



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

JDO. PRIMERA INSTANCIA N.2 DE EIVISSA

-

CALLE SAN CRISTOFOL S/N EDIFICIO CETIS 2º PLANTA

Teléfono: 971.31.55.18, **Fax:** 971.19.02.78

Correo electrónico:

Equipo/usuario: PGR

Modelo: N20190

N.I.G.: 07026 42 1 2019 [REDACTED]

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000 [REDACTED] /2019

Procedimiento origen: /

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

DEMANDANTE , INTERVINIENTE D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a. NORBERTO JOSE MARTINEZ BLANCO,

DEMANDADO D/ña. UNION DE CREDITOS INMOBILIARIOS SA

Procurador/a Sr/a.

Abogado/a Sr/a.

**PLANTEAMIENTO DE CUESTIONES PREJUDICIALES AL TRIBUNAL DE
JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA**

Procedimiento Acelerado - Artículo 105

AUTO

JURISPRUDENCIA DE MARTÍNEZ-BLANCO ABOGADOS

Ibiza, a 05 de enero de 2021

Vistos por mí, CARMEN ROBLES ZAMORA, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Ibiza, los autos de Procedimiento Ordinario nº [REDACTED]/2019, remito la presente petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y en consideración a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- PARTES Y OBJETO DEL PROCESO.

Ante este Juzgado se interpuso demanda de procedimiento ordinario por Don [REDACTED], representado por el Procurador [REDACTED], y defendida por el Letrado NORBERTO JOSÉ MARTÍNEZ BLANCO, contra la entidad financiera **UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS, S.A. E.F.C.,**

representada por la Procurador [REDACTED] y defendida por la Letrada [REDACTED], interesando entre otras, la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula que impone el índice IRPH y su sustitutivo, en un contrato celebrado entre ambos; todo ello junto a la petición de devolución de lo abonado en virtud de dicha cláusula.

En el seno del procedimiento, la defensa de la parte actora ha expuesto la necesidad de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Con carácter previo al planteamiento se otorgó plazo a la entidad financiera demandada para que manifestara las alegaciones que tuviera por oportunas al respecto.

La defensa de la parte actora solicita que se planteen ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea las siguientes cuestiones:

- 1) *¿Se opone al artículo 3 de la Directiva una jurisprudencia nacional que establece que el profesional se encuentra exonerado de facilitar la información al consumidor en el momento de la concertación del préstamo, de la evolución pasada del índice de referencia al menos durante los dos últimos años en comparación con al menos otro índice*

distinto de uso habitual y extendido en el sector en el momento de la concertación del contrato, como lo fue el Euribor en el caso concreto?

2) *¿Se opone al artículo 3 de la Directiva una jurisprudencia nacional que establece que no ha existido desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes en detrimento del consumidor el hecho de que se haya introducido de forma no transparente por el profesional la cláusula que impone el índice de referencia IRPH sin la necesaria información previa, evolutiva y comparativa con el resto de índices habituales en el mercado?*

3) *¿Se opone al artículo 3.2 de la Directiva 13/93 una jurisprudencia que entiende que una cláusula que introduce el índice de referencia IRPH en un contrato de préstamo sin información previa, no es abusiva, pese a que se contempla específicamente en la normativa interna nacional la obligación de la entidad financiera de entregar información sobre su evolución de los dos años anteriores y esta información no fuese apreciada?*

TEL. 905 834 920 - 911 971 056 - 966 593 463

info@martinez-blanco.com

En caso negativo, la falta de información previa, ¿supondría ausencia de buena fe por parte del predisponente de la cláusula y por tanto su abusividad? ¿Es, por tanto contrario al Artículo 3.1 de la directiva, la jurisprudencia nacional que aprecia buena fe en la entidad financiera pese a no suministrar la información preceptiva y por tanto incorporar al contrato cláusulas carentes de transparencia?

4) *¿Se opone al artículo 3.2 de la Directiva una jurisprudencia nacional que entiende que una cláusula que introduce el índice de referencia IRPH en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor,*

exonera al profesional del deber de información comparativa y evolutiva al consumidor de los diferentes índices de referencia más utilizados existentes en el momento de la concertación del préstamo por entender que es fácilmente comprensible para el consumidor entender que el IRPH siempre sería más elevado que el Euribor por existir una publicación en el B.O.E. de una Circular del sector bancario del 1994 que disponía el método de cálculo del IRPH? En caso negativo, ¿tendría la obligación el profesional de comunicar y facilitar dicha Circular al consumidor en el momento de la concertación del préstamo?

5) *¿Se opone al artículo 3.1 de la Directiva una jurisprudencia nacional que entiende que es requisito indispensable para proceder al control de contenido de una cláusula no transparente que introduce voluntariamente el índice IRPH en un contrato celebrado con un consumidor la ausencia de buena fe del profesional interpretando que la simple utilización por gobiernos del índice de IRPH puede asimilarse a una existencia de buena fe automática en la imposición del índice escogido unilateral y voluntariamente por el profesional en contratos celebrados con consumidores?*

6) *¿Se opone al artículo 3.1 de la Directiva, el artículo 82.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que exige para apreciar la abusividad de la cláusula, que sea contraria a las exigencias de la buena fe?*

7) *¿Se opone al artículo 3.1 de la Directiva una jurisprudencia nacional que entiende que no existe ausencia de buena fe del profesional al*

introducir una cláusula no negociada individualmente que impone un índice de referencia IRPH en un contrato celebrado con un consumidor, la ocultación o falta de información de la evolución pasada del índice de referencia IRPH, junto con su comparativa con el resto de índices más populares en el momento de la concertación del préstamo?

- 8) *¿Se opone al art. 3.1 de la Directiva, una jurisprudencia nacional, que exige que para declarar nula por abusiva una cláusula que establece el índice IRPH, deba reunir necesaria y obligatoriamente que la cláusula no haya sido incorporada de forma transparente, exista mala fe por el predisponente, y además, cause un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en detrimento del consumidor en el sentido estrictamente económico al momento de la concertación del préstamo?*

En caso afirmativo, ¿qué requisitos exige la Directiva como mínimo para la declaración de abusividad de la cláusula? ¿Sería requisito suficiente conforme a la Directiva la falta de transparencia para la declaración de nulidad de conformidad al espíritu perseguido por la Ley 5/2019 en su Disposición Final Octava cuando establece expresamente que deberá ser declarada nula toda cláusula incorporada de forma no transparente?

- 9) *¿Se opone al artículo 3.1 de la Directiva una jurisprudencia nacional que entiende que no existe ausencia de buena fe del profesional al introducir una cláusula no negociada individualmente que impone un índice de referencia IRPH en un contrato celebrado con un*

consumidor, la falta de información al consumidor en el sentido del deber de informar que ese índice de referencia no era el normalmente utilizado y que hasta el momento de la concertación del préstamo en su evolución pasada siempre había estado más elevado que el índice más popular en el momento de la concertación del préstamo, como en el presente caso el EURIBOR, y que nunca podría estar igualado o por debajo de éste por su propia fórmula de cálculo, y que en consecuencia siempre iba a pagar más intereses en comparación con un préstamo referenciado a Euríbor u otro índice similar?

10) *¿Se opone al artículo 3.1 de la Directiva una jurisprudencia nacional que establece que no ha existido perjuicio importante en los derechos y obligaciones de las partes en detrimento del consumidor el hecho de que se haya introducido de forma no transparente por el profesional la cláusula que impone el índice de referencia IRPH privando al consumidor del derecho de poder comparar, analizar y valorar antes de formalizar el contrato?*

11) *¿Se opone al artículo 3.1. de la Directiva una jurisprudencia nacional que establece que no ha existido perjuicio importante en los derechos y obligaciones de las partes en detrimento del consumidor el hecho de que se haya introducido de forma no transparente por el profesional la cláusula que ha ocasionado al consumidor abonar en concepto de intereses una cuantía notablemente superior en comparación con el resto de índices utilizados existentes al tiempo de la concertación del préstamo?*

- 12) *Se cuestiona si el artículo 6.1 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que declarada nula la cláusula que establece el índice de referencia IRPH en un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un profesional y un consumidor, puede subsistir el contrato sin necesidad de que sea sustituida la cláusula por otro índice de referencia.*

En caso negativo, ¿se opondría al principio de efecto disuasorio contemplado en el art. 7.1 de la Directiva que fuera sustituido por otra subtipo de IRPH (IRPH CONJUNTO DE ENTIDADES, IRPH CAJAS, IRPH BANCOS, O IRPH CECA) que ocasionaría el mismo efecto, o si por el contrario debería ser sustituido por el índice de referencia más usado y extendido (EURIBOR para el caso concreto) para la concertación de préstamos entre consumidores y entidades financieras en el momento de la celebración del contrato?

- 13) *¿Se opone a la interpretación dada por el TJUE al artículo 4.2 de la Directiva en la Sentencia de 3 de Marzo de 2020 en la cuestión C125-18, una jurisprudencia nacional que entiende que una cláusula como la controvertida no es abusiva pese a la falta de negociación y transparencia, por ausencia de mala fe, aun habiendo existido perjuicio al consumidor?*

- 14) *¿Se opone al artículo 3.2 de la Directiva, la Ley 5/2019 y la Orden EHA/2899/2011, y una jurisprudencia nacional, que en los préstamos concertados durante la vigencia de esta normativa, exonera al profesional de facilitar la información al consumidor en el momento de la concertación del préstamo, de la evolución pasada del índice de*

referencia al menos durante los dos últimos años en comparación con al menos otro índice distinto de uso habitual y extendido en el sector como el Euribor?

15) *¿Se opone al artículo 3, 4, 6 y 7 de la Directiva una jurisprudencia nacional que considera que una cláusula que impone el índice de referencia en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, como el presente caso, que ha sido incorporada de forma no transparente, no puede ser declarada abusiva, por entender que no existe mala fe ni perjuicio al consumidor, aun habiendo provocado un perjuicio económico que era previsible por la entidad financiera, privándole al consumidor de su derecho a evaluar, comparar y analizar antes de tomar su decisión, dado que de haber conocido el alcance y términos concretos no habría sido aceptado por el consumidor?*

16) *¿Se opone al artículo 6.2 de la Directiva, el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que las cuestiones prejudiciales seguidas ante el TJUE no extienden sus efectos de prejudicialidad civil a otros procedimientos judiciales similares o idénticos de las que pueda existir transcendía material y jurídica aplicable al caso tras la resolución de la cuestión planteada, privando de protección al consumidor en caso de la continuación del procedimiento?*

En caso afirmativo, y con independencia de la instancia judicial o momento procesal en la que se encuentre el caso, ¿debe estimar la prejudicialidad civil el juez nacional de oficio o a instancia de parte?

2.- DE LA NECESIDAD DEL PROCEDIMIENTO ACCELERADO - ARTÍCULO 105 DEL REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA.

Previamente al planteamiento de la cuestión, merece consideración la justificación de la solicitud de que la presente cuestión prejudicial sea materializada a través del procedimiento acelerado establecido en el artículo 105 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, de 25 de Septiembre de 2012, y todo ello con base en las siguientes circunstancias y contextualización de los asuntos cuestionados.

La primera de las justificaciones queda acreditada por el gran volumen de demandas que juzgados como el presente están resolviendo, debido al auge de reclamaciones bancarias por parte de consumidores por cláusulas como de las que aquí se cuestiona contadas por cientos de miles de procedimientos judiciales en los que se solicitan cuestiones idénticas a las aquí se presentan, en todo el territorio nacional.

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

En tercer lugar, siendo la más preocupante de ellas, viene motivada porque el Tribunal Supremo español ha realizado una re interpretación con el dictado de una reciente jurisprudencia a raíz de las Sentencias 595, 596, 597 y 598/2020 de 12 de Noviembre de 2020, de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 3 de Marzo de 2020 que resolvía la Cuestión Prejudicial C-125/18 “*Caso Gómez del Moral*”, desde una perspectiva

abruptamente contraria a lo dispuesto expresamente en la citada sentencia así como en decenas de sentencias relativas a los criterios interpretativos de la Directiva 93/13/CE en relación a la protección de los derechos de los consumidores en contratos celebrados con profesionales; haciendo que con tal interpretación se gire jurídicamente en 180 grados el sentido protector de los consumidores recogida en la Directiva, en exclusivo beneficio de las entidades financieras predisponentes.

Además, este hecho se agrava con la emisión repentina y premeditada de estas cinco sentencias por el Tribunal Supremo para que pueda ser considerada en el derecho nacional como jurisprudencia pacífica, procediendo a inadmitir de forma masiva y directa todos los recursos de casación que tienen relación con la cláusula IRPH, quebrando toda posibilidad de defensa a los consumidores pues no existe otra instancia donde recurrir tal decisión judicial convirtiéndose en firme. Esta tramitación acelerada de recursos de casación para intentar que queden inadmitidos no se ha conocido nunca en la historia del Tribunal Supremo español, que escapa a toda lógica jurídica y a los principios de protección de los derechos de los consumidores, que provoca necesariamente un enriquecimiento y beneficio de las entidades financieras en detrimento de los consumidores afectados por esta cláusula, máxime si atendemos a que dentro de las propias sentencias re interpretativas emitidas recientemente por el Tribunal Supremo existe un voto discrepante de Ilustre Magistrado Don Francisco Javier Arroyo Fiestas que considera vulnerado flagrantemente el Derecho de la Unión y en especial lo dictado en la Sentencia del Tribunal de Justicia del pasado 3 de Marzo de 2020.

Esta situación, ha provocado que en los últimos días se hayan conocido diferentes denuncias ante la Comisión Europea por la no aplicación del Derecho de la Unión Europea y de la jurisprudencia emanada del TJUE.

Por estos motivos, se considera necesaria el planteamiento de la presente cuestión a través del procedimiento acelerado previsto en el artículo 105 ante los graves daños irreparables que la situación especial y actual puede estar provocando a los consumidores.

3.- CONTEXTO FÁCTICO DEL LITIGIO.

El consumidor demandante reclama en el procedimiento, la declaración de nulidad por abusivas de la cláusula que impone un tipo de IRPH como índice de referencia y otro tipo de IRPH como sustitutivo al principal, junto a la nulidad de otra cláusula abusiva no discutida en esta cuestión prejudicial, junto a la solicitud de devolución de lo indebidamente pagado por la aplicación de dichas cláusulas y como consecuencia inherente de la declaración de nulidad amparada en el artículo 1.303 del Código Civil y en el principio de no vinculación establecido en el artículo 6, apartado 1 de la Directiva 13/93/CEE. En este sentido, los efectos solicitados son la devolución de aquellas cantidades abonadas en virtud de cláusula IRPH más los intereses legales pertinentes. De forma subsidiaria, se solicita la sustitución del IRPH por Euribor con efecto retroactivo desde el inicio del contrato con condena a la devolución del exceso abonado, más intereses legales. En cualquiera de los casos, se ha solicitado la imposición de la condena en costas a la entidad financiera. Se alega falta de información al consumidor al momento de la concertación del contrato de préstamo, transgresión de la buena fe de la entidad financiera, así como

desequilibrio entre los derechos y obligaciones en causando así un perjuicio al consumidor, debiendo entender que no supera el control de transparencia, incorporación y contenido.

De igual modo, la entidad financiera se ha opuesto a la demanda alegando de forma general la validez de la cláusula IRPH y la otra cláusula no cuestionada en esta cuestión, como condiciones generales de la contratación, entendiéndose superados los controles de contenido, incorporación y de transparencia.

La litigiosidad relativa a estas cuestiones afecta a un importante número de consumidores. El *modus operandi* en las defensas de los consumidores y de las entidades financieras en este tipo de procedimientos es prácticamente idéntico. En dichos procedimientos, en una amplia mayoría, la única prueba que se practica es la documental, siendo poco frecuente los interrogatorios de parte, testificales o periciales.

El tratamiento jurisprudencial mayoritario de la acción ejercitada de nulidad de IRPH ha ido variando a lo largo de estos últimos años. Cada vez más han sido los Juzgados y Audiencias Provinciales que se han sumado a la declaración de nulidad de la cláusula, pero aun así, todavía existe debate y confrontación jurídica a raíz de la publicación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 3 de Marzo de 2020, así como las dictadas por el Tribunal Supremo de fecha 14 de Diciembre de 2017 y 12 de Noviembre de 2020, que en un escaso periodo de tiempo han llevado a dictar resoluciones contradictorias entre sí que han llevado a los juzgadores tanto de primera instancia como de audiencias provinciales, a consumidores y a la defensa de la banca a una preocupante situación de inseguridad jurídica, al

estar provocando resoluciones diferentes y contradictorias que están causando un grave daño material a los consumidores afectados en muchos casos irreparable, máxime si el Tribunal Supremo tras sus últimas sentencias está procediendo a inadmitir de forma masiva todos los recursos de casación existentes por entender unilateralmente que no existe interés casacional a pesar de existir un voto particular en dichas sentencias, y omitiendo la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de Marzo de 2020. Hechos todos estos, que solo benefician al profesional predisponente, en este caso, a la banca española que introduce estas cláusulas en sus contratos de préstamo celebrados con consumidores.

Así, el vaivén jurisprudencial que ha dado lugar a esta grave situación se puede resumir en las siguientes sentencias:

- 1) Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo Pleno 699/2017, de 14 de diciembre, que determinó que el IRPH es válido y por tanto no abusivo, entendiéndose que se entiende superado automáticamente el control de transparencia por tratarse de un índice oficial, no siendo abusivo tampoco por entender erróneamente que en España la Directiva prohíbe expresamente entrar a valorar el objeto principal del contrato entendiéndose así el IRPH dentro del contrato.
- 2) Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de fecha 3 de Marzo de 2020, que resuelve la cuestión prejudicial C-125/18, entendiéndose que en España no opera el impedimento de valoración por el Juez nacional de una cláusula que afecta al objeto principal del contrato, indicando que puede ser declarada nula por abusiva;

entendiendo además que existe obligación al profesional de informar previamente al consumidor de su inclusión así como informar de la evolución anterior del índice de al menos de 2 años antes al momento de la celebración del contrato, así como la existencia de la posibilidad de sustituir la cláusula IRPH por otro índice cuando el contrato no pueda llegar a subsistir.

- 3) Sentencias nº 595, 596, 597, 598 y 599/2020 de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 12 de Noviembre de 2020, en la que haciendo una interpretación torticera llega a la conclusión de que la cláusula IRPH no es transparente pero tampoco abusiva al entender que no se aprecia la falta de buena fe y desequilibrio importante al consumidor al contener dicha cláusula, sin que pueda determinarse su nulidad.

Por otro lado, no es aceptable *a priori* que la jurisprudencia considere que el profesional no ha actuado con mala fe ni tampoco le asistía obligación alguna de informar al consumidor que concertaba el préstamo con la cláusula IRPH en el sentido de que este índice iba a ser siempre más caro que el EURIBOR el existir publicada una Circular del año 1994 en el BOE donde se estableció que el IRPH se conformaba entre otros conceptos de la suma del EURIBOR, diferenciales, y comisiones. Este punto es de especial relevancia, porque equipara a exonerar al profesional del deber de informar al cliente de esta importantísima circunstancia que de haberse explicado no hubiera sido aceptado por el consumidor, puesto que de conocer el consumidor que iba a tener aplicado en su préstamo un índice de referencia que no era tan

extendido como el Euribor, y que nunca iba a poder ser similar o estar por debajo de este, evidentemente, incluso siendo atento y perspicaz, no lo hubiera aceptado. A nuestro entender, esto choca formalmente con el deber de información del profesional que ha impuesto la cláusula no negociada y debe ser puesto en relación con la posible ausencia de buena fe del profesional por llevar a cabo esta ausencia de información.

El Tribunal Supremo además determina que aun siendo la cláusula no transparente, para poder decretar su abusividad o para realizar el control de contenido debe existir necesariamente mala fe por el profesional, cuando a en realidad el artículo 3.1. de la Directiva establece que podrá ser declarada abusiva a pesar de las exigencias de la buena fe cuando exista desequilibrio importante, por lo que entendemos que no podremos atender al criterio de la buena fe como requisito de obligada existencia para que el juez nacional pueda entrar a valorar la abusividad o el control de contenido de la cláusula introducida en el contrato de forma no transparente. En relación con el concepto de desequilibrio debe llevarse a cabo despejar las dudas sentadas por el alto tribunal, por lo que procederemos a formular cuestiones que entendemos relevantes para armonizar la interpretación de la Directiva.

Es de sentido común para cualquier lego en Derecho que ha existido ausencia de buena fe desde el momento de que el profesional, concedor de la evolución pasada del índice y de las diferencias económicas y evolutivas con el resto de índices de referencia más utilizados, no haya informado al consumidor de estas situaciones, aprovechando su posición dominante en el contrato, pues es realmente quien domina la información en comparación con la que puede tener un consumidor medio, en exclusivo beneficio de mover la balanza a los

exclusivos beneficios del profesional, por lo que entendemos que la jurisprudencia emitida choca frontalmente con las exigencias de la buena contractual.

Por otra parte, en el mismo sentido que lo comentado en el párrafo anterior, debemos atender que otra ausencia de buena fe es la no información al consumidor de que el índice utilizado en su préstamo no era el comúnmente utilizado y conocido como el Euribor, sino que era un índice residualmente, más caro si atendemos a la evolución pasada, y que en el momento de la concertación del préstamo ya se podría asegurar técnica y jurídicamente que nunca iba a estar por debajo del Euribor por la simple razón de que su fórmula de cálculo incluye las cuantías propias del Euribor, comisiones y diferenciales, haciendo que sea del todo imposible igualar o descender por debajo del Euribor mismo.

Consecuentemente, el profesional nunca informó de que la devolución del capital del préstamo sería notablemente más caro que otro préstamo referenciado al principal índice de referencia más utilizado que en ese momento era el Euribor, que era en la mayoría de casos el índice que el consumidor creía estar contratando.

En cuanto a los posibles efectos de declarar la nulidad de la cláusula por IRPH, tanto la normativa nacional como las diferentes interpretaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea abogan por la subsistencia del contrato sin la cláusula abusiva declarada nula, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 83 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Usuarios y Consumidores, y en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, así como en las

diferentes interpretaciones de la Directiva a raíz de sentencias del Tribunal de Justicia.

Y la subsistencia es posible, en primer lugar, porque es perfectamente posible materializarlo en la práctica dejando la devolución del capital de un préstamo con el cobro de intereses bajo el concepto del tipo fijo inicial aplicado durante los primeros meses de vida del préstamo, así como la aplicación de un interés a través del diferencial estipulado en el contrato aplicable durante toda la vida del préstamo como contraprestaciones; y en segundo lugar, porque de ese modo se respetaría el principio de efecto disuasorio y de no vinculación consagrados en el artículo 6 y 7 de la Directiva.

Por otro lado, en caso de entender que no puede subsistir el contrato sin la cláusula IRPH, este debería ser sustituido con carácter retroactivo desde el inicio por otro índice de referencia que sea del todo distinto al IRPH y a sus subtipos, como es el EURIBOR como índice más utilizado en el momento de la concertación del préstamo, para conseguir así un efecto disuasorio al profesional, pues de nada serviría, a modo de ejemplo, declarar la nulidad la cláusula que impone el IRPH CAJAS para que este sea sustituido por una cláusula que impone el IRPH CONJUNTO DE ENTIDADES cuando apenas existe diferencia evolutiva y económica si comparamos ambos, pues vendría a producir el mismo beneficio al profesional, del modo que ningún efecto disuasorio tendría la declaración de abusividad para él, y nula protección para el consumidor.

Al margen de lo anterior, se hace necesario conocer si se oponen ciertos preceptos de la normativa nacional en materia de protección al consumidor a la Directiva. Además, tenemos que tener en cuenta el artículo 43 de la LEC

interpretado por la jurisprudencia nacional como no aplicable la prejudicialidad civil a cuestiones prejudiciales del TJUE, cuando entendemos que privaría todo efecto protector al consumidor cuando exista un procedimiento abierto en el TJUE similar o idéntico al suyo, además de entender que dicho precepto es contrario a la Directiva.

Por todo ello, y con independencia a lo que las partes interesadas puedan alegar en el seno del procedimiento seguido ante el Tribunal de Justicia para resolver esta cuestión prejudicial, entendemos necesaria la aclaración para que el juez nacional español pueda tener las herramientas necesarias del todo claras para desempeñar los correspondientes controles de transparencia, contenido e incorporación, para determinar la abusividad de las cláusulas.

3.- DERECHO DE LA UNIÓN

El artículo 1 de la Directiva 93/13 establece:

1. El propósito de la presente Directiva es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

2. Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva.

El artículo 3 de la Directiva 93/13 establece:

1. *Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.*

2. *Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión.*

El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba.

El artículo 4 de la Directiva 93/13 establece:

1. *Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.*

2. *La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, [y] los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.*

El artículo 5 de la misma Directiva dispone:

En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas

deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor.

El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 prevé:

Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

A tenor del artículo 7, apartado 1, de la misma Directiva:

1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

4.- DERECHO NACIONAL

En Derecho español, la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas estaba garantizada inicialmente por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE nº 176, de 24 de julio de 1984, p. 21686; en lo sucesivo, «Ley 26/1984»).

La Ley 26/1984 fue modificada posteriormente mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE nº 89, de 14 de abril de 1998, p. 12304), que adaptó el Derecho interno a la Directiva 93/13.

Por último, 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 (BOE nº 287, de 30 de noviembre de 2007, p. 49181; en lo sucesivo, «Real Decreto Legislativo 1/2007»), estableció el texto refundido de la Ley 26/1984, con sus sucesivas modificaciones.

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 aquéllas 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.

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

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

- a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,*
- b) limiten los derechos del consumidor y usuario,*
- c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,*
- d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y*

ejecución del contrato, o

f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

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

Redacción 2007:

1. Las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.

2. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva.

A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.

Sólo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá el Juez declarar la ineficacia del contrato.

Redacción 2014:

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

Redacción 2019:

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

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

Artículo 85. Cláusulas abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario.

Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes:

1. Las cláusulas que reserven al empresario que contrata con el consumidor y usuario un plazo excesivamente largo o insuficientemente determinado para aceptar o rechazar una oferta contractual o satisfacer la prestación debida.

2. Las cláusulas que prevean la prórroga automática de un contrato de duración determinada si el consumidor y usuario no se manifiesta en contra, fijando una fecha límite que no permita de manera efectiva al consumidor y usuario manifestar su voluntad de no prorrogarlo.

3. Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurran motivos válidos especificados en el contrato.

En los contratos referidos a servicios financieros lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las cláusulas por las que el empresario se reserve la facultad de modificar sin previo aviso el tipo de interés adeudado por el consumidor o al consumidor, así como el importe de otros gastos relacionados con los servicios financieros, cuando aquéllos se encuentren adaptados a un índice, siempre que se trate de índices legales y se describa el modo de variación del tipo, o en otros casos de razón válida, a condición de que el empresario esté obligado a informar de ello en el más breve plazo a los otros contratantes y éstos puedan resolver inmediatamente el contrato sin penalización alguna.

Igualmente podrán modificarse unilateralmente las condiciones de un contrato de servicios financieros de duración indeterminada por los motivos válidos expresados en él, siempre que el empresario esté obligado a informar al consumidor y usuario con antelación razonable y éste tenga la facultad de resolver el contrato, o, en su caso, rescindir unilateralmente, sin previo aviso en el supuesto de razón válida, a condición de que el empresario informe de ello inmediatamente a los demás contratantes.

4. Las cláusulas que autoricen al empresario a resolver anticipadamente un contrato de duración determinada, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad, o las que le faculten a resolver los contratos de duración indefinida en un plazo desproporcionadamente breve o sin previa notificación con antelación razonable.

Lo previsto en este párrafo no afecta a las cláusulas en las que se prevea la resolución del contrato por incumplimiento o por motivos graves, ajenos a la voluntad de las partes, que alteren las circunstancias que motivaron la celebración del contrato.

5. Las cláusulas que determinen la vinculación incondicionada del consumidor y usuario al contrato aún cuando el empresario no hubiera cumplido con sus obligaciones.

6. Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

7. Las cláusulas que supongan la supeditación a una condición cuya realización dependa únicamente de la voluntad del empresario para el cumplimiento de las prestaciones, cuando al consumidor y usuario se le haya exigido un compromiso firme.

8. Las cláusulas que supongan la consignación de fechas de entrega meramente indicativas condicionadas a la voluntad del empresario.

9. Las cláusulas que determinen la exclusión o limitación de la obligación del empresario de respetar los acuerdos o compromisos adquiridos por sus mandatarios o representantes o supeditar sus compromisos al cumplimiento de determinadas formalidades.

10. Las cláusulas que prevean la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien o servicio o las que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido, sin que en ambos casos existan razones objetivas y sin reconocer al consumidor y usuario el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado.

Lo establecido en el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de la adaptación de precios a un índice, siempre que tales índices sean legales y que en el contrato se describa explícitamente el modo de variación del precio.

11. Las cláusulas que supongan la concesión al empresario del derecho a determinar si el bien o servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato.

Martínez-Blanco
Abogados
JURISPRUDENCIA DE MARTÍNEZ-BLANCO ABOGADOS
TEL. 900 834 926 - 971 571 056 - 966 593 463
info@martinez-blanco.com

Artículo 86. Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario.

En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean:

1. La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario.

En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor y usuario, las normas legales sobre conformidad con el contrato de los bienes o servicios puestos a su disposición o limiten el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los

daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad.

2. La exclusión o limitación de la responsabilidad del empresario en el cumplimiento del contrato, por los daños o por la muerte o por las lesiones causadas al consumidor y usuario por una acción u omisión de aquél.

3. La liberación de responsabilidad del empresario por cesión del contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste.

4. La privación o restricción al consumidor y usuario de las facultades de compensación de créditos, retención o consignación.

5. La limitación o exclusión de la facultad del consumidor y usuario de resolver el contrato por incumplimiento del empresario.

6. La imposición de renuncias a la entrega de documento acreditativo de la operación.

7. La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario.

JURISPRUDENCIA DE MARTÍNEZ-BLANCO ABOGADOS

TEL. 900 834 926 – 971 571 056 – 966 593 463

Artículo 87. Cláusulas abusivas por falta de reciprocidad.

Son abusivas las cláusulas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario y, en particular:

1. La imposición de obligaciones al consumidor y usuario para el cumplimiento de todos sus deberes y contraprestaciones, aun cuando el empresario no hubiere cumplido los suyos.

2. La retención de cantidades abonadas por el consumidor y usuario por renuncia, sin contemplar la indemnización por una cantidad equivalente si renuncia el empresario.

3. *La autorización al empresario para resolver el contrato discrecionalmente, si al consumidor y usuario no se le reconoce la misma facultad.*

4. *La posibilidad de que el empresario se quede con las cantidades abonadas en concepto de prestaciones aún no efectuadas cuando sea él mismo quien resuelva el contrato.*

5. *Las estipulaciones que prevean el redondeo al alza en el tiempo consumido o en el precio de los bienes o servicios o cualquier otra estipulación que prevea el cobro por productos o servicios no efectivamente usados o consumidos de manera efectiva.*

En aquellos sectores en los que el inicio del servicio conlleve indisolublemente unido un coste para las empresas o los profesionales no repercutido en el precio, no se considerará abusiva la facturación por separado de tales costes, cuando se adecuen al servicio efectivamente prestado.

6. *Las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado, la imposición de plazos de duración excesiva, la renuncia o el establecimiento de limitaciones que excluyan u obstaculicen el derecho del consumidor y usuario a poner fin a estos contratos, así como la obstaculización al ejercicio de este derecho a través del procedimiento pactado, cual es el caso de las que prevean la imposición de formalidades distintas de las previstas para contratar o la pérdida de las cantidades abonadas por adelantado, el abono de cantidades por servicios no prestados efectivamente, la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados.*

Artículo 89. Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato.

En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas:

1. Las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

2. La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables.

3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas:

a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

b) La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación.

c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.

d) La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad.

4. La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados.

5. Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no

correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación.

6. La negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del empresario, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación.

7. La imposición de condiciones de crédito que para los descubiertos en cuenta corriente superen los límites que se contienen en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al Consumo.

8. La previsión de pactos de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor y usuario a la elección de fedatario competente según la ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato.

El artículo 1.258 del Código Civil dispone lo siguiente:

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

Según el artículo 1.303 del Código Civil:

Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.

El artículo 7 de la Ley 7/98, de 13 de Abril, de Condiciones Generales de la Contratación:

No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

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

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

A tenor del artículo 8 de la Ley 7/98, de 13 de Abril, de Condiciones Generales de la Contratación:

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

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

CIRCULAR DEL BANCO DE ESPAÑA 8/1990, DE 7 DE SEPTIEMBRE, a entidades de crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

CIRCULAR DEL BANCO DE ESPAÑA 5/1994, DE 22 DE JULIO, e entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela.

5.- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.

SENTENCIA TJUE - 6 OCTUBRE 2009 C-40/08 (ORIGEN ESPAÑA)

Por último, en cuanto a las consecuencias de la constatación, por el juez que conoce del procedimiento de ejecución, de la existencia de una cláusula arbitral abusiva en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, debe recordarse que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 exige que los Estados miembros dispongan que las cláusulas abusivas no vinculen al consumidor «en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales».

Así pues, como ha sugerido el Gobierno húngaro en sus observaciones escritas, corresponde al órgano jurisdiccional remitente extraer, con arreglo al Derecho nacional, todas las consecuencias que la existencia de una cláusula arbitral abusiva implica con respecto al laudo arbitral, siempre y cuando dicha cláusula no pueda vincular al consumidor.

La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, dictado sin comparecencia del consumidor, está obligado, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, a apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula arbitral contenida en el contrato celebrado entre un profesional y dicho consumidor, en la medida en que, con arreglo a las normas procesales nacionales, pueda efectuar dicha apreciación en el marco de procedimientos similares de carácter interno. Si éste es el caso, incumbe a dicho órgano jurisdiccional extraer todas las consecuencias que, según el Derecho nacional, se derivan de ello para

cerciorarse de que dicho consumidor no está vinculado por la citada cláusula.”

SENTENCIA TJUE - 15 MARZO 2012 C-453/10 (ORIGEN ESLOVAQUIA)

“El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que, al valorar si un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que contiene una o varias cláusulas abusivas puede subsistir sin éstas, el juez que conoce del asunto no puede basarse únicamente en el carácter eventualmente favorable para una de las partes, en el caso de autos el consumidor, de la anulación de dicho contrato en su conjunto. Sin embargo, dicha Directiva no se opone a que un Estado miembro establezca, con el debido respeto del Derecho de la Unión, que un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que contiene una o varias cláusulas abusivas es nulo en su conjunto cuando ello garantice una mejor protección del consumidor.”

TEL. 900 834 926 - 971 571 056 - 966 593 463

info@martinez-blanco.com

SENTENCIA TJUE - 14 JUNIO 2012 C-618/10 (ORIGEN ESPAÑA)

“El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del 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, que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva”.

SENTENCIA TJUE - 21 MARZO 2013 C-92/11 (ORIGEN ALEMANIA)

“A fin de responder a esta cuestión, procede recordar de inmediato que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de

que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional, en lo referente tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional, sin poder influir en el contenido de éstas (sentencias de 15 de marzo de 2012, Pereničová y Perenič, C-453/10, apartado 27, y de 26 de abril de 2012, Invitel, C-472/10, apartado 33).

Habida cuenta de semejante situación de inferioridad, la Directiva 93/13, por un lado, establece en su artículo 3, apartado 1, la prohibición de cláusulas tipo que, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Por otro lado, la Directiva 93/13 impone a los profesionales –en su artículo 5– la obligación de redactar las cláusulas de forma clara y comprensible. El vigésimo considerando de la propia Directiva precisa a este respecto que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas del contrato.

En efecto, reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información”.

JURISPRUDENCIA DE MARTÍNEZ-BLANCO ABOGADOS

SENTENCIA TJUE - 16 ENERO 2014 C226/12 (ORIGEN ESPAÑA – AP OVIEDO)

“La existencia de un «desequilibrio importante» no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales.”

SENTENCIA TJUE – 14 MARZO 2013 C-415/11 (ORIGEN ESPAÑA)

El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que:

“El concepto de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor debe apreciarse mediante un análisis de las normas nacionales aplicables a falta de acuerdo entre las partes, para determinar si –y, en su caso, en qué medida– el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos llevar a cabo un examen de la situación jurídica en la que se encuentra dicho consumidor en función de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas;

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

SENTENCIA TJUE - 30 ABRIL 2014 C-26/13 (ORIGEN HUNGRÍA)

“El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo”.

SENTENCIA 21 ENERO 2015 C-482/13, (ORIGEN ESPAÑA)

“En este contexto, procede recordar que, en lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula de un contrato que vincula a un consumidor y un profesional, de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, ese mantenimiento del contrato sea jurídicamente posible (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10,

EU:C:2012:349, apartado 65, y Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 57)”.

SENTENCIA 26 FEBRERO 2018 C-143/13 (ORIGEN RUMANIA)

“En efecto, este último concepto está definido de manera particularmente amplia, de manera que la suma total de todos los costes o gastos a cargo del consumidor que correspondan a pagos efectuados por este último tanto al prestamista como a terceros se mencione claramente en los contratos de crédito al consumo, pues tal obligación formal participa del objetivo principal de transparencia perseguido por la citada Directiva”.

SENTENCIA TJUE - 29 OCTUBRE 2015 C-8/14 (ORIGEN ESPAÑA)

“Para responder a esta cuestión, es preciso comenzar recordando que, según reiterada jurisprudencia, el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional, en lo referente tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información (sentencias Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 44, y Sánchez Morcillo y Abril García, C-169/14, EU:C:2014:2099, apartado 22).

Habida cuenta de esa situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 establece que las cláusulas abusivas no vinculan a los consumidores. Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas (sentencia Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 40 y jurisprudencia citada).

Asimismo, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores que se encuentran en esa situación de inferioridad, el artículo 7, apartado 1, de la citada Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 68; Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 78, y Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 30)”.

SENTENCIA TJUE - 21 DICIEMBRE 2016 C154/15, C-307/15, C-308/15. (ORIGEN ESPAÑA)

“Por otra parte, al juez nacional no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 31 y jurisprudencia citada).

De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.”

SENTENCIA TJUE – 3 DE MARZO DE 2020 – C125/18 – CASO GÓMEZ DEL MORAL – IRPH (ORIGEN ESPAÑA)

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

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

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

Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad”.

SENTENCIA TJUE – 3 DE OCTUBRE DE 2019 (ORIGEN HUNGRIA)

“En cuanto al examen de la existencia de un posible desequilibrio importante, dicho examen no puede limitarse a una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que se base en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro. En efecto, un desequilibrio importante puede resultar meramente de un menoscabo suficientemente grave de la situación

jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, ya de un obstáculo al ejercicio de estos o de imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales (sentencia de 16 de enero de 2014, Constructora Principado, C-226/12, EU:C:2014:10, apartados 22 y 23)."

SENTENCIA TJUE – 9 DE JULIO DE 2020 (ORIGEN ESPAÑA)

"El artículo 3, apartado 1, el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que la exigencia de transparencia que tales disposiciones imponen a un profesional implica que, cuando este celebra con un consumidor un contrato de préstamo hipotecario de tipo de interés variable y que establece una cláusula «suelo», deba situarse al consumidor en condiciones de comprender las consecuencias económicas que para él se derivan del mecanismo establecido por medio de la referida cláusula «suelo», en particular mediante la puesta a disposición de información relativa a la evolución pasada del índice a partir del cual se calcula el tipo de interés".

SENTENCIA TJUE – 16 DE JULIO DE 2020 (ORIGEN ESPAÑA)

"A este respecto, es preciso comenzar señalando que, según reiterada jurisprudencia, la competencia del Tribunal de Justicia comprende la interpretación del concepto de «cláusula abusiva» al que se refiere el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, y los criterios que el juez nacional puede o debe aplicar al examinar una cláusula contractual a la luz de las disposiciones de dicha Directiva, entendiéndose que incumbe a dicho juez pronunciarse, teniendo en cuenta esos criterios, sobre la calificación concreta de una cláusula contractual determinada en función de las circunstancias propias del caso. De ello se desprende que el Tribunal de Justicia debe limitarse a dar al órgano jurisdiccional remitente indicaciones que este debe tener en cuenta para apreciar el carácter abusivo de la cláusula de que se trate (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 47 y jurisprudencia citada).

En lo que se refiere al cumplimiento de las exigencias de la buena fe, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, debe señalarse que, en

atención al decimosexto considerando de esta, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía esperar razonablemente que este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 50).

En cuanto al examen de la existencia de un posible desequilibrio importante, el Tribunal de Justicia ha declarado que este puede resultar meramente de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, ya de un obstáculo al ejercicio de estos o de imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 51)”.

“El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órgano jurisdiccional remitente”.

6.- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO APLICABLE (entre otras).

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 1916/2013 - 9 DE MAYO DE 2013

Nulidad cláusula suelo.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO PLENO 705/2015 - 23 DE DICIEMBRE DE 2015

Nulidad por abusiva de la cláusula que impone todos los gastos al prestatario.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 449-2017 - 4 DE JULIO DE 2017

Principio de no vinculación y efecto disuasorio derivada de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva en contrato de préstamo hipotecario. La condena en costas forma parte del efecto disuasorio al empresario.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 608/2017 - 15 DE NOVIEMBRE DE 2017

Nulidad y efectos hipoteca multidivisa. Elemento esencial del contrato. Declaración de abusividad.

**SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 699/2017 – 14 DE DICIEMBRE DE 2017 –
CON VOTO PARTICULAR DISCONFORME.**

La Sentencia considera la validez del IRPH. Transparencia automática por ser un índice oficial. Considera superado el control de transparencia. El voto particular disidente entiende vulnerado el Derecho de la Unión, no superado el control de transparencia ni de contenido de la cláusula entendiéndose que debe declararse nulidad de la cláusula con sustitución por el Euríbor y todo ello con restitución de cantidades.

**SENTENCIAS TRIBUNAL SUPREMO 595, 596, 597, 598 Y 599 – 12 DE
NOVIEMBRE DE 2020 – CON VOTO PARTICULAR DISCONFORME.**

La cláusula IRPH no es transparente, pero tampoco abusiva por entender que no es contraria a la buena fe ni causa desequilibrio importante al consumidor.

PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO formular al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el ámbito del artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales de interpretación de los arts. 3, 4, 5, 6, y 7 de la Directiva 93/13 CEE del Consejo, de 5 de abril sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, suspendiendo la tramitación del presente procedimiento hasta la resolución de las siguientes cuestiones prejudiciales:

CUESTIONES QUE SE PLANTEAN:

1) *¿Se opone al artículo 3 de la Directiva una jurisprudencia nacional que establece que el profesional se encuentra exonerado de facilitar la información al consumidor en el momento de la concertación del préstamo, de la evolución pasada del índice de referencia al menos durante los dos últimos años en comparación con al menos otro índice distinto de uso habitual y extendido en el sector en el momento de la concertación del contrato, como lo fue el Euribor en el caso concreto?*

2) *¿Se opone al artículo 3 de la Directiva una jurisprudencia nacional que establece que no ha existido desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes en detrimento del consumidor el hecho de que se haya introducido de forma no transparente por el profesional la cláusula que impone el índice de referencia IRPH sin la necesaria información previa, evolutiva y comparativa con el resto de índices habituales en el mercado?*

- 3) *¿Se opone al artículo 3.2 de la Directiva 13/93 una jurisprudencia que entiende que una cláusula que introduce el índice de referencia IRPH en un contrato de préstamo sin información previa, no es abusiva, pese a que se contempla específicamente en la normativa interna nacional la obligación de la entidad financiera de entregar información sobre su evolución de los dos años anteriores y esta información no fuese apreciada?*

En caso negativo, la falta de información previa, ¿supondría ausencia de buena fe por parte del predisponente de la cláusula y por tanto su abusividad? ¿Es, por tanto contrario al Artículo 3.1 de la directiva, la jurisprudencia nacional que aprecia buena fe en la entidad financiera pese a no suministrar la información preceptiva y por tanto incorporar al contrato cláusulas carentes de transparencia?

- 4) *¿Se opone al artículo 3.2 de la Directiva una jurisprudencia nacional que entiende que una cláusula que introduce el índice de referencia IRPH en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, exonera al profesional del deber de información comparativa y evolutiva al consumidor de los diferentes índices de referencia más utilizados existentes en el momento de la concertación del préstamo por entender que es fácilmente comprensible para el consumidor entender que el IRPH siempre sería más elevado que el Euribor por existir una publicación en el B.O.E. de una Circular del sector bancario del 1994 que disponía el método de cálculo del IRPH? En caso negativo, ¿tendría la obligación el profesional de comunicar y facilitar*

dicha Circular al consumidor en el momento de la concertación del préstamo?

5) *¿Se opone al artículo 3.1 de la Directiva una jurisprudencia nacional que entiende que es requisito indispensable para proceder al control de contenido de una cláusula no transparente que introduce voluntariamente el índice IRPH en un contrato celebrado con un consumidor la ausencia de buena fe del profesional interpretando que la simple utilización por gobiernos del índice de IRPH puede asimilarse a una existencia de buena fe automática en la imposición del índice escogido unilateral y voluntariamente por el profesional en contratos celebrados con consumidores?*

6) *¿Se opone al artículo 3.1 de la Directiva, el artículo 82.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que exige para apreciar la abusividad de la cláusula, que sea contraria a las exigencias de la buena fe?*

7) *¿Se opone al artículo 3.1 de la Directiva una jurisprudencia nacional que entiende que no existe ausencia de buena fe del profesional al introducir una cláusula no negociada individualmente que impone un índice de referencia IRPH en un contrato celebrado con un consumidor, la ocultación o falta de información de la evolución pasada del índice de referencia IRPH, junto con su comparativa con el resto de índices más populares en el momento de la concertación del préstamo?*

8) *¿Se opone al art. 3.1 de la Directiva, una jurisprudencia nacional, que exige que para declarar nula por abusiva una cláusula que establece el índice IRPH, deba reunir necesaria y obligatoriamente que la cláusula no haya sido incorporada de forma transparente, exista mala fe por el predisponente, y además, cause un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en detrimento del consumidor en el sentido estrictamente económico al momento de la concertación del préstamo?*

En caso afirmativo, ¿qué requisitos exige la Directiva como mínimo para la declaración de abusividad de la cláusula? ¿Sería requisito suficiente conforme a la Directiva la falta de transparencia para la declaración de nulidad de conformidad al espíritu perseguido por la Ley 5/2019 en su Disposición Final Octava cuando establece expresamente que deberá ser declarada nula toda cláusula incorporada de forma no transparente?

Martínez-Blanco
Abogados
JURISPRUDENCIA DE MARTÍNEZ-BLANCO ABOGADOS
TEL. 900 834 926 - 971 571 056 - 966 593 463
info@martinez-blanco.com

9) *¿Se opone al artículo 3.1 de la Directiva una jurisprudencia nacional que entiende que no existe ausencia de buena fe del profesional al introducir una cláusula no negociada individualmente que impone un índice de referencia IRPH en un contrato celebrado con un consumidor, la falta de información al consumidor en el sentido del deber de informar que ese índice de referencia no era el normalmente utilizado y que hasta el momento de la concertación del préstamo en su evolución pasada siempre había estado más elevado que el índice más popular en el momento de la concertación del préstamo, como en*

el presente caso el EURIBOR, y que nunca podría estar igualado o por debajo de éste por su propia fórmula de cálculo, y que en consecuencia siempre iba a pagar más intereses en comparación con un préstamo referenciado a Euríbor u otro índice similar?

10) *¿Se opone al artículo 3.1 de la Directiva una jurisprudencia nacional que establece que no ha existido perjuicio importante en los derechos y obligaciones de las partes en detrimento del consumidor el hecho de que se haya introducido de forma no transparente por el profesional la cláusula que impone el índice de referencia IRPH privando al consumidor del derecho de poder comparar, analizar y valorar antes de formalizar el contrato?*

11) *¿Se opone al artículo 3.1. de la Directiva una jurisprudencia nacional que establece que no ha existido perjuicio importante en los derechos y obligaciones de las partes en detrimento del consumidor el hecho de que se haya introducido de forma no transparente por el profesional la cláusula que ha ocasionado al consumidor abonar en concepto de intereses una cuantía notablemente superior en comparación con el resto de índices utilizados existentes al tiempo de la concertación del préstamo?*

12) *Se cuestiona si el artículo 6.1 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que declarada nula la cláusula que establece el índice de referencia IRPH en un contrato de préstamo hipotecario celebrado*

entre un profesional y un consumidor, puede subsistir el contrato sin necesidad de que sea sustituida la cláusula por otro índice de referencia.

En caso negativo, ¿se opondría al principio de efecto disuasorio contemplado en el art. 7.1 de la Directiva que fuera sustituido por otra subtipo de IRPH (IRPH CONJUNTO DE ENTIDADES, IRPH CAJAS, IRPH BANCOS, O IRPH CECA) que ocasionaría el mismo efecto, o si por el contrario debería ser sustituido por el índice de referencia más usado y extendido (EURIBOR para el caso concreto) para la concertación de préstamos entre consumidores y entidades financieras en el momento de la celebración del contrato?

13) *¿Se opone a la interpretación dada por el TJUE al artículo 4.2 de la Directiva en la Sentencia de 3 de Marzo de 2020 en la cuestión C125-18, una jurisprudencia nacional que entiende que una cláusula como la controvertida no es abusiva pese a la falta de negociación y transparencia, por ausencia de mala fe, aun habiendo existido perjuicio al consumidor?*

14) *¿Se opone al artículo 3.2 de la Directiva, la Ley 5/2019 y la Orden EHA/2899/2011, y una jurisprudencia nacional, que en los préstamos concertados durante la vigencia de esta normativa, exonera al profesional de facilitar la información al consumidor en el momento de la concertación del préstamo, de la evolución pasada del índice de referencia al menos durante los dos últimos años en comparación con al menos otro índice distinto de uso habitual y extendido en el sector como el Euribor?*

15) *¿Se opone al artículo 3, 4, 6 y 7 de la Directiva una jurisprudencia nacional que considera que una cláusula que impone el índice de referencia en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, como el presente caso, que ha sido incorporada de forma no transparente, no puede ser declarada abusiva, por entender que no existe mala fe ni perjuicio al consumidor, aun habiendo provocado un perjuicio económico que era previsible por la entidad financiera, privándole al consumidor de su derecho a evaluar, comparar y analizar antes de tomar su decisión, dado que de haber conocido el alcance y términos concretos no habría sido aceptado por el consumidor?*

16) *¿Se opone al artículo 6.2 de la Directiva, el artículo 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por entender que las cuestiones prejudiciales seguidas ante el TJUE no extienden sus efectos de prejudicialidad civil a otros procedimientos judiciales similares o idénticos de las que pueda existir transcendia material y jurídica aplicable al caso tras la resolución de la cuestión planteada, privando de protección al consumidor en caso de la continuación del procedimiento?*

En caso afirmativo, y con independencia de la instancia judicial o momento procesal en la que se encuentre el caso, ¿debe estimar la prejudicialidad civil el juez nacional de oficio o a instancia de parte?

Remítase testimonio de la presente resolución al Tribunal de Justicia mediante correo certificado con acuse de recibo dirigido a la “Secretaría del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, L-2925, Luxemburgo” y copia simple de la misma al Servicio de Relaciones Internacionales del Consejo General del Poder Judicial, fax 91 7006 350 – REDUE Red del CGPJ de Expertos en derecho de la Unión Europea.

Así lo acuerda y firma SS^a. Doy fe.

EL/LA JUEZ EL/LA LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA



Martínez-Blanco

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

TEL. 900 834 926 – 971 571 056 – 966 593 463
Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes. www.martinez-blanco.com