

Órgano jurisdiccional remitente Asunto principal 325/17 3ªB P.S. 12/18

Juzgado de 1ª Instancia nº 38 de Barcelona

Gran Via de les Corts Catalanes 111, Edifici C Planta 9

Fax: 935549438 Teléfono: 935549438

Correo electrónico: instancia38.barcelona@xij.gencat.cat

Demandante.- D. Marc Gómez del Moral Guasch

Procurador.- D. Fernando Bertrán Santamaría

nandobertran@barcelona.cgpe.net Fax 934147485

Abogado.- D. Alejandro Benavente Antolín

Dª. Susana Moreno de Lamo

D. José María Erauskin Vázquez

Dª. Susana Moreno de Lamo

Demandado.- BANKIA, S.A.

Procurador.- Dª. María Luisa López Calza

llopez@barcelona.cgpe.net Fax 936731272

Abogado.- D. Luis Briones Bori

AUTO SOLICITANDO NUEVA PETICIÓN DE DECISIONES PREJUDICIALES (C-125/18)

DIRIGIDO AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA A CONSECUENCIA DE SU SENTENCIA DE FECHA DE 3 DE MARZO DE 2020, C-125/18, EN CONFORMIDAD AL ART. 104.2 DEL RPTJUE¹

En Barcelona a 2 de diciembre de 2020

ANTECEDENTES DE HECHO

1. Se dictó por el TJUE sentencia de 3 de marzo de 2020, asunto C-125/18, con la finalidad de aclarar las dudas remitidas por este juzgador sobre la aplicación del Derecho de la Unión al caso concreto objeto de enjuiciamiento.
2. Dudas que fueron plasmadas en el auto de fecha de 16 de febrero de 2018 que ahora se da por reproducido en cuanto; al supuesto de hecho, al marco

¹ Versión consolidada del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de 25 de septiembre de 2012 https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2012-10/rp_es.pdf

normativo comunitario y español, además de los fundamentos de derecho referenciados en aquella resolución.

3. No obstante, la sentencia de 3 de marzo de 2020, C-125/18, ha dado lugar a diferentes interpretaciones por los distintos órganos judiciales en sede nacional² y recientemente por distintas sentencias del Tribunal Supremo³, permaneciendo en este juzgador dudas que requieren de más información sobre lo que a continuación se expondrá, relacionado con el asunto objeto de sentencia.
4. Este juzgador fue objeto de recusación por la entidad demandada. La recusación fue desestimada por la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13, mediante auto de fecha 30 de julio de 2020. Recibidas las actuaciones se dio de nuevo audiencia a las partes para que expusieran sus criterios efectuándose por la demandante mediante escritos de fecha 26 de mayo y 23 de noviembre de 2020 y por la demandada mediante escrito de fecha 30 de octubre y 25 de noviembre estando a disposición del TJUE.
5. Con la finalidad de ofrecer información suficiente, se somete al Tribunal una nueva petición de decisiones prejudiciales, en base a los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

EXIGENCIA DE TRANSPARENCIA

6. Previo.- El IRPH es un índice, un tipo de referencia, pero por su dificultad en la comprensión de su método de cálculo, es particular o diferente del habitual tipo de referencia o índice euríbor. Y eso es así, porque al IRPH, el índice, el dato, que se publicita en el BOE electrónicamente de manera oficial desde el 2009, se

² <https://www.asufin.com/lo-ultimo-de-irph-asi-queda-el-mapa-de-sentencias/>

³ <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/La-Sala-Primera-del-Tribunal-Supremo-notifica-las-sentencias-que-resuelven-cuatro-recursos-de-casacion-en-relacion-con-el-indice-IRPH-de-las-hipotecas>

le añade un diferencial, unas comisiones y unos gastos pactados en el préstamo suscrito, constituyendo todo este conjunto el coste total de la operación; y, al mismo tiempo, para obtener ese dato o índice, en este caso IRPH Cajas, se conformaba mensualmente por el Banco de España a través de una media simple de los tipos anuales equivalentes medios ponderados de las operaciones de préstamo hipotecario que cada Caja de Ahorros había suscrito el mes anterior para la adquisición de vivienda libre, a un plazo superior a tres años, por lo que este valor subyacente representaba el coste total medio de los préstamos hipotecarios suscritos por el conjunto de Cajas de Ahorro en el periodo de referencia, es decir, tenía como punto de partida lo que los clientes abonaban por todos los conceptos a lo que luego añadían su propio diferencial, sus propias comisiones y sus propios gastos. Dicho dato que facilitaban las Cajas se efectuaba sin ponderar en función de su facturación y cuota de mercado, además, en esa media simple que facilitaban las Cajas, se excluían las operaciones dedicadas a la adquisición de vivienda de protección oficial y las operaciones suscritas por los empleados de las cajas de ahorro, que lo harían disminuir, lo que determina en su conjunto su particularidad o carácter diferencial.

7. El TJUE, en su STJUE C-125/18, determina que la exigencia de transparencia sea analizada caso por caso, concluyendo que constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado; la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado; el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.

8. Se sustenta dicha declaración en el soporte que ofrecen las exigencias objetivas recogidas en la O.M. de 5 mayo de 1994⁴, exigencias concretas, tales como; la entrega de oferta vinculante, art.5, la entrega al cliente consumidor de un folleto informativo, art.3, en el que se indicará la evolución del índice, IRPH Cajas, durante, al menos, los dos últimos años naturales, así como el último valor disponible, anexo I.3, si bien, posteriormente, se elevó este último nivel de exigencia a 15 años, a partir del 29 de abril de 2012, mediante O.M. del 28 de octubre de 2011⁵, art. 26.2.
9. La O.M. de 5 mayo de 1994 reducía su ámbito de aplicación a los casos de préstamos hipotecarios en los que el prestatario era una persona física, la hipoteca recaía sobre una vivienda y su importe resultaba igual o inferior a 25 millones de pesetas (150.253,03 euros), como es el supuesto sobre el que se pregunta, (v. apartado 9 del auto que plantea la cuestión prejudicial), si bien, a partir del 9 de diciembre de 2007, la exigencia de transparencia, en préstamos con garantía hipotecaria de vivienda, se aplicaba con independencia de la cuantía de los mismos, art.48.2.a) Ley 26/1988, de 29 de julio.⁶
10. Por otra parte, la transcripción de la definición completa, que se produce con la Circular 5/1994, de 22 de julio, anexo VIII.2, conllevaría la transcripción de manera transparente del método de cálculo del tipo de interés, por lo que en su caso, debo entender que, (v. conclusiones del abogado general, Sr. Szpunar apartados 125 y 126); bastaría para el caso concreto la comparativa de la definición insertada en la cláusula de la contenida en la norma administrativa: *"Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de cajas de ahorro: Se define 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*

⁴ <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1994-10577>

⁵ <https://www.boe.es/eli/es/o/2011/10/28/eha2899>

⁶ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1988-18845&b=64&tn=1&p=20071208#a48>

*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."*

11. Esa misma Circular 5/1994, de 22 de julio, en su párrafo cuarto indicaba que: *"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"*, derivado de la particularidad explicada en el apartado 6, es decir, el índice IRPH Cajas se determinaba mensualmente por el Banco de España elaborando una media simple de los tipos anuales equivalentes de las operaciones de referencia, tipos anuales equivalentes que como tales incluían los índices, diferenciales, comisiones y gastos de dichas operaciones de referencia, a lo que después las Cajas añadían el diferencial, gastos y comisiones pactadas, dando lugar así a una duplicidad de pagos, por lo que como consecuencia de ello, el índice IRPH Cajas pactado siempre evolucionaría por encima del habitual euríbor por cuanto éste último formaba parte del primero.
12. Al margen de dicha exigencia de transparencia objetiva, con cumplimiento de la normativa, la STJUE también incide en que la cláusula del IRPH no solo debe ser comprensible desde el plano formal y gramatical, (apartados 46, 50, 51, 56 y declaración tercera), sino que también se transmita la comprensión, al consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, del funcionamiento concreto del modo de cálculo para valorar con criterios precisos y comprensibles las consecuencias económicas, potencialmente significativas sobre sus obligaciones financieras, lo que suscita la duda relativa a qué aporte de información es necesario para comprender su funcionamiento, al margen de la transcripción fidedigna antedicha y suponiendo que la lectura le es comprensible al consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz.

13. No obstante, entiendo necesario repreguntar al TJUE si constatada la falta de transparencia, art. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, ya sea desde el prisma objetivo, por no cumplir la normativa bancaria, o ya sea desde el criterio subjetivo, por no haberle hecho comprensible las consecuencias jurídicas y económicas en el momento de celebración del contrato al consumidor, si resulta pertinente, necesario o exigible, realizar un juicio de abusividad –art.3 de la Directiva 93/13/CEE -una vez constatada esa falta de transparencia⁷, o si la falta de transparencia directamente vinculada a un elemento esencial del negocio, el precio, es suficiente por sí para declarar abusiva la cláusula y pasar a tomar sus consecuencias en cuanto a su nulidad. Si fuera así, es decir, si fuera necesario realizar un juicio o calificación de abusividad sería pertinente y útil al juzgador conocer los criterios para que una cláusula como la que estamos analizando puede ser calificada de abusiva. Es entonces cuando tiene más significado el siguiente apartado:

CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD

14. Conforme a la jurisprudencia vinculante y obligatoria del TJUE, la facultad de declarar o no como elemento esencial el índice cuestionado es una cuestión de derecho interno, de derecho nacional, habiéndose reconocido la función de armonización de la interpretación del derecho nacional y en aras de la seguridad jurídica al Tribunal Supremo, para que pueda lograr dichos criterios, (apartado 62 y 68 C-70/17 y 179/17).
15. No obstante, surgen dudas en cuanto al alcance de sus consecuencias en conformidad al Derecho de la Unión, y, consiguientemente, de declararse nulo íntegramente el préstamo con garantía hipotecaria.

⁷ STJUE 30/04/2014 C-26/13, 26/02/2015 C-143/13, 26/01/2017 C-421/14, 20/09/2017 C-186/16, 14/03/2019 C-118/17, entendiéndose que no se refieren a un posterior juicio de abusividad cuando se constata la falta de transparencia de un elemento esencial, y ello conforme a las exigencias de transparencia de interpretación extensiva que se realiza del artículo 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE, relacionadas con que ese tipo de cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible, V. STJUE 03/03/20 C-125/18 y 09/07/20 C-452/18.

16. La más importante, es la relativa a la posibilidad de ofrecer al consumidor la alternativa de la nulidad de la totalidad del contrato o la integración del mismo, -apdo. 54, 55, 56 C-260/18-, ya que le puede beneficiar por diferentes circunstancias o por su real alcance. Es decir, si declarado nulo, previo en su caso a que las partes lleguen a un acuerdo, si lo procedente para su declaración es ofrecer al consumidor la posibilidad de su nulidad previamente a su integración a través de un índice legal, el euríbor, o sustitutivo, el IRPH entidades.
17. La segunda es la relativa a este segundo índice que se menciona en la sentencia como posible índice sustitutivo, por aplicación de la Disposición Adicional 15ª de la Ley 14/2013 de emprendedores⁸. No obstante este índice sustitutivo, que desplazó al IRPH Cajas, IRPH Bancos y CECA, se hizo por voluntad del legislador con la finalidad de mantener el equilibrio de prestaciones entre las partes existente en el momento de la sustitución, con vocación de no alterar el estado de las cosas, diferente del supuesto en que es declarada abusiva la cláusula⁹. Teniendo presente el principio comunitario del efecto disuasorio, -C-26/13 apartados 83 y 84, C- 70/17 y 179/17 apartado 58-, y, como advierte el TJUE en su sentencia, con la finalidad de restablecer el justo equilibrio de las prestaciones entre las partes desde su inicio quebrado por la cláusula abusiva, es necesario repreguntar, sobre si dicho índice sustitutorio, de idéntica configuración al declarado nulo, cumple con las finalidades de tutela comunitaria a favor del consumidor.
18. También, es preciso conocer el alcance de las consecuencias, para determinar si en su caso la declaración de abusividad produce efectos desde su inicio o en su caso desde su sustitución a fin de evitar la nulidad del contrato en su integridad, pues en caso de que la cláusula sustitutiva se incorporara al contrato con el

⁸ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-10074>

⁹ En tal sentido se posiciona el voto particular del Excmo. Sr. D. Francisco Javier Arroyo Fiestas, STS nº 585, 595, 596, 597 y 598/20 de 12 de noviembre de 2020 <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/La-Sala-Primera-del-Tribunal-Supremo-notifica-las-sentencias-que-resuelven-cuatro-recursos-de-casacion-en-relacion-con-el-indice-IRPH-de-las-hipotecas>

único fin de evitar su nulidad, el profesional, en aplicación del artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, debería reintegrar todo lo cobrado en aplicación de la cláusula abusiva hasta el momento de la sustitución, en tanto que si la sustitución opera desde el inicio del contrato, la cantidad a reintegrar por el profesional sería únicamente la diferencia entre lo que supuso la aplicación del índice inicialmente previsto y lo que hipotéticamente hubiera supuesto la aplicación del índice sustitutivo.

PROCEDIMIENTO ACELERADO DE LAS REPREGUNTAS. –

17. El artículo 105.1 del RPTJUE dispone que a instancia del órgano jurisdiccional remitente o, excepcionalmente de oficio el Presidente del Tribunal puede *“decidir tramitar una petición de decisión prejudicial mediante un procedimiento acelerado que establezca excepciones a las disposiciones del presente Reglamento, cuando la naturaleza del asunto exija resolverlo en breve plazo”*.
18. Este Juzgador entiende que merece su tramitación mediante el procedimiento acelerado; a las razones expuestas en el auto que dio origen a la cuestión prejudicial C-125/18 deben añadirse las propias del estado de la cuestión, del contexto actual, y de las derivadas de las dudas de la propia interpretación de la sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020.

Dispongo, someter al TJUE nuevas peticiones de decisión prejudicial, a consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de fecha 3 de marzo de 2020 dictada para otorgar elementos interpretativos del Derecho de la Unión para la resolución del asunto pendiente en este Juzgado, en concreto las siguientes:

- 1.- **¿Resulta contrario al artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE, que el profesional que impone un índice de implantación minoritaria como el IRPH en un contrato suscrito con un consumidor, no incorpore al contrato la definición completa del mismo tal y como viene recogida en las normas que lo**

regulan o no le entregue, previo a la suscripción del mismo, un folleto informativo que recoja su anterior evolución?

- 2.- La publicación del IRPH Cajas en el BOE, ¿salva para todos los casos las exigencias de transparencia en cuanto a composición y cálculo del IRPH Cajas, incluida la obligación profesional de informar al consumidor contratante respecto de conceptos como «tipo de interés», «índice de referencia» o «tasa anual equivalente»?**
- 3.- ¿Resulta contrario a los artículos 3, 4.2, 5 y 6 de la Directiva 93/13/CEE, y a la Jurisprudencia del TJUE, al efecto disuasorio, una vez constatado que la cláusula IRPH Cajas no supera los criterios de exigencia de transparencia exigidos, realizar un juicio posterior de abusividad para declarar su nulidad? ¿El no proporcionar el dato objetivo de la evolución del índice durante los 2 últimos años constituye de por sí, que sea una cláusula abusiva y que ha actuado en contra de las exigencias de la buena fe, por no facilitar la comparativa con el resto de índices? ¿El no aplicar un diferencial negativo, como señala el Banco de España, supone un desequilibrio entre los derechos y deberes de las partes que tiene acogida en el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE?**
- 4.- ¿Resulta contrario a los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y a la Jurisprudencia del TJUE derivada de la STJUE C-260/18, que el juez nacional que entiende que el contrato objeto de controversia no puede subsistir sin la cláusula relativa al tipo de interés declarada abusiva no ofrezca al consumidor la posibilidad de optar entre la nulidad del contrato o la integración del mismo?**
- 5.- ¿Resulta contrario a los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE y al efecto disuasorio como principio comunitario, dada la alteración insignificante que se daría en el resultado económico, que declarada abusiva la cláusula que incorpora el índice IRPH Cajas al contrato suscrito por un profesional y un consumidor, el juez nacional sustituya dicha**

cláusula por otra que incorpore el índice IRPH Entidades al contrato, teniendo en cuenta que ambos se determinan por idéntico y complejo método de cálculo y el ordenamiento nacional contempla esta sustitución en los supuestos pacíficos en los que se pretende el mantenimiento del equilibrio de prestaciones entre las partes?

6.- ¿Los artículos 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE deben entenderse en el sentido de que el juez nacional que con arreglo a su ordenamiento interno aplica una cláusula supletoria a fin de evitar la nulidad del contrato en su integridad debe condenar al profesional a reintegrar al consumidor la totalidad de lo detraído en aplicación de la cláusula abusiva hasta el momento de la sustitución, o, por el contrario, deben entenderse en el sentido de que el profesional ha de ser condenado a reintegrar al consumidor la diferencia entre lo detraído en aplicación de la cláusula abusiva y lo que hipotéticamente hubiera cobrado de haber aplicado el tipo sustitutivo?

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que es firme no cabiendo ningún recurso, ordenando remitir testimonio de esta resolución para su unión a la cuestión prejudicial C-125/18 al considerarse repreguntas a la misma dando por reproducido el expediente cuya copia ya obra en el TJUE por correo certificado con acuse de recibo dirigida a la Secretaría del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, (Rue du Fort Niedergrünnewald, L-2925 Luxemburgo) para que, previo trámite de admisión de las cuestiones que se suscitan, dé cumplida contestación si lo estima pertinente, adelantándose su remisión por copia, al solicitarse para su resolución el procedimiento de acelerado, mediante correo electrónico (ECJ-Registry@curia.europa.eu) y fax (+352 43 37 66).

Remitiendo copia simple al Servicio de Relaciones Internacionales del CGPJ, a la red REDUE, –Fax: 917006350- (REDUE Red del CGPJ de Expertos en Derecho de la Unión Europea). C/Marqués de la Ensenada, 8 28004 Madrid. E-mail: rocio.cassinello@cgpj.es

DILIGENCIA.- La extiendo yo, el Letrado de la Administración de Justicia, para hacer constar que en el día de hoy me ha sido entregada la anterior resolución debidamente firmada, para su notificación a las partes y archivo del original. De ello doy fe.

EL MAGISTRADO

EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA