

СЪД НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ  
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA  
SOUDNÍ DVŮR EVROPSKÉ UNIE  
DEN EUROPÆISKE UNIONS DOMSTOL  
GERICHTSHOF DER EUROPÄISCHEN UNION  
EUROOPA LIIDU KOHUS  
ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΤΗΣ ΕΥΡΩΠΑΪΚΗΣ ΕΝΩΣΗΣ  
COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION  
COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE  
CÚIRT BHREITHIÚNAIS AN AONTAIS EORPAIGH  
SUD EUROPSKE UNIE  
CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA



LUXEMBOURG

EIROPAS SAVIENĪBAS TIESA  
EUROPOS SĄJUNGOS TEISINGUMO TEISMAS  
AZ EURÓPAI UNIÓ BÍRÓSÁGA  
IL-QORTI TAL-ĠUSTIZZJA TAL-UNJONI EWROPEA  
HOF VAN JUSTITIE VAN DE EUROPESE UNIE  
TRYBUNAŁ SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA  
CURTEA DE JUSTIȚIE A UNIUNII EUROPENE  
SÚDNY DVOR EURÓPSKEJ ÚNIE  
SODIŠČE EVROPSKE UNIJE  
EUROOPAN UNIONIN TUOMIOISTUIN  
EUROPEISKA UNIONENS DOMSTOL

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. MACIEJ SZPUNAR  
presentadas el 10 de septiembre de 2019 <sup>1</sup>

**Asunto C-125/18**

**Marc Gómez del Moral Guasch**  
**contra**  
**Bankia, S.A.**

(Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia  
n.º 38 de Barcelona)

«Procedimiento prejudicial — Protección de los consumidores — Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores — Contrato de préstamo hipotecario — Tipo de interés variable — Índice de Referencia de Préstamos Hipotecarios (IRPH) — Índice derivado de una disposición reglamentaria o administrativa — Introducción unilateral por el profesional — Control de transparencia por el órgano jurisdiccional nacional — Nivel de información exigido del banco»

<sup>1</sup> Lengua original: francés.

## Índice

I. Introducción .....	2
II. Marco jurídico.....	3
A. Derecho de la Unión.....	3
B. Derecho español .....	4
III. Hechos del litigio principal y cuestiones prejudiciales .....	10
IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia .....	13
V. Análisis .....	14
A. Observaciones preliminares .....	14
1. IRPH Cajas: evolución y funcionamiento .....	14
2. Sentencia de 14 de diciembre de 2017 .....	17
B. Sobre las cuestiones prejudiciales .....	19
1. Sobre la primera cuestión prejudicial: alcance de la excepción prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13.....	19
a) Breve presentación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia .....	21
b) ¿Está incluida la cláusula controvertida en la excepción prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13? .....	22
2. Sobre la segunda cuestión prejudicial: alcance y contenido del control de la transparencia de la cláusula controvertida, con arreglo al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 .....	27
a) Sobre la segunda cuestión prejudicial, letra a).....	27
1) Sentencia Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid.....	27
2) Posición del Gobierno español .....	28
3) Consecuencia de la falta de transposición del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13.....	29
b) Sobre la segunda cuestión prejudicial, letras b) y c).....	32
1) Recordatorio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al alcance del nivel de información que se exige en el marco de la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales impuesta por el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13.....	34
2) Aplicación en el presente asunto .....	36
VI. Conclusión .....	43

## I. Introducción

1. En la actualidad, la adquisición de un bien inmobiliario raramente se lleva a cabo sin recurrir a un préstamo. Pagar las cuotas mensuales de un crédito hipotecario forma parte de las acciones de la vida cotidiana desde tiempos inmemoriales.<sup>2</sup> Para suscribir un préstamo, el consumidor medio dispone, en principio, de diferentes fuentes de información, como los folletos o las guías prácticas elaborados por las entidades bancarias e incluso también por las asociaciones de protección de los consumidores, cuyo objetivo es facilitar información a los potenciales compradores sobre determinados elementos como la capacidad máxima de endeudamiento, los tipos de interés fijo o variable y los índices de referencia.

2. Ahora bien, a menudo, debido al carácter técnico de la información relativa a los préstamos hipotecarios, el consumidor medio no alcanza a comprender determinados conceptos, como «tipo de interés» (fijo o variable), «índice de referencia» o «tasa anual equivalente» (TAE), y, en particular, las diferencias entre estos conceptos. Lo mismo cabe decir del funcionamiento o del cálculo concreto no solo de los tipos de interés variables, sino también de los índices de referencia oficiales de préstamos hipotecarios y de las TAE sobre cuya base se calculan estos tipos de interés. En estas circunstancias, el nivel de información que se exige del profesional es de vital importancia para permitir al consumidor medio comprender el coste real de su préstamo.

3. La presente remisión prejudicial, que fue dirigida al Tribunal de Justicia por el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona, versa sobre la interpretación de la Directiva 93/13/CEE,<sup>3</sup> en particular de su artículo 1, apartado 2, su artículo 4, apartado 2, y sus artículos 5 y 8. La petición de decisión prejudicial fue planteada en el marco de un litigio entre el Sr. Marc Gómez del Moral Guasch y Bankia, S.A., una entidad bancaria, en relación con el carácter supuestamente abusivo de una cláusula contenida en un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre estas dos partes y que fija el tipo de interés variable del préstamo tomando como valor de referencia uno de los índices de referencia de préstamos hipotecarios (IRPH) oficiales (en lo sucesivo, «cláusula controvertida»), a saber, el IRPH Cajas (IRPH de las cajas de ahorro).

<sup>2</sup> Dan testimonio de la existencia de contratos de préstamo los primeros escritos cuneiformes de la antigua Mesopotamia. En cualquier caso, existen pruebas de la existencia de préstamos con intereses que se remontan al período sumerio (3000 a.C. a 1900 a.C.) y diferentes regulaciones políticas imponían límites máximos en relación con esos intereses (el más habitual, en distintos períodos, era del 33,3 % para los cereales y del 20 % para el dinero). El Código de Hammurabi, que data aproximadamente del año 1800 a.C., incluía expresamente limitaciones de los tipos de interés, así como una regulación exhaustiva de los mismos y de las consecuencias de su impago. Véase Santamaría Aquilué, R., *El tipo de interés en las operaciones de préstamo: a vueltas con la Usura*, UPNA, Pamplona, 2014, pp. 6 y 7.

<sup>3</sup> Directiva del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO 1993, L 95, p. 29; corrección de errores en DO 2015, L 137, p. 13).

4. Las cuestiones prejudiciales brindan al Tribunal de Justicia la posibilidad de precisar su jurisprudencia relativa, en particular, por una parte, al alcance de la excepción prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 y, por otra parte, al alcance y al contenido del control de transparencia de la cláusula controvertida, con arreglo al artículo 4, apartado 2, y al artículo 5, de dicha Directiva.

## **II. Marco jurídico**

### **A. Derecho de la Unión**

5. Los considerandos decimotercero, decimonoveno y vigésimo de la Directiva 93/13 tienen la siguiente redacción:

«Considerando que se supone que las disposiciones legales o reglamentarias de los Estados miembros por las que se fijan, directa o indirectamente, las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores no contienen cláusulas abusivas; que por consiguiente, no resulta necesario someter a las disposiciones de la presente Directiva las cláusulas que reflejan las disposiciones legales o reglamentarias imperativas [...]; que a este respecto, la expresión “disposiciones legales o reglamentarias imperativas” que aparece en el apartado 2 del artículo 1 [de esta Directiva] incluye también las normas que, con arreglo a derecho, se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo;

[...]

Considerando que, a los efectos de la presente Directiva, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación; que en la apreciación del carácter abusivo de otras cláusulas podrán tenerse en cuenta, no obstante, el objeto principal del contrato y la relación calidad/precio; [...]

Considerando que los contratos deben redactarse en términos claros y comprensibles, [...] y que, en caso de duda, deberá prevalecer la interpretación más favorable al consumidor».

6. Con arreglo al artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13:

«Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas [...] no estarán sometid[a]s a las disposiciones de la presente Directiva.»

7. El artículo 3, apartado 3, de dicha Directiva tiene el siguiente tenor:

«El Anexo de la presente Directiva contiene una lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas.»

8. El artículo 4, apartado 2, de esta Directiva dispone:

«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.»

9. El anexo de la Directiva 93/13, titulado «Cláusulas contempladas en el apartado 3 del artículo 3», prevé, en el apartado 1, letra l), y en el apartado 2, letras c) y d):

«1. Cláusulas que tengan por objeto o por efecto:

[...]

l) estipular que el precio de las mercancías se determine en el momento de su entrega, u otorgar al vendedor de mercancías o al proveedor de servicios el derecho a aumentar los precios, sin que en ambos casos el consumidor tenga el correspondiente derecho a rescindir el contrato si el precio final resultare muy superior al precio convenido al celebrar el contrato;

[...]

2. Alcance de las letras [...] l)

[...]

c) Las letras [...] l) no se aplicarán a:

- las transacciones relativas a títulos-valores, “instrumentos financieros” y otros productos o servicios cuyo precio esté vinculado a las fluctuaciones de “una cotización” o de un índice bursátil, o de un tipo de mercado financiero que el profesional no controle;

[...]

d) La letra l) se entiende sin perjuicio de las cláusulas de adaptación de los precios a un índice, siempre que sean legales y que en ellas se describa explícitamente el modo de variación del precio.»

## **B. Derecho español**

10. El artículo 1303 del Código Civil está redactado en los siguientes términos:

«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.»

11. El artículo 80, apartado 1, letra a), del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre,<sup>4</sup> en su versión aplicable al litigio principal (en lo sucesivo, «LGDCU»), dispone:

«1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, [...] aquellas 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.»

12. El artículo 82, apartados 1 y 2, de la LGDCU prevé:

«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 empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba.»

13. El artículo 83 de la LGDCU tiene el siguiente tenor:

«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.»

14. La Orden del Ministerio de la Presidencia de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios,<sup>5</sup> en su versión modificada por la Orden ministerial de 27 de octubre de 1995<sup>6</sup> (en lo sucesivo, «Orden de 5 de mayo de 1994»), se aplicaba únicamente a los préstamos cuya garantía hipotecaria recaía sobre una vivienda celebrados por personas físicas siempre que el importe del préstamo solicitado fuera igual o inferior a 150 000 euros. Esta Orden, actualmente derogada, estuvo vigente del 11 de agosto de 1994 al 29 de abril de 2012, fecha en la que la nueva Orden EHA/2899/2011,

<sup>4</sup> BOE n.º 287, de 30 de noviembre de 2007, p. 49181.

<sup>5</sup> BOE n.º 112, de 11 de mayo de 1994, p. 14444.

<sup>6</sup> BOE n.º 261, de 1 de noviembre de 1995, p. 31794.

de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (en lo sucesivo, «Orden 2899/2011»),<sup>7</sup> entró en vigor.<sup>8</sup>

15. La disposición adicional segunda de la Orden de 5 de mayo de 1994 establecía:

«El Banco de España, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, definirá mediante Circular un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable, y hará públicos sus valores regularmente.»

16. El artículo 6, apartado 2, letras a) y b), y el artículo 6, apartado 3, números 1 y 2, de la Orden de 5 de mayo de 1994 disponían:

«2. En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, las entidades de crédito únicamente podrán utilizar como índices o tipos de referencia aquellos que cumplan las siguientes condiciones:

- a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades.
- b) Que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo.

3. En el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a la presente Orden, no será precisa la notificación individualizada al prestatario de las variaciones experimentadas en el tipo de interés aplicable cuando se den simultáneamente las siguientes circunstancias:

- 1. Que se haya pactado la utilización de un índice o tipo de referencia oficial de los previstos en la disposición adicional segunda de esta Orden.
- 2. Que el tipo de interés aplicable al préstamo esté definido en la forma prevista en las letras a) o b) del número 1 de la cláusula 3 *bis* del anexo II de esta Orden.»

17. El IRPH, en sus tres variantes, a saber, el IRPH de los bancos (en lo sucesivo, «IRPH Bancos»), el IRPH Cajas y el IRPH de las entidades de crédito (en lo sucesivo, «IRPH Entidades»), es un índice oficial introducido en la Norma sexta *bis* de la Circular número 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, a Entidades de Crédito, sobre transparencia de las operaciones y protección de la

<sup>7</sup> BOE n.º 261, de 29 de octubre de 2011, p. 113242.

<sup>8</sup> Véase el punto 21 de las presentes conclusiones.

clientela,<sup>9</sup> en su versión modificada por la Circular 5/1994 del Banco de España, 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<sup>10</sup> (en lo sucesivo, «Circular 8/1990»). El párrafo cuarto de la Exposición de Motivos de la Circular 5/1994 preveía:

«Los tipos de referencia escogidos son, en último análisis, TAE. 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 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. [...]»

18. La Norma segunda de la Circular 8/1990, titulada «Información sobre tipos de interés aplicados», tenía por objeto la información que debía remitirse al Banco de España a fin de que este último estableciese y publicase determinados índices o tipos de referencia del mercado hipotecario. Esta disposición tenía el siguiente tenor:

«Los bancos, las cajas de ahorro, la Confederación Española de Cajas de Ahorro, las sucursales de entidades de crédito extranjeras y las sociedades de crédito hipotecario remitirán al Banco de España, dentro de los quince primeros días de cada mes, información de los tipos medios de las operaciones de crédito y depósito en pesetas [ESP] realizadas en España, que hayan sido iniciadas o renovadas el mes anterior.»

19. La Norma sexta *bis* de la Circular 8/1990, titulada «Préstamos hipotecarios», se refería, en su apartado 3, letra b), al IRPH Cajas en los siguientes términos:

«A efectos de lo previsto en la Disposición Adicional Segunda de la Orden sobre préstamos hipotecarios, se consideran oficiales los siguientes índices o tipos de referencia, cuya definición y forma de cálculo se recoge en el anexo VIII:

[...]

<sup>9</sup> BOE n.º 226, de 20 de septiembre de 1990, p. 27498

<sup>10</sup> BOE n.º 184, de 3 de agosto de 1994, p. 25106. Esta Circular establecía un total de seis índices: el IRPH Bancos, el IRPH Cajas, el IRPH Entidades, el índice CECA (índice de la Confederación Española de Cajas de Ahorro), el tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años y el Tipo vigente en el mercado interbancario de Madrid (en inglés: «Madrid InterBank Offered Rate»; en lo sucesivo, «Míbor»). El Míbor desapareció a raíz de la instauración en España, en 1999, del tipo europeo de oferta interbancaria (en inglés: «Euro Interbank offered Rate»; en lo sucesivo, «euríbor»).



- b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorro.

[...]

El Banco de España dará una difusión adecuada a estos índices que, en todo caso, se publicarán, mensualmente, en el “*Boletín Oficial del Estado*”.»

20. La definición y la fórmula matemática de cálculo de estos índices están recogidas en el anexo VIII de la Circular 8/1990. El anexo VIII, apartado 2, de dicha Circular define el índice IRPH Cajas como «[...] la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes al que se refiere el índice por el conjunto de cajas de ahorro. Dichos tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de cajas, de acuerdo con la norma segunda.

La fórmula de cálculo de dicho tipo será:

$$Ica = \frac{\sum ica}{nca}$$

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. El IRPH Cajas y el IRPH Bancos así como el índice CECA dejaron de ser los tipos de referencia oficiales a raíz de la entrada en vigor de la Orden 2899/2011 y de la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España, a entidades de crédito y proveedores de servicios de pago, sobre transparencia de los servicios bancarios y responsabilidad en la concesión de préstamos (en lo sucesivo, «Circular 5/2012»).<sup>11</sup>

22. El IRPH Cajas fue sustituido por el IRPH Conjunto de Entidades (IRPH del conjunto de entidades de crédito españolas) que, actualmente, según la Orden 2899/2011, es uno de los seis índices de referencia oficiales que existen en España.

<sup>11</sup> BOE n.º 161, de 6 de julio de 2012, p. 48855.

23. El artículo 27 de la Orden 2899/2011, titulado «Tipos de intereses oficiales», se refiere, en su apartado 1, letra a), al IRPH Conjunto de Entidades. Para confeccionar dicho IRPH se toman los valores de las operaciones realmente formalizadas por las entidades con sus clientes en cada período. Esta disposición prevé:

«A efectos de su aplicación por las entidades de crédito, en los términos previstos en esta orden ministerial, se publicarán mensualmente los siguientes tipos de interés oficiales: a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España.»

24. El IRPH Conjunto de Entidades fue diseñado por las autoridades financieras españolas, a saber, el Banco de España y la Dirección General del Tesoro, y adquirió carácter oficial a raíz de su inclusión en las Circulares del Banco de España mencionadas y de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*.

25. La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización,<sup>12</sup> (en lo sucesivo, «Ley 14/2013»), en su disposición adicional decimoquinta, titulada «Régimen de transición para la desaparición de índices o tipos de interés de referencia», fija la fecha a partir de la cual el Banco de España dejará de publicar los IRPH Cajas e IRPH Bancos, así como el índice CECA. Esta disposición tiene el siguiente tenor:

«1. Con efectos desde el 1 de noviembre de 2013 el Banco de España dejará de publicar en su sede electrónica y se producirá la desaparición completa de los siguientes índices oficiales aplicables a los préstamos o créditos hipotecarios de conformidad con la legislación vigente:

[...]

b) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las cajas de ahorros [IRPH Cajas].

c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros [CECA].

2. Las referencias a los tipos previstos en el apartado anterior serán sustituidas, con efectos desde la siguiente revisión de los tipos aplicables, por el tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato.

3. En defecto del tipo o índice de referencia previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen, la sustitución se realizará por el tipo de interés oficial denominado “tipo medio de los préstamos

<sup>12</sup> BOE n.º 233, de 28 de septiembre de 2013, p. 78787.

hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España”, aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo.

La sustitución de los tipos de conformidad con lo previsto en este apartado implicará la novación automática del contrato sin suponer una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita.

4. Las partes carecerán de acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo o crédito como contrapartida de la aplicación de lo dispuesto en esta Disposición.»

### III. Hechos del litigio principal y cuestiones prejudiciales

26. El 19 de julio de 2001, el Sr. Gómez del Moral Guasch suscribió con la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, actualmente Bankia, un contrato de préstamo hipotecario por importe de 132 222,66 euros, para financiar la adquisición de una vivienda.

27. La primera parte de la cláusula tercera *bis* de dicho contrato de préstamo, relativa a las modalidades de cálculo del tipo de interés variable aplicable a dicho préstamo (IRPH Cajas), está redactada en los siguientes términos:

«Cláusula tercera *bis*.— Tipo de interés variable.

Primero.— El tipo de interés pactado se determinará por periodos semestrales, contados desde la fecha de firma del contrato, siendo durante el primer semestre el que figura en el apartado de la cláusula financiera tercera. Para semestres sucesivos, el tipo a aplicar será el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre, de Cajas de Ahorro, vigente en el momento de la revisión, que el Banco de España publica oficial y periódicamente en el B.O.E. para los préstamos hipotecarios a tipo variable destinados a la adquisición de vivienda, rodeando por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en 0,25 puntos porcentuales [*sic*].»

28. El tipo aplicado con carácter supletorio, según el mismo criterio que el tipo de referencia anterior, es el índice CECA.

29. El 18 de abril de 2017 el Sr. Gómez del Moral Guasch interpuso demanda ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona solicitando que se declarara la nulidad de la cláusula controvertida por ser abusiva, alegando que la

mayoría de los créditos hipotecarios se calculan habitualmente tomando como referencia el euríbor,<sup>13</sup> que resulta más ventajoso por lo general.

30. A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente precisa que el empleo del IRPH como índice en los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable y que representa aproximadamente el 10 % de los créditos concedidos en España, es en efecto menos favorable para el consumidor que el uso del euríbor como índice de referencia, utilizado en el 90 % de los préstamos hipotecarios. Este órgano jurisdiccional indica que el empleo del IRPH en lugar del euríbor representa para el consumidor un coste superior de entre 18 000 y 21 000 euros por préstamo hipotecario y expone sus dudas acerca del nivel de información del que dispuso el demandante en el litigio principal en el momento de celebrar el contrato en cuestión.

31. El órgano jurisdiccional remitente justifica la presente petición de decisión prejudicial por las dudas que alberga acerca de la cuestión de si la cláusula controvertida, que fija un tipo de interés tomando como valor de referencia un índice legal como el IRPH, está o no excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y de si esta Directiva debe interpretarse en el sentido de que se opone a que el órgano jurisdiccional nacional controle el carácter abusivo de dicha cláusula.

32. Las dudas del órgano jurisdiccional remitente guardan relación, en particular, con la cuestión de si el hecho de que el IRPH esté regulado por una disposición administrativa recogida en el contrato de préstamo hipotecario como una cláusula contractual, de forma que esta disposición no es ni imperativa ni supletoria, tiene como consecuencia que la excepción prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 no pueda aplicarse a la cláusula controvertida. Dicho órgano jurisdiccional considera, a este respecto, basándose en particular en las sentencias *Andriuc y otros*<sup>14</sup> y *Kušionová*,<sup>15</sup> que tal disposición no es imperativa en la medida en que se trata de una disposición administrativa que regula un interés variable y remuneratorio incorporado opcionalmente en el contrato por el profesional. El juzgado remitente alega que, dado que la sujeción al IRPH únicamente se efectúa en virtud de la cláusula controvertida, el profesional podía aplicar otros índices a efectos de la indexación del préstamo hipotecario. Dicho órgano jurisdiccional precisa asimismo que, a falta de acuerdo entre las partes, tal disposición no tiene carácter supletorio.

<sup>13</sup> En el momento de la celebración del contrato, el euríbor no era uno de los índices de referencia oficiales previstos en la Circular 8/1990. No obstante, de las observaciones del Gobierno español se desprende que la Circular 7/1999 del Banco de España, de 29 de junio, a Entidades de crédito, sobre modificación de la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones de protección a la clientela (BOE n.º 163, de 9 de julio de 1999, p. 26016), creó un índice oficial de referencia ligado al comportamiento del euríbor.

<sup>14</sup> Sentencia de 20 de septiembre de 2017 (C-186/16, EU:C:2017:703), apartados 28, 29 y 31.

<sup>15</sup> Sentencia de 10 de septiembre de 2014 (C-34/13, EU:C:2014:2189), apartados 77 a 79.

33. El órgano jurisdiccional remitente señala que el Tribunal Supremo español, en su sentencia n.º 669/2017,<sup>16</sup> se ha pronunciado recientemente en sentido contrario, al considerar que el IRPH Entidades propiamente dicho no estaba comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, dado que fue establecido por una disposición legal. El órgano jurisdiccional remitente precisa también que dicha sentencia, al dictarse en pleno, es doctrina jurisprudencial vinculante y directamente aplicable por todos los tribunales españoles.

34. Al órgano jurisdiccional remitente se le suscita la cuestión de cuál debe ser la información que el profesional ha de facilitar al celebrar con los consumidores contratos de préstamo hipotecario a tipo variable tomando como valor de referencia un índice legal como el IRPH, cuya fórmula de cálculo resulta compleja y poco transparente para un consumidor medio, y de cuáles deben ser las consecuencias de la declaración del carácter abusivo de la cláusula controvertida. Señala, a este respecto, que el legislador español no ha transpuesto la excepción establecida en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 con objeto de garantizar un nivel de protección del consumidor más elevado que el previsto por dicha Directiva y solicita que se dilucide si la aplicación de esta disposición es conforme con lo preceptuado por esta Directiva.

35. En estas circunstancias, el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona, mediante auto de 16 de febrero de 2018, recibido en la Secretaría del Tribunal de Justicia el mismo día, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

- «1) [El IRPH Cajas] ¿debe ser objeto de tutela por el juzgador, en el sentido de examinar que sea comprensible para el consumidor, sin que sea óbice el que esté regulado por disposiciones reglamentarias o administrativas, al no ser este un supuesto previsto en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva [93/13], ya que no se trata de una disposición obligatoria sino que se incorpora tal interés variable y remuneratorio opcionalmente por el profesional del contrato?
- 2) a) Conforme al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, no transpuest[o] en nuestro ordenamiento, ¿resulta contrario a la Directiva 93/13 y a su artículo 8 que un órgano jurisdiccional español invoque y aplique el artículo 4, apartado 2, de la misma cuando tal disposición no ha sido transpuesta a nuestro ordenamiento por voluntad del legislador, que pretendió un nivel de protección completo respecto de todas las cláusulas que el profesional pueda insertar en un contrato suscrito con consumidores, incluso las que afectan al objeto principal del contrato, incluso si estuvieran redactadas de manera clara y comprensible?

<sup>16</sup> Sentencia de 14 de diciembre de 2017 (ES:TS:2017:4308; en lo sucesivo, «sentencia de 14 de diciembre de 2017»).

- b) En todo caso, ¿es necesario transmitir información o publicidad sobre los siguientes hechos o datos, o alguno de ellos, para la comprensión de la cláusula esencial, en concreto del IRPH?
    - i) Explicar cómo se configuraba el tipo de referencia, es decir, informar que este índice incluye las comisiones y demás gastos sobre el interés nominal, que se trata de una media simple no ponderada, que el profesional debía conocer y transmitir que debía aplicar un diferencial negativo y que los datos proporcionados no son públicos, en comparación con el otro habitual, el euríbor.
    - ii) Explicar cómo evolucionó en el pasado y podría evolucionar en el futuro, informando y publicitando aquellas gráficas que expliquen de manera clara y comprensible al consumidor la evolución de este tipo específico en relación con el euríbor, tipo habitual de los préstamos con garantía hipotecaria.
  - c) Y de concluir el TJUE que incumbe al órgano judicial remitente que examine el carácter abusivo de las cláusulas contractuales y deducir todas las consecuencias conforme a su Derecho nacional, se pregunta al Tribunal si la falta de información de todos ellos, ¿no supondría la falta de comprensión de la cláusula al no ser clara para el consumidor medio, artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, o que su omisión conllevaría un trato desleal por parte del profesional y, que por lo tanto, el consumidor de ser informado conveniente no hubiera aceptado referenciar su préstamo al IRPH?
- 3) Si se declara la nulidad del IRPH Cajas, ¿cuál de las dos consecuencias siguientes, en defecto de pacto o si este resultase más perjudicial para el consumidor, sería conforme a los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13?
- a) La integración del contrato, aplicando un índice sustitutorio habitual, el euríbor, al tratarse de un contrato esencialmente vinculado a un interés productivo a favor de la entidad [quien tiene la condición de] profesional.
  - b) Dejar de aplicar el interés, con la única obligación de devolver el capital prestado en los plazos estipulados por parte del prestatario o deudor.»

#### **IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia**

36. Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 10 de abril de 2018 se desestimó la solicitud del Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona de que se resolviera el presente asunto por los trámites del

procedimiento acelerado previsto en el artículo 105, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

37. Han presentado observaciones escritas las partes del litigio principal, los Gobiernos español y del Reino Unido y la Comisión Europea. Todos ellos formularon observaciones orales en la vista celebrada el 25 de febrero de 2019.

## V. Análisis

38. Las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente versan sobre tres temas, a saber, en primer lugar, el alcance de la excepción prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13; en segundo lugar, el alcance y el contenido del control de transparencia de la cláusula controvertida, con arreglo al artículo 4, apartado 2, de esta Directiva, y, en último y tercer lugar, las consecuencias de la declaración del carácter abusivo de dicha cláusula.

39. Antes de abordar estos temas, es preciso subrayar que el órgano jurisdiccional remitente, las partes del litigio principal, el Gobierno español y la Comisión han hecho referencia a las particularidades del IRPH Cajas que figura en la cláusula controvertida y a la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017.

40. En consecuencia, me parece conveniente formular una serie de observaciones relativas a estos dos aspectos.

### A. Observaciones preliminares

#### 1. *IRPH Cajas: evolución y funcionamiento*

41. El órgano jurisdiccional remitente indica que, en el momento de la firma del contrato de préstamo hipotecario celebrado entre el demandante en el litigio principal y Bankia, la cláusula controvertida preveía, para la determinación del tipo de interés del préstamo, la aplicación del IRPH Cajas, así denominado dado que, para su cálculo, únicamente se tenían en cuenta las operaciones de créditos hipotecarios efectuadas por las cajas de ahorro.<sup>17</sup>

42. Del marco jurídico que ha presentado el órgano jurisdiccional remitente se desprende que el IRPH Cajas era, en ese momento, uno de los «índices de referencia de los préstamos hipotecarios» introducido por la Norma sexta *bis*,

<sup>17</sup> De las observaciones de Bankia se desprende que el contrato de préstamo hipotecario controvertido en el litigio principal preveía un tipo de interés variable del 5,25 % durante los seis primeros meses y, para el resto de la duración del préstamo, un tipo de interés variable referenciado al IRPH Cajas incrementado en 0,25 puntos porcentuales. Esta señala, asimismo, que se estableció un plazo de reembolso de 300 meses (25 años) y que, desde la fecha en que se contrajo el préstamo hipotecario, el prestatario paga los importes acordados.

apartado 3, letra b), de la Circular 8/1990 y, por lo tanto, tenía un carácter oficial y legal.<sup>18</sup> No obstante, el órgano jurisdiccional remitente precisa que, a raíz de la entrada en vigor de la Orden 2899/2011, el IRPH Cajas (así como el IRPH Bancos y el índice CECA) dejó de ser un índice de referencia oficial y que se previó un régimen de transición para los préstamos hipotecarios que utilizaban estos índices.<sup>19</sup>

43. Por lo que se refiere a este régimen de transición, el Gobierno español indicó que la disposición adicional decimoquinta, apartados 2 y 3, de la Ley 14/2013 establece que las referencias a los tipos previstos que desaparecen son sustituidas por el «tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato» y que, en defecto del tipo o índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato o en caso de que este fuera alguno de los índices o tipos que desaparecen —como ocurre en el presente caso—,<sup>20</sup> el tipo o el índice en cuestión será sustituido por el «tipo de interés oficial denominado “tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por las entidades de crédito en España” [IRPH Conjunto de Entidades], aplicándole un diferencial equivalente a la media aritmética de las diferencias entre el tipo que desaparece y el citado anteriormente, calculadas con los datos disponibles entre la fecha de otorgamiento del contrato y la fecha en la que efectivamente se produce la sustitución del tipo».<sup>21</sup>

44. Este Gobierno ha señalado asimismo que, con arreglo a la disposición adicional decimoquinta, apartado 3, de la Ley 14/2013, tal sustitución implicaba la novación automática del contrato sin suponer una alteración o pérdida del rango de la hipoteca inscrita. Añade que la disposición adicional decimoquinta, apartado 4, de dicha Ley preveía que las partes carecían de acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo o crédito. Así, actualmente, el índice que figura en la cláusula tercera *bis* del contrato es el IRPH Conjunto de Entidades.

<sup>18</sup> Según el órgano jurisdiccional remitente, el IRPH Cajas es un índice de referencia de los préstamos hipotecarios reglado, normativo y, por lo tanto, legal. Véanse los puntos 17 a 19 de las presentes conclusiones.

<sup>19</sup> De las observaciones escritas del Gobierno español se deduce que la disposición transitoria única de la Orden 2899/2011 preveía que el IRPH Cajas, el IRPH Bancos y el índice CECA continuarían publicándose y serían considerados aptos a todos los efectos hasta que se hubiese establecido un régimen de transición para los préstamos afectados. No obstante, según dicho Gobierno, las entidades de crédito no podían aplicar estos índices de referencia en los nuevos contratos de préstamo hipotecario.

<sup>20</sup> En el presente asunto, el índice de referencia sustitutivo en el contrato de préstamo era el índice CECA, que también dejó de ser un índice de referencia oficial a raíz de la entrada en vigor de la Orden 2899/2011 y de la Circular 5/2012. Véanse los puntos 21 y 28 de las presentes conclusiones.

<sup>21</sup> Véanse los puntos 22 a 25 de las presentes conclusiones.



45. En cuanto al funcionamiento del IRPH Cajas, el órgano jurisdiccional remitente observa, en primer lugar, que dicho índice se calculaba, a partir de los datos facilitados por las cajas de ahorro al Banco de España cada mes, como media simple, reconociendo a todas las cajas la misma importancia con independencia del volumen de préstamos concedidos. Así, según este órgano jurisdiccional, la representatividad de una caja de ahorro en el IRPH no variaba si, por haber incrementado un mes los tipos de interés o comisiones, perdía cuota de mercado. Por consiguiente, la reducción del número de cajas de ahorro tenía como consecuencia que las que quedaban adquirían más influencia a la hora de calcular el IRPH, de forma que cualquier caja de ahorro podía influir en el resultado de este índice incrementado los intereses o las comisiones que aplicaba en el mes en cuestión.

46. En segundo lugar, el órgano jurisdiccional remitente señala que la información que proporcionaban las cajas de ahorro para obtener la media aritmética del IRPH incluía la TAE, los gastos y las comisiones, las cuales suponían aproximadamente más de un cuarto de punto porcentual sobre el interés nominal, así como las cláusulas suelo o las que preveían el redondeo al alza.

47. En tercer lugar, el órgano jurisdiccional remitente expone que, conforme a la normativa nacional, los tipos que habían sido rebajados en virtud de subvenciones o acuerdos para empleados —los cuales reducirían el resultado— no se tenían en cuenta para el cálculo del IRPH.

48. En cuarto lugar, el órgano jurisdiccional remitente precisa que, habida cuenta de que los tipos medios ponderados eran TAE, para que el IRPH reflejase los intereses medios del mercado, era necesario, como indicó el Banco de España,<sup>22</sup> aplicar, para contrarrestar el efecto inflacionista de las comisiones, un diferencial negativo cuyo valor variaría según las comisiones aplicadas. No obstante, en el presente asunto y de manera general se aplicó un diferencial positivo, a saber, el IRPH Cajas + 0,25 puntos porcentuales.

49. En quinto lugar, el órgano jurisdiccional remitente añade que en las oficinas de Bankia se publicitaba el IRPH al cliente como un índice menos volátil, más seguro y más estable que el euríbor,<sup>23</sup> por lo que cabe preguntarse si los diferentes gráficos, elaborados a partir de los datos facilitados por el Banco de España y, por lo tanto, conocidos por Bankia, deberían haberse presentado al consumidor para que este tuviera conocimiento de la evolución de cada uno de los tipos (el IRPH y el euríbor).

<sup>22</sup> Véase el párrafo cuarto de la Exposición de Motivos de la Circular 5/1994. Véase, asimismo, el punto 17 de las presentes conclusiones.

<sup>23</sup> Este órgano jurisdiccional se remite a los sitios de Internet siguientes: [http://www.sindic.cat/site/unitFiles/3937/Informe %20IRPH\\_castella\\_ok.pdf](http://www.sindic.cat/site/unitFiles/3937/Informe%20IRPH_castella_ok.pdf) y [https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Fic/Guia\\_hipotecaria\\_2013.pdf](https://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Fic/Guia_hipotecaria_2013.pdf).

50. El órgano jurisdiccional remitente señala, en último lugar, que todos estos datos, así como su fórmula matemática, que incide igualmente en su carácter comprensible y que figura en el anexo VIII, apartado 1, de la Circular 8/1990, indican que el IRPH es un índice complejo en su conjunto, lo que podría exigir un mayor nivel de información y de publicidad, puesto que es un elemento esencial del contrato.

## 2. *Sentencia de 14 de diciembre de 2017*

51. De la resolución de remisión y de las observaciones escritas del Gobierno español y de la Comisión se desprende que el Tribunal Supremo se pronunció en su sentencia de 14 de diciembre de 2017 sobre una cláusula contractual similar a la controvertida en el presente asunto, que preveía la aplicación del IRPH Entidades.<sup>24</sup>

52. Sin perjuicio de las comprobaciones ulteriores que pueda efectuar el órgano jurisdiccional remitente, de las observaciones escritas del Gobierno español se deduce que el Tribunal Supremo tomó en consideración los elementos que se exponen a continuación.

53. En primer lugar, el Tribunal Supremo constató que el IRPH Entidades es un índice definido y regulado legalmente, que se incorpora a un contrato de préstamo hipotecario a interés variable por la entidad financiera prestamista de una condición general de la contratación. No obstante, «la parte predisponente no define contractualmente el índice de referencia, sino que se remite a uno de los índices oficiales regulados mediante disposiciones legales para este tipo de contratos. Por ello, es a la Administración Pública a quien corresponde controlar que esos índices se ajusten a la normativa, lo que hace que ese control quede fuera del ámbito de conocimiento de los tribunales del orden civil. [...] En consecuencia, el índice *como tal* no puede ser objeto del control de transparencia desde el punto de vista de la Directiva 93/13».<sup>25</sup>

54. Seguidamente, el Tribunal Supremo, tras haber analizado la cláusula, concluyó que esta superaba el control de transparencia, tanto desde un plano formal como material. Este órgano jurisdiccional alega, por una parte, que desde el plano formal, la cláusula superaba a su parecer lo que denomina como «control de inclusión», puesto que era gramaticalmente clara, comprensible y permitía al prestatario comprender y aceptar que el interés variable de su préstamo hipotecario se calculaba con referencia a un tipo fijado y controlado por el Banco de España. Por otra parte, desde un plano material, la cláusula era, en su opinión, transparente y permitía conocer la carga económica del préstamo. Este órgano

<sup>24</sup> La Comisión llama la atención sobre el hecho de que «dicha sentencia, pese a interpretarse los preceptos de la Directiva 93/13 por un órgano jurisdiccional de última instancia, fue dictada sin plantear la correspondiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia».

<sup>25</sup> El subrayado es mío.

jurisdiccional consideró que el consumidor podía conocer que tendría que pagar la suma resultante de sumar el índice y el diferencial. A ese respecto, el Tribunal Supremo consideró, como se desprende de las observaciones del Gobierno español, que, al tratarse de un índice oficial, resultaba fácil para un consumidor medio, normalmente informado, conocer los diferentes sistemas de cálculo y comparar las opciones utilizadas, y que no se podía obligar a la entidad que ofreciese varios índices ni que explicase el modo en que se determinaba el índice.

55. A este respecto, el Tribunal Supremo no estimó que el hecho de que el euríbor hubiera tenido un comportamiento más favorable para el consumidor constituyera un elemento pertinente, puesto que un «sesgo retrospectivo» no puede servir de pauta para el control de transparencia.<sup>26</sup> Además, consideró que este razonamiento no tenía en cuenta que el tipo de interés no se formaba solo con el índice de referencia, sino también con el diferencial, y que no constaba que los diferenciales aplicados a préstamos referenciados al euríbor fueran más beneficiosos que los aplicados a préstamos referenciados al IRPH. Asimismo, afirmó que, estadísticamente, los diferenciales del IRPH eran incluso más bajos y que dicho razonamiento tampoco tenía en cuenta la circunstancia de que los diferenciales tenían una mayor o menor magnitud en función de otros datos contractuales (domiciliación de la nómina, vinculación, etc.). El Tribunal Supremo precisó que lo relevante no era la diferencia entre IRPH y euríbor, sino cuál iba a ser la evolución futura del IRPH, y que no podía exigirse al banco ni que conociera esta evolución ni que informara de la misma al prestatario. Además, el comportamiento anterior del valor del euríbor y del valor del IRPH había sido bastante similar.

56. Por último, el Tribunal Supremo concluyó señalando que resultaba cuando menos contradictorio afirmar que el banco sabía que el IRPH iba a ser más beneficioso que el euríbor y que, sin embargo, el primero de tales índices solo se utilizara en menos del 15 % de los préstamos. Por las mismas razones, la referencia al euríbor podría haber sido anulada si su evolución hubiera sido más desfavorable.

57. Una vez presentados los elementos expuestos por el órgano jurisdiccional remitente y por las partes, me dispongo ahora a analizar los problemas jurídicos que plantean las cuestiones prejudiciales.

<sup>26</sup> El Tribunal Supremo se basó para ello en las consideraciones del Tribunal de Justicia que figuran en los apartados 53 y 54 de la sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros (C-186/16, EU:C:2017:703).

## B. Sobre las cuestiones prejudiciales

### 1. Sobre la primera cuestión prejudicial: alcance de la excepción prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13

58. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el IRPH Cajas puede ser objeto de un control de transparencia a la luz de la Directiva 93/13. No obstante, como han señalado Bankia, el Gobierno español y la Comisión, al estar regulado por disposiciones reglamentarias, el IRPH Cajas no puede, como tal, ser objeto de un control de este tipo.

59. A mi juicio, esta cuestión es diferente de la relativa a si una cláusula contractual que figura en un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que prevé la aplicación de este índice, a efectos del cálculo del tipo de interés variable de dicho préstamo, como ocurre en el litigio principal, está comprendida o no en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

60. A este respecto, procede recordar que constituye jurisprudencia reiterada que, en el marco del procedimiento de cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, establecido por el artículo 267 TFUE, corresponde a este Tribunal proporcionar al órgano jurisdiccional nacional una respuesta útil que le permita dirimir el litigio del que conoce y que, desde este punto de vista, corresponde, en su caso, al Tribunal de Justicia reformular la cuestión que se le ha planteado.<sup>27</sup>

61. En el presente asunto, soy de la opinión de que procede entender la primera cuestión prejudicial en el sentido de que mediante la misma se pretende que se dilucide, fundamentalmente, si el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se excluye del ámbito de aplicación de esta Directiva una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, como la controvertida en el litigio principal, que fija un tipo de interés tomando como valor de referencia uno de los seis índices de referencia oficiales legales que pueden ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a tipo de interés variable.

62. Con carácter preliminar, procede examinar la alegación del Gobierno español de que, en la medida en que el IRPH Cajas es un índice oficial y legal, regulado por disposiciones reglamentarias o administrativas que se publican mensualmente en el *Boletín Oficial del Estado*, la cuestión del control de transparencia de dicho índice no está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, con arreglo a su artículo 1, apartado 2. Por lo tanto, dado que

<sup>27</sup> Véanse las sentencias de 17 de julio de 1997, Krüger (C-334/95, EU:C:1997:378), apartados 22 y 23; de 8 de diciembre de 2011, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (C-157/10, EU:C:2011:813), apartado 18, y de 21 de diciembre de 2016, Ucar y Kilic (C-508/15 y C-509/15, EU:C:2016:986), apartado 51.

este índice no puede ser declarado abusivo, su inclusión en la cláusula controvertida carece de incidencia en esta interpretación.

63. En este sentido, el Gobierno español y Bankia han señalado que, tras la eliminación del IRPH Cajas, el índice que se aplica actualmente al contrato de préstamo hipotecario controvertido en el litigio principal, a saber, el IRPH Conjunto de Entidades, se ha impuesto en virtud de una disposición legal e imperativa, a saber, la disposición adicional decimoquinta, apartado 2, de la Ley 14/2013. En consecuencia, el IRPH Conjunto de Entidades se aplica desde su entrada en vigor de manera obligatoria, por lo que se respeta el equilibrio establecido por el legislador. Además, Bankia ha precisado que la Ley 14/2013 dispone que las partes carecerán de acción para reclamar la modificación, alteración unilateral o extinción del préstamo o crédito como contrapartida de la aplicación de lo dispuesto en la disposición adicional decimoquinta, apartado 4, de la Ley 14/2013. Habida cuenta de estas consideraciones, sostienen que el IRPH Cajas está excluido del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 en virtud de su artículo 1, apartado 2.

64. Entiendo, no obstante, a la luz del marco jurídico y fáctico que presenta el órgano jurisdiccional remitente, que, en el momento en que se celebró el contrato de préstamo hipotecario controvertido en el litigio principal, que es el momento en el que debe situarse el órgano jurisdiccional nacional para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual,<sup>28</sup> el IRPH que figuraba en la cláusula controvertida para el cálculo del tipo de interés variable no era el IRPH Conjunto de Entidades —que sustituyó al IRPH Cajas en virtud de la disposición adicional decimoquinta, apartado 2, de la Ley 14/2013, con la consiguiente novación automática del contrato— sino el IRPH Cajas, introducido por la Circular 8/1990. El hecho de que el IRPH Conjunto de Entidades sea actualmente el índice de referencia oficial que figura en la cláusula tercera *bis* del contrato de préstamo hipotecario y que se haya impuesto legalmente en virtud de una disposición imperativa, a saber, la disposición adicional decimoquinta, apartado 2, de la Ley 14/2013, no incide en el análisis de la cláusula controvertida que prevé la aplicación del IRPH Cajas tal como se redactó en el momento de la celebración del contrato.

<sup>28</sup> Cabe recordar que «conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva [93/13], 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 concurren en su celebración» [sentencias de 4 de junio de 2009, Pannon GSM (C-243/08, EU:C:2009:350), apartado 39; de 9 de noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lízing (C-137/08, EU:C:2010:659), apartado 42; de 14 de marzo de 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164), apartado 71, y de 26 de enero de 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60), apartado 61. Sobre esta cuestión, véanse, asimismo, mis conclusiones presentadas en los asuntos Abanca Corporación Bancaria y Bankia (C-70/17 y C-179/17, EU:C:2018:724), punto 70].

65. En consecuencia, es evidente que la cuestión planteada se refiere a la cláusula controvertida que prevé la aplicación del IRPH Cajas.<sup>29</sup> A fin de responder a la misma, expondré sucintamente la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia relativa a la interpretación del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 y examinaré, a la luz de esta jurisprudencia, si la cláusula controvertida está o no comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

**a) Breve presentación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia**

66. Con carácter preliminar, es preciso recordar que el control de oficio por parte del juez nacional solo puede exigirse si se trata de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, tal como se define en su artículo 1.<sup>30</sup> Con arreglo al artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13, las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas están excluidas de su ámbito de aplicación.

67. En la sentencia RWE Vertrieb,<sup>31</sup> el Tribunal de Justicia aclaró, por primera vez, el concepto de «disposiciones legales o reglamentarias imperativas» en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13. En este sentido, el Tribunal de Justicia recordó que esta disposición establece una exclusión del ámbito de aplicación de dicha Directiva que tiene por objeto las cláusulas que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas.<sup>32</sup> Esa exclusión requiere la concurrencia de dos requisitos. Por una parte, la cláusula contractual debe reflejar una disposición legal o reglamentaria y, por otra parte, esta disposición debe ser imperativa.<sup>33</sup>

68. Para determinar si concurren estos requisitos, el Tribunal de Justicia declaró que incumbe al juez nacional comprobar si esa cláusula refleja las

<sup>29</sup> El propio Gobierno español señala, en los apartados 8 y 17 de sus observaciones escritas, que la cláusula controvertida en el litigio principal es aquella que prevé el IRPH Cajas y que la Orden de 5 de mayo de 1994 era aplicable en el momento de la celebración del préstamo hipotecario objeto de la presente remisión prejudicial.

<sup>30</sup> Véase, en este sentido, la sentencia de 3 de abril de 2019, Aqua Med (C-266/18, EU:C:2019:282), apartado 28.

<sup>31</sup> Sentencia de 21 de marzo de 2013 (C-92/11, EU:C:2013:180).

<sup>32</sup> Sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180), apartado 25.

<sup>33</sup> Véanse las sentencias de 10 de septiembre de 2014, Kušionová (C-34/13, EU:C:2014:2189), apartado 78, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros (C-186/16, EU:C:2017:703), apartado 28. Según el Tribunal de Justicia, esta exclusión de la aplicación del régimen de la Directiva 93/13 se justifica por el hecho de que, en principio, es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos. Véanse, igualmente, las sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180), apartado 28, y de 20 de septiembre de 2018, OTP Bank y OTP Faktoring (C-51/17, EU:C:2018:750), apartado 53.

disposiciones del Derecho nacional que se aplican entre las partes contratantes con independencia de su elección (de manera imperativa) o aquellas que son de carácter supletorio y, por lo tanto, aplicables por defecto, es decir, cuando las partes no hayan pactado otra cosa.<sup>34</sup>

69. Así, corresponde al juez nacional comprobar si la cláusula en cuestión en el litigio principal refleja disposiciones imperativas de Derecho nacional, en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13,<sup>35</sup> teniendo en cuenta que, en vista del objetivo de la citada Directiva, consistente en la protección de los consumidores, la excepción establecida en esta disposición es de interpretación estricta.<sup>36</sup>

70. Una vez presentado brevemente el contexto jurisprudencial general relativo a la interpretación de esta disposición, procederé ahora a su aplicación en el presente asunto.

***b) ¿Está incluida la cláusula controvertida en la excepción prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13?***

71. Es preciso señalar en primer lugar que, como se desprende de los puntos anteriores de las presentes conclusiones, si una cláusula contractual refleja una disposición legal o reglamentaria imperativa o supletoria, la cuestión de si dicha cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 no se plantea. En efecto, esta cláusula sencillamente no está sujeta a las disposiciones de la citada Directiva.

72. En cambio, si el juez nacional considera que la disposición en cuestión no obliga a la entidad bancaria a elegir un índice de referencia oficial entre los previstos por esta disposición, sino que permite recurrir a otros índices de referencia, la cuestión de si la cláusula contractual que la recoge está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 es entonces sin duda alguna pertinente. En efecto, es evidente que una cláusula de este tipo estaría comprendida en el ámbito de aplicación de la citada Directiva. Lo mismo cabría

<sup>34</sup> Véase la sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180), apartado 26. Véanse, asimismo, las sentencias de 10 de septiembre de 2014, Kušionová (C-34/13, EU:C:2014:2189), apartado 76, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros (C-186/16, EU:C:2017:703), apartado 27. Véase, asimismo, el considerando decimotercero de la Directiva 93/13.

<sup>35</sup> Véanse, en este sentido, la sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros (C-186/16, EU:C:2017:703), apartado 30, y las conclusiones del Abogado General Wahl presentadas en este asunto (C-186/16, EU:C:2017:313), punto 59. Véase, asimismo, la sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60), apartados 69 y 70.

<sup>36</sup> Véanse las sentencias de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros (C-186/16, EU:C:2017:703), apartado 31, y de 10 de septiembre de 2014, Kušionová (C-34/13, EU:C:2014:2189), apartado 77.

decir, en mi opinión, si esta normativa obligara a la entidad bancaria a elegir un índice de referencia oficial entre los previstos en la misma.<sup>37</sup>

73. En el presente asunto, el órgano jurisdiccional remitente considera que la cláusula controvertida, que ha sido predispuesta por la entidad bancaria, refleja disposiciones del Derecho nacional. No obstante, dicho órgano jurisdiccional afirma que no concurren los requisitos establecidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para aplicar la exclusión prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13. Así, sostiene, por una parte, que la disposición nacional que figura en la cláusula controvertida no es imperativa en la medida en que se trata de una disposición reglamentaria o administrativa que regula un interés variable y remuneratorio incorporado *opcionalmente* al contrato por el profesional, en la medida en que el IRPH no se aplica obligatoriamente con independencia de la elección de las partes. Por otra parte, estima que esta disposición no tiene carácter supletorio en defecto de acuerdo entre las partes.<sup>38</sup>

74. En el presente asunto, por lo que se refiere al IRPH Cajas que figura en la cláusula controvertida, del marco jurídico del presente asunto se desprende que la disposición adicional segunda de la Orden de 5 de mayo de 1994 citada por el órgano jurisdiccional remitente autorizaba al Banco de España a definir mediante Circular (la Circular 8/1990, modificada por la Circular 5/1994, actualmente derogada pero en vigor en el momento en que se celebró el contrato), «un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, *susceptibles* de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios a interés variable».<sup>39</sup>

75. De las observaciones de Bankia se desprende que la Orden de 5 de mayo de 1994 preveía, en su artículo 6, apartado 2, que, en el caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a dicha Orden, las entidades de crédito únicamente podían utilizar como índices o tipos de referencia «*aquellos que cumplan las siguientes condiciones*: a) Que no dependan exclusivamente de la propia entidad de crédito, ni sean susceptibles de influencia por ella en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades. b) Que los datos que sirvan de base al índice sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo».

76. De las observaciones de Bankia se deduce asimismo que el artículo 6, apartado 3, números 1 y 2, de la Orden de 5 de mayo de 1994 preveía que «en el

<sup>37</sup> Véase el punto 83 de las presentes conclusiones.

<sup>38</sup> La doctrina española que ha comentado la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 considera que se trata de una disposición que no es ni imperativa ni supletoria. Véase Cámara Lapuente, S., «IRPH y STS 14.12.2017: dos colosos con pies de barro. El art. 1.2 de la Directiva 93/13 no blindo en realidad cualquier cláusula que reproduzca “normas”. Transparencia lejos del suelo», *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, Mariano Yzquierdo Tolsada (coord.), n.º 9, Dykinson, 2017, pp. 211 a 236, en particular, pp. 219 y 222.

<sup>39</sup> Véase el punto 15 de las presentes conclusiones. El subrayado es mío.



caso de préstamos a tipo de interés variable sujetos a [dicha Orden], no será precisa la notificación individualizada al prestatario de las variaciones experimentadas en el tipo de interés aplicable cuando se den simultáneamente las siguientes circunstancias: 1. Que *se haya pactado* la utilización de un índice o tipo de referencia oficial de los previstos en la disposición adicional segunda [de esta Orden]. 2. Que el tipo de interés aplicable al préstamo esté definido en la forma prevista en las letras a) o b) del número 1 de la cláusula 3 *bis* del anexo II de [la misma]». <sup>40</sup>

77. A este respecto, como ha señalado el Gobierno español en sus observaciones escritas, la Orden de 5 de mayo de 1994 indicaba, en su anexo II, titulado «Cláusulas financieras de los contratos de préstamo hipotecario sujetos a la presente Orden», la información que debía figurar en estas cláusulas. De estas observaciones se desprende que la cláusula 3 *bis* del citado anexo II, titulada «Tipo de interés variable», establecía que, al definir el tipo de interés variable, este debía expresarse de alguna de las formas previstas en esta disposición. La cláusula 3 *bis*, letras a), b) y c), de dicho anexo II hacía referencia a las definiciones del tipo de interés variable que prevén la aplicación de un índice de referencia, o, en virtud de la letra d) de esta disposición, «*de cualquier otro modo*, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho.» <sup>41</sup>

78. Parece, por consiguiente, sin perjuicio de las comprobaciones que pueda efectuar posteriormente el órgano jurisdiccional remitente, que la Orden de 5 de mayo de 1994 no exigía, en relación con los préstamos a tipo de interés variable, la utilización de uno de los seis índices de referencia oficiales, incluido el IRPH Cajas, sino que establecía, tal como se desprende de las disposiciones nacionales citadas por Bankia en sus observaciones, mencionadas en el punto 75 de las presentes conclusiones, las condiciones que debían cumplir los «índices o tipos de referencia» para poder ser utilizados por las entidades bancarias. Por lo tanto, la elección de las partes contratantes *no debía efectuarse de manera imperativa* entre los seis índices de referencia oficiales previstos por la Circular 8/1990. <sup>42</sup> A este respecto, si bien es cierto que los seis índices de referencia oficiales definidos en la Circular 8/1990 cumplían, en principio, las dos condiciones mencionadas, no es menos cierto, sin perjuicio de las comprobaciones ulteriores que pueda efectuar el órgano jurisdiccional remitente, que Bankia tenía, como se desprende de la

<sup>40</sup> El subrayado es mío.

<sup>41</sup> Véase el apartado 18 de las observaciones del Gobierno español.

<sup>42</sup> Del marco jurídico del presente asunto se deduce que, entre los seis índices de referencia oficiales previstos en la Circular 8/1990, además de los índices de referencia ya mencionados (el IRPH Bancos, el IRPH Cajas y el IRPH Entidades), figuraban los tres índices de referencia siguientes: el índice CECA, el tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años y el Míbor. Este último desapareció a raíz de la instauración en España, en 1999, del euríbor. Tal como se desprende de las observaciones escritas del Gobierno español, la Circular 7/1999 del Banco de España creó un índice oficial de referencia oficial ligado al comportamiento del euríbor. Véase la nota 13 de las presentes conclusiones.

cláusula 3 *bis*, letra d), del anexo II de la Orden de 5 de mayo de 1994,<sup>43</sup> la facultad de definir el tipo de interés variable «de cualquier otro modo, siempre que result[as]e claro, concreto y comprensible por el prestatario, y [fuera] conforme a Derecho». En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional remitente hace referencia a la posibilidad de utilizar, en el momento de la celebración del contrato, a saber, el 19 de julio de 2001, el euríbor, instaurado en España en 1999.<sup>44</sup> Es preciso recordar que del marco jurídico del presente asunto se deduce que, en el caso de autos, en el momento de la celebración del contrato, el euríbor no formaba parte de los seis índices oficiales previstos por la Circular 8/1990. No obstante, como ha indicado el órgano jurisdiccional remitente, el banco podría haber elegido el euríbor como índice de referencia en el momento en que se celebró el contrato.

79. Esta conclusión queda corroborada por las observaciones escritas de Bankia, en las que afirma claramente que «el IRPH *no se impon[ía] obligatoriamente a los contratantes*».<sup>45</sup>

80. Por último, conviene señalar que la Comisión afirma en sus observaciones escritas que el propio Tribunal Supremo, en la medida en que examinó *la transparencia de la cláusula* controvertida sin cuestionar la aplicabilidad de la Directiva 93/13, reconoció implícitamente en su sentencia de 14 de diciembre de 2017 que la excepción prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 no se aplicaba a la cláusula contractual que preveía la aplicación del IRPH Cajas.

81. Además, la Comisión observa asimismo que la sentencia de 14 de diciembre de 2017 incluye un voto particular emitido por dos jueces de este alto órgano jurisdiccional, el Sr. Francisco Javier Orduña Moreno y el Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas, según el cual «el objeto de dicho control [jurisdiccional] no es el índice como tal, esto es, como reflejo de una disposición legal o administrativa que lo oficializa, *sino su empleo o utilización en una contratación bajo condiciones generales*».<sup>46</sup> En este voto particular también se especifica, por lo que se refiere al requisito del carácter imperativo de la disposición nacional, que este «tampoco concurre en el presente caso, en donde el profesional emplea *uno de los posibles índices de referencia de entre los siete* autorizados en su

<sup>43</sup> Véase el punto 77 de las presentes conclusiones.

<sup>44</sup> Véanse las notas 13 y 42 de las presentes conclusiones.

<sup>45</sup> El subrayado es mío. Según Bankia, el carácter imperativo del IRPH obedece al hecho de que, una vez que se ha optado por el mismo, este índice se incorpora al contrato de préstamo hipotecario en su conjunto, sin modificación contractual, contrato al que las partes no pueden sustraerse. No estoy de acuerdo con esta alegación. En mi opinión, aunque la entidad bancaria no pueda imponer en una cláusula predispuesta ni la definición de un índice de referencia oficial ni su método de cálculo, siempre puede imponer el diferencial que aplica al índice, como ocurre en el litigio principal, en el que, a pesar de las recomendaciones del Banco de España relativas a la aplicación de un diferencial negativo para igualar la TAE de esta operación con la del mercado, Bankia optó por aplicar un diferencial positivo de 0,25 puntos porcentuales.

<sup>46</sup> El subrayado es mío.

momento (entre otros, el Míbor, CECA y Euríbor), por lo que el IRPH Entidades no constituía el único índice como valor de referencia y su aplicación no resultaba imperativa para el profesional». <sup>47</sup>

82. Habida cuenta de que la excepción prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe ser interpretada estrictamente y sin perjuicio de las ulteriores comprobaciones que pueda efectuar el órgano jurisdiccional remitente, de las anteriores consideraciones se desprende que la cláusula controvertida está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y que el carácter potencialmente abusivo de esta cláusula contractual puede ser objeto de un control jurisdiccional.

83. En cualquier caso, como ya he señalado en el punto 72 de las presentes conclusiones, aun cuando el órgano jurisdiccional remitente considerara que las disposiciones aplicables en el litigio principal eran obligatorias para las entidades bancarias, soy de la opinión de que la cláusula controvertida está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13. En efecto, el mero hecho de que una disposición nacional permita a una entidad bancaria incluir opcionalmente en las condiciones generales de un contrato de préstamo hipotecario un índice tras haberlo elegido entre los distintos índices de referencias oficiales previstos en esta disposición es suficiente, desde mi punto de vista, para considerar que dicha disposición *no es imperativa* en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 y, por lo tanto, que esta Directiva resulta aplicable. En efecto, queda fuera de toda duda, a mi parecer, que la excepción prevista en esta disposición no puede aplicarse a una cláusula contractual que refleja una disposición legal o reglamentaria que restringe o limita la autonomía de la voluntad de las partes *sin por ello eliminarla*.

84. Además, no veo cómo un Estado miembro podría afirmar que una cláusula contractual no es abusiva en la medida en que esta cláusula refleja una disposición imperativa cuyo contenido es contrario al efecto útil de la Directiva 93/13.

85. Por lo tanto, habida cuenta de cuanto expuesto, considero que la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual pactada entre un consumidor y un profesional, como la controvertida en el litigio principal, que fija un tipo de interés tomando como valor de referencia uno de los seis índices de referencia oficiales legales que pueden ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios con tipo de interés variable, no está excluida de su ámbito de aplicación.

<sup>47</sup> El subrayado es mío.

**2. Sobre la segunda cuestión prejudicial: alcance y contenido del control de la transparencia de la cláusula controvertida, con arreglo al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13**

86. Mediante su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pretende que se dilucide, fundamentalmente, si la Directiva 93/13, y en particular su artículo 8, se opone a que un órgano jurisdiccional nacional pueda aplicar el artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva para no apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual, redactada de manera clara y comprensible, referida al objeto principal del contrato cuando esta última disposición no ha sido transpuesta en su ordenamiento jurídico por el legislador nacional. El órgano jurisdiccional remitente pregunta, además, en su caso, cuál es la información que el profesional debe facilitar con arreglo al artículo 4, apartado 2, y al artículo 5 de la Directiva 93/13 para cumplir la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés tomando como valor de referencia un índice de referencia legal como el IRPH Cajas, cuya fórmula matemática de cálculo resulta compleja y poco transparente para un consumidor medio. Por último, pregunta si la falta de información debe considerarse desleal.

**a) Sobre la segunda cuestión prejudicial, letra a)**

87. Antes de adoptar una postura sobre el primer aspecto de la segunda cuestión prejudicial, que versa sobre la interpretación no solo del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, sino también de los artículos 5 y 8 de la misma, conviene precisar el contexto en el que se plantea esta cuestión. Por lo tanto, comenzaré por recordar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

**1) Sentencia Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid**

88. Por lo que se refiere a la cuestión de si el artículo 8 de la Directiva 93/13 se opone a que un órgano jurisdiccional nacional pueda aplicar el artículo 4, apartado 2, de esta Directiva para abstenerse de apreciar el carácter eventualmente abusivo de una cláusula contractual, redactada de manera clara y comprensible, referida al objeto principal del contrato, cuando esta última disposición no ha sido transpuesta en su ordenamiento jurídico por el legislador nacional, quisiera señalar de antemano que el Tribunal de Justicia ya respondió a esta cuestión en la sentencia Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid.<sup>48</sup>

89. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia observó, antes de nada, como ha indicado el órgano jurisdiccional remitente en el presente asunto, que «tal como se desprende de los autos remitidos al Tribunal de Justicia, la Ley 7/1998<sup>[49]</sup> no ha

<sup>48</sup> Sentencia de 3 de junio de 2010 (C-484/08, EU:C:2010:309), apartado 44. Las cuestiones prejudiciales en este asunto fueron planteadas por el Tribunal Supremo.

<sup>49</sup> Ley de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (BOE n.º 89, de 14 de abril de 1998).

incorporado el artículo 4, apartado 2, [de la Directiva 93/13] al ordenamiento interno». <sup>50</sup> El Tribunal de Justicia prosiguió afirmando que, en el ordenamiento jurídico español, un órgano jurisdiccional nacional puede, en consecuencia, apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible. <sup>51</sup> En estas circunstancias, el Tribunal de Justicia declaró finalmente que, al autorizar un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas, como las contempladas en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, «la normativa española [...] permite garantizar al consumidor, conforme al artículo 8 de [dicha] Directiva, una protección efectiva más elevada que la prevista por esta». <sup>52</sup>

## 2) *Posición del Gobierno español*

90. En el presente asunto, el Gobierno español considera <sup>53</sup> que, si bien es cierto que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 no ha sido transpuesto formalmente en Derecho español, esta falta de transposición formal no puede interpretarse de la forma en que lo hace el órgano jurisdiccional remitente, esto es, como la voluntad expresa del legislador español de permitir el control del carácter abusivo de los elementos que afectan al objeto principal del contrato cuando estos se redactan de manera clara y comprensible. <sup>54</sup> En este sentido, este Gobierno

<sup>50</sup> Sentencia de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309), apartado 41.

<sup>51</sup> Véase la sentencia de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309), apartado 42.

<sup>52</sup> Sentencia de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309), apartado 43.

<sup>53</sup> Esta posición la comparte Bankia, quien sostiene que «existe doctrina y jurisprudencia que entiende que el citado artículo 4, apartado 2, de la Directiva sí se ha transpuesto al ordenamiento español».

<sup>54</sup> En apoyo de esta alegación, el Gobierno español ha adjuntado a sus observaciones escritas un artículo doctrinal que destaca que la falta de transposición del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 por la Ley 7/1998 trae causa, en efecto, de «un “error negligente” en la votación parlamentaria que hizo eliminar del texto legal el tenor literal del artículo». Según este autor, dicho error no se ha corregido mediante reformas legislativas posteriores y precisa asimismo que, desde entonces, no solo la doctrina, sino también la jurisprudencia nacional, tienen opiniones divergentes sobre la consecuencia de este error, al menos hasta la sentencia del Tribunal Supremo n.º 241/2013, de 9 de marzo de 2013 (ES:TS:2013:1916). En este sentido, este autor concluye, en particular, que el Tribunal Supremo trató de poner coto a esta situación de incertidumbre en España, pero que el legislador español, a pesar de haber tenido numerosas oportunidades de aclarar la cuestión de la transposición o no del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, «no parece inclinado a hacerlo». Así, el autor afirma que ni «en las reformas legales aprobadas por el Parlamento en mayo de 2013 para adaptar el sistema español a la sentencia [de 14 de marzo de 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164)] [...] ni tampoco en el

alega que, tras la sentencia Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid,<sup>55</sup> el Tribunal Supremo consideró en su sentencia de 18 de junio de 2012<sup>56</sup> que la voluntad del legislador había sido transponer el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 en Derecho español y que la reforma efectuada por la Ley 7/1998 ponía de manifiesto la transposición expresa de este artículo.<sup>57</sup>

91. No comparto la opinión del Gobierno español a este respecto. En efecto, su razonamiento es, a mi parecer, contrario a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la transposición de las Directivas y, en particular, a los principios de seguridad jurídica, de transparencia y de cooperación leal.

### 3) *Consecuencia de la falta de transposición del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13*

92. Con arreglo al artículo 288 TFUE, párrafo tercero, la directiva obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios para alcanzarlo. De ello se desprende que el Reino de España, al igual que el resto de Estados miembros, puede elegir la forma y los medios para ejecutar las directivas.

borrador de proyecto de transposición de la Directiva 2011/83/[UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO 2011, L 304, p. 64)]» se aborda el asunto de las cláusulas abusivas sobre elementos esenciales del contrato. Véase Cámara Lapuente, S., «¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? De la STJUE de 3 de junio de 2010 (Caja de Madrid, C-484/08) y su impacto aparente y real en la jurisprudencia española a la STS (pleno) de 9 de mayo de 2013 sobre las cláusulas suelo», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5(2), 2013, pp. 209 a 233, en particular pp. 226, 227 y 233.

<sup>55</sup> Sentencia de 3 de junio de 2010 (C-484/08, EU:C:2010:309), apartado 44.

<sup>56</sup> ES:TS:2012:5966.

<sup>57</sup> El Gobierno español, en sus observaciones escritas, reproduce un extracto del segundo fundamento de Derecho de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012: «De esta forma, en la modificación de la antigua ley general de defensa de consumidores de 1984, por la aportación del nuevo artículo 10, en su número primero, apartado -C -, se sustituyó la expresión amplia de “justo equilibrio de las contraprestaciones” por “desequilibrio importante de los derechos y obligaciones”, en línea de lo dispuesto por la Directiva a la hora de limitar el control de contenido que podía llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, de ahí que pueda afirmarse que no se da un control de precios, ni del equilibrio de las prestaciones propiamente dicho». Según este Gobierno, el Tribunal Supremo añadió en dicha sentencia, por último, que, «aunque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, debe entenderse, por aplicación teleológica de la Directiva del 93, artículo 4.2, que los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia [artículos 5.5 y 7 de la ley 7/1998 sobre condiciones generales y 10.1. a) de la ley general de defensa de consumidores y usuarios]». El Gobierno español precisa asimismo que el Tribunal Supremo confirmó esta postura en su sentencia de 9 de mayo de 2013 (ES:TS:2013:1916).

93. También es bien sabido que la transposición de las Directivas designa el proceso de transformación de las directivas en disposiciones de Derecho nacional por el órgano o los órganos legislativos nacionales competentes.<sup>58</sup> En este contexto, el *principio de seguridad jurídica* exige a un Estado miembro que adopte las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para garantizar la transposición completa en Derecho nacional de las disposiciones de una Directiva.<sup>59</sup> Si bien no todas las disposiciones de una Directiva requieren transposición de manera directa o explícita, la *obligación de transparencia* puede exigir en la práctica un comportamiento determinado, en particular la comunicación de cierta información a la Comisión.<sup>60</sup> En efecto, «al fundamento de la obligación derivada de la propia directiva y de su efecto obligatorio» en virtud del artículo 288 TFUE, párrafo tercero, se añade asimismo «la obligación subsidiaria» derivada del artículo 4 TUE, apartado 3, «que implica una *cooperación leal* entre las autoridades nacionales y de la Unión en la aplicación de las normas de los tratados».<sup>61</sup>

94. Más concretamente, no se debe olvidar que, en el marco de la interpretación del artículo 288 TFUE, párrafo tercero, que ha sido objeto de una abundante jurisprudencia, si bien es cierto que la adaptación del ordenamiento jurídico nacional a una directiva no exige necesariamente una acción legislativa de cada Estado miembro, sin embargo es indispensable que el correspondiente Derecho nacional garantice efectivamente la plena aplicación de la directiva, que la situación jurídica que resulte de dicho Derecho sea *suficientemente precisa y clara* y que se permita a los beneficiarios conocer la totalidad de sus derechos y, en su caso, invocarlos ante los tribunales nacionales.<sup>62</sup>

<sup>58</sup> Véase Prechal, S., *Directives in EC Law*, 2.<sup>a</sup> edición, Oxford EC Law Library, Oxford, 2009, p. 6.

<sup>59</sup> Sobre el principio de seguridad jurídica y la transposición de las directivas, véase Tridimas, T., *The General Principles of EU Law*, 2.<sup>a</sup> edición, Oxford EC Law Library, Oxford, 2006, pp. 246 y 247.

<sup>60</sup> Véase, en este sentido, Prechal, S., *op. cit.*, p. 6.

<sup>61</sup> Simon, D., *Le système juridique communautaire*, 3.<sup>a</sup> edición, Presse universitaires de France, 2006, pp. 328 a 332. El subrayado es mío.

<sup>62</sup> Véanse las sentencias de 23 de mayo de 1985, Comisión/Alemania (29/84, EU:C:1985:229), apartado 23; de 23 de marzo de 1995, Comisión/Grecia (C-365/93, EU:C:1995:76), apartado 9; de 10 de mayo de 2001, Comisión/Países Bajos (C-144/99, EU:C:2001:257), apartado 17; de 9 de septiembre de 2004, Comisión/España (C-70/03, EU:C:2004:505), apartado 36, y de 23 de abril de 2009, Comisión/Bélgica (C-292/07, no publicada, EU:C:2009:246), apartado 120. Según el Abogado General Tizzano en sus conclusiones presentadas en el asunto Comisión/Países Bajos (C-144/99, EU:C:2001:50), punto 15, «los Estados miembros deben establecer un *marco legal preciso* que adapte el ordenamiento nacional a las disposiciones de la Directiva. [...] Y ello en términos tales que *no existan dudas o ambigüedades* no solo en cuanto a los contenidos de la normativa nacional pertinente y su conformidad con la Directiva, sino también en cuanto al valor formal de esa normativa y su idoneidad para constituir una base jurídica adecuada para la regulación del sector». El subrayado es mío.

95. El Tribunal de Justicia ya ha declarado a este respecto que una jurisprudencia nacional, aun cuando se la repute consolidada, que interprete unas disposiciones de Derecho interno en un sentido considerado conforme con las exigencias de una Directiva no puede tener la claridad y la precisión necesarias para cumplir la exigencia de *seguridad jurídica*, siendo este especialmente el caso en el ámbito de la protección de los consumidores.<sup>63</sup> Esto es particularmente cierto cuando una jurisprudencia nacional consolidada interpreta y aplica una disposición de una Directiva que el legislador nacional no ha transpuesto. En consecuencia, esta jurisprudencia nacional no puede tener la claridad y la precisión necesaria para poder constituir un fundamento jurídico apropiado para regular la protección de los consumidores o, como ocurre en el presente asunto, para transponer la excepción prevista en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13.

96. Por consiguiente, si bien a la luz de los autos remitidos al Tribunal de Justicia en el presente asunto, entiendo que, mediante sus sentencias de 18 de junio de 2012<sup>64</sup> y de 9 de mayo de 2013,<sup>65</sup> el Tribunal Supremo trató de corregir una jurisprudencia anterior contradictoria y de garantizar, en particular, la coherencia del ordenamiento jurídico nacional, es al legislador español a quien le corresponde, en su caso, intervenir y adoptar las medidas adecuadas en caso de que desee transponer el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, lo cual, habida cuenta de la jurisprudencia que se recuerda en los puntos 94 y 95 de las presentes conclusiones, no se desprende ni de la resolución de remisión ni de la lectura de los autos a disposición del Tribunal de Justicia.

97. Además, es preciso recordar, en primer lugar, que de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 *no es una disposición imperativa y vinculante*, que los Estados miembros deben obligatoriamente incorporar como tal a sus ordenamientos. En efecto, esta disposición prevé una limitación de los derechos que atribuye al justiciable el Derecho de la Unión. A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, para garantizar en concreto los objetivos de protección de los consumidores perseguidos por esta Directiva, toda adaptación del Derecho interno a dicha disposición debía ser completa, de modo que la

<sup>63</sup> Véanse las sentencias de 10 de mayo de 2001, Comisión/Países Bajos (C-144/99, EU:C:2001:257), apartado 21, y de 10 de julio de 2014, Comisión/Bélgica (C-421/12, EU:C:2014:2064), apartado 46. Véase, asimismo, la sentencia de 9 de septiembre de 2003, Comisión/Italia (C-129/00, EU:C:2003:656), apartado 33: «cuando una legislación nacional es objeto de interpretaciones jurisprudenciales divergentes que pueden tomarse en consideración, algunas de las cuales conducen a una aplicación de dicha legislación compatible con el Derecho comunitario, mientras que otras dan lugar a una aplicación incompatible con este, procede estimar que, como mínimo, esta legislación no es suficientemente clara para garantizar una aplicación compatible con el Derecho [de la Unión]».

<sup>64</sup> ES:TS:2012:5966.

<sup>65</sup> ES:TS:2013:1916.



prohibición de apreciar el carácter abusivo de las cláusulas se refiere únicamente a las redactadas de manera clara y comprensible.<sup>66</sup>

98. En segundo lugar, como se ha recordado en el punto 89 de las presentes conclusiones, la falta de transposición en Derecho interno implica que, al autorizar un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, como las contempladas en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, la normativa española permite garantizar al consumidor, conforme al artículo 8 de dicha Directiva, un nivel de protección más elevado que el previsto por esta Directiva, incluso cuando esta cláusula se refiera al objeto principal del contrato o a la relación calidad/precio de la prestación.

99. En tercer y último lugar, por lo que se refiere a la exigencia según la cual una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible, con arreglo al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, una jurisprudencia reiterada establece que esta exigencia se menciona también en el artículo 5 de esta Directiva<sup>67</sup> y, en consecuencia, como ha subrayado la Comisión en sus observaciones escritas, el control de transparencia de la cláusula forma parte de la apreciación del carácter abusivo con arreglo al artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva. En consecuencia, los órganos jurisdiccionales españoles están obligados, en el marco de la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales de conformidad con el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, a examinar la transparencia de dichas cláusulas, en virtud del artículo 5 de esta Directiva.

100. En estas circunstancias, considero que el artículo 8 de la Directiva 93/13 se opone a que un órgano jurisdiccional nacional pueda aplicar el artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva para abstenerse de apreciar el carácter eventualmente abusivo de una cláusula, como la controvertida en el litigio principal, redactada de manera clara y comprensible y referida al objeto principal del contrato, cuando esta última disposición no ha sido transpuesta en su ordenamiento jurídico por el legislador nacional.

***b) Sobre la segunda cuestión prejudicial, letras b) y c)***

101. Las letras b) y c) de la segunda cuestión prejudicial se refieren a cuál es la información que el profesional debe facilitar para cumplir, con arreglo al artículo

<sup>66</sup> Véanse las sentencias de 10 de mayo de 2001, Comisión/Países Bajos (C-144/99, EU:C:2001:257), apartado 22, y de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309), apartado 39.

<sup>67</sup> Véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282), apartado 69; de 9 de julio de 2015, Bucura (C-348/14, no publicada, EU:C:2015:447), apartado 49, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros (C-186/16, EU:C:2017:703), apartado 44. Véase, asimismo, el considerando vigésimo de la Directiva 93/13.

4, apartado 2, y al artículo 5 de la Directiva 93/13, la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés tomando como valor de referencia un índice legal como el IRPH Cajas, cuyo fórmula matemática de cálculo resulta compleja y poco transparente para un consumidor medio. El órgano jurisdiccional remitente pregunta asimismo si la falta de información debe considerarse una conducta desleal.

102. A este respecto, el Gobierno español y Bankia alegan que, en la medida en que el IRPH Cajas era un índice oficial que se publicaba mensualmente en el *Boletín Oficial del Estado* y que estaba sujeto a la Circular 8/1990, la cláusula controvertida contiene la *definición* del IRPH Cajas que establecía la normativa nacional.<sup>68</sup> El Gobierno español subraya asimismo que *esta Circular* establecía la *fórmula de cálculo del IRPH Cajas* e indicaba la información que la entidad bancaria debía facilitar al consumidor antes de la celebración del contrato de préstamo hipotecario.<sup>69</sup>

103. Aunque el Gobierno español está de acuerdo con el hecho de que la información facilitada al consumidor por la entidad bancaria debe efectivamente contener una explicación suficiente no solo en relación con los elementos que componen el índice de referencia elegido, sino también con la evolución en el pasado de dicho índice, considera que el requisito de informar al consumidor sobre el funcionamiento concreto del índice de referencia, es decir, su método exacto de cálculo, no es útil en la medida en que la fórmula matemática aplicable haría que la información resultase menos comprensible y, en consecuencia, menos transparente para el consumidor. Este Gobierno sostiene asimismo que no es posible solicitar una opinión sobre la posible evolución futura dado que, por una parte, la entidad bancaria no dispone de esa información y, por otra parte, el carácter abusivo de una cláusula debe apreciarse en el momento de la celebración del contrato. Pues bien, en ese momento, la evolución futura carece de pertinencia. Por último, dicho Gobierno subraya que no puede exigirse que se incluya en la publicidad destinada a los consumidores los gráficos que expliquen la evolución en el pasado del IRPH Cajas en relación con el euríbor.

104. Como ya he indicado en los puntos 95 a 101 de las presentes conclusiones y como se desprende de la resolución de remisión y de los autos remitidos al Tribunal de Justicia, el legislador español no ha transpuesto el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 en Derecho interno. De ello se desprende, en mi opinión,

<sup>68</sup> Véanse los puntos 19 y 20 de las presentes conclusiones. Es preciso distinguir entre la definición del IRPH Cajas y su fórmula matemática de cálculo. En efecto, de la resolución de remisión y de las observaciones del demandante en el litigio principal, de Bankia y del Gobierno español se desprende que la cláusula controvertida contiene la definición del IRPH Cajas y el método de cálculo del *tipo de interés variable* del préstamo (IRPH Cajas + diferencial), mientras que la ecuación matemática concreta de cálculo del IRPH Cajas figuraba en el anexo VIII, apartado 2, de la Circular 8/1990, pero no figura en la cláusula. Véase la nota 78 de las presentes conclusiones.

<sup>69</sup> Véase el punto 20 de las presentes conclusiones.

que los órganos jurisdiccionales españoles tienen la obligación, en el marco de la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, de examinar la transparencia de estas cláusulas, en virtud del artículo 5 de dicha Directiva.<sup>70</sup>

105. Si el Tribunal de Justicia alcanza esta misma conclusión, será preciso especificar la información que la entidad bancaria debe facilitar a los consumidores en el marco del control de transparencia. Antes de precisar esta información, presentaré la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al nivel de información que se exige en el marco de la interpretación del artículo 4, apartado 2, y del artículo 5 de la Directiva 93/13.

*1) Recordatorio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al alcance del nivel de información que se exige en el marco de la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales impuesta por el artículo 4, apartado 2, y el artículo 5 de la Directiva 93/13*

106. Es preciso comenzar recordando que el Tribunal de Justicia ha declarado en diversas ocasiones, por lo que se refiere al artículo 5 de la Directiva 93/13, que tiene una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. En función, principalmente, de esa información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional.<sup>71</sup> Asimismo, conviene recordar que es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, desde la sentencia Kásler y Káslerné Rábai,<sup>72</sup> que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, tal como se desprende del artículo 4, apartado 2, y del artículo 5 de la Directiva 93/13, no puede reducirse solo al carácter comprensible de estas en un plano formal y gramatical. Por el contrario, toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales, y por ende de transparencia, impuesta por la misma Directiva debe entenderse de manera extensiva.<sup>73</sup>

<sup>70</sup> A este respecto, conviene precisar que la exigencia de transparencia se aplica sobre todo en caso de limitación de los derechos que atribuye al justiciable el Derecho de la Unión.

<sup>71</sup> Véanse, en particular, las sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb (C-92/11, EU:C:2013:180), apartado 44, de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282), apartado 70; de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros (C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980), apartado 50, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuciu y otros (C-186/16, EU:C:2017:703), apartado 48.

<sup>72</sup> Sentencia de 30 de abril de 2014 (C-26/13, EU:C:2014:282).

<sup>73</sup> Véanse las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282), apartados 71 y 72; de 23 de abril de 2015, Van Hove (C-96/14,

107. Por consiguiente, según el Tribunal de Justicia, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él.<sup>74</sup>

108. El Tribunal de Justicia ha declarado asimismo que esta cuestión debe ser examinada por el órgano jurisdiccional remitente a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo.<sup>75</sup> El Tribunal de Justicia ha precisado en particular que incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trata, se comunicaron al consumidor *todos los elementos* que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha establecido los elementos que desempeñan un papel decisivo en dicha apreciación, en particular, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de forma que permitan a un consumidor medio, a saber, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de crédito al consumo de la información que se considere *esencial* a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato.<sup>76</sup>

109. Las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente deben responderse a la luz de esta jurisprudencia.

EU:C:2015:262), apartado 40; de 9 de julio de 2015, Bucura (C-348/14, no publicada, EU:C:2015:447), apartado 52, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros (C-186/16, EU:C:2017:703), apartado 44. Véanse, asimismo, la sentencia de 20 de septiembre de 2018, OTP Bank y OTP Faktoring (C-51/17, EU:C:2018:750), apartado 73, y el auto de 22 de febrero de 2018, ERSTE Bank Hungary (C-126/17, no publicado, EU:C:2018:107), apartado 29.

<sup>74</sup> Véanse las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282), apartado 75, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros (C-186/16, EU:C:2017:703), apartado 45.

<sup>75</sup> Véanse las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282), apartado 74; de 26 de febrero de 2015, Matei (C-143/13, EU:C:2015:127), apartado 75, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros (C-186/16, EU:C:2017:703), apartado 46.

<sup>76</sup> Véase la sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros (C-186/16, EU:C:2017:703), apartado 47 y jurisprudencia citada.

## 2) *Aplicación en el presente asunto*

110. En virtud de la jurisprudencia mencionada en los puntos anteriores, corresponde al órgano jurisdiccional remitente efectuar las comprobaciones necesarias para determinar, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes que rodearon la celebración del contrato, entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo, si la información facilitada era suficiente para permitir a un consumidor medio comprender *el método de cálculo del tipo de interés variable* aplicable a dicho préstamo y, en consecuencia, evaluar el coste total de su préstamo<sup>77</sup> o si, por el contrario, habida cuenta, en particular, del hecho de que se trataba de un préstamo hipotecario, deberían haberse comunicado otros elementos considerados esenciales.

111. Más concretamente, la información respecto de la que el órgano jurisdiccional remitente pregunta si debía necesariamente ser transmitida por la entidad bancaria a los consumidores para que estos comprendiesen las consecuencias económicas de la cláusula controvertida se refiere i) a la fórmula matemática concreta de cálculo del IRPH Cajas (en particular el hecho de que este índice incluye las comisiones y demás gastos sobre el interés nominal y que se trata de una media simple no ponderada);<sup>78</sup> ii) a la obligación de las entidades bancarias de aplicar un diferencial negativo de conformidad con la normativa nacional;<sup>79</sup> iii) al hecho de que la información proporcionada no es pública, a diferencia de lo que sucede con el euríbor; iv) a la evolución del IRPH Cajas en el pasado, y v) a la previsión de evolución futura del índice de referencia en relación con otros índices de referencia oficiales, en particular, con el euríbor.<sup>80</sup>

112. Es cierto, como ha señalado el órgano jurisdiccional remitente, que la cláusula controvertida es clara y comprensible desde el punto de vista gramatical, en el sentido de que permite al consumidor medio comprender y aceptar que el

<sup>77</sup> Es preciso recordar que, en la medida en que una cláusula contractual, que ha sido redactada de antemano y que figura en un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional, prevé la aplicación de un índice de referencia a efectos del cálculo del tipo de interés variable de dicho préstamo, la utilización por el profesional de ese índice, como elemento de dicha cláusula, está plenamente sometida al control de transparencia, con arreglo al artículo 4, apartado 2, y al artículo 5 de la Directiva 93/13.

<sup>78</sup> Véanse, en este sentido, los puntos 45 y 46 de las presentes conclusiones. De las observaciones del demandante en el litigio principal se desprende que conviene distinguir entre: a) un *índice de referencia* como es, en particular, el caso del euríbor; b) un *tipo de interés*, que es el resultado de la suma de un índice de referencia más el diferencial (euríbor + diferencial), y c) una TAE, que es el resultado de la suma del índice de referencia más el diferencial más las comisiones más los gastos (euríbor + diferencial + comisiones + gastos). Me gustaría recordar una vez más que en el cuarto párrafo de la Exposición de Motivos de la Circular 5/1994 se desprende que los índices de referencia previstos en la misma, entre los que figuraba el IRPH Cajas, eran TAE.

<sup>79</sup> Véase, en este sentido, el punto 48 de las presentes conclusiones.

<sup>80</sup> Véase el punto 50 de las presentes conclusiones.

tipo de interés variable aplicable a su préstamo hipotecario se calcula con referencia a un índice de referencia oficial (el IRPH Cajas). Esta cláusula también permite al consumidor comprender, por una parte, que este índice de referencia se define como «el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda libre concedidos por las cajas de ahorro» y, por otra parte, que dicho índice se «rode[a] por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en 0,25 puntos porcentuales» (IRPH Cajas + diferencial).

113. Sin embargo, aún es preciso determinar si la cláusula controvertida cumplía la exigencia de transparencia impuesta por la Directiva 93/13, en particular habida cuenta de la obligación que resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que se expone en el punto 107 de las presentes conclusiones, según la cual el contrato debe exponer «de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate». En este contexto podría plantearse la siguiente cuestión: para comprender *el método de cálculo del tipo de interés* aplicable al préstamo hipotecario, que establece que el consumidor deberá pagar el resultado de la suma del índice de referencia y del diferencial (IRPH Cajas + diferencial), ¿no convendría que el consumidor medio estuviera en condiciones de comprender asimismo el funcionamiento exacto del índice de referencia contenido en ese método de cálculo?

114. La respuesta a esta cuestión, en buena lógica afirmativa, es no obstante irrelevante cuando se trata de determinar si la entidad bancaria ha cumplido la exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por lo tanto, de transparencia, establecida por la Directiva 93/13. En efecto, es importante no confundir la exigencia de transparencia de cláusulas contractuales impuesta por dicha Directiva, cuya finalidad es permitir al consumidor medio evaluar las consecuencias económicas de su préstamo, con la obligación de asesoramiento, que no recoge la citada Directiva.

115. Además, como expondré a continuación, aunque considero que la jurisprudencia mencionada en el punto 107 de las presentes conclusiones es especialmente importante para el presente asunto, existen varias diferencias de hecho que distinguen el presente asunto de los que dieron lugar, en particular, a las sentencias Kásler y Káslerné Rábai<sup>81</sup> y Andriuc y otros.<sup>82</sup> Estas diferencias me llevan a matizar las consecuencias que han de extraerse de esta jurisprudencia en relación con el litigio principal.

116. En primer lugar, los asuntos que dieron lugar a las sentencias Kásler y Káslerné Rábai<sup>83</sup> y Andriuc y otros<sup>84</sup> tenían por objeto una serie de contratos de

<sup>81</sup> Sentencia de 30 de septiembre de 2014 (C-26/13, EU:C:2014:282).

<sup>82</sup> Sentencia de 20 de septiembre de 2017 (C-186/16, EU:C:2017:703).

<sup>83</sup> Sentencia de 30 de abril de 2014 (C-26/13, EU:C:2014:282).

<sup>84</sup> Sentencia de 20 de septiembre de 2017 (C-186/16, EU:C:2017:703).

préstamo denominados en una divisa extranjera, el franco suizo (CHF), en los que las cláusulas controvertidas hacían recaer el riesgo de tipo de cambio sobre el prestatario.<sup>85</sup> En este contexto, el Tribunal de Justicia, al declarar que la exigencia de transparencia «se ha de entender como una obligación [...] de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo [...] al que se refiere la cláusula referida», se refirió expresamente al «mecanismo de conversión de la divisa extranjera» y a la «relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo»,<sup>86</sup> de forma que ese consumidor pudiera evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, *las consecuencias económicas* que para él se derivaban.<sup>87</sup>

117. En segundo lugar, según el Tribunal de Justicia, esta exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales implica que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no solo conocer «la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera» en que el préstamo se contrató, sino también «valorar las *consecuencias económicas, potencialmente significativas*, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras».<sup>88</sup> En efecto, por una parte, el prestatario deberá estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos. Por otra parte, la entidad bancaria deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa.<sup>89</sup>

118. De ello se desprende, en mi opinión, que la expresión «*consecuencias económicas, potencialmente significativas*» constituye uno de los elementos clave

<sup>85</sup> Más concretamente, estas cláusulas preveían que la cotización de venta de la divisa extranjera se aplicase para el cálculo de las cuotas de devolución del préstamo (sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 24) y que el crédito debía reembolsarse en la misma divisa en que se contrató (sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 9).

<sup>86</sup> En efecto, existía una diferencia entre la cotización de compra aplicable a la entrega del préstamo y la cotización de venta aplicable a su devolución. Véase, a este respecto, la sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282), apartados 53 y 74.

<sup>87</sup> Sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai (C-26/13, EU:C:2014:282), apartados 73 y 74. Por lo que se refiere, en particular, a las cláusulas contractuales que permiten al prestamista modificar unilateralmente el tipo de interés, véase la sentencia de 26 de febrero de 2015, Matei (C-143/13, EU:C:2015:127), apartado 74.

<sup>88</sup> Sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros (C-186/16, EU:C:2017:703), apartado 51. El subrayado es mío.

<sup>89</sup> Sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros (C-186/16, EU:C:2017:703), apartado 50.

de esta jurisprudencia. En efecto, estas consecuencias constituyen el fundamento de la obligación de las entidades bancarias de facilitar a los consumidores la información suficiente para que estos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes.<sup>90</sup> Esto significa que la exigencia de transparencia impuesta por la Directiva 93/13 no solo tiene por objeto evitar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, para el consumidor, sino también impedir que estas consecuencias sean aleatorias o imprevisibles. En efecto, el consumidor medio debe poder prever el coste de su préstamo sin exponerse a un riesgo imprevisible de variación de la carga económica que se deriva del mismo.

119. En cambio, contrariamente al contrato de préstamo hipotecario denominado en una divisa extranjera que, habida cuenta del riesgo de tipo de cambio que recae sobre el prestatario, puede tener consecuencias económicas, potencialmente significativas, que le serán difícil de asumir,<sup>91</sup> en el presente asunto, las consecuencias económicas que se derivan del préstamo hipotecario controvertido en el litigio principal, cuyo tipo de interés variable se calcula con arreglo a un índice de referencia oficial, no pueden calificarse de «potencialmente significativas» en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En efecto, la carga económica que se derivaba del préstamo podía ser prevista y calculada por el consumidor, que estaba en condiciones de valorarla antes de la celebración del contrato. En consecuencia, dejando al margen el hecho de que su préstamo está sujeto a un tipo de interés variable, el demandante en el litigio principal no está expuesto a un riesgo imprevisible de variación de la carga económica que se deriva de su préstamo.

120. En efecto, aunque el demandante en el litigio principal no estaba en condiciones de comprender el modo concreto de funcionamiento de uno de los elementos del método de cálculo del tipo de interés variable aplicable a su préstamo, a saber, el IRPH Cajas, cuyo modo de funcionamiento no se desprende

<sup>90</sup> Es preciso recordar que, en la sentencia de 20 de septiembre de 2017, *Andriuc y otros* (C-186/16, EU:C:2017:703), apartado 49, el Tribunal de Justicia se remite a la Recomendación CERS/2011/1 de la Junta Europea de Riesgo Sistémico, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (DO 2011, C 342, p. 1).

<sup>91</sup> Como ejemplo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales en el marco de la adhesión a otro tipo de contrato, a saber, un contrato de seguro en el momento de la celebración de dos contratos de préstamo, véase la sentencia de 23 de abril de 2015, *Van Hove* (C-96/14, EU:C:2015:262), apartado 47. Este asunto versaba sobre el control de transparencia de una cláusula incluida en el contrato de seguro que tenía por objeto garantizar la obligación de hacerse cargo del pago de las cuotas mensuales debidas al prestamista en caso de incapacidad total para trabajar del prestatario (quien, como consecuencia de un accidente de trabajo, se encontró en una situación de incapacidad permanente parcial para trabajar). El Tribunal de Justicia tomó en consideración en su sentencia el hecho de que, debido a que no se había facilitado una explicación transparente del funcionamiento concreto del mecanismo de seguro mediante el cual la entidad aseguradora debía hacerse cargo del pago de las cuotas mensuales del préstamo en el marco del conjunto de contratos, el consumidor hubiera podido no estar en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, que se derivaban para él.



del tenor de la cláusula controvertida, estaba en condiciones de entender, sobre la base del contrato de préstamo, que, en cada cuota de devolución, debía pagar un precio determinado, más o menos estable, a saber, el resultado de la suma del IRPH Cajas más un diferencial.

121. Como he indicado en los puntos 113 y 114 de las presentes conclusiones, soy de la opinión de que el consumidor medio, para considerar que ha comprendido realmente el método de cálculo del tipo de interés variable aplicable a su préstamo al que se refiere la cláusula controvertida, debe poder acceder a un dato importante, habida cuenta de la naturaleza de los bienes o servicios objeto de ese contrato, a saber, que el IRPH Cajas es un *tipo anual equivalente* de los contratos celebrados por las cajas de ahorro para el mes de referencia. Pues bien, en el momento de la celebración del contrato, la fórmula matemática concreta de cálculo de dicho índice no figuraba en la cláusula controvertida, sino en el anexo VIII, apartado 2, de la Circular 8/1990.

122. Sin embargo, no puede considerarse que el demandante en el litigio principal no estaba «en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriv[aba]n para él»,<sup>92</sup> puesto que, sin perjuicio de las comprobaciones ulteriores que pueda efectuar el órgano jurisdiccional remitente, por una parte, tenía conocimiento del hecho de que el importe de los reembolsos que debía pagar era el resultado de la suma del IRPH Cajas más el diferencial y que, por otra parte, la información relativa al funcionamiento concreto del IRPH Cajas era accesible como consecuencia de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*. En efecto, en la medida en que esta ecuación matemática del cálculo del IRPH Cajas era públicamente accesible, el consumidor podía comprender, por una parte, que el IRPH Cajas empleado para calcular el tipo de interés variable de su contrato era la suma de i) la media de los índices empleados por las cajas de ahorro durante el mes de referencia, ii) la media de los diferenciales añadidos a estos índices por dichas entidades y iii) la media de las comisiones y gastos inherentes a estas mismas operaciones y, por otra parte, que, a esta suma que constituía el IRPH Cajas, la entidad bancaria añadía las comisiones y gastos asociados al préstamo.

123. Además, el hecho de que el IRPH Cajas sea un índice de referencia oficial publicado en el *Boletín Oficial del Estado* permite presumir que a un consumidor medio le resulta relativamente fácil acceder a los sistemas de cálculo de los diferentes índices oficiales y comparar las diferentes opciones que ofrecen las entidades bancarias. En consecuencia, no cabe exigir al banco que ofrezca diferentes índices de referencia a los consumidores. En efecto, la obligación de información a que se refiere la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no es una obligación de asesoramiento y, por lo tanto, no implica en absoluto que la entidad bancaria deba emplear u ofrecer al consumidor diferentes índices oficiales.

<sup>92</sup> Sentencia de 20 de septiembre de 2017, *Andriuc y otros* (C-186/16, EU:C:2017:703), apartado 45 y jurisprudencia citada.

124. El conjunto de consideraciones anteriores me lleva a concluir que la entidad bancaria cumplió la exigencia de transparencia impuesta por la Directiva 93/13. No obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente efectuar las comprobaciones que considere necesarias a este respecto, verificando en particular que Bankia haya comunicado al demandante en el litigio principal, antes de la celebración del contrato de préstamo, información suficiente para que este pudiera tomar una decisión prudente y con pleno conocimiento de causa. En consecuencia, corresponde a este órgano jurisdiccional, a la vista de todos los hechos pertinentes que rodearon la celebración del contrato, entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por Bankia en el marco de la negociación de dicho contrato de préstamo, comprobar si esta entidad bancaria cumplió con las obligaciones de información previstas en la Circular 8/1990.

125. En estas circunstancias, con objeto de orientar al órgano jurisdiccional remitente en estas comprobaciones, es preciso considerar que la información que el profesional debe facilitar para cumplir, con arreglo al artículo 4, apartado 2, y al artículo 5 de la Directiva 93/13, la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés tomando como valor de referencia un índice de referencia legal como el IRPH Cajas, cuya fórmula matemática de cálculo resulta compleja y poco transparente para un consumidor medio, debe, por una parte, ser suficiente para que este pueda tomar una decisión prudente y con pleno conocimiento de causa en lo que se refiere al *método de cálculo del tipo de interés* aplicable al contrato de préstamo hipotecario y a los elementos que lo componen, especificando no solo *la definición completa del índice de referencia* empleado por este método de cálculo, sino también las disposiciones de la normativa nacional pertinentes que determinan dicho índice y, por otra parte, referirse a la evolución en el pasado del índice de referencia escogido.<sup>93</sup>

126. No obstante, corresponde al juez nacional, al efectuar el control de la transparencia de la cláusula controvertida verificar, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, por una parte, si el contrato expone de manera transparente el método de cálculo del tipo de interés, de manera que el consumidor estuviera en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que del mismo se derivaban para él y, por otra parte, si este contrato cumple con todas las obligaciones de información previstas en la normativa nacional.

127. Por último, es preciso considerar que, en caso de que el órgano jurisdiccional remitente llegara a la conclusión de que la exigencia de redacción

<sup>93</sup> A este respecto, de las observaciones del Gobierno español se deduce que el anexo VII de la Circular 8/1990 precisaba, como elementos mínimos que debían figurar en los folletos sobre los préstamos hipotecarios, con relación al tipo de interés variable, el índice de referencia, en particular su «último valor disponible y evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales». En cambio, teniendo en cuenta el hecho de que las previsiones económicas son siempre inciertas y que determinadas variables, como los índices de referencia, son difíciles de prever, no me parece razonable exigir a la entidad bancaria que facilite al consumidor previsiones futuras relativas al índice de referencia propuesto.

clara y comprensible de las cláusulas contractuales y, por lo tanto, de transparencia ha sido respetada habida cuenta de los elementos que el Tribunal de Justicia facilitará en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas, ello no implicaría la exención del deber de someter, en cualquier caso, la cláusula controvertida a un examen referido a su eventual carácter abusivo en cuanto al fondo, habida cuenta de la posible existencia de un desequilibrio importante causado, en detrimento del consumidor, entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.<sup>94</sup> En ese contexto incumbe al juez nacional, atendiendo a los criterios enunciados en el artículo 3, apartado 1, y en el artículo 5 de la Directiva 93/13, determinar si, dadas las circunstancias propias del presente caso,<sup>95</sup> una cláusula como la controvertida en el litigio principal cumple asimismo las exigencias de buena fe y equilibrio impuestas por esta Directiva.<sup>96</sup> Sin embargo, esta cuestión sobrepasa el objeto de la presente petición de decisión prejudicial, por lo que no ahondaré más en la misma.

128. Habida cuenta de la respuesta que propongo que se dé a la letra b) de la segunda cuestión prejudicial, considero que no procede responder a la letra c) de esta cuestión, que se refiere a si la falta de información debe considerarse desleal,<sup>97</sup> ni a la tercera cuestión, relativa a las consecuencias que se derivan de la declaración del carácter abusivo de dicha cláusula.

<sup>94</sup> Véanse, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz (C-415/11, EU:C:2013:164), apartado 69, y las conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas en dicho asunto (C-415/11, EU:C:2012:700), punto 74.

<sup>95</sup> A este respecto, el órgano jurisdiccional remitente debería verificar, en particular, si, como se desprende de la resolución de remisión, las entidades bancarias podían realmente influir o no en el IRPH Cajas. Me remito, en particular, a las explicaciones relativas al funcionamiento del IRPH Cajas facilitadas por el órgano jurisdiccional remitente. Véanse los puntos 45 a 47 de las presentes conclusiones.

<sup>96</sup> Véase, en este sentido, la sentencia de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia (C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250), apartado 50 y jurisprudencia citada. Sobre el hecho de que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional véanse, en particular, las sentencias de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (C-484/08, EU:C:2010:309), apartado 27, y de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia (C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250), apartado 49. Véanse, asimismo, mis conclusiones presentadas en los asuntos acumulados Abanca Corporación Bancaria y Bankia (C-70/17 y C-179/17, EU:C:2018:724), puntos 65 a 82.

<sup>97</sup> Es preciso observar que el órgano jurisdiccional remitente no especifica las disposiciones del Derecho de la Unión con arreglo a la luz de las cuales debe examinarse la falta de lealtad por parte del profesional. En cualquier caso, debe recordarse que el considerando decimosexto de la Directiva 93/13 prevé que «los profesionales pueden cumplir la exigencia de buena fe tratando de manera leal y equitativa con la otra parte, cuyos intereses legítimos debe tener en cuenta».

## VI. Conclusión

129. A la vista de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones prejudiciales planteadas por el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona (España):

- «1) La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una cláusula contractual pactada entre un consumidor y un profesional, como la controvertida en el litigio principal, que fija un tipo de interés tomando como valor de referencia uno de los seis índices de referencia oficiales legales que pueden ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios con tipo de interés variable, no está excluida del ámbito de aplicación de esta Directiva.
- 2) El artículo 8 de la Directiva 93/13 se opone a que un órgano jurisdiccional nacional pueda aplicar el artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva para abstenerse de apreciar el carácter eventualmente abusivo de una cláusula, como la controvertida en el litigio principal, redactada de manera clara y comprensible y referida al objeto principal del contrato, cuando esta última disposición no ha sido transpuesta en su ordenamiento jurídico por el legislador nacional.

La información que el profesional debe facilitar al consumidor para cumplir, con arreglo al artículo 4, apartado 2, y al artículo 5 de la Directiva 93/13, la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés tomando como valor de referencia un índice de referencia legal como el índice de referencia de préstamos hipotecarios de las cajas de ahorro (IRPH Cajas), cuya fórmula matemática de cálculo resulta compleja y poco transparente para un consumidor medio debe:

- por una parte, ser suficiente para que el consumidor pueda tomar una decisión prudente y con pleno conocimiento de causa en lo que se refiere al método de cálculo del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo hipotecario y a los elementos que lo componen, especificando no solo la definición completa del índice de referencia empleado por este método de cálculo, sino también las disposiciones de la normativa nacional pertinentes que determinan dicho índice, y,
- por otra parte, referirse a la evolución en el pasado del índice de referencia escogido.

Corresponde al juez nacional, al efectuar el control de la transparencia de la cláusula controvertida verificar, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, por una parte, si el contrato expone de manera transparente el método de cálculo del tipo de interés, de manera que el consumidor estuviera en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas

que del mismo se derivaban para él y, por otra parte, si este contrato cumple con todas las obligaciones de información previstas en la normativa nacional.»