

# Versión anonimizada

C-300/23 - 1

Asunto C-300/23

## Petición de decisión prejudicial

### Fecha de presentación:

10 de mayo de 2023

### Órgano jurisdiccional remitente:

Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Donostia – San Sebastián  
(España)

### Fecha de la resolución de remisión:

27 de abril de 2023

### Parte demandante:

NB

### Parte demandada:

Kutxabank, S. A.

Inscrito en el registro del Tribunal de Justicia con el número <u>1257232</u>
Luxemburgo, el <u>12. 05. 2023</u>
Fax/E-mail: ..... <i>por orden</i>
Presentado el: <u>10.05.23</u>
El Secretario, por orden <i>Leticia Carrasco Marco</i> Administradora

Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Donostia-San Sebastián

[OMISSIS] **Procedimiento Ordinario** [sobre nulidad de condiciones generales de contratación]

[OMISSIS] [datos del órgano jurisdiccional remitente y formalidades procesales]

## AUTO

[OMISSIS] [formalidades procesales]

## ELEVACION DE CUESTIONES PREJUDICIALES

### ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA

### UNION EUROPEA

ES

[OMISSIS] [formalidades procesales]

### ANTECEDENTES DE HECHO

- 1 El día 4 de marzo de 2022, [OMISSIS] el Sr. NB presentó, ante este **Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Donostia-San Sebastián**, Demanda de Juicio Ordinario de Cuantía Indeterminada en reclamación, entre otras, del carácter abusivo de la Cláusula Tercera *Bis* del contrato que, con fecha 11 de septiembre de 2006, este suscribió con la entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San Sebastián, actualmente **Kutxabank**.
- 2 [OMISSIS] [formalidades procesales] el Sr. NB solicitaba que, con suspensión del presente procedimiento, este Juzgado de Primera Instancia n.º 8 de Donostia-San Sebastián elevara cuestión prejudicial ante el TJUE, en relación con una serie de dudas recogidas en el cuerpo de su demanda, a fin de arrojar luz definitiva sobre una controversia que requiere fijar de manera definitiva los criterios interpretativos de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) a seguir de manera uniforme por los jueces nacionales. Añadía la parte demandante que nuestro Tribunal Supremo viene negando sistemáticamente todos los Recursos de Casación que se elevan por parte de los consumidores al entender, tras su interpretación de la jurisprudencia del TJUE, la desaparición sobrevenida del objeto de litigio, y considerar que, para todos los casos, la controvertida cláusula [se] reputa válida dado el carácter oficial del índice y su publicación en el BOE.
- 3 [OMISSIS] [El demandante expuso la necesidad] de elevar cuestión prejudicial respecto de una serie de contradicciones que, a su juicio, se observaban entre la Jurisprudencia establecida por el TJUE en los asuntos C-125/18, C-655/20 y C-79/21, y la posterior y definitiva interpretación que de la misma ha realizado nuestro Tribunal Supremo. [OMISSIS]. [Formalidades procesales]
- 4 [OMISSIS] [Formalidades procesales]
- 5 [OMISSIS] La **parte demandada, KUTXABANK, S. A.**, [OMISSIS] [consideró que no era necesario elevar ninguna cuestión prejudicial ante el TJUE] [OMISSIS]. [Formalidades procesales]
- 6 [OMISSIS] [Repetición de la postura de la parte demandante favorable al planteamiento de las cuestiones prejudiciales]
- 7 [OMISSIS] El Ministerio Fiscal [sostiene que es necesaria la petición de decisión prejudicial y propone la formulación de una nueva cuestión] [OMISSIS]

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **PRIMERO.- SOBRE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMUNITARIA**

- 8 [OMISSIS] [Referencia al artículo 267 TFUE]

- 9 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, son necesarias para emitir el fallo, y 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.- MARCO NORMATIVO COMUNITARIO**

- 10 **Directiva 93/13/CEE** del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Los considerandos: 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».*

- 11 **Directiva 2005/29/CE** del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior.
- 12 En relación con la **Directiva 93/13**, entiendo de especial trascendencia el **artículo 3**, relativo al concepto de cláusula abusiva; el **artículo 5**, relativo a la necesidad de que las cláusulas insertas en un contrato suscrito entre un profesional y un consumidor estén redactadas de manera clara y comprensible; el **artículo 6**, por el que las cláusulas declaradas abusivas no vincularán al consumidor; y el **artículo 7**, por el que se exige de los Estados miembros la adopción de medidas adecuadas y eficaces que posibiliten el cese en el uso de cláusulas abusivas por parte de los profesionales en los contratos que celebren con consumidores.
- 13 En relación con la **Directiva 2005/29**, y a la vista del redactado de la cláusula que incorpora el tipo hipotecario **IRPH Cajas** al contrato, entiendo de especial trascendencia su **artículo 7**, relativo a la omisión de información sustancial por parte del profesional, información necesaria para que el Sr. NB decidiera con pleno conocimiento de causa las consecuencias económicas potencialmente significativas derivadas de la transacción que iba a suscribir, información que, de haber sido conocida por éste, bien le pudo llevar a tomar una decisión diferente a la que finalmente tomó.
- 14 Entiendo que el artículo 7 de la Directiva 2005/29 ha de ponerse en relación con el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 y con el [apartado] 69 de la [sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164], relativa a lo que ha de entenderse por «desequilibrio pese a las exigencias de la buena fe».

### **TERCERO.- MARCO NORMATIVO ESPAÑOL**

- 15 **[Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (TRLGDCU).]**

*Artículo 8. Derechos básicos de los consumidores y usuarios. Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:*

[...]

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.*

[...]

d) *La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.*

*Artículo 60. Información previa al contrato.*

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

*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.*

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 aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, 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.*

*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.*

- 16 **Orden de 5 de mayo de 1994** sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, modificada por la O.M. de 27 de octubre de 1995, [aplicable] en caso de que el importe del préstamo solicitado sea igual o inferior a 150.000 euros, que estuvo en vigor del 11-8-94 al 29-04-12, momento en que entró en vigor la nueva O.M. 2899/2011 de 28 de octubre, de transparencia y protección de los clientes de servicios bancarios.
- 17 **Ley 26/88 de 29 de julio** sobre disciplina e intervención de entidades de crédito, aplicable en el momento de celebración del contrato.
- 18 **Ley de apoyo a los emprendedores 14/2013**, de 27 de septiembre, D.A. 5ta, en la que se determina que con efectos el 1 de noviembre de 2013 se deja de publicar el IRPH Cajas y Bancos y el Tipo CECA.
- 19 **Ley 7/98, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación**, arts. 3, 8.1, 8. 2, 5.5, 7 y 10.
- 20 **Código Civil**, artículo 1303 y demás concordantes.
- 21 **EL IRPH CAJAS** ha sido un índice reglado, normativo y por lo tanto legal.
- 22 El **anexo VIII de la Circular 5/1994** de 22 de julio define el IRPH CAJAS 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 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 esos plazos por el colectivo de cajas, de acuerdo con la norma segunda».

- 23 Actualmente existen seis índices de referencia oficiales en España según la **Orden EHA 2899/2011** de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. El art. 27.1.a) se refiere el IRPH de las Entidades Españolas. Para confeccionar el IRPH se toman los valores de las operaciones realmente formalizadas por las entidades con sus clientes en cada periodo.
- 24 El **IRPH** fue diseñado por las autoridades financieras del país, Banco de España y Dirección General del Tesoro, habi[éndole] otorgado carácter oficial desde el momento [en] que lo incluyen en las Circulares del Banco de España mencionadas y se publica en el Boletín Oficial del Estado.

#### **CUARTO.- RESUMEN DEL SUPUESTO FÁCTICO.**

- 25 El día 4 de marzo de 2022, [OMISSIS] [el demandante] presentó, ante este Juzgado [OMISSIS], demanda de juicio ordinario de cuantía indeterminada en reclamación, entre otras, de la declaración de nulidad y de los efectos inherentes a la misma, por el carácter abusivo de la cláusula tercera *bis* del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre [el demandante y] la entidad Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San Sebastián, actualmente KUTXABANK, S. A., el 11 de septiembre de 2006.
- 26 La cláusula tercera *bis* del citado contrato, define el IRPH CAJAS como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamos con garantía hipotecaria otorgados por las cajas de ahorro a plazo igual o superior a tres años, para la adquisición de vivienda libre, sin transformación alguna, y que sea el último publicado por el Banco de España en el mes anterior de cada fecha prevista para la revisión del tipo de interés, y subsidiariamente, el último publicado por el Banco De España con antelación al mes anterior citado.

La cláusula omite la parte que concreta que dichos tipos de interés medios ponderados, serán los tipos TAE declarados al Banco de España por el colectivo de cajas. Entiendo que tal omisión puede llevar al lector a representarse una idea equivocada de cómo se configura el índice y, por tanto, de las consecuencias económicas potencialmente significativas que se van a derivar para su economía, más aún, cuando el contrato está proyectado a treinta y cinco años.

#### **QUINTO.- ELEMENTOS DE HECHO Y DUDAS RESPECTO DE LA INTERPRETACION QUE DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE REALIZA NUESTRO TRIBUNAL SUPREMO**

- 27 La **Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994**, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, delegó en el **Banco de España** la definición y difusión de los **Índices de Referencia** oficiales aplicables a los préstamos hipotecarios concertados a tipo variable, de manera que éste, con fecha 22 de julio de 1994, publicaba la **Circular 5/1994**, dirigida a Entidades de Crédito, recogida en el BOE n.º 184, de 3 de agosto de 1994, páginas 25.106 a 25.111, que añadía un novedoso Anexo VIII a lo que había sido su anterior

**Circular 8/1990** de 7 de septiembre de 1990, publicada en el BOE n.º 226, de 20 de septiembre de 1990, páginas a 27.508, publicación en el BOE que se mantuvo en su original redacción, por lo que la Circular 8/1990 del Banco de España recogida en el BOE no hace alusión alguna a los tipos IRPH.

27.2 La **Circular 5/1994**, de 22 de julio, del **Banco de España**, que definía los tipos **IRPH** y los incorporaba al mercado hipotecario español, advertía a las entidades financieras a las que iba dirigida que su simple utilización directa implicaría consecuencias negativas para el cliente, pues situaría la tasa anual equivalente de su contrato por encima de la tasa anual equivalente del mercado, situación que se evitaría aplicando un adecuado **diferencial negativo** cuyo valor variaría según las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas.

- 28 Así las cosas, esta juzgadora puede entender que un **Índice de Referencia** se determine a través de una media simple de los **Índices de Referencia** utilizados para operaciones homólogas a la que interesa; puede igualmente entender que un **Tipo de Interés** se determine a través de una media simple de los **Tipos de Interés** utilizados para operaciones homólogas a la que interesa; ahora bien, lo que le resulta difícil de entender es que un **Índice de Referencia** se determine a partir de una media simple de los **Tipos TAE** de las operaciones homólogas a la que interesa, pues ello significa que el consumidor que remite su contrato a un tipo **IRPH**, abona, solo en concepto de **Índice de Referencia**, lo que los clientes que suscribieron operaciones homólogas a la suya abonaron por todos los conceptos, esto es, por **Índice de Referencia, Diferencial, Gastos de Comprobación Registral, Gastos de Gestoría y Tramitación, Gastos de Registro, Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, Seguro de Daños, y Coste de Mantenimiento** de las cuentas de pago vinculadas a los préstamos, a lo que sumará su propio Diferencial, y sus propios sus Gastos de Comprobación Registral, Gastos de Gestoría y Tramitación, Gastos de Registro, Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, Seguro de Daños, y Coste de Mantenimiento de la cuenta de pago vinculada a su propio préstamo.
- 29 A estos elementos integrantes de la **TAE** con la que se elabora el tipo **IRPH Entidades** a día de hoy ha de añadirse una **Comisión de Apertura** que, en el momento de la contratación, se imponía en todos los contratos [y] que se integraba en la **TAE** de las operaciones con las que se determinaba el tipo **IRPH Cajas**, sin perjuicio de que el consumidor volvía a abonar una **Comisión de Apertura**, la propia.
- 30 De ahí que, al igual que el **Abogado General**, considero de **vital importancia** que el profesional informe de ello al consumidor contratante habida cuenta de que, también desde mi punto de vista, un consumidor medio no alcanza a comprender por sí mismo conceptos como «**tipo de interés**», «**índice de referencia**» o «**tasa anual equivalente**» (**TAE**), las diferencias entre ellos, y, en consecuencia, el funcionamiento del método de cálculo de los **Índices de Referencia** determinados a partir de dichos **Tipos TAE**.

- 31 Resulta difícil entender que el **Banco de España**, en la misma **Circular 5/1994**, de 22 de julio, por la que comunica a las entidades financieras la incorporación al mercado hipotecario español de los tipos **IRPH** ya se vea obligad[o] a advertir a estas de los problemas, para el cliente, de su simple utilización directa, concretamente [d]el problema de que la **TAE** de su operación se situará por encima de la **TAE** del mercado, y de la necesidad de aplicar un **diferencial negativo** a fin de evitar dicha situación, dejando en manos de las entidades que sean ellas quienes decidan si atienden la advertencia o la desoyen, sin que quien desoye la advertencia reciba ningún tipo de reproche.
- 32 A la vista de su tenor literal, esta juzgadora entiende que la **Circular 5/1994**, del **Banco de España**, no está imponiendo la obligación de incorporar un diferencial negativo, pero sí que está advirtiendo a las entidades financieras de las consecuencias económicas de no hacerlo, de que la simple utilización directa del tipo **IRPH** supone elevar la **TAE** de la operación por encima de la **TAE** del mercado, y proponiendo una medida para evitarlo, [esto es,] incorporar el adecuado diferencial negativo. Visto así, esta juzgadora entiende que la no incorporación de dicho diferencial negativo a fin de evitar que la **TAE** de la operación del Sr. NB se colocara, de manera permanente, por encima de la **TAE** del mercado, no constituye el incumplimiento de un mandato del **Banco de España**, pero de no seguirse el criterio de la referida Circular 5/1994, a sabiendas de las consecuencias que de ello se derivan para el cliente, [esa no incorporación de un diferencial negativo] pudiera constituir una conducta contraria a la buena fe y generadora de un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor.
- 33 Por otro lado, ha de tenerse en cuenta que los consumidores no son conocedores de las Circulares que el Banco de España dirige a las entidades financieras, por lo que, al no ser tampoco conocedores de que si su contrato de préstamo hipotecario se remite a un tipo **IRPH** sería necesario incorporar un diferencial negativo a fin de evitar situar su **TAE** por encima de la **TAE** de mercado, ni aluden a ello en la fase precontractual, ni lo solicitan de la entidad, ni lo exigen, al punto de que entienden que han firmado un contrato en muy buenas condiciones cuando incorporan un diferencial cero o menor que el que habitualmente se incorpora al tipo euríbor, sin que nadie les informe de que los tipos **IRPH** requieren incorporar un diferencial negativo, no un pequeño diferencial positivo o un diferencial cero.
- 34 Conviene llamar la atención, siguiendo esta misma línea de argumentación, que en los casos de financiación de **vivienda protegida**, probablemente por estar esta supervisada por las Administraciones Públicas, las mismas entidades que incorporan diferenciales cero o positivos en la contratación de vivienda libre por consumidores, atiendan, aquí sí, la advertencia del **Banco de España**, incorporando un **diferencial negativo**, o aplicando un **porcentaje** del tipo **IRPH**, o utilizando un **coeficiente reductor**.
- 35 Finalmente, entiendo necesario tomar en consideración que los **Tipos TAE** remitidos al **Banco de España** por las **Cajas de Ahorro** a fin de que este determinara el **IRPH Cajas** de ese mes incluían elementos cuyo carácter abusivo

ya no se discute, como es el caso de algunos Gastos que se imputaban al consumidor y que correspondía abonar al profesional, o cuya legalidad está en entredicho, como la Comisión de Apertura, lo que me lleva a la duda de si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, por el que no vincularán al consumidor las cláusulas abusivas, se opone a la validez de una cláusula como la relativa al tipo IRPH Cajas, que se ha determinado, mes a mes, a partir de los datos resultantes de la utilización de algunas cláusulas declaradas abusivas.

**SEXTO.-** Estas reflexiones llevan a esta juzgadora a entender necesario que el TJUE se pronuncie respecto de un **primer bloque de cuestiones**:

*1ª.- Si teniendo en cuenta que el Banco de España, en la misma Circular 5/1994, de 22 de julio, por la que incorporaba al mercado hipotecario español los tipos IRPH, también advertía de que su simple utilización directa suponía colocar la TAE de la operación por encima de la TAE del mercado, y que para evitarlo resultaba necesario incorporar el adecuado diferencial negativo, ignorar esta advertencia, y no incorporar tal diferencial negativo, puede entenderse como una forma de generar ese desequilibrio pese a la exigencia de la buena fe al que alude el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE.*

*2ª.- Si, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula inserta en un contrato de préstamo hipotecario a interés variable que referencia el interés remuneratorio a un índice oficial como el IRPH y que, por las características de su cálculo, no es reflejo únicamente de los intereses remuneratorios y requiere aplicar un diferencial de cálculo complejo para poder compararlo con otros índices y conlleva para el consumidor el riesgo potencial de tener que asumir el pago parcialmente duplicado de comisiones bancadas, el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE debe Interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa o a una jurisprudencia que permita al profesional no incluir en el contrato, ni facilitar expresamente al consumidor con antelación suficiente a su celebración, la siguiente información:*

- 1. que el tipo de referencia no es reflejo únicamente del interés remuneratorio sino también de las comisiones;*
- 2. el incremento concreto que ello supone;*
- 3. si aplica por su parte un diferencial negativo en el margen del tipo de referencia para compensar ese incremento.*

*Todo ello con la finalidad de facilitar que el consumidor pueda hacer una comparación real entre los distintos tipos de referencia posibles y que pueda tener conocimiento de si en el contrato que va a celebrar va a asumir el pago de comisiones parcialmente duplicadas y en qué cuantía y, en su caso, pueda impugnarlas.*

*3ª.- Si el hecho de que las entidades financieras apliquen diferenciales negativos, coeficientes reductores o porcentajes de IRPH, tal y como previene el Banco de*

*España, únicamente en los casos en los que los contratos de préstamo hipotecario se destinan a la adquisición de vivienda protegida y se supervisan por las Administraciones Públicas y, por el contrario, no apliquen dichos diferenciales negativos, coeficientes reductores o porcentajes de IRPH, cuando el préstamo hipotecario contratado se destina a la adquisición de vivienda libre, sin la supervisión de las Administraciones Públicas, puede constituir una forma de generar ese desequilibrio pese a la exigencia de la buena fe al que alude el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE.*

*4ª.- Si habiéndose declarado abusivos elementos que integraron las TAE de las operaciones de préstamo hipotecario que se utilizaron para la determinación del tipo IRPH Cajas, mes a mes, como es el caso de la Comisión de Apertura o ciertos Gastos que correspondía abonar al profesional, resulta contrario al artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE mantener la validez de la cláusula que incorpora el tipo IRPH Cajas que se ha determinado, mes a mes, a partir de datos obtenidos en aplicación de cláusulas declaradas abusivas.*

- 36 Esta juzgadora entiende que tanto la **Comisión Europea** como el **Abogado General** y la **Gran Sala del TJUE**, en el asunto seguido ante dicho Tribunal identificado como **C-125/18**, coinciden en entender que el consumidor, dada la situación de desequilibrio, en cuanto a información, en la que se encuentra respecto del profesional con quien contrata, ha de recibir la información necesaria respecto del funcionamiento del método de cálculo del índice **IRPH** a fin de poder tomar así una **decisión prudente**, y con conocimiento de causa de cómo opera éste, y poder así, igualmente, valorar, con arreglo a criterios precisos y comprensibles, la incidencia que su aplicación va a representar en su economía.
- 37 Igualmente entiendo que tanto la **Comisión Europea** como el **Abogado General** y la **Gran Sala del TJUE** han establecido que ha de ser el profesional quien, tanto a través de la información suministrada en la fase precontractual como a través de la información incorporada al clausulado, ha de proporcionar al **consumidor** la información necesaria para que éste **comprenda** el funcionamiento del método de cálculo del controvertido índice a fin de poder así disponer de los elementos necesarios para valorar las consecuencias económicas derivadas de su incorporación al contrato.
- 38 La **Comisión Europea**, en [el apartado **57 de sus observaciones presentadas en el asunto C-125/18**], en relación con el deber de transparencia recogido en los **artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13**, y en lo relativo a una cláusula que incorporaba un índice del tipo **IRPH**, [sostiene que el profesional está obligado a] explicar al consumidor cómo se configuraba el tipo de referencia, cuál había sido su evolución en el pasado y las previsiones de futuro hasta donde fuera posible conocer.
- 39 El **Abogado General**, en [el punto 2 de sus conclusiones presentadas en el asunto C-125/18], considera que los consumidores no son conocedores de lo que suponen conceptos como **Índice de Referencia, Tipo de Interés, o Tipo TAE**, las

diferencias entre ellos y el funcionamiento y método de cálculo de los tipos de interés variable y de las **TAE** sobre cuya base se determinan los tipos **IRPH**, información necesaria para comprender el coste real de sus préstamos, por lo que concluye entendiendo que resulta de vital importancia la información proporcionada por el **profesional**.

- 40 En [el punto 125 de sus conclusiones presentadas en el asunto C-125/18], el **Abogado General**, tras recordar que la fórmula de cálculo del tipo **IRPH Cajas** resulta compleja y poco transparente, conecta la transparencia con la información proporcionada por el profesional, de manera que establece que para que la cláusula que incorpora un índice como el **IRPH** al contrato supere el **Control de Transparencia**, la información proporcionada por el profesional ha de permitir que el consumidor contratante pueda tomar una decisión prudente y con pleno conocimiento de lo que supone su método de cálculo, debiendo especificar, además, la definición completa del índice, su evolución en el pasado, y también las disposiciones de la normativa nacional pertinentes que determinan dicho índice.
- 41 La **Gran Sala del TJUE**, en el [apartado 51] de su **STJUE C-125/18**, de 3 de marzo de 2020, ha establecido que para entender superado el **Control de Transparencia** de una cláusula que estipula la retribución correspondiente a una préstamo mediante intereses que se calculan según un tipo variable, ésta, es decir, **la cláusula**, no solo ha de resultar comprensible para el consumidor en un plano formal y gramatical, sino que, también, ha de posibilitar que el consumidor contratante esté en condiciones de **comprender** el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar así, atendiendo a criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas potencialmente significativa de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras.
- 42 Así las cosas, esta juzgadora entiende que ha de comprobar si la cláusula objeto de controversia, dado su contenido literal, posibilita que el consumidor pueda **comprender** el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés y [valorar] así, atendiendo a criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas potencialmente significativas de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras.
- 43 En esta línea, la **Gran Sala del TJUE**, en el [apartado 52] de su **STJUE C-125/18**, de 3 de marzo de 2020, ha establecido que corresponde al juez nacional llevar a cabo las **comprobaciones necesarias** a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que figuran la publicidad y la **información proporcionada por el prestamista** en el marco de la negociación de un contrato de préstamo, y, más concretamente, que incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, **verificar** que, en el asunto de que se trate, se hubieran comunicado al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo, añadiendo que desempeñan un papel decisivo en tal apreciación, por una parte, la cuestión de si

las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de manera que permitan a un consumidor medio, según se ha descrito en el **apartado 51** de la **STJUE C-125/18**, evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de préstamo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato.

- 44 Habida cuenta [de] que el contrato litigioso (formalizado en la **ESCRITURA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO** de 11 de septiembre de 2006), en lo relativo a la cláusula que incorpora el tipo **IRPH Cajas**, aparentando transcribir la definición de éste, omite la parte final, la parte en la que se recoge que los tipos de interés medios ponderados con los que el Banco de España confeccionará la media simple que determinará el tipo **IRPH Cajas** serán **tipos TAE**, esta juzgadora no albergaría duda de que tal cláusula adolece de falta de transparencia, pues la cláusula, con tal **omisión**, no permite a la parte actora comprender el funcionamiento real de su método de cálculo a fin de que ésta pueda valorar, con arreglo a criterios precisos, las consecuencias económicas potencialmente significativas derivadas de su utilización.
- 45 Igualmente, entiendo que la omisión por parte de la entidad de la parte de la definición en la que se recoge que los tipos de interés medios ponderados serán **tipos TAE** puede constituir esa falta de mención en el contrato de información esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato a la que alude el citado [**apartado 52**].
- 46 Sin embargo, la interpretación [que] nuestro **Tribunal Supremo** [hace] en base a los [**apartados 53 y 56**] de la **STJUE C-125/18**, según la cual [del] hecho de que los elementos principales relativos al cálculo del tipo **IRPH Cajas** resultaran fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera la intención de contratar un préstamo hipotecario, pues figuraban en la **Circular 8/90**, publicada a su vez en el **BOE**, [cabe deducir] que esa publicación salva, para todos los casos, las exigencias de transparencia en cuanto a la composición y cálculo del **IRPH**, me [suscita dudas] respecto de la relevancia de las exigencias recogidas en los [**apartados 51, 52, 54 y 55**] de la **STJUE C-125/18** y [de] si, en definitiva, la mera publicación de la **definición** del tipo **IRPH** en el **BOE** salva, **para todos los casos**, las exigencias de transparencia en cuanto a [la] composición y [el] cálculo del **IRPH**.
- 47 A la vista de lo expuesto por la parte actora en su escrito de 24 de enero de 2023, y [que] ha podido corroborar esta juzgadora, los [**apartados 53 y 56**] de la **STJUE C-125/18**, en los que [se] asienta la fundamentación del **Tribunal Supremo**, no se ajustan exactamente a la realidad.
- 48 El [**apartado 53**] de la **STJUE C-125/18**, recoge que, por lo que respecta a una cláusula como la que nos ocupa, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del tipo **IRPH Cajas** resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la **Circular 8/1990**, publicada a su vez en el **BOE**,

permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades. Sin embargo, lo cierto es que la publicación en el **BOE** de la **Circular 8/1990** no permite a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice **IRPH Cajas** se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, pues la versión de dicha Circular publicada en el **BOE**, que es a donde se dirigiría un consumidor que buscara información por sí mismo, no hace referencia alguna a los tipos **IRPH**, y no lo hace por cuanto los tipos **IRPH** se incorporaron oficialmente al mercado hipotecario español a través de la **Circular 5/1994**, del **Banco de España**, cuatro años después de publicarse en el **BOE** la **Circular 8/1990**.

- 49 Así las cosas, lo cierto es que el consumidor, en todo caso, debería acudir al **BOE** de 3 de agosto de 1994 a fin de localizar en él, entre las páginas **25.106** y **25.111**, una desconocida **Circular 5/1994** del **Banco de España**, dirigida a entidades financieras, que es donde se encuentra la definición del tipo hipotecario **IRPH Cajas**, pero no su método de cálculo.
- 50 El [apartado 56] de la misma **STJUE C-125/18** recoge que los **artículos 4.2** y **5** de la **Directiva 93/13** deben 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, constituyendo 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.
- 51 Sin embargo, lo cierto es que los elementos principales relativos al cálculo del tipo **IRPH Cajas** no resultan fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación de su **modo de cálculo**, pues la **Circular 5/1994** del **Banco de España** no recoge, y, por tanto, **no publica su modo de cálculo**, únicamente **publica su definición**, de tal manera que, en todo caso, el consumidor debería, tras **localizar** dicha definición entre las páginas **25.106** y **25.111** del **BOE n° 184**, de 3 de agosto de 1994, y conociendo lo que es y representa un **tipo TAE**, **comprender** su método de cálculo, y **deducir**

por sí mismo, con su nulo conocimiento financiero, que, determinándose su **Índice de Referencia** a partir de **tipos TAE**, obligatoriamente incluirá **Diferenciales, Comisiones y Gastos**.

- 52 Pero nuestro **Tribunal Supremo**, sin alusión alguna a los [apartados 51, 52, 54 y 55] de la **STJUE C-125/18**, como si no existieran, centra su atención, exclusivamente, en un [apartado 53] que le lleva a entender que, **según concluye el TJUE**, el hecho de que los principales elementos relativos al cálculo del **IRPH** resultaran fácilmente asequibles, dada la publicación de la **Circular 8/1990** en el **BOE**, salva, **para todos los casos**, las exigencias de transparencia en cuanto a la composición y cálculo del **IRPH**, cuando yo, honestamente, no he visto que el **TJUE** alcanzara tal conclusión.

Transcribo la fundamentación jurídica en la que el **Tribunal Supremo** asienta tal conclusión

*CUARTO. - El control de transparencia según la STJUE de 3 de marzo de 2020*

[...]

*Cuando la STJUE afirma (apartado 53 de los razonamientos jurídicos y apartado 3 del fallo) que «los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera la intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el Boletín Oficial del Estado», concluye que esa publicación salva, para todos los casos, las exigencias de transparencia en cuanto a la composición y cálculo del IRPH.*

- 53 A los solos efectos de demostrar la dificultad que entraña, para un consumidor medio, diferenciar entre **Índice de Referencia**, **Tipo de Interés**, y **Tipo TAE** y [comprender] las consecuencias económicas derivadas de las **TAE** sobre cuya base se calculan los tipos **IRPH**, resulta gráfico observar que nuestro **Tribunal Supremo** no ha definido correctamente el **IRPH** en ninguna de las resoluciones dictadas a lo largo de los tres últimos años. Y así, a título ilustrativo, debemos recordar que en el **FJ 6.8** de la **STS 669/2017**, de 14 de diciembre, entendía erróneamente el tipo **IRPH Entidades** como la **media de los índices hipotecarios** de todas las entidades que actuaban en España al que se sumaba un margen o diferencial, en tanto que en la misma **STS 669/2017**, pero en su **FJ 6.12**, se refería al tipo **IRPH Entidades**, también erróneamente, como la **media de los tipos de interés medios** aplicables para la adquisición de vivienda libre en España.
- 54 Transcurridos tres años, nuestro **Tribunal Supremo** en su **STS 597/2020**, de 12 de noviembre, continuaba sin diferenciar lo que es **Índice de Referencia**, **Tipo de Interés**, o **Tipo TAE**, continuaba sin diferenciar lo que es **precio** de lo que es **coste** de un préstamo, y mantenía que el consumidor medio puede entender que el

índice **IRPH** constituye una media del precio de operaciones homólogas a las contratadas por él, cuando lo cierto es que el tipo **IRPH** constituye una **media del coste o tipo TAE** de esas operaciones homólogas.

Entiendo que si nuestro **Tribunal Supremo** tiene dificultades para definir con exactitud lo que son y representan los tipos **IRPH**, y utiliza indistintamente conceptos como media de **Índice de Referencia**, media de **Tipos de Interés**, o tipos **TAE**, como si fueran lo mismo, significa que no resulta tan sencillo, y menos para un consumidor, diferenciarlos, comprender el funcionamiento de su método de cálculo, y deducir que estos incluyen **diferenciales, comisiones y gastos**.

- 55 Vistos los problemas de nuestro **Tribunal Supremo** para diferenciar conceptos, tengo el convencimiento de que no se puede exigir que un consumidor medio comprenda, por sí mismo, conceptos tan complejos, métodos de cálculo incomprensibles, por lo que [ello] me reafirma en la idea de que los elementos principales relativos al cálculo del **IRPH Cajas** no resultan tan **fácilmente asequibles**, a partir de la información recogida en el **BOE**, a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario.

**SÉPTIMO.-** Todo ello me lleva a entender necesario que el TJUE se pronuncie respecto de un **SEGUNDO BLOQUE DE CUESTIONES ...**

*5ª.- Si resulta contraria a los párrafos 51º, 52º, 54º y 55º de la STJUE C-125/18, de 3 marzo de 2020, una jurisprudencia nacional, como la establecida por el Tribunal Supremo español, según la cual, sin necesidad de realizar las comprobaciones y verificaciones exigidas por dichos párrafos, el juez nacional ha de entender que el control de transparencia de una cláusula que incorpora el tipo hipotecario IRPH al contrato suscrito por un consumidor y un profesional queda superado, para todos los casos, por el hecho de que la definición de dicho tipo hipotecario viene recogida en el Boletín Oficial del Estado, concretamente en la Circular 5/1994, del Banco de España, publicada en el Boletín Oficial del Estado n.º 184, de 3 de agosto de 1994, entre las páginas 25.106 y 25.111, datos que el consumidor desconoce.*

*6ª.- Si resulta contraria a la Observación 57a de la Comisión Europea, de 31 de mayo de 2018, Conclusiones 2a y 125a del Abogado General, de 10 de septiembre de 2019, y párrafos 51º, 52º, 54º y 55º de la STJUE C-125/18, de 3 de marzo de 2020, una jurisprudencia nacional, como la establecida por el Tribunal Supremo español, según la cual el profesional contratante queda eximido de toda responsabilidad en cuanto a informar al consumidor respecto del funcionamiento del método de cálculo del tipo hipotecario IRPH y de las consecuencias económicas que de ello se derivan, trasladando ésta al propio consumidor, quien, con su nulo conocimiento financiero, ha de buscar tal información por sí mismo localizando y comprendiendo una definición publicada en el Boletín Oficial del Estado*

*que nada recoge expresamente respecto de la incorporación de Diferenciales y Gastos al controvertido índice, circunstancia que él mismo ha de deducir a partir de conocer que dicho tipo hipotecario se determina mensualmente a través de una media de las TAE de las operaciones de referencia.*

*7ª.- Si resulta compatible una interpretación de los párrafos 53º y 56º de la STJUE C-125/18, según la cual la simple publicación de la definición del tipo IRPH en el BOE permite al consumidor contratante conocer que éste incorpora los diferenciales y gastos aplicados por las entidades, con una reiterada jurisprudencia del TJUE, según la cual el consumidor se encuentra en situación de inferioridad respecto del profesional con quien contrata en cuanto a información, y una Conclusión Segunda del Abogado General, de 10 de mayo de 2019, según la cual, el consumidor medio no alcanza a comprender determinados conceptos, como «tipo de interés», «índice de referencia» o «tasa anual equivalente» (TAE), y, en particular, las diferencias entre estos conceptos, y que lo mismo cabe decir del funcionamiento del cálculo concreto no solo de los tipos de interés variables, sino también de los índices de referencia oficiales de préstamos hipotecarios y de las TAE sobre cuya base se calculan estos tipos de interés.*

*8ª.- Si resulta contraria a la reiterada jurisprudencia del TJUE, según la cual el consumidor se encuentra en situación de inferioridad respecto del profesional con quien contrata en cuanto a información, y a la Conclusión Segunda del Abogado General, de 10 de septiembre de 2019, una interpretación de los párrafos 53º y 56º de la STJUE C-125/18, en el sentido de que un consumidor puede conocer que el tipo hipotecario IRPH incluye Diferenciales y Gastos a partir de la definición publicada en el Boletín Oficial del Estado, cuando para ello resulta necesario que dicho consumidor conozca qué es y qué representa un tipo TAE para así poder deducir que al determinarse el tipo IRPH Cajas a partir de una media simple de tipos TAE, incorporará necesariamente las Comisiones, Diferenciales y Gastos aplicados por las entidades.*

- 56 La Gran Sala del TJUE, en el [apartado 54] de su STJUE C-125/18, de 3 de marzo de 2020, establece que resulta pertinente, para evaluar la transparencia de la cláusula controvertida, la circunstancia de que, según la **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 la evolución del tipo **IRPH Cajas** durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible, añadiendo que 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 Cajas y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés.

- 57 En esta línea, el [**apartado 55**] de la misma [sentencia] completa que el juez nacional deberá comprobar si, en el contexto de la celebración del contrato, el profesional cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la **normativa nacional**.
- 58 Por otro lado, el TJUE, en el [**punto primero del fallo**] del ATJUE C-655/20, de 17 de noviembre, recoge que el **artículo 5** de la **Directiva 93/13** 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 entregar al 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 al mencionado índice es objeto de publicación oficial, siempre 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, estuviera 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.

**OCTAVO.-** Habida cuenta de que el **Tribunal Supremo** ha interpretado que esta dispensa opera de forma **incondicional y radical**, para todos los casos, esta juzgadora entiende necesario que el TJUE se pronuncie respecto de un **TERCER BLOQUE DE CUESTIONES**

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

Para el caso de que tal dispensa deba entenderse **incondicional y radical**, esta juzgadora entiende necesario que el TJUE se pronuncie respecto de:

*10ª.- Si tal dispensa se extiende también a aquellos casos en los que la inclusión en el contrato de la definición completa del índice de referencia que sirve para calcular el tipo de interés variable y la entrega del Folleto Informativo en el que se recoja la evolución anterior de ese índice, resulte*

*obligada en aplicación de la norma nacional vigente en el momento de la contratación.*

- 59 En la fecha de suscripción del contrato objeto de controversia resultaba de aplicación la **Directiva 2005/29**, que en su **artículo 7** entiende como práctica **engañosa** aquella en la que el profesional **omite información relevante** que, de haber sido conocida por el consumidor, bien pudiera haberle llevado a tomar una decisión diferente a la que finalmente tomó.
- 60 Su traslado al caso que nos ocupa, y a la vista de que el profesional **omitió** recoger en la definición que incorporó al contrato información relevante respecto del funcionamiento del método de cálculo del tipo **IRPH Cajas** a fin de que la parte actora pudiera valorar las consecuencias económicas potencialmente significativas que ello iba a suponer para su economía, me lleva a la **duda** respecto de si me encuentro ante una práctica **engañosa** con arreglo al concepto de práctica **engañosa** que entiende la **Directiva 2005/29**.
- 61 Por otro lado, y para el supuesto en que tal práctica resultara **engañosa** a la luz de la **Directiva 2005/29**, me surge la **duda** de si ello descarta *per se* la existencia de **buena fe** por parte de ese mismo profesional y en relación con la **Directiva 93/13**.

**NOVENO.-** Tales dudas llevan a que esta juzgadora entienda necesario que el **TJUE** se pronuncie respecto de un **CUARTO BLOQUE DE CUESTIONES ...**

*11ª.- Si, resultando aplicable la Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, la omisión por parte del profesional de información tan relevante como el especial funcionamiento del método de cálculo de los tipos IRPH, su determinación a partir de tipos TAE de las operaciones de referencia, lo que lleva a que incorporen en su nominal los Diferenciales, Comisiones y Gastos medios de dichas operaciones, su permanente evolución por encima del euríbor durante todos los años transcurridos desde la creación del mismo, y la existencia de una advertencia del Banco de España a las entidades financieras respecto de la necesidad de incorporar un diferencial negativo a fin de evitar que la TAE de la operación se sitúe por encima de la TAE del mercado, puede entenderse como una práctica engañosa a la luz del artículo 7 de la misma.*

*12ª.- Si concluido por el juez nacional que la práctica llevada a cabo por el profesional resultó engañosa a la luz de la Directiva 25/2009/CE, cabe entender, directamente, que su comportamiento genera ese desequilibrio importante pese a las exigencias de la buena fe al que se refiere el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE, o, por el contrario, resulta compatible que un profesional actúe de modo engañoso en relación con la Directiva 25/2009/CE y de buena fe con arreglo a la Directiva 93/13/CEE.*

- 62 En el hipotético caso de que esta juzgadora, aplicando los criterios de transparencia que este **TJUE** establezca, llegara a la conclusión de que la cláusula

que incorpora el tipo **IRPH Cajas** al contrato no supera el **control de transparencia**, debería remitirse al **artículo 83** del **TRLGDCU** y [al] **artículo 5.5** de la **Ley 7/98**, de 13 de abril, de **Condiciones Generales de la Contratación**, que, tras modificación operada por la **Ley 5/2019**, de 15 de marzo, de regulación de los contratos de crédito inmobiliario, establecen que las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho.

- 63 Nuestro **Tribunal Supremo** entiende que el **artículo 83** del **TRLGDCU** y el **artículo 5.5** de la **Ley 7/98**, de 13 de abril, de **Condiciones Generales de la Contratación**, no pueden utilizarse retroactivamente, y asimila la falta de transparencia con la abusividad en el caso de las **cláusulas suelo** por entender que estas entrañan un elemento **engañoso** cuando, aparentado un interés variable, realmente establecen un interés variable únicamente al alza.
- 64 Esta juzgadora entiende, en el presente caso, que el redactado de la cláusula también entraña un elemento **engañoso** por cuanto al omitir la parte de la definición en la que esta recoge que dichos tipos medios ponderados serán **tipos TAE**, aparenta que el tipo **IRPH Cajas** es una media de **Tipos de Interés**, cuando lo cierto es que se trata de una media de **Tipos TAE**.

**DECIMO.-** Este pronunciamiento de nuestro Tribunal Supremo me lleva a plantear un **QUINTO BLOQUE DE CUESTIONES**

*13ª.- Si resulta contrario al Principio de Efectividad una jurisprudencia nacional como la establecida por el Tribunal Supremo español, según la cual, declarada la falta de transparencia de la cláusula por la que se incorpora el tipo IRPH Cajas al contrato suscrito por un consumidor y un profesional, no cabe aplicar de forma retroactiva las previsiones contenidas en el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y en el artículo 5.5 de la Ley 7/98, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, dando lugar así a dos niveles de protección frente a una idéntica cláusula abusiva, uno para los consumidores que suscribieron contrato con anterioridad a dicha modificación, y otro para los consumidores que suscribieron contrato con posterioridad a la misma.*

*14ª.- Si resulta contrario al Principio de Efectividad una jurisprudencia nacional como la que ha establecido el Tribunal Supremo, según la cual, la falta de transparencia de una cláusula relativa al precio del contrato, como es la cláusula suelo, supone su abusividad, habida cuenta de que entraña un elemento engañoso, en tanto que la falta de transparencia de la cláusula que incorpora el tipo IRPH Cajas al contrato, cláusula que también afecta al precio del contrato, no supone su abusividad.*

- 65 Entiende nuestro **Tribunal Supremo** que, aun cuando la controvertida cláusula relativa al tipo **IRPH Cajas** no supere el control de transparencia, ello no supone

su abusividad, pues deberá todavía someterse a un control de abusividad en relación con el **artículo 3.1** de la **Directiva 93/13**.

- 66 Por otro lado, el **Abogado General**, Sr. **Maciej Szpunar**, en [el punto **127 de sus conclusiones presentadas en el asunto C-125/18,**] entiende que es preciso considerar que, en caso de que el órgano jurisdiccional remitente llegara a la conclusión de que la exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por lo tanto, de transparencia, ha sido respetada habida cuenta de los elementos que el Tribunal de Justicia facilitará en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas, ello no implicaría la exención del deber de someter, en cualquier caso, la cláusula controvertida a un examen referido a su eventual carácter abusivo en cuanto al fondo, habida cuenta de la posible existencia de un desequilibrio importante causado, en detrimento del consumidor, entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.
- 67 Así las cosas, por un lado, según nuestro al **Tribunal Supremo**, la falta de transparencia conlleva la necesidad de un posterior control de abusividad propiamente dicho, y, por otro, según el **Abogado General**, la existencia de transparencia no evita un posterior control de abusividad propiamente dicho, lo que me lleva a concluir que, tanto si la cláusula objeto de litigio supera el control de transparencia como si no lo supera, el juez nacional debe someterla a un examen referido a su eventual carácter abusivo en cuanto al fondo, habida cuenta de la posible existencia de un desequilibrio importante causado, en detrimento del consumidor, entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, lo que me lleva a **DUDAR** sobre la necesidad de realizar tal control de transparencia previo para pasar a realizar directamente, para todos los casos, un control de abusividad en relación con el **artículo 3.1** de la reiterada **Directiva 93/13**.
- 68 A la vista de lo recogido en [el punto **127 de las conclusiones del Abogado General presentadas en el asunto C-125/18,**] esta juzgadora entiende relevante que el TJUE confirme que, si la cláusula relativa al tipo **IRPH Cajas** supera el control de transparencia, el juez nacional deberá, en cualquier caso, someter la cláusula controvertida a un examen referido a su eventual carácter abusivo en cuanto al fondo, habida cuenta de la posible existencia de un desequilibrio importante causado, en detrimento del consumidor, entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.
- 69 Esta juzgadora quiere recordar que, habida cuenta de que era criterio de nuestro **Tribunal Supremo** que la falta de transparencia de una cláusula relativa al precio del contrato conllevara su nulidad por abusiva, las cuestiones prejudiciales a las que este **TJUE** ha dado respuesta han versado exclusivamente sobre las **exigencias de transparencia** de una cláusula que estipulaba la retribución del correspondiente préstamo mediante intereses que se calculaban según un tipo variable.

- 70 Ahora bien, una vez que nuestro **Tribunal Supremo** ha establecido que, en el caso de una cláusula como la que incorpora el tipo **IRPH Cajas** al contrato, no así la **cláusula suelo**, la falta de transparencia no conlleva necesariamente su abusividad, y que tal falta de transparencia únicamente abre la posibilidad de someter dicha cláusula a un control de abusividad en relación con el **artículo 3.1** de la **Directiva 93/13**, me surgen **DUDAS** no resueltas por este tribunal, porque nunca se le ha preguntado en relación con las circunstancias en que una cláusula, como la controvertida en el litigio principal, cumple asimismo con las exigencias de buena fe y equilibrio impuestas por dicha Directiva.
- 71 Hemos de recordar que, [en el punto **127 de las conclusiones del Abogado General presentadas en el asunto C-125/18**], se manifestaba que, habida cuenta de que las circunstancias en las que una cláusula como la controvertida en el litigio principal cumplía asimismo con las exigencias de buena fe y justo equilibrio impuestas por la **Directiva 93/13** sobrepasaba el objeto de la petición de decisión prejudicial que le ocupaba, no procedía ahondar en las mismas. En consecuencia, interesa ahora a esta juzgadora conocer en qué circunstancias una cláusula como la controvertida en el litigio principal cumpliría con las exigencias de buena fe y justo equilibrio impuestas por la **Directiva 93/13**.
- 72 Nuestro **Tribunal Supremo** entiende que la cláusula relativa al tipo **IRPH** no puede generar desequilibrio pese a la exigencia de buena fe por cuanto nos encontramos ante un **índice oficial** aprobado por la **autoridad bancaria**, que, además, ha venido siendo utilizado por el Gobierno Central y varios Gobiernos Autonómicos como índice de referencia en el ámbito de la financiación de la vivienda protegida.
- 73 Sin embargo, esta juzgadora entiende que, al someterse a control de abusividad la cláusula que incorpora el tipo **IRPH Cajas** al contrato, y no el índice hipotecario **IRPH Cajas** como tal, la circunstancia de que resulte ser un tipo **oficial**, regulado por el **Banco de España**, y utilizado con mayor o menor asiduidad por las Administraciones Central y Autonómicas en sus programas de vivienda protegida, no deja de resultar **anecdótica**.
- 74 Esta juzgadora entiende que el carácter oficial del índice y su control por parte del **Banco de España** no son circunstancias que permitan concluir que una cláusula como la controvertida en el litigio principal cumple con las exigencias de buena fe y justo equilibrio impuestas por la **Directiva 93/13**, y más cuando el **TJUE** ya estableció, en su **STJUE C-415/11**, de 14 de marzo de 2013, el concepto de desequilibrio pese a las exigencias de la buena fe; concepto que, a mi juicio, ninguna relación guardaría con el carácter **oficial** del tipo **IRPH**, ni con su control por el **Banco de España**, ni con el hecho de que haya sido utilizado por las Administraciones Públicas en sus programas de vivienda protegida, donde, por cierto, ha sido utilizado atendiendo a las advertencias del **Banco de España** recogidas en su **Circular 5/1994**, de 22 de julio.

- 75 En esta misma línea argumentativa, es de añadir que la contratación de préstamos hipotecarios por parte de las entidades financieras exige la utilización de **Índices de Referencia** oficiales, por lo que su utilización, lejos de acreditar la buena del profesional, constituye un requisito obligatorio para la contratación de préstamos hipotecarios a tipo variable a través de Bancos y Cajas de Ahorro.
- 76 Y así, esta juzgadora, en relación con las circunstancias que ha de observar el juez nacional para valorar la existencia de un desequilibrio pese a las exigencias de la buena fe, interpretaría el **[apartado 69]** de la **STJUE C-415/11** en el sentido de entender que, como juzgadora, ha de preguntarse si **KUTXABANK, S. A.**, tratando de manera leal y equitativa con el Sr. NB, podía entender que este, de haber comprendido el funcionamiento del método de cálculo del tipo **IRPH Cajas** a fin de haber podido valorar con arreglo a criterios precisos las consecuencias económicas potencialmente significativas derivadas de su aplicación, de haber conocido su evolución al menos los dos años anteriores a la contratación, y de haber sido informado de la existencia de una **Circular 5/1994** del **Banco de España**, en la que este advertía de la **necesidad** de incorporar un **diferencial negativo**, advertencia que la entidad no pensaba atender, hubiera aceptado la incorporación de dicha cláusula en el marco de una negociación individual.
- 77 Por otro lado, el **[apartado 67]** de la **STJUE C-421/14**, de 26 de enero de 2017, establece que en caso de que el órgano jurisdiccional considere que una cláusula contractual relativa al modo de cálculo de los intereses ordinarios no está redactada de manera clara y comprensible a efectos del **artículo 4.2** de la **Directiva 93/13**, le incumbe examinar si tal cláusula es abusiva en el sentido del **artículo 3.1** de esa misma Directiva, para lo cual deberá, en particular, comparar el modo de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por esa cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato controvertido en el litigio principal en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los del contrato de préstamo considerado.

**UNDÉCIMO**, - La aplicación práctica del **[apartado 69]** de la **STJUE C-415/11**, de 14 de marzo de 2013, y la traslación al caso que me ocupa del **[apartado 67º]** de la **STJUE C-421/14**, de 26 de enero de 2017, me lleva a plantear un **SEXTO BLOQUE DE CUESTIONES**

*15ª.- Si resulta contraria al párrafo 69º de la STJUE C-415/11, de 14 de marzo, y al concepto de desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», una jurisprudencia nacional como la establecida por el Tribunal Supremo que entiende ilógico sostener que el profesional no ha actuado de buena fe cuando ha utilizado un tipo hipotecario oficial, regulado por el Banco de España, y habitualmente utilizado por las Administraciones Públicas en sus planes de vivienda protegida, deduciendo así, para todos los casos, la existencia de buena fe por parte del profesional, sin necesidad de preguntarse si el profesional podía entender que el consumidor, tratado de*

*manera leal y equitativa, hubiera aceptado la controvertida cláusula en el marco de una negociación individual.*

*16ª.- Si el párrafo 69º de la STJUE C-415/11, de 14 de marzo, en el marco de una controversia relativa a la incorporación al contrato de un tipo hipotecario IRPH Cajas a fin de determinar la remuneración del contrato, ha de interpretarse en el sentido de que el juez nacional debe preguntarse si el profesional podía entender que el consumidor, comprendiendo el funcionamiento del método de cálculo del tipo IRPH Cajas, conociendo la evolución del tipo IRPH Cajas al menos los dos años anteriores a la contratación, e informado de que el Banco de España, en su Circular 5/1994, advertía de la necesidad de incorporar, en su caso, un diferencial negativo, advertencia que no pensaba atender, éste hubiera aceptado la incorporación de dicha cláusula en el marco de una negociación individual.*

*17ª.- Si en relación con la cláusula que incorpora el tipo IRPH Cajas al contrato suscrito por un profesional y un consumidor, el párrafo 67º de la STJUE C-421/14, de 26 de enero de 2017, debe Interpretarse en el sentido de que el juez nacional, a fin de valorar la existencia de un desequilibrio pese a las exigencias de la buena fe, debe comparar su método de cálculo con el utilizado en la determinación del tipo euríbor, de implantación mayoritaria, y los respectivos tipos efectivos resultantes para préstamos de importe y duración equivalentes.*

*18ª.- Si en relación con la cláusula que incorpora el tipo IRPH Cajas al contrato suscrito por un profesional y un consumidor, y a los efectos de valorar la existencia de desequilibrio pese a las exigencias de buena fe con arreglo al párrafo 67º de la STJUE C-421/14, de 26 de enero de 2017, resulta relevante la circunstancia de que el tipo efectivo resultante de la determinación del tipo euríbor representa el precio por el que las entidades adquieren el dinero que posteriormente prestan a sus clientes, en tanto que el tipo efectivo resultante de la determinación del tipo IRPH Cajas, siempre superior, representa el coste total abonado por los clientes a los que las Cajas de Ahorra han prestado ese dinero.*

- 78 Finalmente, esta juzgadora duda respecto de las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula por la que el profesional incorpora el tipo **IRPH Cajas** al contrato suscrito con un consumidor, más concretamente para el caso en que el contrato no pueda subsistir tras la expulsión de esta concreta cláusula.
- 79 El **ATJUE C-655/20**, de 17 de noviembre, en línea con lo recogido con carácter general en anterior **STJUE C-260/18**, de 3 de octubre de 2019, y más reciente **STJUE**, [dictada en los asuntos acumulados **C-80/21 a C-82/21**], de 22 de septiembre de 2022, establece, en [el punto 3 del fallo], que el **artículo 6.1** 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 su conjunto, cuando éste no pueda subsistir sin esa cláusula.

- 80 En relación con el índice previsto por la ley con carácter supletorio, la **Disposición Adicional 15ª** de la **Ley 14/2013**, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que tenía por objeto garantizar que la desaparición pacífica de los tipos **IRPH Cajas e IRPH Bancos** mantuviera el equilibrio de prestaciones existente en ese momento, nos llevaría, con ese fin, a suplir el tipo **IRPH Cajas** por el tipo **IRPH Entidades** más un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo **IRPH Cajas** y el tipo **IRPH Entidades**, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que, efectivamente, se produce la sustitución del tipo.
- 81 Si la declaración de abusividad de la cláusula por la que el profesional incorpora el tipo **IRPH Cajas** al contrato supone el reconocimiento de que esta creaba una situación de **desequilibrio** de prestaciones entre las partes, me surge la **duda** respecto de si una norma supletoria que pretende **mantener el equilibrio** existente resulta adecuada para lograr el objetivo de que la declaración de abusividad **restablezca el equilibrio** de prestaciones entre las partes.
- 82 Por otro lado, dado que el **Banco de España** entiende que todos los reproches que cabe realizar al tipo hipotecario **IRPH Cajas** se hubieran evitado de haberse incorporado el correspondiente diferencial negativo, **DUDO** respecto de si el **artículo 6.1** de la **Directiva 93/13** se opondría a que, declarada abusiva la cláusula que incorpora el tipo **IRPH Cajas** al contrato suscrito entre un consumidor y un profesional, el juez nacional supla, con carácter retroactivo, el diferencial realmente incorporado por el diferencial negativo que debió incorporarse en el momento de la contratación, con devolución al consumidor de cuanto le fue indebidamente detruido, con sus intereses, a fin de salvar la nulidad del contrato y transformar el contrato en el que debió suscribirse según advertía el **Banco de España**.
- 83 En el supuesto de que el consumidor optara por la nulidad del contrato, esta juzgadora **duda** respecto de si debiera resultar de aplicación el **artículo 1303** del **Código Civil**, o el **artículo 1306.2** del mismo.

El **artículo 1303** del **Código Civil** llevaría a que las partes intercambiaran cuanto recíprocamente se detrajeron en virtud del contrato anulado, con sus intereses, lo que significa que la entidad, responsable de la infracción que ha derivado en dicha nulidad del contrato, se vería beneficiada por cuanto recuperaría la totalidad de lo prestado, con un interés legal del dinero superior al recogido en el contrato, y aplicable al importe total del préstamo desde el primer día.

- 84 Ahora bien, si tenemos en cuenta que nos encontramos ante un **contrato de adhesión** que incorpora **condiciones generales** de la contratación cuyo contenido es innegociable e impuesto exclusivamente por el profesional, esta juzgadora **duda** respecto de que, si la cláusula abusiva expulsada del contrato, dada su esencialidad, conlleva la nulidad del mismo, y siendo su incorporación al contrato responsabilidad exclusiva del profesional, pueda entender que es el profesional el único responsable de la causa torpe que determinó esa nulidad contractual, lo que me conduciría hacia el **artículo 1306.2 del Código Civil**.

**DUODÉCIMO.**- Estas dudas me llevan a plantear un **SÉPTIMO BLOQUE DE CUESTIONES**

*19ª.- Si resulta contrario al artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE que, declarada abusiva la cláusula que incorpora el tipo hipotecario IRPH Cajas al contrato suscrito entre un profesional y un consumidor, y resultando que el contrato no puede subsistir tras su expulsión del contrato, se supla esta con arreglo a la Disposición Adicional 15a de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, sustitución que llevaría a que, en beneficio del profesional, se mantuviera la misma situación de desequilibrio anulada por el juez nacional habida cuenta de que dicha norma supletoria estaba prevista para la sustitución pacífica del índice y pretendía que tal sustitución no alterara la situación existente previo a la desaparición de dicho índice.*

*20ª.- Si habida cuenta de que, según entiende el Banco de España, todos los reproches que cabe realizar al tipo hipotecario IRPH Cajas se hubieran neutralizado de haberse incorporado el correspondiente diferencial negativo, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE ha de interpretarse en el sentido de que, declarada abusiva la cláusula que incorpora el tipo IRPH Cajas al contrato suscrito entre un consumidor y un profesional, no se opone a que el juez nacional supla, con carácter retroactivo, el diferencial incorporado por el diferencial negativo que debió incorporarse en el momento de la contratación, con devolución al consumidor de cuanto le fue indebidamente detrído, con sus intereses, a fin de salvar la nulidad del contrato y transformar el contrato en el que debió suscribirse según advertía el Banco de España.*

*21ª.- Si resulta contrario al artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE que, declarada abusiva la cláusula que incorpora el tipo hipotecario IRPH Cajas al contrato suscrito entre un profesional y un consumidor, y declarado nulo el contrato por imposibilidad de subsistencia del mismo una vez expulsada dicha cláusula, se establezcan los efectos del artículo 1303 del Código Civil, de manera que el infractor resulta beneficiado al recuperar la totalidad de los prestado, con intereses legales superiores a los recogidos en el contrato, y aplicables sobre la totalidad de los prestado desde el primer día.*

22ª.- Si habida cuenta de que nos encontramos ante un contrato de adhesión, constituido por condiciones generales no negociadas impuestas por el profesional, y siendo de su única responsabilidad haber incorporado cláusulas abusivas respecto de elementos de la esencialidad del precio, el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de entender que es el profesional el responsable de la causa torpe que llevó a la nulidad del contrato en su totalidad, y, en consecuencia, resulte de aplicación el artículo 1306.2 del Código Civil.

### **DECIMOTERCERO.- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA APLICABLE Y SUSCEPTIBLE DE VULNERACION**

- 85 Esta juzgadora entiende que, sobre la controversia que da lugar al planteamiento de las presentes cuestiones prejudiciales, resulta de especial relevancia la **STJUE C-125/18**, de 3 de marzo de 2020, especialmente sus **[apartados 51, 52, 53, 54 y 55]**, así como los **ATJUE C-655/20** y **ATJUE C-79/21**, de 17 de noviembre de 2021, resoluciones que atienden de manera expresa la controversia relativa a la incorporación del tipo **IRPH Cajas** al contrato suscrito entre un profesional y un consumidor.
- 86 También resultan de especial relevancia la **STJUE C-415/11**, de 14 de marzo de 2013, en lo relativo a fijar con precisión los criterios **jurídicos** a considerar por el juez nacional que ha de valorar la posible existencia del «**desequilibrio pese a las exigencias de la buena fe**» al que alude el **artículo 3.1** de la **Directiva 93/13**, y la **STJUE C-421/14**, de 26 de enero de 2017, cuyo **[apartado 67]** concreta lo que, en el marco de una cláusula que determina el modo de cálculo de los intereses ordinarios, ha de observar el juez nacional a fin de valorar si la cláusula objeto de litigio genera ese **desequilibrio** de prestaciones en el sentido del **artículo 3.1** de la **Directiva 93/13**, estableciendo que, en el marco de ese examen, el órgano jurisdiccional deberá, en particular, comparar el modo de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por esa cláusula y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato controvertido en el litigio principal en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los del contrato de préstamo considerado.

### **DECIMOCUARTO.- JURISPRUDENCIA NACIONAL RELATIVA A LA CONTROVERSIA**

- 87 Esta juzgadora entiende que sobre la controversia que da lugar al planteamiento de las presentes cuestiones prejudiciales resultan de interés la **STS 669/2017**, de 14 de diciembre de 2017, resolución que contaba con dos votos discrepantes que reprochaban que tal resolución no resultaba ajustada a derecho y resultaba contraria a la Jurisprudencia del **TJUE**; las **STS 595/2020**, **STS 596/2020**, **STS 597/2020**, **STS 598/2020**, y **STS 599/2020**, todas ellas de 12 de noviembre de 2020, con un voto particular disconforme; y, tras los **Autos** del **TJUE** de 17 de noviembre de 2021, las **STS 42/2022**, **STS 43/2022**, y **STS 44/2022**, de 27 de

enero, que nuestro **Tribunal Supremo** ha establecido que confirman la corrección de la jurisprudencia que la Sala había establecido en las sentencias de pleno **STS 595/2020, STS 596/2020, y STS 598/2020**, de 12 de noviembre de 2020, y le ha llevado a inadmitir todos los **Recursos de Casación** interpuestos por consumidores que han visto desestimada su pretensión de nulidad por abusiva de la cláusula que incorpora el tipo hipotecario **IRPH Cajas** al contrato, por entender desaparecido el interés casacional habida cuenta de que las cuestiones planteadas en dichos recursos ya han sido resueltas en las **STS 42/2022, STS 43/2022, y STS 44/2022**, de 27 de enero de 2022.

88 [OMISSIS]

### PARTE DISPOSITIVA

89 [OMISSIS]

90 [OMISSIS]

### CUESTIONES PREJUDICIALES

*1ª.- Si teniendo en cuenta que el Banco de España, en la misma Circular 5/1994, de 22 de julio, por la que incorporaba al mercado hipotecario español los tipos IRPH, también advertía de que su simple utilización directa suponía colocar la TAE de la operación por encima de la TAE del mercado, y que para evitarlo resultaba necesario incorporar el adecuado diferencial negativo, ignorar esta advertencia, y no incorporar tal diferencial negativo puede entenderse como una forma de generar ese desequilibrio pese a la exigencia de la buena fe al que alude el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE.*

*2ª.- Si el hecho de que las entidades financieras apliquen diferenciales negativos, coeficientes reductores o porcentajes de IRPH, tal y como previene el Banco de España, únicamente en los casos en los que los contratos de préstamo hipotecario se destinan a la adquisición de vivienda protegida y se supervisan por las Administraciones Públicas y, por el contrario, no apliquen dichos diferenciales negativos, coeficientes reductores o porcentajes de IRPH, cuando el préstamo hipotecario contratado se destina a la adquisición de vivienda libre, sin la supervisión de las Administraciones Públicas, puede constituir una forma de generar ese desequilibrio pese a la exigencia de la buena fe al que alude el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE.*

*3ª.- Si habiéndose declarado abusivos elementos que integraron las TAE de las operaciones de préstamo hipotecario que se utilizaron para la determinación del tipo IRPH Cajas, mes a mes, como es el caso de la Comisión de Apertura o ciertos Gastos que correspondía abonar al profesional, resulta contrario al artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE mantener la validez de la cláusula que incorpora el tipo IRPH Cajas que se*

*ha determinado, mes a mes, a partir de datos obtenidos en aplicación de cláusulas declaradas abusivas.*

*4ª.- Si resulta contraria a los párrafos 51º, 52º, 54º y 55º de la STJUE C-125/18, de 3 marzo de 2020, una jurisprudencia nacional, como la establecida por el Tribunal Supremo español, según la cual, sin necesidad de realizar las comprobaciones y verificaciones exigidas por dichos párrafos, el juez nacional ha de entender que el control de transparencia de una cláusula que incorpora el tipo hipotecario IRPH al contrato suscrito por un consumidor y un profesional queda superado, para todos los casos, por el hecho de que la definición de dicho tipo hipotecario viene recogida en el Boletín Oficial del Estado, concretamente en la Circular 5/1994, del Banco de España, publicada en el Boletín Oficial del Estado n.º 184, de 3 de agosto de 1994, entre las páginas 25.106 y 25.111, datos que el consumidor desconoce.*

*5ª.- Si, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula inserta en un contrato de préstamo hipotecario a interés variable que referencia el interés remuneratorio a un índice oficial como el IRPH y que, por las características de su cálculo, no es reflejo únicamente de los intereses remuneratorios y requiere aplicar un diferencial de cálculo complejo para poder compararlo con otros índices y conlleva para el consumidor el riesgo potencial de tener que asumir el pago parcialmente duplicado de comisiones bancarias, el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa o a una jurisprudencia que permita al profesional no incluir en el contrato, ni facilitar expresamente al consumidor con antelación suficiente a su celebración, la siguiente información:*

- a. que el tipo de referencia no es reflejo únicamente del interés remuneratorio sino también de las comisiones;*
- b. el incremento concreto que ello supone;*
- c. si aplica por su parte un diferencial negativo en el margen del tipo de referencia para compensar ese incremento.*

*Todo ello con la finalidad de facilitar que el consumidor pueda hacer una comparación real entre los distintos tipos de referencia posibles y que pueda tener conocimiento de si en el contrato que va a celebrar va a asumir el pago de comisiones parcialmente duplicadas y en qué cuantía y, en su caso, pueda impugnarlas.*

*6ª.- Si resulta contraria a la Observación 57a de la Comisión Europea, de 31 de mayo de 2018, Conclusiones 2a y 125a del Abogado General, de 10 de septiembre de 2019, y párrafos 51º, 52º, 54º y 55º de la STJUE C-125/18, de 3 de marzo de 2020, una jurisprudencia nacional, como la establecida por el Tribunal Supremo español, según la cual el profesional*

*contratante queda eximido de toda responsabilidad en cuanto a informar al consumidor respecto del funcionamiento del método de cálculo del tipo hipotecario IRPH y de las consecuencias económicas que de ello se derivan, trasladando esta al propio consumidor, quien, con su nulo conocimiento financiero, ha de buscar tal información por sí mismo localizando y comprendiendo una definición publicada en el Boletín Oficial del Estado que nada recoge expresamente respecto de la incorporación de diferenciales y gastos al controvertido índice, circunstancia que él mismo ha de deducir a partir de conocer que dicho tipo hipotecario se determina mensualmente a través de una media de las TAE de las operaciones de referencia.*

*7ª.- Si resulta compatible una interpretación de los párrafos 53º y 56º de la STJUE C-125/18, según la cual la simple publicación de la definición del tipo IRPH en el BOE permite al consumidor contratante conocer que este incorpora los diferenciales y gastos aplicados por las entidades, con una reiterada jurisprudencia del TJUE, según la cual el consumidor se encuentra en situación de inferioridad respecto del profesional con quien contrata en cuanto a información, y una Conclusión Segunda del Abogado General, de 10 de mayo de 2019, según la cual el consumidor medio no alcanza a comprender determinados conceptos, como «tipo de interés», «índice de referencia» o «tasa anual equivalente» (TAE), y, en particular, las diferencias entre estos conceptos, y que lo mismo cabe decir del funcionamiento del cálculo concreto no solo de los tipos de interés variables, sino también de los índices de referencia oficiales de préstamos hipotecarios y de las TAE sobre cuya base se calculan estos tipos de interés.*

*8ª.- Si resulta contraria a la reiterada jurisprudencia del TJUE, según la cual el consumidor se encuentra en situación de inferioridad respecto del profesional con quien contrata en cuanto a información, y a la Conclusión Segunda del Abogado General, de 10 de septiembre de 2019, una interpretación de los párrafos 53º y 56º de la STJUE C-125/18, en el sentido de que un consumidor puede conocer que el tipo hipotecario IRPH incluye diferenciales y gastos a partir de la definición publicada en el Boletín Oficial del Estado, cuando para ello resulta necesario que dicho consumidor conozca qué es y qué representa un tipo TAE para así poder deducir que, al determinarse el tipo IRPH Cajas a partir de una media simple de tipos TAE, incorporará necesariamente las comisiones, diferenciales y gastos aplicados por las entidades.*

*9ª.- Si la dispensa de la obligación del profesional para incluir en el contrato la definición completa del índice de referencia que sirve para calcular el tipo de interés variable y entregar un folleto informativo en el que se recoja la evolución anterior de ese índice, recogida en el ATJUE C-655/20, de 17 de noviembre de 2021, lo es de manera radical e incondicional o, por el contrario, está supeditada a que, con la acreditada información proporcionada por el profesional, el consumidor contratante ya*

*esté en disposición de comprender el funcionamiento del método de cálculo del controvertido índice a fin de poder valorar así, con arreglo a criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas potencialmente significativas sobre su economía.*

*10ª.- Si tal dispensa se extiende también a aquellos casos en los que la inclusión en el contrato de la definición completa del índice de referencia que sirve para calcular el tipo de interés variable y la entrega del folleto informativo en el que se recoja la evolución anterior de ese índice resulte obligada en aplicación de la norma nacional vigente en el momento de la contratación.*

*11ª.- Si, resultando aplicable la Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, la omisión por parte del profesional de información tan relevante como el especial funcionamiento del método de cálculo de los tipos IRPH, su determinación a partir de tipos TAE de las operaciones de referencia, lo que lleva a que incorporen en su nominal los diferenciales, comisiones y gastos medios de dichas operaciones, su permanente evolución por encima del euribor durante todos los años transcurridos desde la creación del mismo, y la existencia de una advertencia del Banco de España a las entidades financieras respecto de la necesidad de incorporar un diferencial negativo a fin de evitar que la TAE de la operación se sitúe por encima de la TAE del mercado, puede entenderse como una práctica engañosa a la luz del artículo 7 de la misma.*

*12ª.- Si, concluido por el juez nacional que la práctica llevada a cabo por el profesional resultó engañosa a la luz de la Directiva 2005/29/CE, cabe entender, directamente, que su comportamiento genera ese desequilibrio importante pese a las exigencias de la buena fe al que se refiere el artículo 3.1, de la Directiva 93/13/CEE, o, por el contrario, resulta compatible que un profesional actúe de modo engañoso en relación con la Directiva 2005/29/CE y de buena fe con arreglo a la Directiva 93/13/CEE.*

*13ª.- Si resulta contrario al principio de efectividad una jurisprudencia nacional, como la establecida por el Tribunal Supremo español, según la cual, declarada la falta de transparencia de la cláusula por la que se incorpora el tipo IRPH Cajas al contrato suscrito por un consumidor y un profesional, no cabe aplicar de forma retroactiva las previsiones contenidas en el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y en el artículo 5.5 de la Ley 7/98, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, dando lugar así a dos niveles de protección frente a una idéntica cláusula abusiva, uno para los consumidores que suscribieron contrato con anterioridad a dicha modificación, y otro para los consumidores que suscribieron contrato con posterioridad a la misma.*

*14ª.- Si resulta contrario al principio de efectividad una jurisprudencia nacional, como la que ha establecido el Tribunal Supremo, según la cual, la falta de transparencia de una cláusula relativa al precio del contrato, como es la cláusula suelo, supone su abusividad, habida cuenta de que entraña un elemento engañoso, en tanto que la falta de transparencia de la cláusula que incorpora el tipo IRPH Cajas al contrato, cláusula que también afecta al precio del contrato, no supone su abusividad.*

*15ª.- Si resulta contraria al párrafo 69º de la STJUE C-415/11, de 14 de marzo, y al concepto de desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe», una jurisprudencia nacional como la establecida por el Tribunal Supremo que entiende ilógico sostener que el profesional no ha actuado de buena fe cuando ha utilizado un tipo hipotecario oficial, regulado por el Banco de España y habitualmente utilizado por las Administraciones Públicas en sus planes de vivienda protegida, deduciendo así, para todos los casos, la existencia de buena fe por parte del profesional, sin necesidad de preguntarse si el profesional podía entender que el consumidor, tratado de manera leal y equitativa, hubiera aceptado la controvertida cláusula en el marco de una negociación individual.*

*16ª.- Si el párrafo 69º de la STJUE C-415/11, de 14 de marzo, en el marco de una controversia relativa a la incorporación al contrato de un tipo hipotecario IRPH Cajas a fin de determinar la remuneración del contrato, ha de interpretarse en el sentido de que el juez nacional debe preguntarse si el profesional podía entender que el consumidor, comprendiendo el funcionamiento del método de cálculo del tipo IRPH Cajas, conociendo la evolución del tipo IRPH Cajas al menos los dos años anteriores a la contratación, e informado de que el Banco de España, en su Circular 5/94, advertía de la necesidad de incorporar, en su caso, un diferencial negativo, advertencia que no pensaba atender, este hubiera aceptado la incorporación de dicha cláusula en el marco de una negociación individual.*

*17ª.- Si, en relación con la cláusula que incorpora el tipo IRPH Cajas al contrato suscrito por un profesional y un consumidor, el párrafo 67º de la STJUE C-421/14, de 26 de enero de 2017, debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, a fin de valorar la existencia de un desequilibrio pese a las exigencias de la buena fe, debe comparar su método de cálculo con el utilizado en la determinación del tipo euríbor, de implantación mayoritaria, y los respectivos tipos efectivos resultantes para préstamos de importe y duración equivalentes.*

*18ª.- Si, en relación con la cláusula que incorpora el tipo IRPH Cajas al contrato suscrito por un profesional y un consumidor, y a los efectos de valorar la existencia de desequilibrio pese a las exigencias de buena fe con arreglo al párrafo 67º de la STJUE C-421/14, de 26 de enero de 2017, resulta relevante la circunstancia de que el tipo efectivo resultante de la determinación del tipo euríbor representa el precio por el que las entidades*

*adquieren el dinero que posteriormente prestan a sus clientes, en tanto que el tipo efectivo resultante de la determinación del tipo IRPH Cajas, siempre superior, representa el coste total abonado por los clientes a los que las Cajas de Ahorro han prestado ese dinero.*

*19ª.- Si resulta contrario al artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE que, declarada abusiva la cláusula que incorpora el tipo hipotecario IRPH Cajas al contrato suscrito entre un profesional y un consumidor, y resultando que el contrato no puede subsistir tras su expulsión del contrato, se supla esta con arreglo a la Disposición Adicional 15.ª de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, sustitución que llevaría a que, en beneficio del profesional, se mantuviera la misma situación de desequilibrio anulada por el juez nacional habida cuenta de que dicha norma supletoria estaba prevista para la sustitución pacífica del índice y pretendía que tal sustitución no alterara la situación existente previa a la desaparición de dicho índice.*

*20ª.- Si, habida cuenta de que, según entiende el Banco de España, todos los reproches que cabe realizar al tipo hipotecario IRPH Cajas se hubieran neutralizado de haberse incorporado el correspondiente diferencial negativo, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE ha de interpretarse en el sentido de que, declarada abusiva la cláusula que incorpora el tipo IRPH Cajas al contrato suscrito entre un consumidor y un profesional, no se opone a que el juez nacional supla, con carácter retroactivo, el diferencial incorporado por el diferencial negativo que debió incorporarse en el momento de la contratación, con devolución al consumidor de cuanto le fue indebidamente detraído, con sus intereses, a fin de salvar la nulidad del contrato y transformar el contrato en el que debió suscribirse según advertía el Banco de España.*

*21ª.- Si resulta contrario al artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE que, declarada abusiva la cláusula que incorpora el tipo hipotecario IRPH Cajas al contrato suscrito entre un profesional y un consumidor, y declarado nulo el contrato por imposibilidad de subsistencia del mismo una vez expulsada dicha cláusula, se establezcan los efectos del artículo 1303 del Código Civil, de manera que el infractor resulta beneficiado al recuperar la totalidad de lo prestado, con intereses legales superiores a los recogidos en el contrato, y aplicables sobre la totalidad de lo prestado desde el primer día.*

*22ª.- Si, habida cuenta de que nos encontramos ante un contrato de adhesión, constituido por condiciones generales no negociadas impuestas por el profesional, y siendo de su única responsabilidad haber incorporado cláusulas abusivas respecto de elementos de la esencialidad del precio, el artículo 7.1 de la Directiva 93/13/CEE debe interpretarse en el sentido de entender que es el profesional el responsable de la causa torpe que llevó a la nulidad del contrato en su totalidad, y, en consecuencia, resulte de aplicación el artículo 1306.2 del Código Civil.*

[OMISSIS]

[OMISSIS] [formalidades procesales]