

ÓRGANO JURISDICCIONAL REMITENTE:

Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Palma de Mallorca.

C/ Travessa D'en Ballester nº 20, 3ª planta.

07002 Palma de Mallorca, Illes Balears, España.

Correo electrónico: instancial7.palmademallorca@justicia.es.

Fax: (34) 971 219498

Teléfono. (34) 971 219498

Magistrada: **Dª MARGARITA ISABEL POVEDA BERNAL.**

Demandantes: **Dª** **y D.**

Procurador: D. Juan Antonio Ramón Roig.

Letrado: **D. Adrián Rebollo Redondo.**

Demandada: **BANCO SANTANDER S.A (ANTERIOR, BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A., "BANESTO"),**

Procuradora: Dª Coloma Castañer Abellanet.

Letrado: **Dª Carmen Calahorro García.**

AUTO

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

En Palma de Mallorca, a 19 de Aril de 2022.

Vistos por mí, Dª MARGARITA ISABEL POVEDA BERNAL, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número Diecisiete de Palma de Mallorca, en funciones de sustitución entre miembros de la carrera judicial, los autos del Procedimiento Ordinario nº 160/2020, **remito la presente petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y en consideración a los siguientes:**

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO. - PARTES Y OBJETO DEL PROCESO

Ante este juzgado se interpuso demanda de juicio ordinario en fecha 13 de febrero de 2020 por DOÑA
y D. representados por el
procurador DON **JUAN ANTONIO RAMÓN ROIG** y defendido por el
Letrado DON **ADRIÁN REBOLLO REDONDO**, contra la entidad **BANCO
SANTANDER S.A (ANTERIOR, BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO, S.A.,
"BANESTO")**, representado por la procuradora DOÑA **COLOMA
CASTAÑER AVELLANET** y defendido por la letrada DOÑA **CARMEN
CALAHORRO GARCÍA**, interesando, la declaración de nulidad por
abusivas de la cláusula 3 bis de la escritura hipotecaria y
reclamación de cantidades del contrato de préstamo con
garantía hipotecaria, celebrado entre las partes en fecha 12
de mayo de 2006 por un importe de 197934,54 €, bajo el número
de protocolo notarial 930 otorgado ante el notario del ilustre
Colegio de Baleares Don Enrique Terrassa Comas, siendo que
como cláusula financiera se fija para la devolución del mismo
amortización mediante el abono de interés variable más 0,20
puntos de diferencial sumados al tipo de referencia y 0,50
puntos a su sustitutivo.

En concreto cómo se solicita la nulidad por abusiva de la
siguiente cláusula:

"TERCERA BIS:

3ª BIS.- TIPO DE INTERÉS VARIABLE

3 bis.1.- Periodicidad de las revisiones: Cada período de 12
meses posterior a la fecha final del período de interés

inicial que se ha indicado en la Cláusula 3ª, se denominará "período de interés".

3. bis. 2.- Diferenciales y redondeos: En cada período de interés hasta que finalice el plazo del contrato, se aplicará un tipo de interés nominal que será la suma resultante de añadir **0,20 puntos** al "tipo de referencia" o **0,50 puntos** al "tipo de referencia sustitutivo"

3. bis.3.- Tipo de referencia y tipo de referencia sustitutivo:

El tipo de referencia será el "TIPO MEDIO DE LOS PRESTAMOS HIPOTECARIOS, A MAS DE TRES AÑOS, DEL CONJUNTO DE ENTIDADES", definido 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 por los Bancos, las Cajas de Ahorros y las Sociedades de Crédito Hipotecario en el mes a que se refiere el índice, tomando a efectos de referencia el último de estos Tipos Medios publicado por el Banco de España en el B.O.E. antes del inicio de cada nuevo período de interés y dentro de los tres meses naturales previos al mismo.

El tipo de referencia sustitutivo será el "TIPO MEDIO DE LOS PRESTAMOS HIPOTECARIOS, A MAS DE TRES AÑOS, DE BANCOS", definido 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 por el conjunto de Bancos en el mes a que se refiere el índice, tomando a efectos de referencia el último de estos Tipos Medios publicado por el Banco de España en el B.O.E. antes del inicio de cada nuevo período de interés y dentro de los tres meses naturales previos al mismo.

Tanto el tipo de referencia como el de referencia sustitutivo, se encuentran descritos en los términos del Anexo VIII de la Circular 8/90 del Banco de España.

El tipo de referencia sustitutivo se utilizará cuando, por cualquier circunstancia, el Banco de España no hubiera publicado en el Boletín Oficial del Estado (B.O.E.) el tipo de referencia dentro de los tres meses naturales previos al inicio de cada nuevo período de interés. Al finalizar el período de interés afectado por esta circunstancia, volverá a

determinarse el tipo de interés aplicable, para el siguiente período, conforme al tipo de referencia pactado”.

La parte actora expone en la página 10 que:

*“En cuanto al primero de estos controles, la inclusión en el contrato con condiciones generales, viene definida por los requisitos que establecen los artículos 5 de la LCGC y 80 del RD 1/2007, que enumera aquellos que deben contemplar las cláusulas no negociadas individualmente: información previa y expresa sobre la existencia de la cláusula, y que ésta sea redactada con concreción, claridad y sencillez; accesibilidad y legibilidad; **y buena fe y justo equilibrio.**”*

Añadiendo en la página 34 de la demanda que:

“Señala la Sentencia del Supremo que, aunque el Euribor ha estado por debajo del IRPH, es habitual que los diferenciales que se aplican a este sean más bajos que los aplicados al Euribor, lo que conlleva un equilibrio entre ambos índices.

Precisamente estos diferenciales bajos del IRPH, al 0%, 0,25% o 0,50% han sido el señuelo lanzado por los bancos a clientes para que firmasen IRPH, en lugar de Euribor, pensando que pagarían menos intereses.

Si voy al banco a firmar una hipoteca, y no me explica a mi mandante a cuanto está el índice hipotecario (euribor o IRPH), pero sí me dicen que el diferencial que me da es + 0,5% en lugar del + 2% que ofrece otro banco, es claro que cogeré la primera opción.

Sin embargo, si en esa opción del 0,5% iba con IRPH, es seguro que pagará más intereses que si hubiera escogido la opción del 2%, que iba reverenciada a Euribor.

Los bancos han estado utilizando el señuelo del diferencial bajo al 0% o 0,5% que ofrecían en préstamos con IRPH para que mi mandante firmará este índice, sin saber que realmente iban a pagar más intereses.

No se trata de compensar clientes de IRPH con clientes de Euribor, **sino que el banco no explicó ni informó a mi mandante** que mientras el Euribor estaba a un 2% el IRPH estaba al 4%, por lo que, **aunque firmase un diferencial del 0,5%, pagaría más por su hipoteca.**

Según el Tribunal Supremo, no se sabe si el IRPH va a estar en el futuro por debajo del Euribor por lo que no se puede afirmar que sea más perjudicial para el cliente.

El Tribunal Supremo alega un último motivo para denegar la nulidad del IRPH basado en algo que, hasta la fecha, y desde hace más de 20 años, nunca ha ocurrido: que el IRPH esté situado por debajo del Euribor.

No obstante, IRPH siempre ha estado y siempre estará por encima del Euribor porque se configura en base a lo que los clientes pagan por sus préstamos con Euribor y IRPH, pero se les suma lo que los bancos les cobran de comisiones y los diferenciales.

Este motivo alegado por el Tribunal Supremo solo confirma la endeblez de los motivos alegados y que se desconoce, o se quiere desconocer, el verdadero funcionamiento del IRPH, los elementos que se tienen en cuenta para su cálculo y la influencia de los bancos en su fijación."

Se solicita que se declare la nulidad, por tener carácter de cláusula abusiva la reseñada, así como que se proceda a eliminar el índice IRPH del contrato de préstamo hipotecario suscrito con la entidad. Así igualmente se condene a la devolución del perjuicio económico derivado de esta aplicación a fecha de cumplimiento de sentencia, como la parte demandante sostiene ya supone un perjuicio de 39.799,25 € a fecha de interposición de la demanda con respecto al Euribor, se solicita que se recalcule de forma efectiva el cuadro de amortización del préstamo reseñado desde la constitución y que regirá en lo sucesivo hasta el final del mismo así como se solicita que se condene al pago de las costas a la demandada.

Por su parte como la entidad **demandada**, en su escrito de contestación se opone a la demanda solicitando su desestimación íntegra. Asimismo, se impugna la cuantía del procedimiento, fijada en 39799,25 euros, considerando que debe ser indeterminada. Se alega por la demandada la plena validez y legalidad de la cláusula controvertida indicando que fue individualmente negociada y no impuesta junto con el consumidor, considerando que lo único a exigir es que el consumidor conozca si el índice es oficial considerando información pública y accesible para el mismo, siendo que el consumidor podía conocer la evolución histórica del índice los datos relevantes de su funcionamiento y el modo de cálculo sin necesidad de que la entidad proporcionará más información que la contenida en la escritura de préstamo hipotecario. La entidad considera que ha cumplido todos los controles de transparencia exigidos por la normativa y jurisprudencia comunitaria en cuanto a defensa de los Consumidores y Usuarios.

SEGUNDO. - En el seno del procedimiento la defensa de la parte actora en la fase de juicio oral al que se convocó a las partes para la valoración de la prueba en fecha 18 febrero del 2022, se alega que se debería declarar la nulidad de la cláusula de interés variable puesto que el diferencial aplicado debería ser negativo tal como se ha necesario por la circular 5/1994 del Banco de España.

Visto lo alegado, se expuso la necesidad de plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea determinantes para la resolución del presente caso.

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

1. Como para la confección del índice de interés variable "TIPO MEDIO DE LOS PRESTAMOS HIPOTECARIOS, A MAS DE TRES AÑOS, DEL CONJUNTO DE ENTIDADES" en el que se han incluido las comisiones y los diferenciales aplicados a éstas que se incorporan al tipo de interés son más gravosos para el consumidor que el resto de tae del mercado, diferenciales que, en base a la normativa de la circular 5/1994 del Banco de España, criterio normativo del organismo regulador se establece la necesidad de que sean de negativos, lo que se ha omitido e incumplido por las entidades financieras de forma generalizada, **¿APARTARSE COMPLETAMENTE DEL CRITERIO NORMATIVO DEL ÓRGANO REGULADOR SE OPONE A LOS ARTÍCULOS 5 Y 7 LA DIRECTIVA 2005/29?**

2. Demostrado que apartarse del criterio normativo anterior se opone a los artículos 5 y 7 de la Directiva 2005/29, conforme a la jurisprudencia del TJUE en el ASUNTO C-689/20 ¿ESTA PRÁCTICA DESLEAL CONSTITUYE UN INDICIO A LA HORA DE VALORAR Y APRECIAR EL CARÁCTER ABUSIVO DE CLAUSULA Y SE OPONE AL ARTÍCULO 4 DE LA DIRECTIVA 93/13?

3. Si la circular 5/1994 del Banco de España, propia del sector financiero, pero ajena al conocimiento general de la población, no fue objeto de ningún

tipo de consideración, y se declara que se opone al artículo 7 a la Directiva 29/2005, ¿CONSTITUYE UN INDICIO A LA HORA DE VALORAR EL CARÁCTER ABUSIVO CON ARREGLO AL ARTÍCULO 6.1 DE LA DIRECTIVA 93/13 QUE DEBE DE APLICAR UN CONTROL DE TRANSPARENCIA A DICHO ÍNDICE QUE SE COMPONE DE "Índice de referencia y diferencial"?

4. ¿SE OPONE A LOS ARTS. 3.1, 4 Y 5 DE LA DIRECTIVA 93/13/CEE UNA JURISPRUDENCIA NACIONAL, A LA VISTA DE LA REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL IRPH ES UNA PRÁCTICA ABUSIVA, NO APLICAR DIFERENCIAL NEGATIVO A PESAR DE LA NECESIDAD IMPUESTA EN EL PREÁMBULO DE LA CIRCULAR DEL BANCO DE ESPAÑA, YA QUE ES MENOS VENTAJOSO QUE TODAS LAS TAE EXISTENTES, Y SE HA COMERCIALIZADO EL IRPH COMO SI FUERA UN PRODUCTO IGUAL DE VENTAJOSO QUE EL EURIBOR SIN ATENDER A LA NECESIDAD DE ADICIONAR UN DIFERENCIAL NEGATIVO Y, POR ENDE, SE PODRÍA CESAR EN LA CONTRATACIÓN POR CONSIDERARSE NULAS LAS CLAUSULAS EN LAS QUE SE PREVÉ SU APLICACIÓN Y ABSTENERSE LAS ENTIDADES BANCARIAS, EN EL FUTURO, DE SU UTILIZACIÓN, YA QUE COMERCIALIZAR ESTE SERVICIO CON CONSUMIDORES VULNERABLES PUEDE AFECTAR AL COMPORTAMIENTO ECONÓMICO Y DECLARARSE SU NO INCORPORACIÓN A LOS CONTRATOS COMERCIALES DESLEALES AL HABERSE INTEGRADO EN EL PRECIO DEL INTERÉS CONTRARIO A LA DIRECTIVA 29/2005?

5. ¿SE OPONE AL ARTÍCULO 6.1 DE LA DIRECTIVA 93/13 NO HACER UN CONTROL DE INCORPORACION Y ABUSIVIDAD ANTE UN DIFERENCIAL IMPUESTO DE FORMA OCULTA CUANDO EL DIFERENCIAL DEBE SER NEGATIVO EN LA OFERTA REALIZADA POR UNA ENTIDAD BANCARIA Y QUE

EL CONSUMIDOR EN EL MOMENTO DE LA FASE DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL NO LLEGUE A CONOCER EL COMPORTAMIENTO ECONÓMICO DEL INTERÉS APLICADO DE SU PRÉSTAMO, POR Oponerse así la DIRECTIVA EL 29/2005?

TERCERO.- Dándose el oportuno traslado, por la entidad financiera demandada no se han hecho manifestaciones en relación a la necesidad de plantear esta cuestión prejudicial ni se han solicitado a esta Juzgadora que se eleven nuevas o complementarias cuestiones relativas al caso de litis.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - SOBRE LA CUESTIÓN PREJUDICIAL COMUNITARIA

Conforme a lo dispuesto en el artículo 267 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea coma cualquier órgano jurisdiccional está facultado para presentar al TJUE peticiones de decisión prejudicial sobre la interpretación de una norma del derecho de la Unión sí lo considera necesario para resolver el litigio que conozca punto cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de 1 de los Estados miembros éste podrá pedir al TJUE que se pronuncie sobre ella se estima que es necesario una decisión para poder emitir su fallo.

Conforme a las recomendaciones del TJUE 5,12, 13 (en adelante RTJUE), las cuestiones que se someten al TJUE se vinculan a la interpretación de una norma de derecho comunitario y son necesarias para emitir el fallo; se plantean antes de admitir los medios probatorios, con debate contradictorio, en tanto en cuanto como se expondrá, las

respuestas del TJUE son necesarias para determinar la admisión de los medios probatorios y como consecuentemente, con el resultado de los mismos, son necesarias para resolver el litigio y emitir su fallo se entiende por el juzgado que al estar perfiladas todas las condiciones este es el mejor momento para plantear las cuestiones y ellos según el contexto jurídico y fáctico del asunto principal.

SEGUNDO. - RAZONES QUE DETERMINAN LA NECESIDAD DEL PLANTEAMIENTO DE UNA CUESTIÓN PREJUDICIAL AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA.

Primera. - Queda acreditada por el gran volumen de demandas que los juzgados nacionales como el presente están resolviendo, debido al auge de reclamaciones bancarias por parte de consumidores por la aplicación del tipo de interés variable con diferenciales positivos al IRPH, cientos de miles de procedimientos en los que se solicitan la nulidad del mismo.

Segundo. - Existe una necesidad urgente e imperiosa de analizar si dicha práctica es desleal y va en contra de la Directiva 2005/29, para evitar que pronunciamientos de sentencias sean contradictorios y que provoquen un grave e irreparable daño a los consumidores afectados por este tipo de interés que debería haber tenido un diferencial negativo.

Tercero. - La inseguridad jurídica que se da en este tipo de procedimientos, resulta agravada por el hecho de que en el Estado español se ha procedido a especializar a determinados juzgados de primera instancia para conocer de este tipo de asuntos que tengan que ver con las cláusulas abusivas en las escrituras hipotecarias. Así, conforme al acuerdo de fecha 18 de diciembre del 2017 de la Comisión Permanente del Consejo

General del Poder Judicial (BOE 30 de diciembre del 2017), prorrogado con posterioridad, por el que se atribuye a determinados juzgados, incluyendo este juzgado de primera instancia número 17 de Palma de Mallorca del que esta Juzgadora fue titular desde su creación y continúa desempeñando funciones de refuerzo entre miembros de la carrera judicial, la competencia exclusiva y excluyente para conocer de acciones individuales sobre condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física.

La especialización de los juzgados, con innegables ventajas desde el punto de vista del tratamiento de forma uniforme de los asuntos, ha conllevado sin embargo el colapso de estos juzgados especializados que en la práctica se han visto desbordados por un enorme volumen de asuntos que es imposible de resolver con agilidad por un solo juzgado coma a pesar de los esfuerzos que desde el Estado español se están haciendo por dotar de refuerzos y más recursos a estos órganos judiciales.

Esta juzgadora dispone de datos oficiales a nivel nacional, pero desde que se creó el juzgado especializado de Palma de Mallorca del que es titular hasta la fecha de la presente resolución han entrado miles de demandas en estas materias en un solo juzgado.

De esta forma proceder ha sido que en estos juzgados los asuntos se tramitan con mayor lentitud de la que podría desearse, y a tu circunstancia, unido a los constantes cambios

jurisprudenciales, conllevan que cuando las demandas se interponen conforme a unos determinados criterios fijados los tribunales en ese momento, tratando de ajustarse a ellos para obtener una condena en costas a favor del consumidor, resultan rápidamente desfasadas y cuando se tramitan ya no se ajusta al nuevo criterio jurisprudencial en la materia, que hasta ahora siempre ha evolucionado en detrimento de los derechos al consumidor, lo que motiva constantes e incidencias procesales (desistimientos parciales o totales como modificaciones del petitum para adaptarlo a la nueva jurisprudencia del TJUE, y luego del TS, etc.), que han venido a acrecentar la inseguridad jurídica que los propios cambios ya habían acarreado de por sí, causando además un grave perjuicio al consumidor que se ve privado prácticamente en la totalidad de los casos de la condena en costas, lo que supone un importante desincentivo para litigar en defensa de sus derechos reclamando la declaración de abusividad de determinadas cláusulas de su préstamo hipotecario, práctica que esta juzgadora considera contraria al efecto disuasorio que pretende el artículo 7 de la directiva 93/13/CEE.

Cuarto. - Es previsible, que tal y como ha sucedido con el planteamiento de otras cuestiones prejudiciales, referidas a cuestiones incidentales de las cláusulas de escrituras hipotecarias, solicité en el seno de todos los procedimientos a nivel nacional en que se pretenda la nulidad de la cláusula mencionada, la solución mismo se resuelva la presente cuestión prejudicial ante el TJUE, razonable acceder a esta petición de suspensión ya que se considera esencial esperar y atender al criterio del máximo intérprete del derecho de la Unión Europea, que tiene carácter prioritario esta materia de

legislación protectora de los Consumidores y Usuarios, frente al derecho interno de los Estados miembros.

Teniendo en cuenta el volumen de asuntos del juzgado y que las peticiones de nulidad de la cláusula de IRPH supone un alto porcentaje de los asuntos dirimidos ante este juzgado, la repercusión del planteamiento de la presente cuestión prejudicial se prevé enorme coma lo que viene a incidir nuevamente en la necesidad de dar una pronta respuesta por parte del TJUE a las cuestiones planteadas.

Por todos estos motivos, se considera pertinente el planteamiento de la presente cuestión.

TERCERO. - SÍNTESIS DEL SUPUESTO FÁCTICO

Los consumidores demandantes reclaman en el procedimiento de autos, en aplicación de la normativa española y europea de defensa de los Consumidores y Usuarios, entre otras, la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula que impone indiscriminadamente el tipo de interés variable de IRPH más un diferencial positivo, que suscribió con la entidad financiera demandada al prestatario, junto con la devolución de lo indebidamente pagado por aplicación de la misma y como consecuencia inherente de la declaración de nulidad amparada en el artículo 1303 del Código Civil y en el principio de no vinculación al consumidor cláusulas abusivas establecida en el artículo 6, apartado 1 de la directiva 13/93/CEE. Los efectos solicitados son la devolución de aquellas cantidades abonadas en virtud de la cláusula expuesta.

Por su parte la entidad financiera se opuso a la demanda alegando de forma general la validez de la cláusula, al entender que supera los controles de contenido, incorporación y de transparencia, alegando que ha sido pactada entre las partes.

Por parte de la actora se alega que ha de declararse la nulidad de dicha cláusula debido a la abusividad de la misma, entre las mismas y como fundamento y que da lugar a esta **cuestión prejudicial planteada**, en torno a la declaración de abusiva de la misma en tanto que el consumidor en el momento de imposición del tipo de interés variable, sorpresivo y por ende contrario a la buena fe y creando un desequilibrio, **se oculta el criterio normativo previsto en el preámbulo de la circular del Banco de España 5/1994 la que declara que habrá de aplicar un diferencial negativo para igualar el TAE del IRPH. Debiendo añadirse, como experiencia de esta Juzgadora en este Juzgado especializado antes mencionado, que no se trata de un hecho puntual, sino de una práctica habitual de las entidades bancarias la imposición de un diferencial positivo junto a este tipo de interés variable.**

CUARTO. - PRINCIPALES CUESTIONES JURÍDICAS PLANTEADAS.

1º. Se establece en la Circular 5/1994 del Banco de España que *“Los tipos de referencia escogidos son, en último análisis, tasas anuales equivalentes. Los tipos medios de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda libre de los Bancos y del conjunto de entidades, lo son de forma rigurosa, pues incorporan además el efecto de las comisiones. Por tanto, su simple utilización directa como tipos contractuales, implicaría situar la tasa anual equivalente de*

la operación hipotecaria por encima del tipo practicado por el mercado, **Para igualar la TAE de esta última con la del mercado sería necesario aplicar un diferencial negativo, cuyo valor variaría según las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas.** (El subrayado, el aumento de letra y la negrita son de esta Juzgadora).

Centrado el debate en que las entidades bancarias han tratado como dice el demandante de comercializar el IRPH como si se tratara de un índice más beneficioso que el Euribor, dado que el IRPH que supone que las operaciones sujetas a aquél siempre serán más costosas para el consumidor puesto que los datos que las entidades bancarias proporcionan mensualmente al Banco de España para su publicación, son siempre "una media del total de las operaciones" asumiéndose que, en todas éstas, se han incluido las comisiones, incluso los diferenciales aplicados a éstas que se incorporan al tipo de interés y han utilizado diferenciales +0,20 o 0,25 o 0,50, **diferenciales que, en el Preámbulo de dicha circular, se dice que será necesario que sean de carácter negativo para igualar las TAE del IRPH con las demás del mercado.**

Se ha incumplido en el caso que nos ocupa al establecer un diferencial POSITIVO se impone en la escritura: se aplicará un tipo de interés nominal que será la suma resultante de añadir 0,20 puntos al "tipo de referencia" o 0,50 puntos al "tipo de referencia sustitutivo".

Podría considerarse que este hecho ha supuesto un incumplimiento, que a su vez supone una omisión engañosa, que

puede haber perjudicado al consumidor contratante toda vez que de haber conocido que se hace necesario aplicar un tipo negativo para equilibrar el índice que contrataba con el Euribor y otra TAE de mercado nunca lo hubiera elegido.

Los bancos han estado utilizando el señuelo del diferencial bajo al 0%, 0,25% o 0,5% que ofrecían en préstamos con IRPH para que el consumidor firmara este índice, sin saber que realmente iban a pagar más intereses, y sin informar de que el preámbulo de la circular que regula el índice IRPH hace necesario que sea negativo lo que se ha omitido.

No se trataría de compensar clientes de IRPH con clientes de Euribor, sino que el banco no explicó ni informó a los consumidores actores que mientras el Euribor estaba a un 2% el IRPH estaba al 4%, por lo que, aunque firmase un diferencial del 0,5%, pagaría más por su hipoteca.

Según la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia, no se sabe si el IRPH va a estar en el futuro por debajo del Euribor por lo que no se puede afirmar que sea más perjudicial para el cliente, pero si se omite que el Banco de España hace necesario que sea negativo se está actuando contra la buena fe y creando un desequilibrio entre las partes.

2°. La ley de competencia Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, condena todo comportamiento contrario a la buena fe como es esta práctica comercial del supuesto que nos ocupa y que ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo, que se comercializaba con diferenciales distintos a los del Euribor un poco por debajo como gancho comercial que supone una omisión engañosa y por ende desleal ya que la ocultación de esta información que Banco de España considera necesaria

para que sea un tipo de interés más justo ha servido para que el los consumidores puedan adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa.

3°. La declaración de nulidad pretendida engloba a toda la cláusula de interés variable que sin un índice negativo no podrá subsistir al no superar el control de transparencia al que se somete la cláusula de interés variable. La jurisprudencia de nuestro país en base al art. 1303 del Código Civil prevé *"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."*

4°. Según señala **Díez Picazo** del hecho de que los preámbulos carezcan de valor normativo directo para regular situaciones y relaciones jurídicas no se sigue, sin embargo, que no posean otro tipo de valor o que sean jurídicamente indiferentes por completo. Antes, al contrario, es frecuente que los preámbulos sean puestos en conexión con la voluntad del legislador, de modo que serían - se dice- el vehículo formal por medio del cual aquélla suele expresarse para poner de manifiesto la intención que ha guiado a la aprobación de la ley, que persigue la llamada interpretación auténtica de la voluntad del legislador.

No cabe duda que aplicado al caso que nos ocupa la interpretación auténtica de la circular, con la regulación del IRPH se perseguía que se comercializara con índices negativos lo que lleva a esta juzgadora a plantear si esta práctica

comercial es engañosa toda vez que se ha omitido en detrimento del consumidor y se han aplicado índices positivos.

QUINTO. - MARCO NORMATIVO DE LA UNIÓN EUROPEA

Una cuestión similar ya ha sido discutida en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que falló a favor del consumidor.

1º. La STJUE de 16 de enero de 2014, en el asunto C-226/12, en interpretación del art. 3.1 de la Directiva 93/13, declaró que 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.

En el Asunto C-689/20 se dice: "24. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (apartados 43 y 44 de la sentencia dictada en el asunto C-453/10, *Pereničová y Perenič*, y apartados 48 a 50 de la sentencia dictada en el asunto C-109/17, *Bankia*), la inclusión de una cláusula contractual a raíz de la aplicación de una práctica comercial desleal, en el sentido de la Directiva 2005/29, constituye un indicio a la hora de valorar el carácter abusivo con arreglo al artículo 4 de la Directiva 93/13."

2°. Establece el Artículo 5 de la DIRECTIVA 2005/29/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior:

"Prohibición de las prácticas comerciales desleales

1. Se prohibirán las prácticas comerciales desleales.
2. Una práctica comercial será desleal si:
 - a) es contraria a los requisitos de la diligencia profesional, y
 - b) **distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.**
3. Las prácticas comerciales que puedan distorsionar de manera sustancial, en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente, el comportamiento económico únicamente de un grupo claramente identificable de consumidores especialmente vulnerables a dichas prácticas o al producto al que se refieran, por padecer estos últimos una dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credulidad, deberán evaluarse desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo. Ello se entenderá sin perjuicio de la práctica publicitaria habitual y legítima de efectuar afirmaciones exageradas o afirmaciones respecto de las cuales no se pretenda una interpretación literal."

Continúa diciendo el Artículo 7 de la Directiva 2005/29

"Omisiones engañosas

- 1 Se considerará engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación, omita información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.

2. Se considerará también que hay omisión engañosa cuando un comerciante oculte la información sustancial contemplada en el apartado 1, teniendo en cuenta las cuestiones contempladas en dicho apartado, o la ofrezca de manera poco clara, ininteligible, ambigua o en un momento que no sea el adecuado, o no dé a conocer el propósito comercial de la práctica comercial en cuestión en caso de que no resulte evidente por el contexto, siempre que, en cualquiera de estos casos, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.

3. Cuando el medio utilizado para comunicar la práctica comercial imponga limitaciones de espacio o de tiempo, a la hora de decidir si se ha omitido información deberán tenerse en cuenta esas limitaciones y todas las medidas adoptadas por el comerciante para poner la información a disposición del consumidor por otros medios.

4. En los casos en que haya una invitación a comprar se considerará sustancial la información que figura a continuación, si no se desprende ya claramente del contexto:

a) las características principales del producto, en la medida adecuada al medio utilizado y al producto;

b) la dirección geográfica y la identidad del comerciante, tal como su nombre comercial y, en su caso, la dirección geográfica y la identidad del comerciante por cuya cuenta actúa;

c) el precio, incluidos los impuestos, o, en caso de que éste no pueda calcularse razonablemente de antemano por la naturaleza del producto, la forma en que se determina el precio, así como, cuando proceda, todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, cuando tales gastos no puedan ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que pueden existir dichos gastos adicionales; ..."

SEXTO. - DERECHO NACIONAL APLICABLE

En Derecho español, la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas estaba garantizada inicialmente por la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE n° 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 n° 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 n° 287, de 30 de noviembre de 2007, p. 49181; en lo sucesivo, «Real Decreto Legislativo 1/2007»), estableció el texto refundido de la Ley 26/1984, con sus sucesivas y recientes modificaciones.

Artículo 8. Derechos básicos de los consumidores y usuarios.

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

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

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

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

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

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

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

2. Los derechos de las personas consumidoras vulnerables gozarán de una especial atención, que será recogida reglamentariamente y por la normativa sectorial que resulte de aplicación en cada caso. Los poderes públicos promocionarán políticas y actuaciones tendentes a garantizar sus derechos en condiciones de igualdad, con arreglo a la concreta situación de vulnerabilidad en la que se encuentren, tratando de evitar, en cualquier caso, trámites que puedan dificultar el ejercicio de los mismos.

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

Artículo 60. Información previa al contrato.

1. Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato y oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara, comprensible y accesible, la

información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.

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

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

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

- **a)** Las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios.
- **b)** La identidad del empresario, incluidos los datos correspondientes a la razón social, el nombre comercial, su dirección completa y su número de teléfono y, en su caso, del empresario por cuya cuenta actúe.
- **c)** El precio total, incluidos todos los impuestos y tasas. Si por la naturaleza de los bienes o servicios el

precio no puede calcularse razonablemente de antemano o está sujeto a la elaboración de un presupuesto, la forma en que se determina el precio así como todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales.

En toda información al consumidor y usuario sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio total, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación, utilización de distintos medios de pago u otras condiciones de pagos similares.

- **d)** *Los procedimientos de pago, entrega y ejecución, la fecha en que el empresario se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación del servicio.*
- **e)** *Además del recordatorio de la existencia de una garantía legal de conformidad para los bienes, la existencia y las condiciones de los servicios posventa y las garantías comerciales.*

Letra e) del número 2 del artículo 60 redactada por el apartado seis del artículo 82 del R.D.-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de

programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes («B.O.E.» 3 noviembre).

- *f) La duración del contrato, o, si el contrato es de duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución. Además, de manera expresa, deberá indicarse la existencia de compromisos de permanencia o vinculación de uso exclusivo de los servicios de un determinado prestador así como las penalizaciones en caso de baja en la prestación del servicio.*
- *g) La lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando no sea aquella en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación.*
- *h) La existencia del derecho de desistimiento que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo.*
- *i) La funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables, como son, entre otras, la protección a través de la gestión de los derechos digitales o la codificación regional.*

Letra i) del número 2 del artículo 60 redactada por el apartado seis del artículo 82 del R.D.-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución

transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes («B.O.E.» 3 noviembre).

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

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

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

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

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

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

Número 5 del artículo 60 introducido por el apartado seis del artículo 82 del R.D.-ley 24/2021, de 2 de noviembre, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de bonos garantizados, distribución transfronteriza de organismos de inversión colectiva, datos abiertos y reutilización de la información del sector público, ejercicio de derechos de autor y derechos afines aplicables a

determinadas transmisiones en línea y a las retransmisiones de programas de radio y televisión, exenciones temporales a determinadas importaciones y suministros, de personas consumidoras y para la promoción de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes («B.O.E.» 3 noviembre; Corrección de errores «B.O.E.» 25 noviembre).

Artículo 60 redactado por el apartado doce del artículo único de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el R.D. Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre («B.O.E.» 28 marzo). Las disposiciones de la citada Ley serán de aplicación a los contratos con los consumidores y usuarios celebrados a partir de 13 junio de 2014. Vigencia: 29 marzo 2014 Efectos / Aplicación: 13 junio 2014.

Artículo 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente.

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

- a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso,*

deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

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

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

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

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

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

Artículo 82. Concepto de cláusulas abusivas.

1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas 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.

3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias

concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

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

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

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

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

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

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

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

El artículo 1.258 del Código Civil 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 señala que:

"No quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales:

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

b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo, en cuanto a estas últimas, que hubieren sido expresamente 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 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular

8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, PUBLICADA EN EL BOE DE 3 DE AGOSTO DE 1.994.

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

Disposición final.

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

Artículos 4 y 7 de la ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal:

"Artículo 4 Cláusula general

1. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.

En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento

económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores.

A los efectos de esta ley se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con:

- **a)** La selección de una **oferta** u oferente.
- **b)** La contratación de un bien o **servicio**, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo.
- **c)** El pago del **precio**, total o parcial, o cualquier otra forma de pago.

Artículo 7 Omisiones engañosas

1. Se considera desleal la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa. Es también desleal si la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esa práctica, cuando no resulte evidente por el contexto.

2. Para la determinación del carácter engañoso de los actos a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al contexto fáctico en que se producen, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias y las limitaciones del medio de comunicación utilizado.

El artículo 7 LCGC dispone que no quedan incorporadas al contrato las cláusulas que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa el tiempo de la celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas, cuando sea necesario, en los términos resultantes del artículo 5.

Por su parte el artículo 5.1 de la misma ley establece que las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherentes incorporación al mismo.

Una vez superado el control de incorporación, las condiciones generales pasan a formar parte del contrato. No obstante, para que sean válidas y produzcan efectos han de superar un segundo control denominado control de contenido. Las cláusulas que no superen el control de contenido son abusivas en consecuencia nulas. El control de contenido está contemplado en los artículos 82 y siguientes del TRLGDCU, lo que significa que solo rige cuando el adherente es un consumidor.

El control de contenido también existe para las condiciones generales en el artículo 8 de la LCGC, pero esta regulación es solo aparente, porque este apartado 1, que se presenta como una vocación de generalidad está vacío de contenido, pues no es sino una reiteración del artículo 6.3 del Código Civil que dice 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 y salvo que en ella se establezca un efecto distinto para el caso de contravención y dispone la nulidad de las condiciones generales de la contratación que sean abusivas en contrato ciudades con consumidores, por lo que simplemente acoge o reitera lo ya expuesto sin establecer un régimen general de control de contenido de las condiciones de la contratación.

En conclusión, de los artículos 8 de la ley de condiciones de la contratación y 82 y siguientes del TRLGDCU se infiere que solo existe un control de contenido sobre las cláusulas no negociadas individualmente y las condiciones generales de la contratación en las que el adherente es un consumidor.

SÉPTIMO. - RELACIÓN ENTRE LA NORMATIVA COMUNITARIA Y LA ESPAÑOLA

En virtud de lo anterior, es de aplicación el artículo 7 de la Ley de Competencia Desleal como de la Directiva, que prevé que cualquier omisión de incluir un índice negativo que se oculta, es engañosa, y se termina aplicando un índice positivo es susceptible de control de transparencia por abusividad, contrario a la directiva 93/13, toda vez que no supera el control de incorporación al no informarse al consumidor de esa necesidad de aplicar un índice negativo como prevé la circular del BdE 5/1994 de 3 de agosto:. Que un índice como es el IRPH, en sus distintas modalidades, frente a otros existentes en el mercado, como el Euribor, supone que las operaciones sujetas a aquél siempre serán más costosas para el consumidor puesto que los datos que las entidades bancarias (antes también las Cajas de Ahorros) proporcionan mensualmente al Banco de España para su publicación, son siempre *"una media del total de las operaciones"* asumiéndose que, en todas éstas, se han incluido las comisiones, incluso los diferenciales aplicados a éstas que se incorporan al tipo de interés. **Diferenciales que, en el Preámbulo de dicha circular, se dice que será necesario que sean de carácter negativo para igualar las TAE del IRPH con las demás del mercado.**

Cabe plantearse si sería, por tanto, desleal y opuesta de la normativa de la Unión Europea no explicar la oferta conforme se dice en el Asunto C-689/20. La inclusión de una cláusula contractual a raíz de la aplicación de una práctica comercial desleal, en el sentido de la Directiva 2005/29, constituye un indicio a la hora de valorar el carácter abusivo con arreglo al artículo 4 de la Directiva 93/13 y si SE HACE NECESARIO, como indica el Banco de España en el Preámbulo de

la Circular 5/994, también debe ser un indicio omitirlo a la hora de valorar su carácter abusivo conforme al artículo 4 de la directiva 93/13 que indica que una práctica comercial será desleal si es contraria la buena cuando se oculte algo sobre el comportamiento económico de una operación y define comportamiento económico como *"toda actuación del consumidor que le permita valorar distintas ofertas sobre los productos o servicios que se le ofrece"*.

Como dice el apartado b) del art 5 de la Directiva ***"distorsiona o puede distorsionar de manera sustancial, con respecto al producto de que se trate, el comportamiento económico del consumidor medio al que afecta o al que se dirige la práctica, o del miembro medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores"***. Es por ello que nos encontramos con un consumidor que ha recibido una oferta en la que se le ha ocultado la necesidad de aplicar un diferencial negativo, impuesto por el Banco de España en su circular 29/2005 y de obligado cumplimiento.

La forma en la que se distorsiona de manera sustancial se produce cuando no se realiza una interpretación auténtica de la norma establecida por el órgano regulador que, en lo que respecta a la configuración del tipo de interés a pagar, se hace necesario aplicar un interés negativo y no se hace.

Cabe plantearse si pondría abusividad para los consumidores esta omisión o inobservancia de norma del Banco de España y una práctica generalizada instaurada en las hipotecas que hace necesario, a través de la Circular 5/ 1994, de utilizar un tipo negativo adicionándolo al índice de referencia, para que así suponga un TAE más justo como los demás índices que existen en el mercado.

Asimismo, parecería razonable entender que se opone a las leyes de protección de consumidores y a la Directiva 93/13, en relación a la Directiva 29/2005, confeccionar un índice de referencia adicionado con un diferencial que es más perjudicial para el consumidor y, además, el hecho de no haber sido informado.

En definitiva, somete esta Juzgadora al juicio del más Alto Intérprete del Derecho de la Unión Europea, en esta materia, en la que tiene preferencia sobre el Derecho Interno de los Estados Miembros, si se debería hacer un control de transparencia de una cláusula conformada por un índice de referencia cuando crea desequilibrio un diferencial positivo cuando este último debería de haber sido negativo y la oferta realizada por la entidad bancaria y así decidir si es abusivo por práctica desleal y falta de transparencia.

Por lo tanto se puede llegar a valorar la abusividad de una cláusula que contiene un diferencial positivo cuando la normativa del Banco de España hace necesario que sea negativo tal como dice la sentencia del Asunto C-689/20: *"24. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (apartados 43 y 44 de la sentencia dictada en el asunto C-453/10, Pereničová y Perenič, y apartados 48 a 50 de la sentencia dictada en el asunto C-109/17, Bankia), la inclusión de una cláusula contractual a raíz de la aplicación de una práctica comercial desleal, en el sentido de la Directiva 2005/29, constituye un indicio a la hora de valorar el carácter abusivo con arreglo al artículo 4 de la Directiva 93/13."*

OCTAVO. - JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.

**1. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE CLAUSULAS
CONTRARIAS A LA BUENA FE Y QUE CAUSA DESEQUILIBRIO POR
SORPRESIVAS.**

Como antecedente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo encontramos la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación tiene por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación en el art. 80 de la Ley de condiciones generales de la contratación, y como dice la **STS de 3 de junio de 2016** *"por tanto que no cabe una aplicación extensiva o analógica de los controles de contenido y de transparencia al caso del adherente empresario pues hay una laguna legal sino que este diferente tratamiento ha sido deliberadamente querido por nuestro legislador"*

Ello no significa que esas condiciones generales sean jurídicamente inatacables y debe predicarse su validez en todos los casos. **Hay que partir de que la propia ley de condiciones generales de la contratación, que deliberadamente excluye el control detrás de contenido en las condiciones generales contratación contempla en su preámbulo un párrafo (el octavo) que parece abrir la puerta un control de contenido parecido al de la posibilidad en contratos entre empresarios.** Continúa el párrafo diciendo: *"esto no quiere decir que en las condiciones generales entre profesionales no pueda existir abuso de una posición dominante. Pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos entre profesionales o empresarios. Pero habrá de*

tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación entre empresas”

Esta sentencia supuso una auténtica revolución en esta materia¹. Tras negar que la cláusula suelo en contratos de préstamo con empresarios pudiera estar sujeta al control de transparencia en los términos descritos por la **STS de 9 de mayo de 2013**, el fundamento jurídico quinto que lleva por rúbrica “la buena fe como parámetro de interpretación contractual” establece lo siguiente:

“1. Establecida en las conclusiones precedentes y vista la revisión que, en relación con los contratos entre profesionales, hace **la exposición de motivos de la ley de condiciones generales de contratación a las normas contractuales generales**, y nuestra jurisprudencia al régimen general del contrato por negociación, hemos de tener en cuenta que los artículos 1258 CC y 57 CCom establece que los contratos obligan a todas las consecuencias que la virtualidad del principio general de buena fe moderadora del contenido contractual, capaz de expulsar determinadas cláusulas del contrato, es defendible, al menos, para las cláusulas que suponen un desequilibrio de la posición contractual del adherente, es decir aquellas que modifican subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse Como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato; en el sentido de que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición,

¹ Busto Lago, José Manuel. **El nuevo paradigma de la solvencia del consumidor de crédito en la Unión Europea**. Atelier. MECANISMOS PARA AUMENTAR LA PROTECCIÓN DEL PRESTATARIO HIPOTECARIO: EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y ALGUNAS NOVEDADES INCLUIDAS EN EL PROYECTO DE LEY DE CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO, Manuel Jesús Marín López, CAPITULO 3. LA APLICACIÓN DEL CONTROL DEL TRANSPARENCIA Y DE CONTENIDO A LOS ADHERENTES NO CONSUMIDORES: LA STS DE 3 DE JUNIO DE 2016

imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente.

Así, el artículo 1258 CC ha sido invocado para blindar, frente a pactos sorprendentes, lo que se conoce como el contenido natural del contrato (las consecuencias que, conforme a la buena fe, y según las circunstancias -publicidad, actos preparatorios, etc.- se derivan de la naturaleza del contrato).

2. En esa línea, puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pueden tener el adherente, (sentencias 849/1996, de 22 de octubre, y 1141/2006, de 15 de noviembre). Conclusión que es acorde con las pretensiones de los principios de derecho europeo en los contratos formulados por la Comisión de derecho europeo de los contratos (Comisión Lando) que establecen el principio general de actuación de buena fe en la contratación (art. 1:201); prevén la nulidad de cláusulas abusivas sea cual fuere la condición (consumidor o no) del adherente, entendiéndose por tales las que causen en perjuicio de una parte o en contra de los principios de la buena fe, un desequilibrio notable en los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato (Art 4:110,1); Y no permiten el control de contenido respecto de las cláusulas que concreten el objeto principal del contrato siempre que tal cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, ni sobre la adecuación entre el valor de las obligaciones de una y otra parte (art.4:110,2). Consideración esta última sobre la adecuación de precio y prestación que resulta especialmente relevante en este caso, dado que en un contrato de préstamo mercantil el interés remuneratorio pactado constituye el precio de la operación.

Continúa diciendo la obra que La sentencia utiliza por primera vez en nuestra jurisprudencia del principio general de la buena fe como una norma moderadora del contenido contractual, capaz de escuchar determinadas cláusulas del contrato en contratos de adhesión con empresarios, que no se recoge en el clausulado de la LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN SINO TAN SOLO EN SU EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

En realidad, el recurso a la buena fe del artículo 1258 del código civil para expulsar el contrato condiciones predispuestas en contratos con empresarios puede tener un doble significado. En primer lugar, la contrariedad a la buena fe puede servir para solicitar la ineficacia de la cláusula por su carácter objetivamente desequilibrado.

Pero en segundo lugar también puede usarse para demandar la exclusión de una cláusula por su carácter sorpresivo respecto del contenido contractual que legítimamente se había representado el adherente. La buena fe puede servir para obtener la exclusión de una cláusula por su carácter sorpresivo respecto del contenido contractual que legítimamente se había representado el adherente.

En este caso se expulsa una cláusula no porque sea objetivamente desequilibrada en su contenido sino porque entra en contradicción con otro contenido contractual: hay que legítimamente se había representado el adherente a partir de la información proporcionada en la fase precontractual. Hay una contradicción entre el contenido impuesto en condiciones generales el contenido derivado de las legítimas expectativas que tenía el adherente. En tal caso preferirse este último contenido.

La STS de 3 de junio de 2016 admite expresamente la posibilidad de excluir del contrato las cláusulas

sorprendentes. En efecto, cuando afirma que es defendible que el principio general de buena fe del artículo 1258 CC., puede ser invocado como norma moderadora del contenido contractual capaz de expulsar las cláusulas que modifican subrepticamente el contenido del contrato que la derecha había podido representarse razonablemente conforme a su propia naturaleza y funcionalidad, está haciendo una aplicación denominada la regla de las cláusulas sorprendentes según la cual, no son válidas las cláusulas que resulten tan insólitas de acuerdo con las circunstancias y con la naturaleza del contrato que el adherente no hubiera podido contar razonablemente con su existencia.

En ausencia de una previsión legal expresa sobre la nulidad de las cláusulas sorprendentes la doctrina había señalado que estas cláusulas son contrarias a la buena fe del artículo 1258 CC, y por ello nulas. La STS de 3 de junio de 2016 Viene a confirmar esta tesis se trata de una solución correcta: es contrario a la buena fe aprovecharse del poder de predisposición para introducir mediante condiciones generales cláusulas con cuya existencia no podían razonablemente contra el adherente, de acuerdo con la naturaleza y con las circunstancias del contrato, y que suponen una frustración de sus expectativas legítimas sobre el contenido del mismo.

En el caso concreto resuelto por la STS de 3 de junio de 2016 se consideró que la cláusula suelo impuesta en un contrato entre empresarios no era la cláusula sorprendente. El tribunal entendió, con razón que la cláusula suelo no resulta contraria a la buena fe por cuanto que era un hecho probado en la instancia que había habido negociación entre las partes por eso el contrato no susto ninguna expectativa legítima del prestatario respecto del coste del crédito.

También resulta de aplicación la **STS de 7 de noviembre de 2017** que señala en su Fundamento de Derecho quinto:

"3- En esa línea, puede postularse la nulidad de determinadas cláusulas que comportan una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener el adherente (sentencias 849/1996, de 22 de octubre ; 1141/2006, de 15 de noviembre ; y 273/2016, de 23 de abril). Pero siempre ha de tenerse en cuenta que, en el estado actual de nuestro Derecho, el régimen de protección del adherente no consumidor frente a las cláusulas sorprendentes no puede tener la misma intensidad que la protección del consumidor.

4.- Si analizamos el presente caso conforme a tales parámetros, hemos de partir necesariamente del respeto a los hechos declarados probados en la sentencia recurrida, y no discutido que la cláusula supera el control de incorporación, en cuanto a su comprensibilidad gramatical, la Audiencia Provincial no considera probado que hubiera un déficit de información o que la cláusula suelo se impusiera de mala fe para sorprender las legítimas expectativas de los prestatarios respecto del coste del préstamo. Por lo que no podemos afirmar en este trámite casacional que hubiera desequilibrio o abuso de la posición contractual por parte de la prestamista. De manera que no puede afirmarse que en este caso la condición general cuestionada comporte una regulación contraria a la legítima expectativa que, según el contrato suscrito, pudo tener la adherente. Ni que el comportamiento de la entidad prestamista haya sido contrario a lo previsto en los arts. 1.256 y 1.258 CC y 57 CCom .

5.- Del mismo modo, tampoco considera probado la sentencia recurrida que hubiera un déficit de información, ni que los prestatarios dieran su consentimiento de manera viciada. Por lo que no puede anularse la condición general controvertida

por vicio del consentimiento, en los términos del art. 1300 CC .”

Tomando en consideración la sentencia a tomar al supremo, cabría entender que de facto la respuesta es la misma el margen de que la cláusula haya sido impuesta a un consumidor o un empresario la nulidad de la cláusula por el desequilibrio surgido debido al *carácter sorpresivo* de los efectos de la cláusula de la carga que ello supone para el adherente, respecto de lo que éste pensaba haber contratado y consentido.

Y seguido en el caso de los consumidores se hace con base en un control de transparencia que atiende a ser consumidor conocía realmente lo que suponía esa cláusula; y en el caso de los empresarios atiende una buena fe contractual o alguna alteración subrepticia de lo que el adherente se representó como objeto del contrato. Pero en el fondo la idea que subyace es la misma: proteger al adherente que por la actuación del predisponente no llegó a conocer realmente lo que contrataba, de forma que el objeto del contrato se vio alterado sucesivamente para este.

Siguiendo este razonamiento, la actuación del predisponente en relación con la información aportada y no aportada al adherente que se levante en la misma medida de cara determinar si habido o no vulneración de ese control de transparencia o de buena fe. De hecho, si se acredita que se informó oportunamente y al completo de la existencia de carga de cláusula suelo no puede afirmarse que haya infringido el control de transparencia.

2. SOBRE LA JURISPRUDENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS : EL DOBLE CONTROL DE TRANSPARENCIA.

La presente cuestión prejudicial nada tiene que ver con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de marzo de 2020, y la posterior sentencia del Tribunal Supremo 1363/2020 de 12 de noviembre y a raíz de los autos del TJUE de 17 de diciembre de 2021 de Barcelona e Ibiza, las SSTS 42, 43 y 44/2022, de 27 de enero.

La cuestión prejudicial que plantea en este momento esta Juzgadora, versa sobre el doble control de transparencia instaurado por la STS de 9 de mayo de 2013 en la que el Tribunal Supremo ha dictado una copiosa doctrina sobre la cláusula suelo en los préstamos hipotecarios concertados con consumidores, así como sobre la práctica desleal de ocultación de un diferencial negativo debe ser objeto del doble control de transparencia por tratarse de una cláusula abusiva en base a que se opone a la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior y la Ley 3/1991 de competencia desleal ambas en relación como la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Si el Tribunal Supremo entiende que existe un doble filtro de transparencia en los contratos celebrados con consumidores: un primer control de transparencia documental que rige para todas las condiciones generales que superado permite la incorporación de las mismas al contrato. Y un

segundo control de transparencia reforzado o específico para los elementos esenciales del contrato que ha de permitir que el consumidor pueda conocer con claridad y sencillez tanto la carga económica del contrato esto es el precio que debe abonar como la carga jurídica del mismo esto es la distribución de los riesgos que de él derivan.

Según el Tribunal Supremo la falta de transparencia sobre el objeto principal del contrato precio y contraprestación puede causar un perjuicio al consumidor que consiste en la alteración inesperado del valor de la oferta tal y como legítimamente se lo habría presentado a partir de la información proporcionada por el empresario.

Esta falta de transparencia reforzada no determina la no incorporación de la cláusula del contrato si no te abre la vía el control de posibilidad de la cláusula no es directamente abusivas en el que hay control de contenido, por lo que la cláusula podrá o no ser considerada abusiva (SSTS de 9 de mayo de 2013 y 9 de marzo de 2017).

En un primer momento la jurisprudencia configuró el control de transparencia en términos muy rigurosos, pues la cláusula podía ser no transparente incluso aunque el empresario hubiera cumplido los deberes de información que le impone la normativa sectorial bancario. La sentencia de 9 de marzo de 2017 parece dar un giro, al sostener la cláusula es transparente si el consumidor conocía la existencia de la misma y su alcance, lo que puede acreditarse no solo con los documentos facilitados por la fase pre contractual sino también por otros medios.

En el caso de litis, es controvertido saber si omitir como recoge el preámbulo de la Circular 5/1994 del Banco de España, que para que el consumidor se haga una idea en su

organización económica del precio que va a pagar o esta omisión hubiera determinado no acceder a la firma del préstamo que lo situaba en desventaja con el resto existentes del mercado como dice la Sentencia del Tribunal Supremo que, aunque el Euribor ha estado por debajo del IRPH, es habitual que los diferenciales que se aplican a este sean más bajos que los aplicados al Euribor, lo que conlleva un equilibrio entre ambos índices.

Precisamente estos diferenciales bajos del IRPH, al 0%, 0,25% o 0,50% han sido el señuelo lanzado por los bancos a clientes para que firmasen IRPH, en lugar de Euribor, pensando que pagarían menos intereses. El consumidor iba a firmar una hipoteca, y no se le explicaba a cuanto está el índice hipotecario (Euribor o IRPH), pero sí le dicen que el diferencial que me da es + 0,5% en lugar del + 2% que ofrece otro banco, es claro que escoge la primera opción, que es inferior, pero se hacía necesario ser negativa para parecerse a otras TAE del mercado. Sin embargo, si en esa opción del 0,5% iba con IRPH, es seguro que pagará más intereses que si hubiera escogido la opción del 2%, que iba reverenciada a Euribor.

Las entidades financieras podrían haber estado utilizando el señuelo del diferencial bajo al 0% o 0,5% que ofrecían en préstamos con IRPH para que el consumidor firmara este índice, sin saber que realmente iban a pagar más intereses, y sin informar de que el preámbulo de la circular que regula el índice IRPH hace necesario que sea negativo lo que se ha omitido

No se trata de compensar clientes de IRPH con clientes de Euribor, sino que el banco no explicó ni informó a mi mandante que mientras el Euribor estaba a un 2% el IRPH estaba al 4%,

por lo que, aunque firmase un diferencial del 0,5%, pagaría más por su hipoteca.

Según el Tribunal Supremo, no se sabe si el IRPH va a estar en el futuro por debajo del Euribor por lo que no se puede afirmar que sea más perjudicial para el cliente, pero si se omite que el Banco de España hace necesario que sea negativo se está actuando contra la buena fe y creando un desequilibrio entre las partes.

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

PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO formular al Tribunal de Justicia de la Unión europea, en el ámbito del artículo 267 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea las siguientes cuestiones prejudiciales de interpretación de los arts. 5 y 7 de la DIRECTIVA 2005/29/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, así como de los arts. 3, 4, 5 y 6 de la DIRECTIVA 93/13/CEE DEL CONSEJO, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

CUESTIONES QUE SE PLATEAN AL TJUE:

1ª: Como para la confección del índice de interés variable "TIPO MEDIO DE LOS PRESTAMOS HIPOTECARIOS, A MAS DE TRES AÑOS, DEL CONJUNTO DE ENTIDADES" en el que se han incluido las comisiones y los diferenciales aplicados a éstas que se incorporan al tipo de interés son más gravosos para el consumidor que el resto de tae del mercado, diferenciales que, en base a la normativa de la circular 5/1994 del Banco de España, criterio normativo del organismo regulador se establece la necesidad de que sean de negativos, lo que se ha omitido e incumplido por las entidades financieras de forma generalizada, ¿APARTARSE COMPLETAMENTE DEL CRITERIO NORMATIVO DEL ÓRGANO REGULADOR SE OPONE A LOS **ARTÍCULOS 5 Y 7 LA DIRECTIVA 2005/29/CE?**

2ª: Demostrado que apartarse del criterio normativo anterior **se opone a los artículos 5 y 7 de la Directiva 29/2005/CE**, conforme a la jurisprudencia del TJUE en el ASUNTO C-689/20 ¿ESTA PRÁCTICA DESLEAL CONSTITUYE UN INDICIO A LA HORA DE VALORAR Y APRECIAR EL CARÁCTER ABUSIVO DE CLAUSULA Y SE OPONE A LOS ARTÍCULOS 3 Y 4 DE LA DIRECTIVA 93/13?.

3ª: Si la circular 5/1994 del Banco de España, propia del sector financiero, pero ajena al conocimiento general de la población, no fue objeto de ningún tipo de consideración, y se declara que **se opone al artículo 7 a la Directiva 2005/29/CE**, ¿CONSTITUYE UN INDICIO A LA HORA DE VALORAR EL CARÁCTER ABUSIVO CON ARREGLO AL ARTÍCULO 6.1 DE LA DIRECTIVA 93/13 QUE DEBE DE APLICAR UN CONTROL DE TRANSPARENCIA A DICHO ÍNDICE QUE SE COMPONE DE "Índice de referencia y diferencial"?

4ª: ¿SE OPONE A LOS **ARTS. 3.1, 4 Y 5 DE LA DIRECTIVA 93/13/CEE** UNA JURISPRUDENCIA NACIONAL, A LA VISTA DE LA REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL IRPH ES UNA PRÁCTICA ABUSIVA, NO APLICAR DIFERENCIAL NEGATIVO A PESAR DE LA NECESIDAD IMPUESTA EN EL PREÁMBULO DE LA CIRCULAR DEL BANCO DE ESPAÑA, YA QUE ES MENOS VENTAJOSO QUE TODAS LAS TAE EXISTENTES, Y SE HA COMERCIALIZADO EL IRPH COMO SI FUERA UN PRODUCTO IGUAL DE VENTAJOSO QUE EL EURIBOR SIN ATENDER A LA NECESIDAD DE ADICIONAR UN DIFERENCIAL NEGATIVO Y, POR ENDE, SE PODRÍA CESAR EN LA CONTRATACIÓN POR CONSIDERARSE NULAS LAS CLAUSULAS EN LAS QUE SE PREVÉ SU APLICACIÓN Y ABSTENERSE LAS ENTIDADES BANCARIAS, EN EL FUTURO, DE SU UTILIZACIÓN, YA QUE COMERCIALIZAR ESTE SERVICIO CON CONSUMIDORES VULNERABLES PUEDE AFECTAR AL COMPORTAMIENTO ECONÓMICO Y DECLARARSE SU NO INCORPORACIÓN A LOS CONTRATOS COMERCIALES DESLEALES AL HABERSE INTEGRADO EN EL PRECIO DEL INTERÉS CONTRARIO A LA **DIRECTIVA 2005/29/CE?**.

5ª: ¿SE OPONE AL **ARTÍCULO 6.1 DE LA DIRECTIVA 93/13/CEE** NO HACER UN CONTROL DE INCORPORACION Y ABUSIVIDAD ANTE UN DIFERENCIAL IMPUESTO DE FORMA OCULTA CUANDO EL DIFERENCIAL DEBE SER NEGATIVO EN LA OFERTA REALIZADA POR UNA ENTIDAD BANCARIA Y QUE EL CONSUMIDOR EN EL MOMENTO DE LA FASE DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL NO LLEGUE A CONOCER EL COMPORTAMIENTO ECONÓMICO DEL INTERÉS APLICADO DE SU PRÉSTAMO, POR OPONERSE ASÍ LA **DIRECTIVA EL 29/2005?**.

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

Notifíquese la presente resolución a las partes, **haciéndoles saber que es firme no cabiendo ningún recurso contra ella,** ordenando remitir testimonio de esta resolución con una copia testimoniada del expediente para su consulta al TJUE por correo certificado con acuse de recibo dirigida a la Secretaría del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, (Rue du Fort Niedergrünwald, L-2925 Luxemburgo) para que, previo trámite de admisión de las cuestiones que se suscitan, dé cumplida contestación si lo estima pertinente, adelantándose su remisión por copia, al solicitarse para su resolución el procedimiento de acelerado, mediante correo electrónico (ECJ-Registry@curia.europa.eu) y fax (+352 43 37 66).

Remitiendo copia simple al Servicio de Relaciones Internacionales del CGPJ, a la red REDUE, -Fax: 917006350-

(REDUE Red del CGPJ de Expertos en Derecho de la Unión Europea). C/Marqués de la Ensenada, 8 28004 Madrid. E-mail: rocio.cassinello@cgpj.es

DILIGENCIA.- La extiende yo, la Letrada de la Administración de Justicia, para hacer constar que en el día de hoy me ha sido entregada la anterior resolución debidamente firmada,

para su notificación a las partes y archivo del original. De ello doy fe.

LA MAGISTRADA LA LETRADA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

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

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