

Juzgado de Primera Instancia N° 8 de Donostia-San Sebastian
Donostiako Lehen Auzialdiko 8 zk.ko Epaitegia

Pza. Teresa de Calcuta-Atotxa-Just.Jauregia, 1 1ªPlanta - Donostia-San Sebastián
943-000738 - instancia8.donostia@justizia.eus
0000418/2022 Sección: H-8 Procedimiento Ordinario / Prozedura arrunta
NIG: 2006942120220003556



PROVIDENCIA

Magistrado QUE LA DICTA: D./D.ª Eva Cerón Ripoll
Lugar: Donostia-San Sebastián
Fecha: 21 de diciembre del 2022

Firmado por:
Eva Cerón Ripoll,
Cristina Altolaguirre Zuazola

URL firma electrónica./Sinadura elektronikoa URLa:https://psp.justizia.eus/SCDD/index.html

Fecha: 27/12/2022 09:40

CSV: 2006942008-1f8c12113a913f4df34c781a71969af31f81AA==

1.- El día 4 de marzo de 2022, la meritada representación procesal de ■■■■■ presentó, ante este **Juzgado de Primera Instancia N° 8 de Donostia-San Sebastián**, Demanda de Juicio Ordinario de Cuantía Indeterminada en reclamación, entre otras, del carácter abusivo de la Cláusula Tercera Bis del contrato que, con fecha 11 de septiembre de 2006, suscribió con la entidad **Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Gipuzkoa y San Sebastián**, actualmente **Kutxabank**.

El día 28 de marzo de 2022, se dictó **Decreto** admitiendo a trámite la demanda, y en ella, como **Otrosí Primero**, la meritada representación procesal de ■■■■■ solicitaba que, con suspensión del presente procedimiento, este **Juzgado de 1ª Instancia N° 8 de Donostia** elevara cuestión prejudicial ante el **TJUE**, en relación con una serie de dudas, recogidas en el cuerpo de su demanda, y ello a fin de arrojar luz definitiva sobre una controversia que viene tiempo ocupando demasiada atención, energía, y medios materiales y humanos, y que requiere fijar de manera definitiva los criterios interpretativos de la Jurisprudencia del **TJUE** a seguir de manera uniforme por los jueces nacionales.

El día 5 de octubre de 2022 tuvo lugar la celebración de la **Audiencia Previa**, que aconteció, la representación procesal de ■■■■■



Firmado por:
Eva Cerón Ripoll,
Cristina Altolaguirre Zuazola

URL firma electrónica./Sinadura elektronikoa URLa:https://psp.justizia.eus/SCDD/index.html

Fecha: 27/12/2022 09:40

CSV: 2006942008-1f8c12113a913f4df34c781a71969af31f81AA==

██████████ recordó la solicitud realizada a través del otrosí primero de su demanda en el sentido de elevar cuestión prejudicial respecto de una serie de contradicciones que, a su juicio, se observaban entre la Jurisprudencia establecida por el **TJUE** en los asuntos **C-125/18**, **C-655/20** y **C-79/21**, y la posterior y definitiva interpretación que de la misma ha realizado nuestro **Tribunal Supremo**.

Añadía la parte demandante que nuestro **Tribunal Supremo** viene negando sistemáticamente todos los Recursos de Casación que se elevan por parte de los consumidores al entender, tras su interpretación de la Jurisprudencia del **TJUE**, la desaparición sobrevenida del objeto de litigio, y considerar que, para todos los casos, la controvertida cláusula reputa válida dado el carácter oficial del índice y su publicación en el BOE.

Requerida la parte demandada a fin de que se pronunciara respecto de tal solicitud, esta manifestó no oponerse a ello, por lo que esta juzgadora aplazó su decisión por un plazo de cinco días, transcurridos los cuales daría a conocer a las partes su decisión.

2.- Analizados los elementos en los que la parte demandante asienta su petición, esta juzgadora coincide en albergar serias dudas respecto de si la interpretación que realiza nuestro **Tribunal Supremo** de la Jurisprudencia establecida por el **TJUE** respecto de la transparencia necesaria en la incorporación del índice **IRPH** al contrato que me ocupa, resulta acorde al espíritu y literalidad de la misma. Concretamente, esta juzgadora alberga dudas respecto de si trasladar la responsabilidad del profesional en orden a que con su intervención y la información proporcionada al consumidor pueda éste comprender el funcionamiento del método de cálculo del tipo **IRPH** para así valorar con arreglo a criterios precisos y comprensibles las consecuencias económicas potencialmente significativas derivadas de su aplicación, al propio consumidor para que sea éste quien tras localizar en el BOE la definición del índice **IRPH**, y tras averiguar que éste se elabora a partir de una media simple de tipos **TAE**, deduzca por sí mismo, con sus escasos o nulos conocimientos financieros, que el referido índice se calcula según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la

adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales, comisiones y gastos aplicados por tales entidades.

3.- Igualmente, esta juzgadora alberga serias dudas respecto de si el control de transparencia al que ha de someterse una cláusula que fija un tipo interés como el **IRPH**, cuyo método de cálculo ha sido considerado por el Abogado General como complejo y poco transparente, es un control de conocimiento por parte del consumidor de que su contrato se remite a dicho tipo de interés, o si, por el contrario, dicho control de transparencia va más allá y constituye un control de comprensión del funcionamiento del método de cálculo del mismo, a fin de que el consumidor pueda valorar las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

En suma, la duda estriba en si, como entiende nuestro **Tribunal Supremo**, el control de transparencia se supera porque el consumidor conoce que su contrato, como todos los contratos de préstamo hipotecario, viene referido a un índice hipotecario al que se incorpora un diferencial, o, por el contrario, si como entiende el **TJUE** en el **parágrafo 51º** de su **STJUE C-125/18**, de 3 de marzo de 2020, el control de transparencia se supera si la cláusula permite al consumidor comprender el funcionamiento del método de cálculo del índice **IRPH** a fin de que éste pueda así valorar, con arreglo a criterios precisos y transparentes, las consecuencias económicas potencialmente significativas que van a observarse en su economía.

4.- En tercer lugar, esta juzgadora se plantea la duda de si la eliminación de la inicial obligación del profesional de entregar **Folleto Informativo** en el que se recogiera la anterior evolución del índice **IRPH** viene condicionada porque el consumidor haya comprendido el funcionamiento del método de cálculo del tipo **IRPH**, como parece desprenderse del **ATJUE 655/20**, de 17 de noviembre, o si, por el contrario, estamos ante la eliminación radical de esta obligación, inicialmente recogida en el **parágrafo 54º** de la **STJUE C-125/18**, de 3 de marzo, como entiende nuestro **Tribunal Supremo**.

Firmado por:
Eva Cerón Ripoll,
Cristina Altolaguirre Zuazola

URL firma electrónica./Sinadura elektronikoa URL: <https://psp.justizia.eus/SCDD/index.html>

Fecha: 27/12/2022 09:40

CSV: 2006942008-1f8c12113a913f4df34c781a71969af31f81AA==

Firmado por:
Eva Cerón Ripoll,
Cristina Altolaguirre Zuazola

URL firma electrónica./Sinadura elektronikoa URLa:https://psp.justizia.eus/SCDD/index.html

Fecha: 27/12/2022 09:40

CSV: 2006942008-1f8c12113a913f4df34c781a71969af31f81AA==

5.- En este sentido, si bien es cierto que, como resulta sobradamente conocido, la actuación del **TJUE** nunca puede rebajar el nivel de protección a los consumidores establecido por el legislador nacional, a la vista de cómo vienen resolviendo la totalidad de Audiencias Provinciales que siguen la Jurisprudencia de nuestro **Tribunal Supremo**, me surge la duda de si la eliminación de la obligación de que el profesional entregue **Folleto Informativo** se extiende igualmente a los casos en los que la entrega de dicho Folleto Informativo resulte obligatoria a tenor de lo recogido en la normativa nacional vigente en el momento de la contratación.

6.- Igualmente, se suscitan dudas en esta juzgadora respecto de si, atendiendo a la **Directiva 2005/29**, de 11 de mayo de 2005, de prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, la omisión de información por parte del profesional respecto de cómo se configura el índice, de cómo se determina a partir de tipos TAE y las consecuencias económicas que de ello se derivan, y de cómo, según advierte el **Banco de España**, su mera utilización supone, salvo incorporación del adecuado diferencial negativo, colocar la operación suscrita por encima del TAE medio nacional, constituye un **práctica engañosa**.

7.- En caso de que la omisión de este tipo de información por parte del profesional constituyera una práctica engañosa, me surge la duda de si ello supone que nos encontramos ante un supuesto de conducta contraria a la buena fe generadora de un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor en los términos del **artículo 3.1** de la **Directiva 93/13/CEE**.

8.- En relación con las circunstancias en que la conducta del profesional causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe» al que se

Firmado por:
Eva Cerón Ripoll,
Cristina Altolaguirre Zuazola

URL firma electrónica./Sinadura elektronikoa URLa: <https://psp.justizia.eus/SCDD/index.html>

Fecha: 27/12/2022 09:40

CSV: 2006942008-1f8c12113a913f4df34c781a71969af31f81AA==

refiere el **artículo 3.1** de la **Directiva 93/13/CEE**, esta juzgadora entiende pertinente preguntar si el hecho de que el profesional haya utilizado un índice hipotecario oficial, cuando la normativa bancaria le obliga a utilizar tipos oficiales, resulta suficiente para entender su buena fe, o si, por el contrario, el carácter oficial del índice no constituye un elemento a considerar en relación con la buena fe del profesional y he de remitirme al criterio recogido en el **parágrafo 69** de la **STJUE C-415/11**, de 14 de marzo de 2013, esto es, si debo comprobar que el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.

9.- Teniendo en cuenta que el **Banco de España**, en **Circular 5/94**, de 22 de julio, advierte de que la mera utilización del tipo **IRPH** supone colocar la TAE de la operación suscrita por encima de la TAE media nacional, y entiende que para evitar tal situación se hace necesario utilizar un diferencial negativo, me surge la duda respecto de si la conducta del profesional, al desoír tal advertencia, a sabiendas de las consecuencias especialmente negativas que ello va a suponer para el consumidor contratante, causa ese desequilibrio «pese a las exigencias de la buena fe» al que se refiere el **artículo 3.1** de la **Directiva 93/13/CEE**.

10.- Teniendo en cuenta que el **parágrafo 65º** de la **STJUE C-421/14** establece que el juez nacional deberá comparar el modo de cálculo del tipo de los intereses ordinarios previsto por la cláusula objeto de litigio y el tipo efectivo resultante con los modos de cálculo generalmente aplicados y el tipo legal de interés, así como con los tipos de interés aplicados en el mercado en la fecha en que se celebró el contrato controvertido en el litigio principal en relación con un préstamo de un importe y una duración equivalentes a los del contrato de préstamo considerado, se suscitan dudas respecto de si la utilización generalizada de un índice como el **Euribor**, cuya fórmula de cálculo constituye una media del precio que los profesionales abonan por el dinero que

Firmado por:
Eva Cerón Ripoll,
Cristina Altolaguirre Zuazola

URL firma electrónica./Sinadura elektronikoa URLa:https://psp.justizia.eus/SCDD/index.html

Fecha: 27/12/2022 09:40

CSV: 2006942008-1f8c12113a913f4df34c781a71969af31f8AA==

posteriormente prestan a sus clientes, supone que la imposición de otro índice, como el **IRPH**, de aplicación residual, cuya fórmula de cálculo constituye la media del coste final abonado por todos los conceptos por los consumidores que suscribieron los contratos de referencia, acredita que nos encontramos ante una situación de desequilibrio contrario a la buena fe en los términos del **artículo 3.1** de la **Directiva 93/13/CEE**.

11.- También suscita dudas en esta juzgadora si, tras una aplicación conjunta de los criterios de la **Directiva 93/13/CEE** y de la **Directiva 2005/29/CE**, la falta de transparencia en la incorporación del índice **IRPH** al contrato, junto con el carácter engañoso de la práctica comercial del profesional, no debería llevar directamente a la expulsión por abusiva de la cláusula relativa al interés remuneratorio.

12.- Teniendo en cuenta que todos los reproches que se realizan del índice hipotecario **IRPH** quedarían neutralizados si, tal y como advierte el **Banco de España**, el profesional hubiera aplicado el adecuado diferencial negativo, esta juzgadora se pregunta si resultaría conforme al **artículo 6.1** de la **Directiva 93/13/CEE** que, declarada abusiva la incorporación del índice **IRPH** al contrato, el juez nacional incorporara retroactivamente el diferencial negativo adecuado, reintegrándose al consumidor, con sus intereses, la diferencia entre las cantidades que le han sido detraídas en aplicación de la cláusula tal y como la impuso el profesional y la cláusula como ha resultado tras la modificación operada por el juez nacional.

13.- Esta juzgadora coincide con los reiterados pronunciamientos de la **Comisión Europea** en cuanto a que los ciudadanos de la **UE** tienen derecho a que las resoluciones que se dicten por los jueces y tribunales nacionales resulten ajustadas a la normativa y jurisprudencia comunitarias, y de que, a tal efecto, la utilización de la **cuestión prejudicial** como forma de resolver cualquier tipo de duda sobre los criterios de interpretación de la Jurisprudencia del **TJUE**, constituye una herramienta fundamental no solo a fin de armonizar las jurisprudencias de los Estados Miembros con la del **TJUE**, sino también con el fin de no

Firmado por:
Eva Cerón Ripoll,
Cristina Altolegrirre Zuazola

URL firma electrónica./Sinadura elektronikokoaren URLa:https://psp.justizia.eus/SCDD/index.html

Fecha: 27/12/2022 09:40

CSV: 2006942008-1f8c12113a913f4df34c781a71969af31f81AA==

cometer errores interpretativos que den lugar a daños irreparables.

De ahí que esta juzgadora haya decidido, al amparo del **artículo 267 del TFUE**, y la existencia de estas dudas que se albergan, respecto de la interpretación que nuestro **Tribunal Supremo** hace de la **STJUE C-125/18** y **ATJUE C-655/20** y **ATJUE C-79/81**, y, las cuales abarcarían, en su caso, la distinta admisión de medios probatorios y el sentido de la resolución, por lo que, antes de plantear aquellas posibles **CUESTIONES PREJUDICIALES ANTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA** de Luxemburgo, **se dé traslado a las partes y al Ministerio fiscal para que en el plazo de 10 días aleguen lo que a su derecho convenga** respecto de las dudas suscitadas u otras que han escapado a mi atención, y, en su caso, propongan, de manera fundamentada las cuestiones que entiendan deben ser resueltas por el **Tribunal de Justicia de la Unión Europea** y, en su caso, propongan las preguntas atinentes al TJUE.

14.- Ábrase **pieza separada que se numerará 418/2022-01** para la tramitación de esta cuestión, con testimonio de la demanda, del préstamo con garantía hipotecaria y de la presente resolución.

Notifíquese a las partes en legal forma.

La presente resolución es firme y contra ella no cabe recurso alguno.

Así lo acuerda manda y firma, Dña. Eva Cerón Ripoll, Magistrada Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Donostia- San Sebastián. Doy fe.

Lo acuerda y firma S. S. Doy fe.

FIRMA Magistrado

FIRMA LETRADO DE LA
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA

Firmado por: Eva Cerón Ripoll, Cristina Altoleguirre Zuazola	
URL firma electrónica./Sinadura elektronikoa URLa: https://psp.justizia.eus/SCDD/index.html	Fecha: 27/12/2022 09:40
CSV: 2006942008-1f8c12113a913f4df34c781a71969af31f81AA==	

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela 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.