importe de 182 222 euros y con una vigencia de 300 meses.

- 2 El contrato establecía un tipo de interés anual del 7,4 % para el primer año a contar desde la concesión del crédito y, para el período sucesivo, un tipo de interés igual al tipo de referencia variable expuesto en los locales del banco acreedor, incrementado en 1,50 puntos porcentuales (cláusula 5).
- 3 En las condiciones generales del crédito se establecía que, durante el período de vigencia del mismo, el tipo de interés corriente podía variar en función de la evolución del servicio único de la deuda del cliente frente al banco (cláusula 2.6) y que el banco podía modificar el tipo de interés sin el consentimiento del prestatario, en función del coste del crédito (cláusula 2.10a). Según esas mismas condiciones generales, en los créditos a tipo de interés variable fijado en función del índice de referencia LIBOR/EURIBOR, el tipo de interés puede variar según la evolución de este último (cláusula 2.10b). El nuevo tipo de interés, revisable semestralmente, se exhibirá en la sede del banco a contar desde la fecha en la que comience a aplicarse y resultará de aplicación al saldo vivo del crédito en la fecha de la modificación (cláusula 2.11).
- 4 El 9 de junio de 2017, A. A. A. solicitó al Tribunalul Specializat Cluj (en lo sucesivo, «Tribunal») que apreciara el carácter abusivo y declarara la consiguiente nulidad absoluta de las cláusulas contractuales relativas al tipo de interés variable. Asimismo, solicitó que se condenara al banco a modificar las cláusulas contractuales en la medida en que estas se hubieran declarado nulas, ajustándolas a la voluntad de las partes en la fecha en la que se celebró el contrato, que se obligara al banco a devolver los importes cobrados en exceso en virtud de las cláusulas abusivas y que se volviera a calcular tanto con carácter retroactivo como también a futuro, el tipo de interés conforme a la siguiente fórmula: con carácter principal, el índice de referencia EURIBOR a 6 meses, incrementado en 1,5 puntos porcentuales y, con carácter subsidiario, el tipo de interés fijo previsto en el momento de la celebración del contrato de crédito, a saber, el 7,4 %.
- 5 Mediante sentencia civil de 23 de enero de 2018, el Tribunal estimó parcialmente la demanda, declarando la nulidad parcial absoluta de la cláusula 5 del contrato de crédito, exclusivamente en lo que respecta al mecanismo de determinación del tipo variable, a saber, la expresión «el tipo de interés corriente será igual al tipo de referencia variable expuesto en los locales de [B]», y de las cláusulas 2.6, 2.10a y 2.11. Se declaró asimismo nula de pleno derecho la estipulación contenida en la cláusula 2.10b del contrato de crédito, en la medida en que el acreedor únicamente tiene la posibilidad, y no la obligación, de revisar el tipo de interés variable en función de los índices de referencia indicados en el contrato, es decir, LIBOR/EURIBOR.
- 6 Asimismo, el Tribunal ordenó al banco que aclarase la cláusula relativa a los intereses en el contrato de crédito, definiendo sus elementos constitutivos y su importe como sigue: 1,50 puntos porcentuales (margen previsto en el contrato en la cláusula 5) + EURIBOR a 6 meses. Además, declaró que la modificación de los intereses solo puede efectuarse sobre la base del índice de referencia EURIBOR a

6 meses, especificando que el margen del banco es fijo y únicamente puede ser modificado con el acuerdo por escrito de las partes.

- 7 El banco demandado fue condenado a devolver todos los importes que, recibidos en virtud de la aplicación de las cláusulas abusivas, excedieran de los calculados aplicando la fórmula adoptada por el Tribunal.
- 8 Una vez apreciado el carácter abusivo de la cláusula que brinda al banco la posibilidad de modificar unilateralmente el tipo de interés corriente sin aplicar criterios transparentes, el Tribunal estimó que suprimirla sin determinar las consecuencias resultantes de dicha apreciación supondría, en la práctica, modificar el contrato estableciendo como tipo de interés el vigente durante el primer año de vida del crédito, de modo que el contrato resultaría particularmente conveniente para el profesional, circunstancia que probablemente haría fracasar cualquier eventual negociación. Por otra parte, el establecimiento de un tipo de interés fijo entrañaría modificar el contrato en contra del acuerdo entre las partes, que pactaron un tipo de interés variable.
- 9 Remitiéndose a las sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos Banco Español de Crédito (C-618/10), Unicaja Banco y Caixabank (C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13) y Jörös (C-397/11), el Tribunal señaló que la mera apreciación de la nulidad absoluta priva al contrato de toda posibilidad válida de variación de los intereses, lo cual pone en entredicho la propia subsistencia del contrato, y que la iniciación de nuevas negociaciones entre las partes no garantizaría la resolución eficaz y efectiva de la controversia, pues su fracaso volvería a llevar a las partes ante el tribunal.
- 10 Dado que el Tribunal consideró, sobre la base de todas las consideraciones anteriores, que la «intervención» del juez encaminada a corregir o eliminar los elementos abusivos debe prevalecer y que es necesaria para restablecer el equilibrio contractual, decidió, a falta de una norma nacional en vigor en el momento de celebración del contrato que regule el método para determinar los tipos de interés en los contratos de crédito garantizados mediante hipoteca, aplicar por analogía las disposiciones del artículo 9 *quater*, letra g), punto 1, de la O.G. n.º 21/1992, y del artículo 37, letra a), de la O.U.G. n.º 50/2010.

Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal

- 11 A. A. A. estima que las cláusulas relativas al método de determinación de los intereses —la parte relativa al *tipo de referencia variable*— son abusivas en tanto ese componente del tipo de interés permite al banco modificar arbitrariamente el importe de los intereses, perjudicando así los intereses legítimos del consumidor.
- 12 El banco apelante afirma, en esencia, que el Tribunal ha modificado la fórmula de cálculo para toda la vigencia del crédito, ignorando por completo la voluntad de las partes en el momento en el que se celebró el contrato, extralimitándose de sus competencias jurisdiccionales y soslayando la reciente jurisprudencia del Tribunal

de Justicia, en particular la sentencia dictada en el asunto C-618/10, Banco Español de Crédito. Considera que el principio de simetría de los actos jurídicos implica que una relación jurídica derivada de un contrato únicamente puede modificarse por vía contractual, y no judicial. Por otro lado, según el banco, el órgano jurisdiccional de primera instancia basó incorrectamente su decisión en el artículo 9 *quater*, letra g), punto 1, de la O.G. n.º 21/1992 y en la O.U.G. n.º 50/2010, que no estaban en vigor en el momento en el que se celebró el contrato de crédito.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 13 Según el órgano jurisdiccional remitente, partiendo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia antes citada los jueces nacionales han interpretado y aplicado de distinta forma las disposiciones del artículo 6 de la Ley n.º 193/2000, por la que se transpone el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, de modo que resulta necesario solicitar al Tribunal de Justicia que interprete dicho artículo para poder determinar las consecuencias derivadas de la apreciación del carácter abusivo de la cláusula que establece el método de cálculo de los intereses variables a partir del segundo año de vigencia del crédito, en el marco de un contrato de crédito a tipo fijo durante el primer año y a tipo variable en años sucesivos.
- 14 De conformidad con el Derecho nacional, la sanción en caso de constatación del carácter abusivo de una cláusula es su nulidad absoluta en todo caso. Sin embargo, en la jurisprudencia nacional coexisten opiniones discrepantes sobre las consecuencias jurídicas de esa sanción en la relación jurídica entre las partes contractuales, en particular en lo que respecta a la determinación del modo de calcular los intereses de cara al futuro.
- 15 **Conforme a una primera opinión**, las resoluciones en las que se constate el carácter abusivo de la cláusula que regula el método de cálculo de los intereses variables deben dar lugar a una negociación entre las partes, encaminada a que se determine un nuevo método de cálculo de los intereses. Se considera, pues, que las partes tienen la obligación de negociar esa cláusula de buena fe y de forma efectiva y eficaz para que el contrato celebrado entre las partes pueda seguir ejecutándose.
- 16 Los jueces a favor de este planteamiento han considerado que ni la legislación nacional ni la Directiva 93/13 permiten al juez intervenir en el acuerdo de voluntad de las partes y modificar el contenido de una cláusula. Dichos jueces estiman, por tanto, que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, en particular, la sentencia dictada en el asunto Banco Español de Crédito se oponen expresamente a que el juez complete el acuerdo de las partes, dado que estas son soberanas para determinar todas las cláusulas contractuales.
- 17 A continuación, el órgano jurisdiccional remitente expone algunas deficiencias de las que adolece el citado planteamiento. En primer lugar, las sentencias que siguen ese enfoque son criticables, pues no aclaran si el contrato de crédito puede

subsistir, lo cual va en contra de lo que declaró el Tribunal de Justicia en el apartado 48 de la sentencia Jörös. Conminar a las partes a negociar demoraría la respuesta a la cuestión de si el contrato puede o no subsistir.

- 18 En segundo lugar, la controversia no quedaría resuelta con carácter definitivo, a pesar de que el objetivo que se persiguió con la incoación del procedimiento fuera precisamente la resolución del conflicto entre las partes. En efecto, no puede excluirse que el bloqueo de las negociaciones obligue a acudir nuevamente ante el juez para que este establezca un método de cálculo de los intereses. Esas situaciones ya se han producido y, en tales asuntos los jueces han inadmitido las demandas por el hecho de que el contrato debe ser el resultado del acuerdo entre las partes y no puede ser impuesto por el tribunal. En tales circunstancias puede quedar en entredicho la propia subsistencia del contrato de crédito pues, ante la inexistencia de intereses, las obligaciones del profesional carecerían de causa.
- 19 En tercer lugar, otra crítica que cabría formular contra esa línea jurisprudencial, a falta de un método válido de cálculo de los intereses en el momento en el que se dicta la sentencia, es la dificultad a la que se enfrenta el juez a la hora de cuantificar los intereses pagados en exceso en virtud de la cláusula abusiva, y que deben ser devueltos. Algunos jueces han inadmitido las pretensiones de reembolso considerándolas prematuras, al entender que es preciso contar con una fórmula de cálculo de origen contractual, mientras que otros han solicitado a las partes que firmen una adenda al contrato que defina un método de cálculo que también sea válido con carácter retroactivo, a partir del momento de la firma del contrato.
- 20 Pues bien, por un lado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia consagra el derecho al reembolso de las prestaciones efectuadas en virtud de la cláusula abusiva (sentencia Gutiérrez Naranjo) y, por otro, el Derecho nacional exige que, como consecuencia de la constatación de la nulidad absoluta, se restablezca la situación que existía entre las partes antes de la firma del contrato, mediante el reembolso de los importes abonados en virtud de la cláusula abusiva.
- 21 En cuarto lugar, en la práctica, las sentencias que obligaban a las partes a negociar no incluían esa obligación en el fallo, sino únicamente en los fundamentos, y no establecían criterios de referencia claros para delimitar el ámbito de la negociación (duración prevista, calendario, elementos a tomar en consideración, sanciones).
- 22 **Conforme a una segunda opinión**, el juez declara el carácter abusivo de la cláusula relativa a los intereses y dispone la adaptación del contrato, estableciendo que, a partir del segundo año de vigencia del crédito, es decir, una vez transcurrido el período para el que se ha previsto un tipo de interés fijo, se aplique una fórmula de cálculo de los intereses constituida por el margen fijo aplicable a partir del segundo año de vida del crédito más un índice de referencia válido para la moneda de denominación del crédito — LIBOR/EURIBOR.

- 23 Los jueces partidarios de ese enfoque han estimado que solo tiene carácter abusivo la parte de la cláusula que prevé un parámetro variable, no transparente, y no la que prevé un margen fijo, establecido como un porcentaje y convenido entre las partes. Al considerar que la mera apreciación de la nulidad absoluta de las disposiciones del acuerdo entre las partes relativas a los intereses implica que, pese a que las partes hayan convenido un tipo de interés variable, el contrato ya no recoge ningún método válido para determinar su variación, lo que pone en riesgo la propia subsistencia del contrato, y que someter esa cuestión a las negociaciones entre las partes no garantiza una resolución eficaz y efectiva de la controversia, los jueces que defienden ese planteamiento se han basado en un margen fijo al que han añadido un parámetro objetivo, transparente y comprobable (EURIBOR/LIBOR), manteniendo así el carácter variable de los intereses.
- 24 Para justificar su elección del elemento de variación que ha de añadirse al margen fijo, esos jueces han recurrido a disposiciones que entraron en vigor después de la celebración del contrato, es decir, al artículo 9 *quater*, letra g), punto 1, de la O.G. n.º 21/1992 y al artículo 37, letra a), de la O.U.G. n.º 50/2010, aplicándolas por analogía. El órgano jurisdiccional remitente destaca que esas disposiciones no son pertinentes para la resolución de la controversia y que, en la fecha de celebración del contrato de crédito, no había ninguna norma en el Derecho nacional que regulase la posibilidad de que el juez adaptase el contrato celebrado entre las partes.
- 25 Otros jueces han optado por «interpretar» la voluntad de las partes a partir del acto originario, considerando que, en función de la moneda de concesión del crédito, el parámetro variable que debería servir de referencia para determinar los intereses es el EURIBOR/LIBOR, por cuanto que es razonable entender que, mediante la expresión «tipo de referencia variable expuesto en las oficinas del banco», las partes han pretendido referirse al índice Euribor/mes.
- 26 Esa orientación también es criticable en la medida en que, en primer lugar, en el momento de la celebración del contrato de crédito en cuestión no existía en el Derecho rumano ninguna norma que permitiese al juez adaptar el contrato ofreciendo una nueva redacción de la cláusula relativa a las modalidades de cálculo de los intereses. En segundo lugar, tampoco existían en dicha fecha normas supletorias relativas a las modalidades de determinación del tipo de interés variable a las que los jueces pudieran recurrir, según establece la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (sentencia Kásler y Káslerné Rábai). En tercer lugar, los jueces se enfrentarían a dificultades prácticas, pues deberían escoger entre distintos parámetros (EURIBOR/LIBOR a 1 mes, a 3 meses, a 6 meses, a 12 meses) y justificar la elección de uno u otro.
- 27 **Conforme a un tercer planteamiento**, una vez declarada la nulidad parcial de la cláusula que regula el mecanismo de determinación de los intereses aplicables a partir del segundo año de concesión del crédito (en lo que respecta al elemento de variación no transparente), se precisa que los intereses deben calcularse exclusivamente con arreglo al margen fijo, que se mantiene.

- 28 Según esa línea jurisprudencial, la parte de la cláusula que determina el margen fijo a efectos del cálculo de los intereses no ha sido anulada y, por lo tanto, no puede ser ni modificada ni suprimida del contrato. Lo único que debe eliminarse es el mecanismo contractual en virtud del cual se añade a dicho margen fijo un margen de interés que el banco determina de forma exclusivamente interna y unilateral. Por lo tanto, el contrato puede subsistir sin perjudicar al consumidor, aplicándose el margen fijo contractualmente aceptado.
- 29 Se considera, por consiguiente, que aunque el contrato se ha transformado, *de facto*, en un contrato a tipo fijo, puede subsistir con esa forma en la medida en que respeta la voluntad de las partes, no resulta abusivo y además es conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que obliga a suprimir las cláusulas abusivas y a mantener intactas las demás cuando el contrato pueda subsistir, sin que el juez intervenga en el mecanismo de cálculo del tipo de interés.
- 30 **Conforme a una cuarta opinión**, una vez apreciado el carácter abusivo de la cláusula que regula el mecanismo de determinación de los intereses aplicables a contar desde el segundo año de concesión del crédito, debe seguir aplicándose la cláusula relativa al método de determinación del tipo de interés válida durante el primer año.
- 31 Esa opinión, que es muy minoritaria, se basa en que la única referencia clara a los intereses en el contrato de crédito entre las partes es la concerniente a los intereses aplicables durante el primer año, que se determinan mediante un porcentaje fijo, de modo que únicamente se pueden imponer al consumidor esos intereses, los cuales ya conocía en el momento en que celebró el contrato de crédito y había aceptado desde que se originó la relación contractual.
- 32 Sin embargo, esa solución es criticable, por un lado, porque perpetúa los intereses establecidos exclusivamente para el primer año del contrato y, por otro, porque presupone una intervención en el contrato y la eliminación del carácter variable de los intereses.
- 33 El órgano jurisdiccional remitente señala que, en el ámbito nacional, los foros profesionales de magistrados en los que se han analizado situaciones de práctica no uniforme se ha llegado a la conclusión de que el juez no puede intervenir en el contrato.