



COMISIÓN EUROPEA

Bruselas, 31 de mayo de 2018
sj.j(2018)3142684

*Documentos relativos a un
procedimiento judicial*

AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

OBSERVACIONES ESCRITAS

presentadas de conformidad con el artículo 23, párrafo segundo, del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea por la

COMISIÓN EUROPEA

representada por Napoleón RUIZ GARCÍA, Julio BAQUERO CRUZ y Céline VALERO, miembros de su Servicio Jurídico, en calidad de agentes, quienes designan como domicilio el del Servicio Jurídico, Greffe contentieux, BERL 1/169, B-1049 Bruselas, y aceptan que todas las notificaciones les sean enviadas mediante e-curia,

en el asunto C-125/18

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona, destinada a obtener, en el marco del litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre

**Marc GÓMEZ DEL MORAL GUASCH y
BANKIA S.A**

una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores¹ (en adelante "la Directiva"), en particular del artículo 1, apartado 2; el artículo 4, apartado 2; el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7.

¹ DO L 95 de 21 de abril de 1993, página 29.

ÍNDICE

I.	INTRODUCCIÓN Y HECHOS.....	3
II.	PREGUNTAS PLANTEADAS EN LAS CUESTIONES PREJUDICIALES.....	4
III.	NORMATIVA DE LA UNIÓN	6
IV.	NORMATIVA NACIONAL.....	9
V.	APRECIACIÓN JURÍDICA.....	14
	V.1 Consideraciones previas	14
	V.2 Respecto de la primera pregunta	14
	V.3 Respecto de la segunda pregunta.....	18
	V.3.1 Respecto de la primera subpregunta	19
	V.3.2 Respecto de la segunda subpregunta	21
	V.3.3 Respecto de la tercera subpregunta	24
	V.4 Respecto de la tercera pregunta.....	28
VI.	CONCLUSIÓN	36

La Comisión tiene el honor de formular las siguientes observaciones:

I. INTRODUCCIÓN Y HECHOS

1. El 19 de julio de 2001, el demandante, Marc Gómez del Moral Guasch suscribió con Bankia S.A un contrato de préstamo hipotecario por el importe de 132.222,66 euros para financiar la adquisición de una vivienda.
2. Dicho contrato establecía, de acuerdo con su cláusula 3ª bis, el procedimiento de cálculo del tipo de interés variable aplicable a dicho préstamo. La parte primera de la citada cláusula tiene el siguiente tenor literal:

"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, rodean por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementando en 0,25 porcentuales.

En defecto de dicho tipo de referencia o de su publicación oficial, se tomará en la fecha de revisión y para idéntico periodo de tiempo, con carácter supletorio, el tipo activo de referencia de las Cajas de Ahorro, vigente en el momento de la revisión, que igualmente el Banco de España publica oficial y periódicamente en el B.O.E., con el mismo criterio de aplicación que el tipo de referencia inicialmente previsto."

3. Dicho tipo de interés debía por tanto calcularse tomando como tipo de referencia el del índice de referencia de préstamos hipotecarios concedidos por determinadas cajas de ahorro españolas (IRPH-Cajas).

4. D. Marc Gómez del Moral presentó una demanda ante el juzgado de primera instancia competente (el órgano jurisdiccional remitente), solicitando, entre otras cosas, la declaración de nulidad, por abusiva, de dicha cláusula.
5. El órgano jurisdiccional remitente manifiesta tener dudas acerca de la interpretación de la Directiva 93/13 con respecto a la cláusula controvertida, de la transparencia de la misma, del nivel de información del que dispuso el demandante en el momento de la celebración del contrato, así como de las eventuales consecuencias jurídicas en caso de declararla abusiva.
6. El órgano jurisdiccional remitente expone, además, que el IRPH-Cajas es un índice de referencia de interés variable minoritario, puesto que tan sólo se utiliza en el 10% de los contratos de préstamo hipotecario en España, siendo el Euríbor, tipo interbancario en euros, el que se utiliza en casi el 90% restante. Asimismo, el órgano jurisdiccional remitente explica que la utilización del IRPH-Cajas como referencia para el cálculo de los intereses aplicables a dicho préstamo supone, de media, una diferencia de coste de entre 18.000 y 21.000 euros de más, para cada consumidor, con respecto al Euríbor.
7. En este contexto, el juez remitente decide suspender el procedimiento y plantear las siguientes cuestiones prejudiciales sobre la interpretación la Directiva 93/13, que le han sido remitidas a la Comisión el 21 de marzo de 2018.

II. PREGUNTAS PLANTEADAS EN LAS CUESTIONES PREJUDICIALES

Primera cuestión:

"Este índice 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 art.1.2 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 al contrato?"

Segunda cuestión:

"2.1. Conforme al art.4.2 de la Directiva 93/13, no transpuesta en nuestro ordenamiento, ¿resulta contrario a la Directiva 93/13/CEE, y a su artículo 8, que un órgano jurisdiccional español invoque y aplique el artículo 4.2 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?"

2.2 En todo caso, ¿es necesario transmitir información o publicidad sobre los siguientes hechos o datos, o alguno de ellos, para la comprensión del 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 evolución 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.

2.3 Y de concluir, el TJUE que incumbe al órgano judicial remitente que examine el carácter abusivo de las cláusulas contractuales y deducir todas sus 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 cláusula al no ser clara para el consumidor medio, art.4.2 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?"

Tercera cuestión:

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 arts.6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13?"

3.1 La integración del contrato, aplicando un índice sustitutorio habitual, el euríbor, al tratarse de un contrato esencialmente vinculado a un interés productivo o a favor de la entidad, profesional.

3.2 Dejar de aplicar el interés, con la única obligación de devolver el capital prestado en los plazos estipulados por parte del prestatario o deudor."

III. NORMATIVA DE LA UNIÓN

8. En materia de cláusulas abusivas, resulta de aplicación la **Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores**, la cual establece cuando se considera que una cláusula es abusiva:

Artículo 1: "1. *El propósito de la presente Directiva es aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.*

2. *Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva".*

Artículo 3: "1. *Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.*"

Artículo 4: "1. *Sin perjuicio del artículo 7, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa.*

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

Artículo 5: "En los casos de contratos en que todas las cláusulas propuestas al consumidor o algunas de ellas consten por escrito, estas cláusulas deberán estar redactadas siempre de forma clara y comprensible. En caso de duda sobre el sentido de una cláusula, prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor. Esta norma de interpretación no será aplicable en el marco de los procedimientos que establece el apartado 2 del artículo 7 de la presente Directiva".

9. La misma Directiva establece de forma clara e incondicional el alcance y los efectos de la abusividad de una cláusula:

Artículo 6: "1. *Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las*

cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas." (...)

10. Igualmente, la Directiva prevé la creación de mecanismos que garanticen el cese de la aplicación de dichas cláusulas, en particular en los apartados 1 y 2 del artículo 7:

Artículo 7: *"1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.*

2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas."

11. Asimismo, la Directiva prevé que los Estados miembros otorguen un nivel de protección superior, artículo 8:

Artículo 8: *"Los Estados miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el Tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección".*

12. Como elemento para la interpretación de las disposiciones de la, conviene resaltar igualmente sussiguientes considerandos:

"(...) Considerando que corresponde a los Estados miembros velar por que no se incluyan cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores;

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 ni las disposiciones de convenios internacionales de los que los Estados miembros o la Comunidad sean parte; que a este respecto, la expresión "disposiciones legales o reglamentarias imperativas" que aparece en el apartado 2 del artículo 1

incluye también las normas que, con arreglo a derecho se aplican entre las partes contratantes cuando no exista ningún otro acuerdo;

Considerando que los contratos debe redactarse en términos claros y comprensibles, que el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas y que, en caso de duda, deberá prevalecer la interpretación más favorable al consumidor;

Considerando que es necesario fijar de forma general los criterios de apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales;

Considerando que la apreciación, con arreglo a los criterios generales establecidos, del carácter abusivo de las cláusulas, en particular en las actividades profesionales de carácter público de prestación de servicios colectivos teniendo en cuenta una solidaridad entre usuarios, necesita completarse mediante una evaluación global de los distintos intereses en juego; que en esto consiste la exigencia de buena fe; que en la apreciación de la buena fe hay que prestar especial atención a la fuerza de las respectivas posiciones de negociación de las partes, a si se ha inducido en algún modo al consumidor a dar su acuerdo a la cláusula y a si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado a petición especial del consumidor; 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; (...)

Considerando que los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia; (...)

Considerando que los órganos judiciales y autoridades administrativas deben contar con medios apropiados y eficaces para poner el fin al uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores".

IV. NORMATIVA NACIONAL

13. En ámbito nacional, cabe mencionar, en primer lugar, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en su redacción actual, dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo:

"(...) CAPÍTULO II

Derechos básicos de los consumidores y usuarios

Artículo 8. Derechos básicos de los consumidores y usuarios.

Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

- a) La protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad.*
- b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos.*
- c) La indemnización de los daños y la reparación de los perjuicios sufridos.*
- d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute.*
- e) La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, a través de las asociaciones, agrupaciones, federaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.*
- f) La protección de sus derechos mediante procedimientos eficaces, en especial ante situaciones de inferioridad, subordinación e indefensión.*

Artículo 60. Información previa al contrato.

- 1. Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas.*
- 2. Serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y cualesquiera otras que resulten de aplicación y, además:*

(...)

c) El precio total, incluidos todos los impuestos y tasas. Si por la naturaleza de los bienes o servicios el precio no puede calcularse razonablemente de antemano o está sujeto a la elaboración de un presupuesto, la forma en que se determina el precio así como todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales.

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

d) Los procedimientos de pago, entrega y ejecución, la fecha en que el empresario se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación del servicio.

Artículo 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente.

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

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

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

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

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

Artículo 82. Concepto de cláusulas abusivas.

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

expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

2. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

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

3. El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa.

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

a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario,

b) limiten los derechos del consumidor y usuario,

c) determinen la falta de reciprocidad en el contrato,

d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba,

e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o

f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Artículo 83: *"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. Por lo que respecta a las consecuencias de la nulidad de una determinada cláusula contractual, procede mencionar también la regla general contenida en el artículo 1303 del Código civil español:

"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."

15. El IRPH-Cajas es un índice de referencia de préstamos hipotecarios. Fue introducido inicialmente por la Norma sexta bis de la Circular 8/1990 de 7 de septiembre, modificada por la Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España, que en su apartado c) indica:

"Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de las entidades de crédito".

16. Asimismo la norma segunda de la misma circular establece la información que debe remitirse al Banco de España para que éste confeccione y publique ciertos índices o tipos de referencia del Mercado Hipotecario.

Norma segunda. Información sobre tipos de interés aplicados.

"(...) 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 realizadas en España, que hayan sido iniciadas o renovadas el mes anterior".

17. El **Anexo VIII** de la Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España define al IPRH 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 a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario".

18. Actualmente, tal y como señala el juez remitente, existen seis índices de referencia oficiales en España según la Orden EHA/2899/2011 de 28 octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y en concreto el artículo 27.1a) se refiere el IRPH Entidades españolas:

Artículo 27. Tipos de interés oficiales.

"1. 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".

19. Por último, la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (“Ley 14/2013”)², establece el siguiente régimen de transición para la desaparición de índices o tipos de interés de referencia:

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:

a) Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por los bancos.

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

c) Tipo activo de referencia de las cajas de ahorros.

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 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.

² BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013, páginas 78787 a 78882.

V. APRECIACIÓN JURÍDICA

V.1 Consideraciones previas

20. Antes de proceder a contestar a las preguntas planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, la Comisión estima oportuno formular dos breves consideraciones previas.
21. En primer lugar, la Comisión recuerda que el presente asunto versa sobre una cláusula esencial presente en un número elevado de contratos de préstamo hipotecario en España. Estos contratos son probablemente los contratos con más importancia económica y mayor repercusión social de entre los contratos de consumo, en la medida en que resultan clave para el ejercicio del derecho de acceso a la vivienda, reconocido en el artículo 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, derecho que –como bien ha señalado el Tribunal– ha de tenerse en cuenta a la hora de aplicar la Directiva 93/13³.
22. En segundo lugar y como señala el órgano jurisdiccional remitente en el propio auto de remisión, el litigio principal se plantea tras haber dictado sentencia el Tribunal Supremo (pleno de su sala de lo civil) en fecha 14 de diciembre de 2017⁴, en relación con una cláusula muy similar a la del asunto que nos ocupa. 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.

V.2 Respecto de la primera pregunta

23. Mediante la primera pregunta prejudicial el órgano jurisdiccional remitente desea dilucidar si una cláusula que establece el tipo de interés de un préstamo hipotecario, como la controvertida en el litigio principal, está en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, en la medida en que dicho tipo se basa en un índice –el índice IRPH Cajas– que estaba regulado en disposiciones legales o reglamentarias (en

³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2014 en el asunto C-34/13, *Monika Kušionová contra SMART Capital, a.s.*, EU:C:2014:2189, apartado 65.

⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (sala de lo civil) número 4308/2017 de 14 de diciembre de 2017, ES:TS:2017:4308.

particular, en la Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España y la Orden EHA/2899/2011 de 28 octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios).Efectivamente, dicho índice era, en el momento de la suscripción del contrato, uno de los posibles índices de referencia que podían ser empleados por los profesionales en los contratos de préstamo hipotecario a tipo variable.

24. El artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 prevé que aquellas cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legislativas o reglamentarias imperativas no estarán sometidas a las disposiciones de la Directiva. El Tribunal de Justicia ha aclarado que la excepción de disposiciones legales y administrativas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE viene justificada por el hecho de que es legítimo presumir que el legislador nacional ha establecido un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes⁵.
25. Ahora bien, tratándose de un índice regulado en disposiciones legislativas o reglamentarias, procede distinguir entre el índice propiamente dicho, por una parte, y la cláusula contractual que acuerda la aplicación de dicho índice para establecer el tipo de interés del préstamo, por la otra.
26. La Comisión considera, en efecto, que el índice IRPH-Cajas como tal, en la medida en que viene regulado por ley, no puede, en sí mismo, ser objeto de control de transparencia por virtud de la Directiva 93/13.
27. Cuestión bien distinta es si una cláusula contractual que fije el tipo de interés con base en dicho índice está, o no, sometida a la Directiva 93/13. A juicio de la Comisión, tal cláusula sí se encuentra en el ámbito de aplicación de la Directiva.
28. Efectivamente, tal y como el Tribunal de Justicia ha aclarado en diversas ocasiones, solo aquellas cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales y administrativas y que se apliquen de forma imperativa⁶, esto es, que se apliquen entre las partes contratantes con independencia de su elección o que sean de carácter

⁵ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 2013 en el asunto C-92/11, *RWE Vertrieb AG contra Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen eV*, EU:C:2013:180, apartados 26 a 28.

⁶ Véase, entre otras, las sentencias del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2014 en el asunto *Kušionová*, antes citado, apartado 78 y de 30 de abril de 2014 en el asunto C-280/13, *Barclays Bank, S.A. contra Sara Sánchez García y Alejandro Chacón Barrera*, EU:C:2014:279, apartado 31.

supletorio y por tanto aplicables por defecto (es decir, cuando las partes no hayan pactado otra cosa)⁷, se encontrarán excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13.

29. Según el Tribunal de Justicia, corresponde en principio al órgano jurisdiccional remitente apreciar, atendiendo a la naturaleza, al sistema general y a las estipulaciones de los contratos de préstamo en cuestión, así como a su contexto jurídico y de hecho, si la cláusula en cuestión refleja disposiciones imperativas de Derecho nacional en el sentido del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13⁸. Para ello, el órgano jurisdiccional remitente debe tener en cuenta que, en vista del objetivo de la citada Directiva, que es la protección de los consumidores contra las cláusulas abusivas incluidas por los profesionales en los contratos concluidos con estos últimos, la excepción establecida en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva es de interpretación estricta⁹.
30. Pues bien, cabe recordar, en primer lugar, que la propia sentencia de 14 de diciembre de 2017 del Tribunal Supremo ya admitió implícitamente que la excepción contemplada en el artículo 1, apartado 2, no se aplica a la cláusula a la cláusula contractual del índice IRPH Cajas, puesto que dicho Tribunal entró a analizar la transparencia de la cláusula en cuestión, sin cuestionar la aplicabilidad de la Directiva 93/13. Es más, como se explica de forma acertada y muy clara en el voto particular de dicha sentencia suscrito por los magistrados del Tribunal Supremo D. Francisco Javier Orduña Moreno y D. Francisco Javier Arroyo Fiestas: *“el objeto de dicho control [judicial] no es el índice como tal, esto es, como reflejo de una disposición legal o administrativa que lo oficializa, sino su empleo o utilización bajo condiciones generales (...)”*¹⁰. Y respecto del criterio del carácter imperativo de la disposición, dicho voto particular señala que: *“(...) 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 momento (entre otros, el Mibor, el*

⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2017 en el asunto C-186/16, *Ruxandra Paula Andriciu y otros y Banca Românească SA*, EU:C:2017:703, apartado 29.

⁸ Ibidem, apartado 30.

⁹ Ibidem, apartado 31.

¹⁰ Voto Particular Fundamento Jurídico Primero, apartado 1.

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."¹¹

31. En segundo lugar y por su parte, el propio órgano jurisdiccional remitente también mantiene en su Auto de remisión¹² que el índice IRPH Cajas, aun estando previsto en disposiciones reglamentarias no se impone con carácter imperativo a las partes contratantes, tal y como requiere la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para considerar que la excepción del artículo 1 apartado 2 de la Directiva 93/13 resulta aplicable.
32. Ante tales planteamientos tanto por parte del Tribunal Supremo como por parte del órgano jurisdiccional remitente, la Comisión constata que, en principio, ninguna disposición legal o reglamentaria española impone a las partes contratantes la utilización del citado índice, ni de ningún otro de los índices oficiales. Antes al contrario, según se indica el auto de remisión, casi el 90% de los préstamos hipotecarios firmados en España con interés variable basarían su tipo de interés en el Euríbor¹³.
33. Por tanto, no parece que el índice aplicable de forma imperativa, o en defecto de acuerdo entre las partes, sea el IRPH Cajas, con lo que no puede predicarse que la cláusula en cuestión sea el resultado de la aplicación de disposiciones legislativas o reglamentarias que excluyen la aplicación de la Directiva 93/13.
34. De todo ello se debe concluir necesariamente que no se cumple en el presente asunto el requisito de aplicación imperativa de las normas que regulan el índice IRPH-Cajas, y que no resulta aplicable la excepción del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13. Por consiguiente, la cláusula tercera bis del contrato de préstamo hipotecario en la que se recoge el índice IRPH-Cajas de referencia para el cálculo del tipo de interés variable de dicho préstamo se encuentra comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, y el carácter eventualmente abusivo de dicha cláusula contractual puede ser objeto de control judicial.

¹¹ Ibidem.

¹² Auto de remisión, Fundamentos Jurídicos apartados 26-30.

¹³ Auto de remisión, Fundamentos Jurídicos, apartado 13.

35. En virtud de lo expuesto, la Comisión respetuosamente propone al Tribunal de Justicia que conteste a la primera pregunta planteada por el Tribunal que el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que esta Directiva se aplica a una cláusula como la controvertida en el asunto principal, que establece un tipo de interés variable basado en un índice que está regulado por disposiciones reglamentarias o administrativas, dado que dichas disposiciones no son imperativas sino que el tipo de interés variable y remuneratorio se incorpora al contrato de forma opcional por el profesional.

V.3 Respetto de la segunda pregunta

36. Mediante su segunda pregunta, subdividida en tres, el órgano jurisdiccional remitente plantea varias dudas relativas al alcance y contenido del control de transparencia de las cláusulas contractuales, de conformidad con el artículo 4, apartado 2 (e, indirectamente, con el artículo 5), de la Directiva 93/13. En particular, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia:

(i) si el hecho de que el Reino de España no haya incorporado al Derecho español el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 permite, de conformidad con el artículo 8 de dicha Directiva, que un órgano jurisdiccional español pueda invocar y aplicar dicho precepto para analizar una cláusula que afecta al objeto principal del contrato;

(ii) si para cumplir con el requisito de transparencia fijado en los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 en relación con la cláusula IRPH-Cajas, el profesional debía informar al consumidor, en particular, de los siguientes hechos o datos:

- (a) los elementos que configuran el tipo de referencia IRPH-Cajas, explicando que los datos proporcionados no son públicos, en comparación, por ejemplo, con el euríbor; y

- (b) la evolución de dicho tipo de referencia en el pasado y de las perspectivas de futuro en comparación con otros tipos habituales de préstamos con garantía hipotecaria, como por ejemplo el euríbor;

(iii) y si la falta de información de los anteriores elementos determinaría la falta de comprensión de la cláusula para el consumidor medio o, incluso, un trato desleal que hubiera provocado que el consumidor no hubiera aceptado dicho tipo de referencia.

V.3.1 Respecto de la primera subpregunta

37. El artículo 4, apartado 2, efectivamente establece que el análisis de abusividad que requiere el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se aplicará 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.
38. Sin embargo, tal y como afirma el órgano jurisdiccional remitente, y de hecho así ha sido reconocido por el Tribunal de Justicia en asuntos anteriores¹⁴, la Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, no ha incorporado el artículo 4, apartado 2 de la Directiva 93/13, al ordenamiento español. Por ello, un órgano jurisdiccional nacional puede 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.
39. Pues bien, en opinión de la Comisión, la elección del Reino de España de no incorporar al Derecho español el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 es conforme con el artículo 8 de la misma, que autoriza a los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones más estrictas que garanticen un mayor nivel de protección a los consumidores.

¹⁴ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de junio de 2010 en el asunto C-484/08, *Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid contra Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, EU:C:2010:309, apartados 41 y 42.

40. Por otra parte, el Tribunal de Justicia también ha recordado que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, según resulta del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, coincide con la exigencia de transparencia prevista en el artículo 5 de la citada Directiva¹⁵ y que, en consecuencia, el carácter abusivo de una cláusula contractual puede resultar de una formulación que no cumple la exigencia de una redacción clara y comprensible enunciada en dicho artículo 5¹⁶.
41. De lo anterior se deduce que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales contenida en el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 es equivalente a la contenida, con carácter general, en el artículo 5. Por consiguiente, el examen de transparencia de una cláusula forma parte del examen de abusividad que se deriva del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva.
42. En este sentido, los órganos jurisdiccionales españoles no solo pueden, sino que deben, en el marco del examen de abusividad de las cláusulas contractuales –aún de aquellas que conformen el objeto esencial del contrato–, examinar la transparencia de dichas cláusulas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 93/13, que reproduce la misma exigencia de transparencia que el artículo 4, apartado 2, de la misma.
43. Cuestión bien distinta sería si un órgano jurisdiccional español, a sabiendas de que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 no ha sido incorporado al ordenamiento español, limitara su análisis de una cláusula que conformara un elemento esencial del contrato al control de transparencia previsto en el citado precepto y no realizara un examen global y sustantivo de abusividad de conformidad con el artículo 3, apartado 1. En tal caso, dicha limitación del examen de abusividad sí sería, en opinión de la Comisión, contraria al artículo 3, apartado 1.
44. Por las razones expuestas, la Comisión propone al Tribunal de Justicia contestar a la primera subpregunta que el artículo 4, apartado 2, en concordancia con el artículo 5 de la Directiva 93/13, no se oponen a que un órgano jurisdiccional nacional examine

¹⁵ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-186/16, *Andriciuc*, antes citada, apartado 44.

¹⁶ Véase, entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de julio de 2016 en el asunto C-191/15, *Verein für Konsumenteninformation contra Amazon EU Sàrl*, EU:C:2016:612, apartado 68.

si las cláusulas incorporadas por un profesional en un contrato con consumidores, incluidas las que afectan al objeto principal del contrato, están redactadas de manera clara y comprensible, aunque el legislador no haya incorporado dicho precepto a su ordenamiento jurídico nacional, siempre y cuando, en este último caso, dicho examen abarque también la abusividad de dichas cláusulas, de conformidad con el artículo 3, apartado 1, de la Directiva.

V.3.2 Respecto de la segunda subpregunta

45. En opinión de la Comisión, la respuesta a la segunda subpregunta lleva implícita, a su vez, la respuesta a la primera parte de la tercera subpregunta, relativa a la falta de comprensión del consumidor medio en caso de la omisión de los datos referidos por el órgano jurisdiccional remitente, en la medida en que, si se concluye que dicha omisión constituye una violación al deber de transparencia de las cláusulas contractuales contemplado en los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13, la consecuencia forzosa será la falta de comprensión (o al menos de suficiente comprensión) de las consecuencias económicas y jurídicas de dicha cláusula para un consumidor medio.
46. La Comisión recuerda, en primer lugar, que el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de precisar que la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de aquéllas en un plano formal y gramatical. Por el contrario, toda vez 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 con respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva¹⁷.
47. En particular, como también ha aclarado el Tribunal de Justicia¹⁸, 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

¹⁷ Véase, entre otras, la sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de abril de 2015 en el asunto C-96/14, *Jean-Claude Van Hove contra CNP Assurances SA*, EU:C:2015:262, apartado 40 y jurisprudencia allí citada.

¹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto C-186/16, *Andriuciuc*, antes citada, apartado 45.

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.

48. En este sentido, el Tribunal de Justicia también ha reconocido que corresponde al juez nacional examinar dicha cuestión, 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 préstamo¹⁹.
49. Más concretamente, 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 podían incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo.
50. Desempeñan un papel decisivo en dicha apreciación, 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 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 contrato²⁰.
51. De lo anterior se desprende que corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional remitente valorar, a la luz de los elementos de hecho pertinentes, si los datos o hechos a los que hace referencia en el auto de remisión pueden considerarse esenciales, a la vista del tipo de contrato de que se trataba (contrato de préstamo hipotecario), para que un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz pudiera entender el funcionamiento concreto del tipo de

¹⁹ Ibidem, apartado 46.

²⁰ Ibidem, apartado 47.

referencia IRPH-Cajas y evaluar tanto el coste económico derivado de la elección de dicho tipo de referencia como las implicaciones jurídicas derivadas del mismo.

52. El órgano jurisdiccional remitente deberá efectuar dicho examen en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato²¹.
53. Sin perjuicio de ello y a la luz de la información suministrada en el auto de remisión, la Comisión considera que tanto la configuración del tipo de referencia como su comportamiento pasado (e incluso, si fuera posible, las perspectivas de evolución futuras) sí constituyen elementos esenciales para que un consumidor medio pueda comprender las consecuencias económicas de la elección del tipo IRPH-Cajas antes de firmar el contrato.
54. Téngase en cuenta a estos efectos que el índice de referencia IRPH-Cajas constituye la base para calcular los intereses del préstamo y, por tanto, del precio del contrato, por lo que el esfuerzo de transparencia que el comerciante debe realizar con respecto a dicha cláusula es, si cabe, más importante aún que el que cabe exigírsele para el resto del clausulado.
55. A título ilustrativo, la Comisión constata además que el propio legislador de la Unión ha impuesto específicamente análogas obligaciones de información a los profesionales en dos directivas que versan sobre la protección al consumidor en el ámbito financiero: la Directiva 2008/48/CE sobre crédito al consumo²² y la Directiva 2014/17/UE sobre créditos con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial²³. Dichas directivas (que además han sido modificadas recientemente por el Reglamento (UE) 2016/2011 sobre índices de referencia en

²¹ Ibidem, apartado 58.

²² Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo (DO L 133 de 22.5.2008, p. 66).

²³ Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010 (DO L 60 de 28.2.2014, p. 34).

instrumentos financieros²⁴), aunque no resultan aplicables al asunto que nos ocupa, la primera *ratione materiae* y la segunda *ratione temporis*, detallan la protección que deben recibir los consumidores en relación con determinados instrumentos financieros y recogen específicamente los deberes de información que recaen sobre el profesional antes de la firma del contrato de crédito con los consumidores²⁵.

56. A la vista del contenido de los deberes de información concretado en las anteriores directivas y teniendo en cuenta que el deber de transparencia debe interpretarse de forma extensiva, la Comisión se ratifica en la opinión de que la obligación de transparencia contenida en los artículos 4, apartado 2 y 5 de la Directiva 93/13 exigía al profesional que hubiera informado a los consumidores, con carácter previo a la firma del contrato de préstamo hipotecario, de los elementos señalados por el órgano jurisdiccional remitente.
57. Por lo anterior, la Comisión propone al Tribunal de Justicia contestar a la segunda subpregunta en el sentido de que el deber de transparencia consagrado en los artículos 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 en relación con una cláusula esencial del contrato como es la cláusula controvertida, que fija el tipo de interés de un préstamo hipotecario con base en el índice IRPH-Cajas, comprende, en particular, la obligación para el profesional de explicar al consumidor, antes de la firma del contrato, cómo se configura el tipo de referencia, cuál ha sido la evolución de dicho tipo en el pasado así como su posible evolución futura, comparado con otros tipos empleados en el mercado.

V.3.3 Respecto de la tercera subpregunta

58. El órgano jurisdiccional remitente se pregunta también si la omisión de facilitar los datos mencionados en la segunda subpregunta al consumidor puede considerarse un trato desleal para con este.

²⁴ Reglamento (UE) 2016/1011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, sobre los índices utilizados como referencia en los instrumentos financieros y en los contratos financieros o para medir la rentabilidad de los fondos de inversión, y por el que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2014/17/UE y el Reglamento (UE) n.º 596/2014 (DO L 171 de 29.6.2016, p. 1).

²⁵ Véanse, a título meramente ilustrativo los artículos 5 y 10 de la Directiva 2008/48 y 13 y 14 de la Directiva 2014/17.

59. La Comisión entiende que, mediante esta subpregunta, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en realidad, si dicha omisión podría constituir una omisión engañosa en el sentido de lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales²⁶.
60. Recordemos que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2005/29/CE, considera engañosa toda práctica comercial de un profesional que, teniendo en cuenta sus características y su contexto, omite información sustancial que necesite el consumidor medio para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa.
61. Por lo que respecta al concepto "decisión sobre una transacción", este viene definido ampliamente en el artículo 2, letra k), de la Directiva 2005/29 como *"toda decisión por la que un consumidor opta por comprar o no un producto y resuelve de qué manera y en qué condiciones efectúa la compra, si realiza un pago íntegro o parcial, si conserva un producto o se deshace de él y si ejerce un derecho contractual en relación con dicho producto, tanto si el consumidor opta por actuar como por abstenerse de actuar"*.
62. Para la Comisión, es evidente que la decisión de contratar un préstamo hipotecario o, al menos, uno cuyo tipo de interés se basa en el índice IRPH Cajas como en el presente asunto, corresponde al concepto "decisión sobre una transacción".
63. Por su parte, el concepto de "información sustancial" no está definido en la Directiva. Sin embargo, se desprende del propio artículo 7, apartados 1 y 2, que tiene esta condición una información que necesita el consumidor medio, habida cuenta del contexto, para adoptar una decisión sobre una transacción con conocimiento de causa y, en consecuencia, cuya omisión puede llevarle a adoptar una decisión sobre una transacción que de otro modo no habría adoptado²⁷.

²⁶ Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 149 de 11.6.2005, p. 22).

²⁷ Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de febrero de 2017 en el asunto C-562/15, *Carrefour Hypermarchés SAS e ITM Alimentaire International SASU*, EU:C:2017:95, apartado 30.

64. Además, a la luz del propio artículo 7, apartado 4, relativo a las invitaciones a comprar, que también menciona el concepto "información sustancial" y cuya letra c) hace referencia expresa a "la forma en que se determina precio", la Comisión estima que los elementos que conforman el precio del servicio a prestar (en este caso, el tipo de interés del préstamo hipotecario) constituyen, sin duda alguna, una información sustancial que el comerciante debe proporcionar al cliente para que este tome una decisión sobre la transacción.
65. Por consiguiente, de conformidad con el artículo 7 de la Directiva 2005/29, para concluir que se ha producido una omisión engañosa, dos condiciones deben cumplirse. Por un lado, que la omisión de información sustancial sea de tal naturaleza que impida al consumidor tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y, por otro, que tenga por consecuencia real o potencial que el consumidor medio tome una decisión sobre la transacción que de otro modo no hubiera tomado.
66. Pues bien, aunque corresponde al juez nacional verificar que ambas condiciones se cumplen en el presente caso, la Comisión considera, *prima facie*, que el hecho de que el profesional no informara al consumidor sobre la configuración del tipo de referencia (siendo dicho tipo el elemento principal del precio) ni sobre la evolución pasada de dicho índice, comparada con la de otros índices posibles, sí podría constituir una omisión engañosa en el sentido del artículo 7 de la Directiva 2005/29/CE, susceptible de hacer que dicho consumidor tomara una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.
67. Finalmente, a este respecto, la Comisión cree oportuno traer a colación el asunto *Pereničová*²⁸ por la relativa similitud entre la segunda pregunta planteada en aquel asunto y la presente subpregunta; en la medida en que, en aquel asunto, el juez nacional tenía dudas sobre las consecuencias que debían extraerse del hecho de que una determinada práctica fuera considerada como desleal a los efectos de la valoración del carácter abusivo de las cláusulas de dicho contrato, a la vista del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como de la validez de dicho

²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de marzo de 2012 en el asunto C-453/10, *Jana Pereničová, Vladislav Pereničy SOS financ, spol. s r. o.*, EU:C:2012:144.

contrato en su conjunto, a la vista del artículo 6, apartado 1, de esta última Directiva²⁹.

68. Pues bien, como el Tribunal de Justicia concluyó en aquel asunto, siguiendo la línea marcada por la Abogado General Trstenjak³⁰, la comprobación del carácter desleal de una práctica comercial constituye un elemento entre otros en los que el juez competente puede basar su apreciación del carácter abusivo de las cláusulas del contrato conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13³¹. Ahora bien, dicha comprobación no incide directamente en la apreciación, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, de la validez del contrato de crédito celebrado.³²
69. De forma similar, en el presente asunto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente analizar, primero, si la omisión, por parte del profesional de informar al consumidor sobre cómo se configura el tipo de referencia, cuál ha sido la evolución de dicho tipo en el pasado así como su posible evolución futura, comparado con otros tipos empleados en el mercado, constituye o no una omisión engañosa en el sentido del artículo 7 de la Directiva 2005/29/CE; y, segundo, tomando en consideración el resultado del primer análisis, si dicha práctica, entre otros elementos, determina la abusividad de la controvertida cláusula IRPH-Cajas.
70. A la luz de lo anterior, la Comisión propone al Tribunal contestar a la tercera subpregunta en el sentido de que una práctica comercial consistente en omitir información sobre cómo se configura el tipo de referencia, cuál ha sido la evolución de dicho tipo en el pasado así como su posible evolución futura, comparado con otros tipos empleados en el mercado, debe calificarse de engañosa en el sentido del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2005/29/CE, siempre que haga o pueda hacer tomar al consumidor una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado. Corresponde al juez nacional comprobar si tal es el caso en el

²⁹ Ibidem, apartado 37.

³⁰ Conclusiones de la Abogado General Trstenjak en el asunto C-453/10, *Jana Pereničová, Vladislav Perenič y SOS financ, spol. s r. o.*, presentadas el 29 de noviembre de 2011, EU:C:2011:788.

³¹ Sentencia *Pereničová*, op. cit., apartado 43

³² Ibidem, apartado 47

asunto principal. La comprobación del carácter desleal de una práctica comercial constituye un elemento entre otros en los que el juez nacional puede basar, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13, su apreciación del carácter abusivo de las cláusulas del contrato relativas al coste del crédito concedido al consumidor. Ahora bien, dicha comprobación no incide directamente en la apreciación, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, de la validez del contrato de crédito celebrado.

V.4 Respeto de la tercera pregunta

71. Mediante la tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta acerca de las consecuencias del posible carácter abusivo de la cláusula controvertida y propone dos posibles soluciones: (i) la integración del contrato, aplicando un índice sustitutorio "habitual", esto es: el euríbor, al tratarse de un contrato esencialmente vinculado a un interés productivo a favor de la entidad profesional; (ii) o bien dejar de aplicar el interés, con la única obligación de devolver el capital prestado en los plazos estipulados por parte del prestatario o deudor.
72. La disposición aplicable es el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, que establece, recordemos, dos obligaciones de resultado distintas a cargo de los Estados miembros. En virtud de la primera, las cláusulas abusivas no deben vincular al consumidor. Según la segunda, el contrato debe seguir siendo obligatorio en los mismos términos, si puede subsistir sin la cláusula abusiva. Los Estados miembros pueden, en sus ordenamientos respectivos, cumplir esas obligaciones a través de diferentes técnicas jurídicas, siempre que respeten el efecto útil de la Directiva 93/13.
73. Según la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 es una norma imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas. Se trata, además, de

una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen la naturaleza de normas de orden público³³.

74. Refiriéndose a la primera obligación (la no vinculación de las cláusulas abusivas), la jurisprudencia ha aclarado que para alcanzar lo dispuesto en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, es decir, «*que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores*», incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma. En efecto, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia al juez nacional no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores.³⁴
75. Así, el Tribunal de Justicia ha llegado a la conclusión de que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula³⁵.
76. De ello se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto

³³ Véase, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016 en los asuntos acumulados C-154/15, C-307/15 y C-308/15, *Gutiérrez Naranjo y otros*, EU:C:2016:980, apartados 54 y 55.

³⁴ *Ibidem*, apartado 60, y sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de enero de 2015 en los asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, *Unicaja Banco y Caixabank*, EU:C:2015:21, apartado 31.

³⁵ Sentencia *Gutiérrez Naranjo*, antes citada, apartado 61.

restitutorio en relación con tales importes, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva³⁶.

77. La jurisprudencia sobre la segunda obligación contenida en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 es más escasa, pero de la misma pueden deducirse ciertos principios.
78. El primer principio es que el objetivo perseguido por el legislador de la Unión en el marco de la Directiva 93/13 consiste en restablecer el equilibrio entre las partes, manteniendo, en principio, la validez global del contrato, y no en anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas³⁷. Existe, por tanto, una preferencia clara del legislador de la Unión por la subsistencia del contrato sin las cláusulas abusivas.
79. El segundo principio es que la valoración de si un contrato puede subsistir sin la cláusula abusiva debe hacerse siguiendo un enfoque objetivo, sin que la posición de una de las partes en el contrato pueda constituir el criterio decisivo que decida sobre el ulterior destino del contrato. Con todo, un Estado miembro puede decidir conceder una mayor protección a los consumidores permitiendo declarar la nulidad total de un contrato entre un profesional y un consumidor que contenga cláusulas abusivas cuando ello garantice una mejor protección del consumidor³⁸.
80. El tercer principio es que lo pertinente para dicha valoración es si la subsistencia del contrato es *jurídicamente posible*, sin que consideraciones de orden puramente económico sean decisivas³⁹.
81. Finalmente, el cuarto principio es que, en casos excepcionales, si la existencia de una cláusula abusiva determina la anulación del contrato en su totalidad, con consecuencias perjudiciales para el consumidor, el Tribunal de Justicia ha permitido

³⁶ Ibid., apartados 62 y 66.

³⁷ Sentencia Pereničová y Perenič, C-453/10, antes citada, apartado 31.

³⁸ Ibid., apartado 35.

³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65.

a los jueces nacionales sustituir la cláusula abusiva por una disposición supletoria nacional (es decir, la disposición que se aplicaría a falta del pacto entre las partes que se ha declarado abusivo), que se presume no contiene cláusulas abusivas⁴⁰. El Tribunal lo ha permitido para garantizar el equilibrio real querido por la Directiva, que no quedaría asegurado con la nulidad del contrato, ya que ello penalizaría más al consumidor que al profesional, por lo que, además, dicha solución no sería disuasoria para este último.

82. En fin, el Tribunal de Justicia también ha declarado que el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de una cláusula abusiva si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula⁴¹.
83. La Comisión considera con todo que los principios que dimanaban de la anterior jurisprudencia no son de fácil aplicación en el asunto principal, por cuanto los hechos del asunto principal se apartan de los que han sido resueltos anteriormente por el Tribunal de Justicia. En otras palabras, nos encontramos ante una situación para la cual no hay precedentes jurisprudenciales inequívocos.
84. En esta tesitura, la primera cuestión que deberá dilucidarse es la de las consecuencias de la Directiva 93/13 por lo que se refiere a la subsistencia del contrato en caso de que la cláusula controvertida sea declarada abusiva.
85. La decisión al respecto corresponde al juez nacional, de conformidad con el Derecho de contratos nacional, pero debe tomarla respetando los criterios normativos establecidos por el Derecho de la Unión.
86. Para la Comisión, la supresión de la cláusula sobre los intereses variables podría comportar la nulidad del contrato en su conjunto, lo cual corresponde valorar al juez nacional. Es cierto que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, un contrato de préstamo sin intereses es perfectamente concebible. De hecho, el artículo 1.755 del Código Civil español, relativo al contrato de préstamo, establece que «[n]o se

⁴⁰ Sentencia de 30 de abril de 2014, *Kásler*, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 80 a 84.

⁴¹ Sentencia de 4 de junio de 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, EU:C:2009:350, apartado 33.

deberán intereses sino cuando expresamente se hubiesen pactado». Y el artículo 314 del Código de Comercio contiene una disposición similar, en virtud de la cual «[l]os préstamos no devengarán interés si no se hubiere pactado por escrito». Ahora bien, no es menos cierto que el último párrafo del artículo 1.740 del Código Civil dispone que «[e]l simple préstamo puede ser gratuito o con pacto de pagar interés». La supresión de la cláusula haría que el préstamo pactado como oneroso se convirtiera automáticamente en préstamo gratuito, modificando un rasgo jurídico fundamental del contrato, y por ende su naturaleza.

87. Sobre esta cuestión, la Comisión considera también pertinente mencionar que el propio Tribunal de Justicia ha reconocido la posibilidad de que un ordenamiento nacional sancione la falta de información al consumidor con la exención de intereses y gastos en un contrato de préstamo, en el contexto de la Directiva 2008/48 sobre crédito al consumo. Efectivamente, en el asunto *HomeCrédit Slovakia*, el Tribunal de Justicia declaró que el incumplimiento por el prestamista de una obligación que revista una importancia esencial podrá sancionarse, con arreglo a la normativa nacional, con la privación a ese prestamista del derecho a los intereses y gastos⁴².
88. Ahora bien, en el caso de que la nulidad de dicha cláusula implique la nulidad del contrato en su totalidad, las consecuencias jurídicas, que serían, principalmente, la restitución recíproca «de las cosas» (es decir, del capital por el prestatario al prestamista; y de los intereses por el prestamista al prestatario), de conformidad con el artículo 1.303 del Código Civil español, podrían resultar sumamente perjudiciales para el consumidor.
89. Llegados a este punto y para evitar dichas consecuencias sumamente perjudiciales para el consumidor, procedería en principio, aplicar la jurisprudencia *Kásler* para reemplazar la cláusula en cuestión por una disposición supletoria de Derecho nacional.

⁴² Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 2016 en el asunto C-42/15, *Home Credit Slovakia a.s. contra Klára Bíróová*, EU:C:2016:842, apartados 65 a 71

90. La dificultad que se presenta es que no es posible aplicar dicha jurisprudencia al asunto que nos ocupa, dado que, como hemos explicado en la respuesta a la primera pregunta, en este caso no existe una disposición supletoria que pueda aplicarse para integrarlo.
91. Téngase en cuenta en este sentido que la disposición adicional decimoquinta de la Ley 14/2013, transcrita en el punto 19 de estas observaciones y que establece índices sustitutorios para los que desaparecieron el 1 de noviembre de 2013, no resulta aplicable, dado que la misma sólo entraría en juego si la cláusula controvertida no fuera abusiva. Si lo fuera, será declarada nula de pleno derecho, y la solución no podría encontrarse en dicha disposición.
92. Por otra parte, la Comisión considera que tampoco parece posible seguir, sin más ni más, al juez remitente, que en el punto 48 del auto de remisión sugiere «la integración para la subsistencia del préstamo y la sustitución del IRPH por el índice habitual del mercado, el euríbor». Esa integración directa por parte del juez resultaría demasiado intrusiva, por tratarse sólo de un índice habitual, pero no supletorio, y por no tener en cuenta la voluntad contractual de las partes.
93. Como decíamos, no parece que la jurisprudencia existente ofrezca una solución completa a un asunto como el que nos ocupa.
94. Sin embargo, es evidente que el ordenamiento de la Unión, aplicado por el juez nacional, debe poder ofrecer al consumidor la posibilidad de que se mantenga la validez del contrato si su nulidad acarrea graves perjuicios para el consumidor. Recordemos de nuevo que el objetivo de la Directiva no es el de anular todos los contratos, sino el de alcanzar un equilibrio real entre consumidores y profesionales.
95. Para proponer una solución en un asunto sin precedentes como este, la Comisión partirá de la base de que, en el presente asunto, la abusividad de la cláusula vendría dada por la vulneración del principio de transparencia. Por tanto, el remedio adecuado para restablecer un equilibrio real entre las partes del contrato debería ser, en opinión de la Comisión, el de devolver al consumidor a la posición que habría sido la suya sin esa vulneración.

96. A juicio de la Comisión, bajo la tutela activa –y aprobación final- del juez nacional competente y en el plazo razonable fijado por dicho juez, el profesional debería proporcionar al consumidor toda la información requerida por el principio de transparencia sobre los distintos índices actualmente existentes para los intereses variables, y, guiado por el principio de buena fe, llegar a un acuerdo con el consumidor sobre el índice a pactar. En opinión de la Comisión, dicha negociación no debería alterar el diferencial inicialmente pactado (que no parece sufrir un defecto de transparencia) para evitar que el profesional pueda recuperar mediante un nuevo diferencial, la pérdida económica que le ocasionaría la fijación de otro índice de referencia más favorable al consumidor, con la consiguiente merma del efecto disuasorio.
97. Evidentemente, una vez pactado el nuevo tipo de interés, el profesional deberá, en su caso, restituir al consumidor las cantidades abonadas en exceso que resulten de la diferencia entre la aplicación *ex tunc* del índice pactado (por aplicación del artículo 6, apartado 1 de la Directiva 93/13) y las cantidades pagadas a resultas del índice impuesto de manera no transparente. De este modo se alcanza el objetivo disuasorio de la Directiva, sin necesidad de penalizar adicionalmente al profesional y evitando, al mismo tiempo, que el consumidor quede penalizado a su vez por la nulidad del contrato en su conjunto.
98. Con esta solución, se evita igualmente, al menos en un primer momento, que el juez integre el contenido de la cláusula abusiva, lo que en principio no resulta permitido por la jurisprudencia⁴³.
99. Sin embargo, la Comisión también cree necesario prever que, en defecto de acuerdo en el plazo razonable concedido a las partes, el juez nacional competente deba, esta vez sí, excepcionalmente, intervenir de forma positiva para restablecer un equilibrio adecuado en el contrato, integrándolo con un índice de su elección, que podría ser, como apunta el órgano jurisdiccional remitente, el más usual del mercado (el Euribor).

⁴³ Sentencia *Banco Español de Crédito*, antes citada, apartado 71.

100. Por todo lo expuesto, en las circunstancias del asunto principal, la Comisión propone al Tribunal de Justicia responder como sigue a la tercera cuestión prejudicial:

El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación una cláusula contractual como la controvertida, caso de estimarla abusiva, manteniendo el resto del contrato si el mismo puede subsistir sin dicha cláusula. Corresponde en todo caso a dicho juez nacional valorar de forma objetiva y a la luz del Derecho nacional si el contrato en cuestión puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva.

En el caso de que el contrato no pueda subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva, si la nulidad del contrato en su conjunto es perjudicial para los intereses del consumidor, y si en el Derecho nacional aplicable no existe una disposición supletoria aplicable que pudiera permitir la subsistencia del contrato, el juez competente debe dar al consumidor la posibilidad de declarar su intención de que el contrato se mantenga. En ese caso, dicho juez dará un plazo razonable al profesional y al consumidor para que se pongan de acuerdo de buena fe sobre un índice sustitutivo, respetando el principio de transparencia, y con la plena restitución, en su caso de las cantidades indebidamente pagadas.

A falta de acuerdo en el plazo concedido, el juez podrá proceder a integrar el contrato con un índice de su elección, entre los usuales en el mercado.

VI. CONCLUSIÓN

101. La Comisión respetuosamente propone al Tribunal de Justicia responder a las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente del siguiente modo:

A la primera cuestión:

El artículo 1, apartado 2 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que esta Directiva se aplica a una cláusula como la controvertida en el asunto principal, que establece un tipo de interés variable basado en un índice que está regulado por disposiciones reglamentarias o administrativas, dado que dichas disposiciones no son imperativas sino que el tipo de interés variable y remuneratorio se incorpora al contrato de forma opcional por el profesional.

A la segunda cuestión:

El artículo 4, apartado 2, en concordancia con el artículo 5 de la Directiva 93/13, no se oponen a que un órgano jurisdiccional nacional examine si las cláusulas incorporadas por un profesional en un contrato con consumidores, incluidas las que afectan al objeto principal del contrato, están redactadas de manera clara y comprensible, aunque el legislador no haya incorporado dicho precepto a su ordenamiento jurídico nacional, siempre y cuando, en este último caso, dicho examen abarque también la abusividad de dichas cláusulas, de conformidad con el artículo 3, apartado 1, de la Directiva.

El deber de transparencia consagrado en los artículos 4, apartado 2 y 5 de la Directiva 93/13 en relación con una cláusula esencial del contrato como es la cláusula controvertida, que fija el tipo de interés de un préstamo hipotecario con base en el índice IRPH-Cajas, comprende, en particular, la obligación para el profesional de explicar al consumidor, antes de la firma del contrato, cómo se configura el tipo de referencia, cuál ha sido la evolución de dicho tipo en el pasado así como su posible evolución futura, comparado con otros tipos empleados en el mercado.

Una práctica comercial consistente en omitir información sobre cómo se configura el tipo de referencia, cuál ha sido la evolución de dicho tipo en el pasado así como su posible evolución futura, comparado con otros tipos empleados en el mercado, debe calificarse de engañosa en el sentido del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2005/29/CE, siempre que haga o pueda hacer tomar al consumidor una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado. Corresponde al juez nacional comprobar si tal es el caso en el asunto principal. La comprobación del carácter desleal de una práctica comercial constituye un elemento entre otros en los que el juez nacional puede basar, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13, su apreciación del carácter abusivo de las cláusulas del contrato relativas al coste del crédito concedido al consumidor. Ahora bien, dicha comprobación no incide directamente en la apreciación, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, de la validez del contrato de crédito celebrado.

A la tercera cuestión:

El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación una cláusula contractual como la controvertida, caso de estimarla abusiva, manteniendo el resto del contrato si el mismo puede subsistir sin dicha cláusula. Corresponde en todo caso a dicho juez nacional valorar de forma objetiva y a la luz del Derecho nacional si el contrato en cuestión puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva.

En el caso de que el contrato no pueda subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva, si la nulidad del contrato en su conjunto es perjudicial para los intereses del consumidor, y si en el Derecho nacional aplicable no existe una disposición supletoria aplicable que pudiera permitir la subsistencia del contrato, el juez competente debe dar al consumidor la posibilidad de declarar su intención de que el contrato se mantenga. En ese caso, dicho juez dará un plazo razonable al profesional y al consumidor para que se pongan de acuerdo de buena fe sobre un índice sustitutivo, respetando el principio de transparencia, y con la plena restitución, en su caso de las cantidades indebidamente pagadas.

A falta de acuerdo en el plazo concedido, el juez podrá proceder a integrar el contrato con un índice de su elección, entre los usuales en el mercado.

Napoleón RUIZ GARCÍA

Julio BAQUERO CRUZ
Agentes de la Comisión

Céline VALERO