



Bruselas, 2 de septiembre de 2022
sj.j(2022)6752916

AL TRIBUNAL DE JUSTICIA

OBSERVACIONES

Presentadas, de conformidad con el artículo 23, párrafo segundo, del Estatuto del Tribunal de Justicia, por la

COMISIÓN EUROPEA

representada por Napoleón Ruiz García y Sara Pardo Quintillán, en calidad de agentes, que designan domicilio en *Service Juridique, Greffe contentieux, BERL 1/093, 1049 Bruxelles* y que aceptan que las notificaciones de los escritos procesales se efectúen a través de e-Curia,

en el Asunto C-265/22

Banco Santander

en el que el Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Palma de Mallorca - España (“el órgano jurisdiccional remitente”) ha presentado una petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 267 del TFUE relativa a la interpretación 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, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo y de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN.....	3
II.	FUNDAMENTOS DE DERECHO.....	3
	II.1. Directiva 2005/29/CE.....	3
	II.2. Directiva 93/13/CEE	4
III.	HECHOS Y CUESTIONES PREJUDICIALES.....	5
IV.	ANÁLISIS JURÍDICO.....	8
	IV.1. Consideraciones previas	8
	IV.2. Cuestión prejudicial primera	9
	IV.3. Cuestiones prejudiciales segunda a quinta	9
V.	CONCLUSIÓN	15

I. INTRODUCCIÓN

1. Las preguntas prejudiciales formuladas por el órgano jurisdiccional remitente se refieren a la interpretación de: (i) 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, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo¹ (“la Directiva 2005/29/CE”) y (ii) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores² (“la Directiva 93/13/CEE”).

2. Estas cuestiones se plantean en el marco de un litigio entre dos consumidores y una entidad bancaria. Los consumidores solicitan la declaración de nulidad por abusiva de una cláusula del contrato de préstamo con garantía hipotecaria que han concluido con la entidad bancaria, referida al tipo de interés variable fijado para la devolución del préstamo (IRPH).

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1. Directiva 2005/29/CE

3. El artículo 19 de la Directiva 2005/29/CE establece lo siguiente por lo que se refiere a su incorporación al Derecho interno:

“Los Estados miembros adoptarán y publicarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 12 de junio de 2007. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión y le comunicarán también sin demora cualquier modificación posterior.

¹ DO L 149 de 11.6.2005, p. 22.

² DO L 95 de 21.4.1993, p. 29.

Aplicarán dichas disposiciones a más tardar el 12 de diciembre de 2007. Cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones, éstas incluirán una referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial. Los Estados miembros establecerán las modalidades de la mencionada referencia.”

II.2. Directiva 93/13/CEE

4. La Directiva 93/13/CEE tiene por objetivo, como indica el apartado 1 de su artículo 1, “aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”. De conformidad con el apartado 2 del mismo artículo 1, “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 sometidas a las disposiciones de la presente Directiva”.

5. De conformidad con el artículo 3 de la Directiva 93/13/CEE,

“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.

[...]”

6. El artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE establece lo siguiente:

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

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

7. De conformidad con el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE, “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 [...]”.

8. El apartado 1 del artículo 6 de la Directiva 93/13/CEE prevé que “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”.

9. El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE establece que “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”.

10. El apartado 1 del artículo 10 de la Directiva 93/13/CEE establece lo siguiente:

“Los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva, a más tardar, el 31 de diciembre de 1994. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

Las disposiciones adoptadas se aplicarán a todos los contratos celebrados después del 31 de diciembre de 1994.”

III. HECHOS Y CUESTIONES PREJUDICIALES

11. Tal y como se describe en el auto de remisión, ZR y PI han interpuesto una demanda contra la entidad Banco Santander S.A. Los demandantes instan la declaración de

nulidad de la cláusula Tercera bis del contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado entre las partes el 12 de mayo de 2006³.

12. Dicha cláusula Tercera bis indica que cada período de doce meses posterior a la fecha final del período de interés inicial se denominará “período de interés”. También indica que 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”.

13. La cláusula Tercera bis establece que el “tipo de referencia” será el “tipo medio de los préstamos hipotecarios, a más de tres años, del conjunto de entidades”⁴. También establece que el “tipo de referencia sustitutivo” será el “tipo medio de los préstamos hipotecarios, a más de tres años, de bancos”⁵.

14. Los demandantes reclaman la declaración de nulidad de dicha cláusula, que impone el tipo de interés variable del índice de referencia de préstamos hipotecarios (“IRPH”) más un diferencial positivo, así como la devolución de lo pagado indebidamente.

15. Es en el marco del litigio entre ZR y PI, por un lado, y la entidad Banco Santander S.A., por otro lado, que el órgano jurisdiccional remitente formula las siguientes preguntas prejudiciales:

³ Página 2 del auto de remisión.

⁴ 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.

⁵ 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.

“1ª: Como para la confección del índice de interés variable "tipo medio de los préstamos hipotecarios, a más 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 de 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 la cláusula 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 cláusulas 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 incorporación 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 29/2005?”

IV. ANÁLISIS JURÍDICO

IV.1. Consideraciones previas

16. La presente cuestión prejudicial concierne el uso y comercialización, por parte de la entidad financiera, del índice hipotecario denominado “IRPH”, el cual se incorpora al contrato del litigio principal mediante la cláusula contractual 3 bis de la escritura de garantía hipotecaria.

17. El Tribunal de Justicia ya tuvo ocasión de interpretar la Directiva 1993/13/CEE en relación con cláusulas similares a las del asunto principal en los asuntos *Gómez del Moral*⁶, *Gómez del Moral II*⁷ y *Unión de Créditos Inmobiliarios*⁸. Sin embargo, como el propio auto de remisión señala, el presente asunto no concierne dichos asuntos sino que, principalmente, plantea dudas sobre la compatibilidad con la Directiva 2005/29/CE de la conducta del profesional a la hora de comercializar dicho índice hipotecario y sobre su posible incidencia en el examen del carácter abusivo de la cláusula en cuestión a la luz de la Directiva 1993/13/CEE.

⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 2020 en el asunto C-125/18, *Gómez del Moral*, EU:C:2020:138.

⁷ Auto del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 2021 en el asunto C-655/20, *Gómez del Moral II*, EU:C:2021:943.

⁸ Auto del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 2021 en el asunto C-79/21, *Unión de Créditos Inmobiliarios*, EU:C:2021:945.

18. La Directiva 2005/29/CE establece en su artículo 19 que los Estados miembros han de adoptar y publicar las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a lo que la Directiva establece, a más tardar, el 12 de junio de 2007 y que los Estados miembros aplicarán dichas disposiciones, a más tardar, el 12 de diciembre de 2007.

19. Pues bien, según se indica en el auto de remisión, el contrato en causa en el litigio principal se celebró el 12 de mayo de 2006⁹, esto es, antes de que la Directiva 2005/29/CE fuera aplicable. Por tanto, cabe aclarar, a título preliminar, que la Directiva 2005/29/CE no resulta aplicable *ratione temporis* al litigio principal. Esto es sin perjuicio, por supuesto, de la posible aplicación de la Ley 3/1991, de 10 de enero¹⁰, de competencia desleal, en el ámbito nacional.

IV.2. Cuestión prejudicial primera

20. La Comisión entiende¹¹ que la cuestión prejudicial primera se refiere exclusivamente a la interpretación de los artículos 5 y 7 de la Directiva 2005/29/CE.

21. Al no ser la Directiva 2005/29/CE aplicable al litigio principal, la Comisión entiende que dicha cuestión prejudicial tendría que ser declarada inadmisibile, por lo que no procede responder a la misma.

IV.3. Cuestiones prejudiciales segunda a quinta

22. La Comisión entiende que las cuestiones prejudiciales segunda a quinta, que podrían abordarse de forma conjunta- se refieren a la Directiva 93/13/CEE, pero partiendo de la premisa de que el profesional habría incurrido en una práctica comercial desleal contraria a los artículos 5 y 7 de la Directiva 2005/29/CE. Dicha práctica consistiría – insistimos, según comprende la Comisión- en: (i) no informar a los consumidores de la inclusión intrínseca de diferencial y comisiones en el índice IRPH (tal índice equivaldría, en realidad, a una tasa anual equivalente “TAE”), lo que lo haría más gravoso en

⁹ Página 2 del auto de remisión.

¹⁰ BOE de 11 de enero de 1991.

¹¹ La Comisión ha de poner de relieve la considerable falta de claridad del auto de remisión, razón por la cual se ve obligada a hacer un ejercicio de interpretación de las preguntas formuladas, lo cual hará con la máxima cautela.

comparación con otros índices de referencia; así como (ii) en no informar sobre la necesidad de aplicar, de conformidad con el preámbulo de la circular 5/1994 del Banco de España, un diferencial negativo para igualarlo con la de otros tipos del mercado.

23. Así, según interpreta la Comisión, mediante dichas preguntas, el juez remitente desearía esclarecer: (i) la pertinencia de las supuestas omisiones engañosas a los efectos de valorar el carácter abusivo de la cláusula 3ª bis del contrato, de conformidad con el artículo 3, apartado 1 y 4, apartado 1 de la Directiva 1993/13/CEE (**preguntas segunda y tercera**); (ii) la pertinencia de dichas omisiones engañosas a los efectos de valorar el carácter transparente de la citada cláusula de conformidad con el artículo 4, apartado 2 y 5 de la Directiva 1993/13/CEE (**pregunta quinta**); y (iii) el posible carácter abusivo de la citada cláusula por no aplicar un diferencial negativo al tipo de interés empleado por el banco (**pregunta cuarta**).

24. Puesto que la Directiva 2005/29/CE no es aplicable al litigio principal y puesto que la primera pregunta prejudicial es por tanto inadmisible, la Comisión considera que tampoco procede contestar a las preguntas segunda a quinta –que pueden ser tratadas conjuntamente- por ser igualmente inadmisibles, al menos, por lo que se refiere a la Directiva 2005/29/CE. La Comisión estima que únicamente las preguntas cuarta a quinta tendrían relevancia, en la medida en que parecen centrarse más concretamente en la Directiva 1993/13/CEE.

25. La Comisión se limitará, por consiguiente, a ofrecer unas breves consideraciones sobre la aplicación de Directiva 1993/13/CEE, esta sí, aplicable al asunto principal, en el marco de las preguntas cuarta y quinta.

26. Comenzando por la incidencia de la omisión de informar a los consumidores sobre la composición del IRPH y la necesidad expresada por el Banco de España de aplicar un diferencial negativo para igualar la TAE con la de otros tipos del mercado, a los efectos del deber de transparencia que dimana de los artículos 4, apartado 2 y 5 de la Directiva 1993/13/CEE (**pregunta quinta**), la Comisión recordará que el Tribunal de Justicia ya se pronunció sobre la exigencia de transparencia de la directiva en relación con cláusulas similares a las del asunto principal en los citados asuntos *Gómez del Moral*, *Gómez del Moral II* y *Unión de Créditos Inmobiliarios*.

27. En efecto, el Tribunal de Justicia recordó¹² que la exigencia de transparencia “se ha de entender como la obligación no solo de que la cláusula considerada sea comprensible para el consumidor en un plano formal y gramatical, sino también de que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras”.

28. En este sentido, el Tribunal señaló¹³ que “corresponde solo al órgano judicial remitente llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que figuran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo”.

29. Pues bien, dado que en el asunto *Gómez del Moral* el órgano jurisdiccional remitente preguntó, en concreto, sobre la pertinencia de informar al consumidor sobre la configuración del índice de referencia y sobre su evolución pasada y futura en relación con otros índices como el Euríbor, el Tribunal de Justicia aclaró¹⁴ que: “(...) *es pertinente a efectos de tal análisis la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el Boletín Oficial del Estado. Esta circunstancia permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades (...)*”.

También resulta pertinente para evaluar la transparencia de la cláusula controvertida la circunstancia de que, según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del

¹² *Gómez del Moral*, apartado 51.

¹³ *Ibidem*, apartado 52.

¹⁴ *Ibidem*, apartados 53 y 54.

contrato sobre el que versa el litigio principal, las entidades de crédito estuvieran obligadas a informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible. Tal información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés.”

30. El Tribunal confirmó lo anterior en los autos *Gómez del Moral II y Unión de Créditos Inmobiliarios*¹⁵.

31. Sin embargo, en ninguno de aquellos asuntos el Tribunal de Justicia entró a valorar específicamente la necesidad de informar a los consumidores sobre la pertinencia de la aplicación de un diferencial negativo para poder igualar la TAE de los préstamos referenciados en IRPH con otros préstamos del mercado, ya que no había sido preguntado acerca de dicha cuestión por los respectivos órganos jurisdiccionales remitentes.

32. Es más, en los autos *Gómez del Moral II y Unión de Créditos Inmobiliarios*¹⁶, el Tribunal de Justicia concluyó que el artículo 5 de la directiva 1993/13/CEE y la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, en el marco de un préstamo hipotecario, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa y a una jurisprudencia nacionales que dispensan al profesional de proporcionar al consumidor, en el momento de la celebración de un contrato de préstamo hipotecario, la información relativa a la evolución en el pasado del índice de referencia, al menos durante los dos últimos años, en comparación con, al menos, otro índice distinto como el índice euríbor, **siempre que** esa normativa y esa jurisprudencia permitan al juez comprobar no obstante que, habida cuenta de los datos públicamente disponibles y accesibles y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estuvo en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y de valorar así,

¹⁵ Apartados 29 y 24, respectivamente.

¹⁶ Apartados 34 y 30, respectivamente.

basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.

33. De lo anterior, la Comisión deduce que, si bien la exigencia de transparencia no puede interpretarse de forma tan amplia que exija al profesional proporcionar al consumidor, en el momento de la celebración de un contrato de préstamo hipotecario, una comparativa del comportamiento del IRPH respecto de otro índice, ello será a condición de que la información facilitada por el profesional al consumidor sea suficiente para que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia (y por tanto de comprender las diferencias con respecto de otros índices alternativos), así como de valorar así las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras, lo cual corresponde juzgar al juez nacional.

34. Para la Comisión, la omisión de informar sobre la necesidad de aplicar un diferencial negativo al IRPH para poder compararlo debidamente con otros índices del mercado (por más que aparezca mencionado en el preámbulo de la circular del Banco de España) sí podría constituir una información pertinente para que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y, por consiguiente, para entender cumplida la exigencia de transparencia que dimana del artículo 5 de la Directiva 1993/13/CEE. No obstante, corresponde en todo caso al juez nacional valorarlo, a la luz de todos los elementos pertinentes del litigio principal.

35. Por lo que respecta a la relevancia de la no aplicación de un diferencial negativo al índice IRPH, a los efectos de determinar el carácter abusivo de la cláusula a la luz del artículo 3, apartado 1 de la Directiva 93/13/CEE (**pregunta cuarta**), la Comisión recordará que esta misma pregunta ya fue planteada por el órgano jurisdiccional remitente en el asunto *Gómez del Moral II*, C-655/20 (pregunta tercera del auto de remisión en dicho asunto) y ya fue respondida –aunque parcialmente– por el Tribunal de Justicia¹⁷.

¹⁷ Apartados 35 a 46 del auto.

36. Como comienza señalando el Tribunal de Justicia en su auto *Gómez del Moral III*¹⁸, incumbe al juez nacional, atendiendo a los criterios enunciados en los artículos 3, apartado 1, y 5 de la Directiva 93/13, determinar si, dadas las circunstancias propias del caso concreto, la cláusula en cuestión cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia establecidas por esta Directiva.

37. A continuación, el Tribunal de Justicia recordó¹⁹ los criterios que debe tener en cuenta el juez nacional a la hora de apreciar si la cláusula controvertida es abusiva (en particular, a la hora de interpretar los conceptos de «buena fe» y de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato). La Comisión se remite a dicho auto por economía procesal y para evitar reiteraciones.

38. Pues bien, a la luz de dichos criterios y en lo que concierne al presente asunto, la Comisión es de la opinión que el juez nacional deberá, en particular, valorar si la necesidad de aplicar un diferencial negativo al índice IRPH -tal y como recoge el preámbulo de la circular 5/1994 del Banco de España- puede considerarse como una “norma aplicable” en defecto de acuerdo entre las partes y, en tal caso, efectuar un análisis comparativo con la situación en la que se encuentran los consumidores por la cláusula contractual. Si no pudiera considerarse que el contenido del preámbulo constituye una norma aplicable como tal, el juez nacional debería entonces, a juicio de la Comisión, comparar la configuración del índice de referencia previsto por la cláusula (en particular, el hecho de llevar aparejado un diferencial positivo) con la configuración efectuada en cláusulas contractuales similares de otros contratos referidas al mismo índice o a otros equivalentes en el mercado.

39. En este sentido, cabe subrayar, por último, que si bien es cierto que la definición del índice IRPH se recoge en el anexo VIII, apartado 2, de la Circular 8/1990, modificada por la Circular 5/1994²⁰, nada dice la misma sobre el diferencial a aplicar –en su caso-,

¹⁸ Apartado 39.

¹⁹ Apartados 40 a 45.

²⁰ Definido del siguiente modo: «[...] la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes al que se

quedando dicho aspecto a la total discreción de la entidad financiera. Así pues, es importante recalcar que la posible aplicación de un diferencial –ya sea positivo o negativo– a dicho índice no está regulado en la normativa, con lo que en ningún caso resultaría de aplicación el artículo 1, apartado 2 de la Directiva 1993/13/CEE²¹.

40. A la luz de lo señalado, corresponderá exclusivamente al juez nacional realizar el examen del carácter abusivo de la cláusula de conformidad con el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE, a la luz de los criterios señalados por el Tribunal de Justicia y 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, conforme al artículo 4, apartado 1, de la citada directiva.

V. CONCLUSIÓN

41. En virtud de todo lo expuesto, la Comisión propone al Tribunal de Justicia que declare inadmisibles la primera, segunda y tercera cuestión prejudicial y que responda como sigue a las preguntas cuarta y quinta planteadas al Tribunal de Justicia por el Juzgado de Primera Instancia nº 17 de Palma de Mallorca – España:

“- El artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, en el marco de un préstamo hipotecario, deben interpretarse en el sentido de que deben permitir a un juez nacional comprobar que, habida cuenta de los datos públicamente disponibles y

refiere el índice por el conjunto de cajas de ahorro. Dichos tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de cajas, de acuerdo con la norma segunda. La fórmula de cálculo de dicho tipo será:

Ica = Sumatorio de ica/nca

Siendo:

Ica = La media de tipos de interés medios ponderados del conjunto de cajas de ahorro.

ica = El tipo medio ponderado de los préstamos de cada caja.

nca = El número de cajas declarantes.»

²¹ Véase *Gómez del Moral*, apartados 34 a 37.

accesibles y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estuvo en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Dicho nivel de comprensión del funcionamiento concreto del índice de referencia debe ser suficiente como para que el consumidor pueda, en su caso, comparar dicho funcionamiento con otros índices del mercado.

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

En el marco de este examen, el órgano jurisdiccional remitente deberá, en particular, teniendo en cuenta, en su caso, las normas nacionales aplicables cuando no exista acuerdo entre las partes y, en su defecto, comparar la configuración del índice de referencia previsto por la cláusula y en particular, el hecho de llevar aparejado un diferencial positivo, con la configuración efectuada en cláusulas contractuales similares de otros contratos en el mercado referidas al mismo índice o a otros equivalentes.”

descargado en www.asufin.com

Sara PARDO QUINTILLÁN

Napoleón RUIZ GARCÍA

agentes de la Comisión