

## AUTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Novena)

de 17 de noviembre de 2021 (\*)

«Procedimiento prejudicial — Artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia — Protección de los consumidores — Directiva 93/13/CEE — Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores — Contrato de préstamo hipotecario — Tipo de interés variable — Índice de referencia de los préstamos hipotecarios (IRPH) — Control de transparencia por el órgano jurisdiccional nacional — Apreciación del carácter abusivo de las cláusulas contractuales — Consecuencias de la declaración de nulidad — Sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch (C-125/18, EU:C:2020:138) — Nuevas cuestiones prejudiciales»

En el asunto C-655/20,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona, mediante auto de 2 de diciembre de 2020, recibido en el Tribunal de Justicia ese mismo día, en el procedimiento entre

**Marc Gómez del Moral Guasch**

y

**Bankia, S. A.,**

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Novena),

integrado por la Sra. K. Jürimäe, Presidenta de la Sala Tercera, en funciones de Presidenta de la Sala Novena, y los Sres. S. Rodin (Ponente) y N. Piçarra, Jueces;

Abogado General: Sr. M. Szpunar;

Secretario: Sr. A. Calot Escobar;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, tras oír al Abogado General, de resolver mediante auto motivado de conformidad con el artículo 99 de su Reglamento de Procedimiento;

dicta el siguiente

### Auto

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO 1993, L 95, p. 29; corrección de errores en DO 2015, L 137, p. 13), en particular de los artículos 3, apartado 1, 4, apartado 2, 5, 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de esta Directiva.
- 2 Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre D. Marc Gómez del Moral Guasch y Bankia, S. A., en relación con una cláusula que impone el índice de referencia de los préstamos hipotecarios (en lo sucesivo, «IRPH») y su índice de sustitución en un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre ambas partes (en lo sucesivo, «cláusula controvertida»).

### Marco jurídico

#### *Derecho de la Unión*

3 Los considerandos decimotercero y vigesimocuarto de la Directiva 93/13 exponen lo siguiente:

«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 [los principios o] 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 órganos judiciales y autoridades administrativas deben contar con medios apropiados y eficaces para poner fin al uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.»

4 El artículo 1, apartado 2, de esta Directiva establece lo siguiente:

«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 [Unión Europea] son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva.»

5 Con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva:

«Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.»

6 El artículo 4 de la misma Directiva tiene la siguiente redacción:

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

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

7 A tenor del artículo 5 de la Directiva 93/13:

«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 [...]».

8 El artículo 6, apartado 1, de esta Directiva tiene el siguiente tenor:

«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 este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas.»

9 Con arreglo al artículo 7, apartado 1, de dicha Directiva:

«Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.»

10 El anexo de la Directiva 93/13, que recoge una lista indicativa de cláusulas que pueden declararse abusivas, tiene la siguiente redacción:

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

[...]

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

[...]

2. Alcance de las letras g), j), y l)

[...]

c) Las letras g), j) y l) no se aplicarán a:

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

[...]

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

### ***Derecho español***

11 El artículo 1303 del Código Civil dispone lo siguiente:

«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.»

12 La disposición adicional segunda de la Orden del Ministerio de la Presidencia, de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los créditos hipotecarios (BOE n.º 112, de 11 de mayo de 1994, p. 14444), en la redacción que le dio la Orden Ministerial de 27 de octubre de 1995 (BOE n.º 261, de 1 de noviembre de 1995, p. 31794), disponía lo siguiente:

«El Banco de España, previo informe de la Dirección General del Tesoro y Política Financiera, definirá mediante Circular un conjunto de índices o tipos de interés de referencia oficiales, susceptibles de ser aplicados por las entidades a las que se refiere el artículo 1.1 a los préstamos hipotecarios a interés variable, y hará públicos sus valores regularmente.»

13 El texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en lo sucesivo, «texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios»), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE n.º 287, de 30 de noviembre de 2007, p. 49181), dispone lo siguiente en su artículo 8, titulado «Derechos básicos de los consumidores y usuarios»:

«Son derechos básicos de los consumidores y usuarios:

[...]

- 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.

[...]»

- 14 El artículo 60 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que lleva como epígrafe «Información previa al contrato», establece lo siguiente:

«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.

[...]»

- 15 A tenor del artículo 80 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, titulado «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, aquellas deberán cumplir los siguientes requisitos:

[...]

- 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.

[...]»

- 16 El artículo 82 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que lleva como epígrafe «Concepto de cláusulas abusivas», dispone lo siguiente:

«1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

[...]»

- 17 El artículo 27 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios (BOE n.º 261, de 29 de octubre de 2011, p. 113242), que lleva como epígrafe «Tipos de interés oficiales», establece lo siguiente en su apartado 1, letra a):

«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.»

- 18 La Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización (BOE n.º 233, de 28 de septiembre de 2013, p. 78787), establece, en su disposición adicional decimoquinta, que los tipos suprimidos, mencionados en el apartado 1 de dicha disposición, entre ellos el IRPH de las cajas de ahorros, se sustituirán por el tipo o el índice de referencia sustitutivo previsto en el contrato.

- 19 La disposición adicional decimoquinta de esta Ley también establece, en su apartado 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.

[...]»

### Litigio principal y cuestiones prejudiciales

20 El 19 de julio de 2001, el Sr. Gómez del Moral Guasch suscribió con la entidad de crédito de la que Bankia trae causa un contrato de préstamo hipotecario por importe de 132 222,66 euros para financiar la adquisición de una vivienda.

21 La cláusula tercera *bis* de ese contrato, titulada «Tipo de interés variable», contiene la cláusula controvertida. Esta tiene la siguiente redacción:

«El tipo de interés pactado se determinará por períodos 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, [redondeado] por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en 0,25 puntos porcentuales.»

22 El Sr. Gómez del Moral Guasch presentó una demanda ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona solicitando, en particular, la declaración de nulidad de la cláusula controvertida por ser supuestamente abusiva.

23 Mediante auto de 16 de febrero de 2018, el órgano jurisdiccional remitente planteó al Tribunal de Justicia tres cuestiones prejudiciales, a las que este respondió en la sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch (C-125/18, en lo sucesivo, «sentencia Gómez del Moral Guasch», EU:C:2020:138).

24 No obstante, el órgano jurisdiccional remitente considera que subsisten dudas sobre los efectos de la interpretación del Derecho de la Unión en el litigio principal.

25 En estas circunstancias, el Juzgado de Primera Instancia n.º 38 de Barcelona decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Resulta contrario al artículo 5 de la Directiva [93/13] que el profesional que impone un índice de implantación minoritaria como el IRPH [de las cajas de ahorros españolas] 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 [de las cajas de ahorros españolas] en el BOE, ¿salva para todos los casos las exigencias de transparencia en cuanto a composición y cálculo del IRPH [de las cajas de ahorros españolas], 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, y a la jurisprudencia del [Tribunal de Justicia y] al efecto disuasorio, una vez constatado que la cláusula IRPH [de las cajas de ahorros españolas] 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 [se] 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, apartado 1, de la Directiva [93/13]?

- 4) ¿Resulta contrario a los artículos 6.1, y 7.1 de la Directiva [93/13] y a la jurisprudencia del [Tribunal de Justicia] derivada de la [sentencia de 3 de octubre de 2019, Dziubak (C-260/18, EU:C:2019:819),] 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] 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 [de las cajas de ahorros españolas] al contrato suscrito por un profesional y un consumidor, el juez nacional sustituya dicha cláusula por otra que incorpore el índice IRPH Entidades [(índice de referencia basado en los préstamos hipotecarios concedidos por el conjunto de las entidades de crédito)] 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] 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 detráido 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 detráido en aplicación de la cláusula abusiva y lo que hipotéticamente hubiera cobrado de haber aplicado el tipo sustitutivo?»

### **Sobre las cuestiones prejudiciales**

- 26 En virtud del artículo 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, cuando la respuesta a una cuestión prejudicial pueda deducirse claramente de la jurisprudencia o cuando la respuesta a tal cuestión prejudicial no suscite ninguna duda razonable, el Tribunal de Justicia podrá decidir en cualquier momento, a propuesta del Juez Ponente y tras oír al Abogado General, resolver mediante auto motivado.
- 27 Procede aplicar esta disposición en el presente procedimiento prejudicial.

### ***Cuestiones prejudiciales primera y segunda***

- 28 Mediante sus cuestiones prejudiciales primera y segunda, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si el artículo 5 de la Directiva 93/13 y la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, deben interpretarse en el sentido de que permiten al profesional no incluir en tal contrato la definición completa del índice de referencia que sirve para calcular un tipo de interés variable o no entregar al consumidor, antes de la celebración de ese contrato, un folleto informativo que recoja la evolución anterior de ese índice, por la razón de que la información relativa al mencionado índice es objeto de publicación oficial.
- 29 A este respecto, se desprende del apartado 56 y del punto 3 del fallo de la sentencia Gómez del Moral Guasch que el artículo 5 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. 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.

- 30 Pues bien, como se deduce del apartado 55 de la sentencia Gómez del Moral Guasch, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar, a la luz de los elementos interpretativos ofrecidos en dicha sentencia y, en particular, de sus apartados 53 y 54, si, en el contexto de la celebración del contrato controvertido en el litigio principal, la entidad bancaria cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional.
- 31 En efecto, en el marco de un procedimiento con arreglo al artículo 267 TFUE, basado en una clara separación de funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, solo el juez nacional es competente para constatar y apreciar los hechos del litigio principal y para interpretar y aplicar el Derecho nacional (sentencia de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank y BRD Groupe Société Générale, C-698/18 y C-699/18, EU:C:2020:537, apartado 46).
- 32 Como ya destacó el Tribunal de Justicia en el apartado 52 de la sentencia Gómez del Moral Guasch, su competencia comprende exclusivamente la interpretación de las disposiciones del Derecho de la Unión, en este caso de la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 48 y jurisprudencia citada), y, en consecuencia, corresponde al órgano judicial remitente llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto, a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que figuran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 74; de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 75, y de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 46).
- 33 Por lo tanto, también corresponde al órgano jurisdiccional remitente, que es el único que tiene conocimiento de todos los elementos pertinentes del litigio principal, proceder a la apreciación del conjunto de estos elementos para determinar si, habida cuenta de los datos públicamente disponibles y accesibles y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estuvo en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice IRPH de las cajas de ahorros españolas y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.
- 34 De lo anterior se deduce que procede responder a las cuestiones prejudiciales primera y segunda que el artículo 5 de la Directiva 93/13 y la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, deben interpretarse en el sentido de que permiten al profesional no incluir en tal contrato la definición completa del índice de referencia que sirve para calcular un tipo de interés variable o no entregar al consumidor, antes de la celebración de ese contrato, un folleto informativo que recoja la evolución anterior de ese índice, por la razón de que la información relativa al mencionado índice es objeto de publicación oficial, siempre que, habida cuenta de los datos públicamente disponibles y accesibles y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estuviera en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.

### *Tercera cuestión prejudicial*

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

- 36 La respuesta a esta cuestión puede deducirse de la sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus (C-421/14, EU:C:2017:60). Así, del punto 3, segundo guion, del fallo de esa sentencia se desprende que los artículos 3, apartado 1, y 4 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, en caso de que un órgano jurisdiccional nacional considere que una cláusula contractual relativa al modo de cálculo de los intereses aplicables a un contrato de préstamo hipotecario no está redactada de manera clara y comprensible, a efectos del artículo 4, apartado 2, de la citada Directiva, disposición con la que fundamentalmente se corresponde el requisito de transparencia contemplado en su artículo 5, le incumbe examinar si tal cláusula es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de esa misma Directiva.
- 37 De ello se deduce que la mera circunstancia de que una cláusula no esté redactada de manera clara y comprensible no le confiere, por sí sola, carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13.
- 38 A este respecto, debe recordarse que, con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, las cláusulas de un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas cuando, contrariamente a las exigencias de la buena fe, causen en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.
- 39 Incumbe al juez nacional, atendiendo a los criterios enunciados en los artículos 3, apartado 1, y 5 de la Directiva 93/13, determinar si, dadas las circunstancias propias del caso concreto, esa cláusula cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia establecidas por esta Directiva (sentencia de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartado 50 y jurisprudencia citada).
- 40 Al referirse a los conceptos de «buena fe» y de «desequilibrio importante» en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 delimita tan solo de manera abstracta los elementos que confieren carácter abusivo a una cláusula contractual que no se haya negociado individualmente (sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 67 y jurisprudencia citada).
- 41 El Tribunal de Justicia ha declarado en este sentido que, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si —y, en su caso, en qué medida— el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas (sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14, EU:C:2017:60, apartado 59 y jurisprudencia citada).
- 42 Por otro lado, el examen de la existencia de un posible «desequilibrio importante» no puede limitarse a una apreciación económica de naturaleza cuantitativa que se base en una comparación entre el importe total de la operación objeto del contrato, por un lado, y los costes que esa cláusula pone a cargo del consumidor, por otro. En efecto, un desequilibrio importante puede resultar meramente de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, ya de un obstáculo al ejercicio de estos o de la imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 51).
- 43 El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13 precisa que el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato de que se trate y todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas de dicho contrato, o de otro contrato del que dependa.

- 44 Se desprende tanto de esta disposición como del artículo 3 de la citada Directiva, tal como los ha interpretado el Tribunal de Justicia, que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de julio de 2020, Ibercaja Banco, C-452/18, EU:C:2020:536, apartado 48).
- 45 Estos son los criterios que debe tener en cuenta el órgano jurisdiccional remitente a la hora de apreciar si la cláusula controvertida es abusiva.
- 46 Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que los artículos 3, apartado 1, 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, cuando un órgano jurisdiccional nacional considera que una cláusula contractual que tiene por objeto la fijación del modo de cálculo de un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario no está redactada de manera clara y comprensible, en el sentido del artículo 4, apartado 2, o del artículo 5 de dicha Directiva, le incumbe examinar si esa cláusula es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva.

#### ***Cuarta cuestión prejudicial***

- 47 Mediante su cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que obliga al juez nacional a ofrecer al consumidor la posibilidad de optar entre, por un lado, la revisión de un contrato mediante la sustitución de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable declarada abusiva por una cláusula que se remite a un índice previsto por la ley con carácter supletorio y, por otro lado, la anulación del contrato de préstamo hipotecario en su conjunto, cuando este no pueda subsistir sin esa cláusula.
- 48 La respuesta a la cuarta cuestión prejudicial se desprende de los apartados 53 a 55 de la sentencia de 3 de octubre de 2019, Dziubak (C-260/18, EU:C:2019:819).
- 49 En esa sentencia, el Tribunal de Justicia declaró, en relación con la obligación que incumbe al juez nacional de excluir, de oficio si es necesario, las cláusulas abusivas conforme al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, que ese juez no está obligado a excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula, otorgando así un consentimiento libre e informado a esa cláusula (sentencia de 3 de octubre de 2019, Dziubak, C-260/18, EU:C:2019:819, apartado 53).
- 50 Así, la Directiva 93/13 no llega hasta el extremo de hacer obligatorio el sistema de protección contra la utilización de cláusulas abusivas por los profesionales que ha instaurado en beneficio de los consumidores. Por consiguiente, cuando el consumidor prefiera no valerse de este sistema de protección, el mismo no se aplicará (sentencia de 3 de octubre de 2019, Dziubak, C-260/18, EU:C:2019:819, apartado 54).
- 51 De manera análoga, en la medida en que dicho sistema de protección contra las cláusulas abusivas no es aplicable si el consumidor se opone a ello, el consumidor deberá tener *a fortiori* el derecho de oponerse a ser protegido, en aplicación de ese mismo sistema, de las consecuencias perjudiciales provocadas por la anulación del contrato en su totalidad cuando no desee invocar tal protección (sentencia de 3 de octubre de 2019, Dziubak, C-260/18, EU:C:2019:819, apartado 55).
- 52 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la cuarta cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que obliga al juez nacional a ofrecer al consumidor la posibilidad de optar entre, por un lado, la revisión de un contrato mediante la sustitución de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable declarada abusiva por una cláusula que se remite a un índice previsto por la ley con carácter supletorio y, por otro lado, la anulación del contrato de préstamo hipotecario en su conjunto, cuando este no pueda subsistir sin esa cláusula.

#### ***Quinta cuestión prejudicial***

- 53 Mediante su quinta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula abusiva que fije un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional sustituya, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 67 de la sentencia Gómez del Moral Guasch, dicho índice por un índice legal, aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, cuando ambos índices se determinan por un método de cálculo de un nivel de complejidad equivalente y el Derecho nacional contempla esta sustitución en los supuestos pacíficos en los que se pretende el mantenimiento del equilibrio de las prestaciones entre las partes.
- 54 En el apartado 67 de la sentencia Gómez del Moral Guasch, y en el punto 4 del fallo de esa sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales.
- 55 Es necesario recordar a este respecto que, por una parte, el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 excluye del ámbito de aplicación de esta las cláusulas contractuales que reflejen «disposiciones legales o reglamentarias imperativas», expresión que, a la luz del decimotercer considerando de esta Directiva, comprende no solo las disposiciones de Derecho nacional que se aplican a las partes contratantes con independencia de su elección, sino también las que tiene carácter supletorio, esto es, las que se aplican por defecto cuando las partes no hayan pactado otra cosa (véanse, en este sentido, las sentencias de 26 de marzo de 2020, Mikrokasa y Revenue Niestandardyzowany Sekurytyzacyjny Fundusz Inwestycyjny Zamknięty, C-779/18, EU:C:2020:236, apartados 50 a 53, y de 9 de julio de 2020, Banca Transilvania, C-81/19, EU:C:2020:532, apartados 23 a 25 y 28).
- 56 De ello se deduce que, en la medida en que el órgano jurisdiccional remitente confirme que el IRPH Entidades se basa en una disposición de Derecho nacional de carácter supletorio en el sentido de esta jurisprudencia, dicho índice está comprendido en la exclusión prevista en el artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13 y, por tanto, queda fuera del ámbito de aplicación de esta (véase, por analogía, la sentencia de 9 de julio de 2020, Banca Transilvania, C-81/19, EU:C:2020:532, apartados 31 y 37).
- 57 Por lo tanto, una cláusula contractual que incorpore un índice de este tipo no puede ser objeto de control respecto a su carácter supuestamente abusivo, ya que refleja un equilibrio entre el conjunto de derechos y obligaciones de las partes en determinados contratos establecido por el propio legislador (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de julio de 2020, Banca Transilvania, C-81/19, EU:C:2020:532, apartado 27).
- 58 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la quinta cuestión prejudicial que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, a la luz del artículo 1, apartado 2, de esta Directiva, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula abusiva que fije un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional sustituya, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 67 de la sentencia Gómez del Moral Guasch, dicho índice por un índice legal, aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, cuando ambos índices se determinan por un método de cálculo de un nivel de complejidad equivalente y el Derecho nacional contempla esta sustitución en los supuestos pacíficos en los que se pretende el mantenimiento del equilibrio de las prestaciones entre las partes, a condición de que el índice sustitutivo refleje efectivamente una disposición supletoria de Derecho nacional.

### ***Sexta cuestión prejudicial***

- 59 Mediante su sexta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, fundamentalmente, si el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación en la que un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor no puede

subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto deja al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, el juez nacional puede subsanar la nulidad de dicha cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional, debiendo producirse la aplicación del tipo resultante del índice sustitutivo en la fecha de esa sustitución o en la de celebración del contrato.

- 60 El órgano jurisdiccional remitente indica a este respecto que, en el primer caso, el banco deberá devolver la totalidad de los intereses percibidos hasta el momento de la sustitución, mientras que, en el segundo, el banco estará obligado a devolver la diferencia entre lo que percibió con arreglo al IRPH de las cajas de ahorros españolas y lo que habría percibido en caso de aplicación del índice sustitutivo.
- 61 A este respecto, como declaró el Tribunal de Justicia en los apartados 58 y 59 de la sentencia Gómez del Moral Guasch, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, incumbe al juez nacional abstenerse de aplicar las cláusulas abusivas con el fin de que no produzcan efectos vinculantes para el consumidor, salvo si el consumidor se opone a ello. Por el contrario, esta disposición se opone a una norma de Derecho nacional que permite al juez nacional, cuando declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, integrar dicho contrato modificando el contenido de esa cláusula.
- 62 En este sentido, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría 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, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales (sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 69).
- 63 No obstante, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, en una situación en la que un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor no pueda subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no se opone a que el juez nacional, en aplicación de principios del Derecho de los contratos, suprima la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional en aquellos casos en que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto así el consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, que representen para este una penalización (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 80 a 84; de 26 de marzo de 2019, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, C-70/17 y C-179/17, EU:C:2019:250, apartados 56 y 64, y de 3 de octubre de 2019, Dziubak, C-260/18, EU:C:2019:819, apartado 48).
- 64 Estas son las circunstancias en las que, en una situación como la del litigio principal, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 permite al juez nacional, en aplicación de principios del Derecho de los contratos, suprimir la cláusula abusiva sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional.
- 65 Así, en ese caso y siempre que se observen los mencionados requisitos, la sustitución de una cláusula abusiva por tal disposición, que, como se desprende del decimotercer considerando de la Directiva 93/13, se supone que no contiene cláusulas abusivas, está plenamente justificada a la luz de la finalidad de la Directiva 93/13, en cuanto produce el resultado de que el contrato puede subsistir a pesar de la supresión de la cláusula abusiva y sigue siendo vinculante para las partes.
- 66 En efecto, la sustitución de una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional es conforme con el objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, ya que, según reiterada jurisprudencia, esta disposición pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas (véanse en este sentido, en particular, las sentencias de 15 de marzo de 2012, Pereničová y Perenič, C-453/10, EU:C:2012:144,

apartado 31, y de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 40 y jurisprudencia citada).

- 67 Pues bien, en el presente asunto, la premisa en la que se basa la sexta cuestión prejudicial es precisamente que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no puede subsistir sin la cláusula controvertida que fija el tipo de interés variable y determina la remuneración del préstamo. Sería contradictorio con esta premisa considerar que ese contrato de préstamo hipotecario pudo producir sus efectos durante todo el período anterior a la adopción del índice sustitutivo en el año 2013 sin que el préstamo fuera remunerado mediante intereses. El replazo previsto por la jurisprudencia antes citada implica, por tanto, que la cláusula abusiva inaplicada quede sustituida por la disposición nacional supletoria en la fecha de celebración del contrato.
- 68 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la sexta cuestión prejudicial que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación en la que un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto deja al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, el juez nacional puede subsanar la nulidad de dicha cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional, debiendo producirse la aplicación del tipo resultante del índice sustitutivo desde la fecha de la celebración del contrato.

### Costas

- 69 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a este resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Novena) resuelve:

- 1) **El artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, deben interpretarse en el sentido de que permiten al profesional no incluir en tal contrato la definición completa del índice de referencia que sirve para calcular un tipo de interés variable o no entregar al consumidor, antes de la celebración de ese contrato, un folleto informativo que recoja la evolución anterior de ese índice, por la razón de que la información relativa al mencionado índice es objeto de publicación oficial, siempre que, habida cuenta de los datos públicamente disponibles y accesibles y de la información facilitada, en su caso, por el profesional, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, estuviera en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del índice de referencia y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras.**
- 2) **Los artículos 3, apartado 1, 4, apartado 2, y 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, cuando un órgano jurisdiccional nacional considera que una cláusula contractual que tiene por objeto la fijación del modo de cálculo de un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario no está redactada de manera clara y comprensible, en el sentido del artículo 4, apartado 2, o del artículo 5 de dicha Directiva, le incumbe examinar si esa cláusula es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva.**
- 3) **El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que obliga al juez nacional a ofrecer al consumidor la posibilidad de optar entre, por un lado, la revisión de un contrato mediante la sustitución de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable declarada abusiva por una cláusula que se remite a un índice previsto por la ley con carácter supletorio y, por otro lado, la anulación del contrato de préstamo hipotecario en su conjunto, cuando este no pueda subsistir sin esa cláusula.**

- 4) **Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, a la luz del artículo 1, apartado 2, de esta Directiva, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de nulidad de una cláusula abusiva que fije un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional sustituya, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el apartado 67 de la sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch (C-125/18, EU:C:2020:138), dicho índice por un índice legal, aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, cuando ambos índices se determinan por un método de cálculo de un nivel de complejidad equivalente y el Derecho nacional contempla esta sustitución en los supuestos pacíficos en los que se pretende el mantenimiento del equilibrio de las prestaciones entre las partes, a condición de que el índice sustitutivo refleje efectivamente una disposición supletoria de Derecho nacional.**
- 5) **El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación en la que un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto deja al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, el juez nacional puede subsanar la nulidad de dicha cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria de Derecho nacional, debiendo producirse la aplicación del tipo resultante del índice sustitutivo desde la fecha de la celebración del contrato.**

Dictado en Luxemburgo, a 11 de noviembre de 2021.

El Secretario

La Presidenta en funciones  
de la Sala Novena

A. Calot Escobar

K. Jürimäe

---

\* Lengua de procedimiento: español.