

## AUDIENCIA PROVINCIAL DE GIPUZKOA - SECCIÓN SEGUNDA

### GIPUZKOAKO PROBINTZIA AUZITEGIA - BIGARREN SEKZIOA

SAN MARTIN 41-1ª planta - C.P./PK: 20007

Tel.: 943-000712  
Fax / Faxes: 943-000701

NIG PV / IZO EAE: 20.05.2-17/006721  
NIG CGPJ / IZO BJKN :20069.42.1-2017/0006721

**Recurso apelación procedimiento ordinario  
LEC 2000 / Proz.arr.ap.2L 2743/2018 - I**

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia*: Juzgado de Primera  
Instancia nº 8 de Donostia / Donostiako Lehen Auzialdiko 8  
zk.ko Epaitegia  
Autos de Procedimiento ordinario 543/2017 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: [REDACTED]

Procurador/a/ Prokuradorea: AINHOA KINTANA MAR  
Abogado/a / Abokatua: MAITE ORTIZ PEREZ

## AUTO

**TRIBUNAL QUE LO DICTA:**

**ILMO/A SR/A. PRESIDENTE/A:** D/Dª YOLANDA DOMEÑO NIETO

**MAGISTRADO/A:** D/Dª LUIS BLANQUEZ PEREZ

**MAGISTRADO/A:** D/Dª IÑIGO SUAREZ DE ODRIOZOLA

**LUGAR:** DONOSTIA / SAN SEBASTIAN

**FECHA:** once de julio de dos mil dieciocho

Siendo Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. D/Dª LUIS BLANQUEZ PEREZ.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**UNICO.-**

La procuradora Ainhoa Kintana Martínez, en nombre y representación de [REDACTED]

solicita se dicte resolución judicial por la que, estimando el recurso presentado, declare nula la cláusula Tercera Bis, condenándose al BBVA al reintegro de cuantas cantidades detrajo por su aplicación, cantidad a la que se añadirían los correspondientes intereses.

Por su parte, la Procuradora Begoña Álvarez López, en nombre y representación de BBVA, S.A. solicita se revoque la declaración de nulidad de la cláusula relativa a la comisión de apertura, revocándose sus consiguientes efectos económicos, todo ello, sin imposición de costas en ambas instancias.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Esta Sala ha tenido conocimiento de que ha sido remitida por el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial que ha sido registrada como Asunto C-125/18 por el citado Tribunal planteando diversas cuestiones prejudiciales, en concreto:

### **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 de la cláusula esencial, en concreto del IRPH?

(i) Explicar cómo se configuraba el tipo de referencia, es decir, informar que este índice incluye las comisiones y demás gastos sobre el interés nominal, que se trata de una media simple no ponderada, que el profesional debía conocer y transmitir que debía aplicar un diferencial negativo y que los datos proporcionados no son públicos, en comparación con el otro habitual, el euríbor.

(ii) Explicar cómo evolucionó en el pasado y podría evolucionar en el futuro, informando y publicitando aquellas gráficas que expliquen de manera clara y comprensible al consumidor la evolución de este tipo específico en relación con el euríbor, tipo habitual de los préstamos con garantía hipotecaria.

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 las consecuencias conforme a su derecho nacional, se pregunta al Tribunal; si la falta de información de todos ellos, ¿no supondría la falta de comprensión de la cláusula al no ser clara para el consumidor medio, 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:**

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 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.

La acción ejercitada en la demanda pretende la declaración de nulidad de la cláusula que determina que los intereses remuneratorios del préstamo figuren referenciados al índice IRPH-Cajas por contravenir el art. 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y los motivos que fundamentan la demanda guardan relación con la cuestión jurídica planteada ante el TJUE.

**SEGUNDO.-** El art. 43 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé el supuesto excepcional de la suspensión del proceso civil por la existencia de una cuestión prejudicial perteneciente al mismo orden jurisdiccional. Para ello resulta requisito necesario que exista un proceso civil previo que tenga por objeto principal lo que en un segundo proceso se alega como cuestión prejudicial, sin que sea posible la acumulación de ambos.

La prejudicialidad, en su sentido más amplio, supone la existencia en un proceso de una cuestión que debe ser decidida como antecedente lógico de otro. Más precisamente, existe una cuestión prejudicial cuando el objeto de un proceso exige la previa resolución de una cuestión sustantiva que se ventila en un proceso pendiente.

Esta misma situación puede acontecer en el ámbito de relaciones entre el Derecho nacional y el Derecho comunitario, a lo que se añade la característica esencial del carácter vinculante de la jurisprudencia del TJUE sobre los órganos nacionales en materia de Derecho comunitario. En este sentido, cuando se encuentre pendiente de resolución una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo, el juez nacional se encuentra vinculado a la decisión que allí se adopte, siempre que entre uno y otro litigio exista la vinculación a la que alude el art. 43 de la ley procesal española, cuya interpretación analógica no consideramos forzada.

No existe norma comunitaria que imponga expresamente este efecto que, sin embargo, nos parece que deriva directamente de la regulación de la cuestión prejudicial en el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. De otra parte, la solución alternativa del planteamiento por este tribunal de la misma o semejante cuestión, con la pretensión de su acumulación por el TJUE al proceso pendiente, nos parece claramente disfuncional.

Y, de hecho, la Sala 1ª del Tribunal Supremo en auto de fecha 12 de abril de 2016, decidió suspender la tramitación del recurso de casación hasta la resolución de una cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por otro tribunal fundamentándolo en una interpretación conjunta del artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que determina la suspensión del proceso en el

que la cuestión prejudicial ha sido planteada, y el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Vistos los preceptos citados y demás de pertinente y necesaria aplicación

## PARTE DISPOSITIVA

Que debemos acordar y acordamos la suspensión del curso de los presentes autos en tanto recaiga resolución en la petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 38 de Barcelona en virtud de auto de fecha 16 de febrero de 2018 registrada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como C-125/18. Y con su resultado se acordará lo procedente.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** mediante recurso de **REPOSICIÓN** ante este Tribunal, no obstante lo cual, se llevará a efecto lo acordado. El recurso deberá interponerse por escrito en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles contados desde el siguiente de la notificación, con expresión de la infracción cometida a juicio del recurrente, sin cuyos requisitos no se admitirá el recurso (artículos 451 y 452 de la LECn).

Para interponer el recurso será necesario la **constitución de un depósito** de 25 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la cuenta de depósitos y consignaciones que este tribunal tiene abierta en el Banco Santander con el número 1858/0000/12/2743/18, consignación que deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Lo acuerdan y firman Sus Señorías. Doy fe.