

Audiencia Provincial

AP de Valencia (Sección 6ª) Auto num. 382/2021 de 27 diciembre

JUR\2022\27321



Contratos mercantiles. Banca. Hipoteca, prenda y anticresis.

Jurisdicción:Civil

Procedimiento 177/2021

Ponente:Ilmo. Sr. D. José Francisco Lara Romero

AUDIENCIA PROVINCIAL VALENCIA SECCIÓN SEXTA

ROLLO DE APELACIÓN 177/2021

AUTO N° 382

Ilmos. Sres.:

Presidente

DOÑA MARÍA MESTRE RAMOS

Magistrados

DOÑA M. EUGENIA FERRAGUT PÉREZ

DON JOSÉ FRANCISCO LARA ROMERO

En la ciudad de Valencia, a veintisiete de diciembre dos mil veintiuno.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados anotados al margen, ha visto el presente recurso de apelación interpuesto contra el Auto de fecha 25 de septiembre de 2020 dictado en AUTOS DE PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA N° 594/2018, tramitados por el Juzgado de Primera Instancia CUATRO de los de ALZIRA, entre partes en el recurso, como APELANTE-EJECUTANTE, la ENTIDAD MERCANTIL CAJAMAR CAJA RURAL, SCCC representada por la Procuradora de los Tribunales D^a LETICIA CODIAS VIÑUELA, asistida de la Letrada DOÑA LIBERTAD MIRA PALOMARES, y, como APELADA-EJECUTADA, DON ... y DON ..., representada por el Letrado DON JORGE VICÓ SANZ, y asistido de la Letrada DOÑA MARÍA JOSÉ ALAMAR CASARES,

Es Ponente el Ilmo. Sr. Don José Francisco Lara Romero, quien expresa el parecer del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

El Auto de fecha 25 de septiembre de 2020 contiene la siguiente Parte Dispositiva:

“S. S^a, por ante mí, Letrado de la Administración de Justicia, dijo: que estimando en parte los motivos de oposición formulada por ... representada por el Procurador D. JORGE VICO SANZ DEBO:

1°.- Desestimar los motivos de oposición relativos a la Cláusula Financiera Quinta: Comisión por reclamación de posiciones deudoras, y cláusula Financiera Séptima: Gastos a cargo de la parte prestataria, dado que no constituyen el fundamento de la ejecución, ni han determinado la cantidad exigible:

2°.- Desestimar el motivo de oposición relativo a la cláusula Financiera Octava : Intereses de demora, ya que fueron declarados abusivos por el Juzgado de oficio mediante Auto de 15/04/2019.

3°.- Estimar el motivo de oposición relativo a la Declaración de la abusividad y por ende de la nulidad de la cláusula financiera cuarta en los apartados relativos al Índice de Referencia: Tipo Medio de los Préstamos Hipotecarios del conjunto de entidades de crédito, al Cálculo método interés. y a los límites a la variación del tipo de interés, considerando por esta interacción de nulidad radical o plena, que ni el contrato puede subsistir, ni puede ser integrado, por lo que no cabe otro remedio que el SOBRESEIMIENTO DE LA PRESENTE EJECUCIÓN

4- Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de este incidente..”

SEGUNDO

Notificado el auto, por la demandante de ejecución CAJAMAR CAJAR RURAL S.A., se interpuso recurso de apelación, alegando:

Previa.- El juzgador de instancia se limita reproducir diversas resoluciones de la Audiencia

Provincial, Tribunal Supremo, etc., ello sin realizar una interpretación sistemática de las cláusulas, así como de la naturaleza del propio contrato de préstamo, de las circunstancias de su celebración, y todo ello puesto en relación con la necesaria ponderación de los requisitos de buena fe y equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, conculcando con ello los [artículos 3 y 4](#) de la [Directiva 1993/13/CEE \(LCEur 1993, 1071\)](#) , de 5 de abril, de Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como su homóloga normativa nacional - [Ley 7/1998, de 13 de abril \(RCL 1998, 960\)](#) , de Condiciones Generales de Contratación y el [Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre \(RCL 2007, 2164y RCL 2008, 372\)](#) , por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias-, todo ello sin obviar la propia Ley 1/2013.

Primera.- Vulneración de los [artículos 1](#) y [5.5](#) de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de Contratación.

Es preciso traer a colación la Ley de Condiciones Generales de Contratación en la cual se recoge la diferencia existente entre una condición general de la contratación y una cláusula abusiva.

Una cláusula es condición general de contratación cuando esta predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos exclusivamente por una de las partes.

Por su parte, se considera cláusula abusiva aquella que, en contra de las exigencias de la buena fe causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante e injustificado de las obligaciones.

Así las cosas, una condición general puede ser o no una cláusula abusiva. De igual modo una cláusula abusiva puede ser o no condición general de contratación.

Ninguna duda cabe en cuanto a que las cláusulas del préstamo han sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos -en este caso préstamos hipotecarios-, motivo por el que, tratándose de una condición general, la misma debe reunir los requisitos establecidos en el [artículo 5.5](#) de la Ley de Condiciones Generales de Contratación:

“La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.”

Extrapolando lo anterior al asunto que nos ocupa, es preciso traer a colación la cláusula de los intereses ordinarios pactada por las partes y contenida en el préstamo ejecutado:

“CUARTA.- Intereses ordinarios:

El préstamo devengará a favor de la Cajamar, Caja Rural y a cargo de la parte deudora, a partir de hoy, un tipo de interés nominal a razón del SEIS ENTEROS Y DOSCIENTAS CINCUENTA MILÉSIMAS (6,250) por cien anual, que será aplicable sobre la parte del capital prestado que esté pendiente de amortizar, aplicándose a los saldos deudores diarios y abonándose de forma MENSUAL.

El tipo de interés fijado anteriormente estará vigente, hasta el día QUE SECUMPLAN 36 MESES DESDE LA FECHA DE FORMALIZACIÓN DEL PRESENTE DOCUMENTO, fecha en la que tendrá efecto la primera revisión. A partir de esta fecha el tipo de interés aplicable al presente préstamo será variable tanto al alza como a la baja y revisable por períodos ANUALES, a contar desde la fecha de la primera revisión.

El tipo de interés aplicable al presente préstamo, en la primera revisión, así como en las sucesivas, se determinará sumándole 4,000 PUNTOS POR CIENTUALES al tipo de referencia.

El tipo de interés que se tomará como referencia para la primera y sucesivas

revisiones, será la última media mensual del I.R.P.H. Entidades publicada en el Boletín Oficial del Estado o publicación de análoga naturaleza el día hábil anterior a la fecha de revisión.

Se define como I.R.P.H. Entidades la media simple de los tipos de interés medio ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para la adquisición de vivienda libre, que hayan sido modificadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas valores diarios de los días con mercado de cada mes, del tipo de contado publicado por la Federación Bancaria Europea para las operaciones de depósitos en Euros a plazo de un año calculado a partir del ofertado por una muestra de bancos para operaciones en entidades de similar calificación.

Para el supuesto de que por causas ajenas a las partes no pudiera obtenerse algún período de revisión el tipo de referencia anteriormente indicado, se aplicará el que corresponda a la media aritmética simple de los valores diarios de los días con mercado de cada mes, del tipo de contado publicado por la Federación Bancaria Europea para las operaciones de depósitos en Euros a plazo de un año calculado a partir del ofertado por una muestra de bancos para operaciones en entidades de similar calificación (media mensual del EURIBOR a un año), último publicado en el Boletín Oficial del Estado, Boletín Estadístico del Banco de España o publicación de análoga naturaleza, que legalmente le sustituyese, con anterioridad a la fecha de revisión, incrementado o disminuido en el mismo diferencial que se ha señalado anteriormente en esta cláusula, y en su defecto se mantendrá vigente el tipo de interés aplicable para el período inmediatamente anterior.

En el supuesto de que hubiera que proceder a la evaluación del nuevo tipo de interés, la Caja comunicará a los obligados el nuevo tipo de interés con la variación porcentual procedente, aplicable para el nuevo período, entendiéndose que, transcurridos veinte días desde que los deudores tengan conocimiento del nuevo tipo, y no obrara en poder de la Caja la conformidad/o reparos al tipo así fijado, los deudores aceptan expresamente el devengo resultante por la aplicación de las variaciones correctoras anteriormente indicadas.

Si la parte prestataria no le interesara el nuevo tipo así pactado, deberá ponerlo en conocimiento de forma fehaciente a la Caja mediante carta certificada con acuse de recibo y/o notificación notarial, disponiendo en este caso, de un plazo máximo de un mes para el reintegro total del saldo vivo pendiente de pago, en cuyo caso soportará los gastos y comisiones pactadas.

La Entidad acreedora girará a la parte deudora un primer recibo de intereses devengados desde el día en que se encuentren los fondos a su disposición, hasta el día UNO DE JULIO DE 2013 (01/07/2013, con vencimiento a esa fecha.

El importe absoluto de los intereses devengados será determinado a partir del tipo de interés anual, por aplicación de la fórmula que a continuación se indica:

$$I = C \times R \times T / 36.000$$

Siendo: I = Intereses devengados.

C = Saldo del capital en cada momento.

R = Tipo de interés nominal anual.

T = Período de tiempo del que se efectúa la liquidación expresado en días.

No obstante lo anterior, respecto de las revisiones del tipo de interés aplicable al préstamo, se establece a modo de cláusula suelo que, en las revisiones, el tipo de interés nominal aplicable no será nunca inferior al 6,250 por cien anual, y tampoco será nunca superior al 12,00 por cien nominal anual.

Compartirá esta Ilma. Sala que dicha disposición relativa al interés ordinario cumple total y perfectamente con las exigencias recogidas en el artículo 5.5 referido, pues: i. Habida cuenta de su incardinación en la propia escritura de préstamo la cláusula es TRANSPARENTE. Pues viene recogida en el apartado de las condiciones financieras descritas, con posterioridad a las cláusulas relativas a capital, amortizaciones intereses remuneratorios y moratorios aplicables, no siendo difícil su localización en la propia escritura de préstamo.

ii. La redacción de la cláusula es absolutamente CLARA. De una simple lectura de la misma se deduce sin ningún género de dudas las consecuencias ante el impago de las cuotas a las que viene compelida la parte suscriptora del contrato, no añadiendo frases o párrafos que pudieren ensombrear su redacción, no dando lugar consecuentemente a la más mínima interpretación.

iii. La cláusula es perfectamente CONCRETA. Es precisa, detallada y está perfectamente delimitada las consecuencias del adeudo de cantidades a la parte prestamista.

iv. La redacción de la cláusula es totalmente SENCILLA. Pues no se han utilizado palabras o vocablos que dificulten a la parte prestataria su entendimiento o comprensión.

Por todo lo anterior, resultando evidente que la cláusula relativa al interés ordinario se trata de condiciones generales de la contratación por haber sido redactadas para su incorporación a los contratos de préstamo hipotecarios, queda igualmente probado que MI MANDANTE HA CUMPLIDO CON TODOS Y CADA UNO DE LOS REQUISITOS RECOGIDOS EN EL ARTÍCULO 5.5 DE LA LEY DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN, NO SIENDO PRECEPTIVA LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS EN BASE A DICHA NORMA.

En definitiva, la declaración de nulidad por abusiva de la citada cláusula vulnera claramente el principio de seguridad jurídica, pues no cabe que por un lado nuestro ordenamiento jurídico permita como permite la existencia de estas cláusulas y que

por otro la voluntad de una de las partes que consintió válidamente su inclusión en el contrato, pretenda después su nulidad, y por ende el archivo de la ejecución, lo que supone dejar al arbitrio de una de las partes la validez y el cumplimiento del contrato, algo vedado por el [artículo 1256](#) del [Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) .

Pero lo que resulta más importante es que la inclusión de estipulaciones que limitan la variación del tipo de interés aplicable a los préstamos hipotecarios, está admitida desde antiguo por la legislación española, y por tanto, la declaración de nulidad de las mismas por ser abusivas, va en contra de la autonomía de la voluntad reconocida en el [artículo 1255](#) del Código Civil.

En coherencia con esa autonomía de la voluntad, el legislador ha consagrado la libertad de pactos en materia de tipos de interés, tanto en la [Ley 26/1988, de 29 de julio \(RCL 1988, 1656y RCL 1989, 1782\)](#) , sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y sobre todo, en el artículo primero de la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito, que adjuntamos para mayor facilidad como Documento n° 1, y que establece:

“los tipos de interés de las operaciones activas y pasivas de las Entidades de crédito serán los que libremente se pacten, cualquiera que sean la modalidad y plazo de la operación y la naturaleza del sujeto con el que se concierten, sin más excepciones que las que para las Entidades de depósito y las Entidades oficiales de crédito se establecen en el número segundo de esta Orden”

Así lo vino a reconocer el Banco de España en la Memoria del Servicio de Reclamaciones del año 2009, que en su página 104 afirmaba que “la normativa de transparencia consagra la libertad de pactos para fijar los tipos de interés a los que se vayan a liquidar las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito...”, y sobre todo en el Informe del Banco de España sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios, publicado en Boletín Oficial de Cortes de 7 de mayo de 2010, cuya conclusión es clara, no cabe predicar la abusividad de este tipo de cláusulas de acuerdo con el ordenamiento jurídico español.

Por tanto, es evidente la legalidad de que las partes pacten el tipo de interés que tengan por conveniente, y la parte demandante al prestar su consentimiento vino a aceptar de forma irrevocable aquello que firmaba. Más concretamente, en materia de préstamos hipotecarios como los que aquí se analizan, es de especial relevancia la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, aplicable a los préstamos a personas físicas en los que la garantía hipotecaria recaiga sobre una vivienda. Por lo que respecta a la información contractual, el Anexo II de la señalada Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, regula el contenido de las cláusulas financieras de los contratos de préstamo hipotecario sujetos a la misma, y por lo que aquí interesa, en el apartado 3 bis del punto 3, dedicado al tipo de interés variable, establece lo siguiente:

“3. Límites a la variación del tipo de interés aplicable. Cuando se establezcan límites máximos y mínimos a la variación del tipo de interés aplicable al préstamo, se expresarán dichos límites:

a) En términos absolutos, expresándose en forma de tipo de interés porcentual los citados límites máximo y mínimo.

Esta forma de expresión se utilizará obligatoriamente cuando puedan expresarse dichos límites en términos absolutos al tiempo del otorgamiento del documento de préstamo.

b) De cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho.”

De la simple lectura de la cláusula de la escritura ejecutada se aprecia que cumple con lo establecido en la norma, siendo la misma TRANSPARENTE, pues expresa el tipo de interés mínimo en términos absolutos y de forma porcentual, y por ende, de acuerdo con la normativa vigente y con los hechos acontecidos, ningún reproche jurídico se puede realizar ni al contenido de la cláusula ni a su inclusión en el contrato, y no cabe por ende declarar la nulidad de la misma por abusiva y acordar el sobreseimiento de la ejecución.

Y en todo caso, al tratarse de un documento público, el Notario dio fe de que los comparecientes estaban enterados, que consentían y aprobaban el contenido de la escritura pública, y así lo firmaron con él. E igualmente, el Notario dio fe de que el contenido de la escritura pública se adecuaba a la legalidad, de la voluntad debidamente informada de los otorgantes, y de que el consentimiento de éstos había sido libremente prestado, como consta en las advertencias finales de la escritura. En consecuencia, los ejecutados sabían perfectamente que el contrato incluía esa cláusula delimitación de la variación del tipo de interés, y como vemos, dicha cláusula fue incluida respetando el marco de la normativa aplicable, y por ende, debemos concluir que la misma es válida, pues es el resultado de un acuerdo entre las partes.

Pero además, tal y como viene reconociéndose por nuestra jurisprudencia, conforme a lo dispuesto en el [artículo 695.1.4](#) de la [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) , para apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual ésta ha de constituir el fundamento de la ejecución o ha de haber determinado la cantidad exigible. Y en este caso no concurre ninguna de dichas circunstancias, pues tal y como se desprende del acta de fijación de saldo, en este caso al haberse establecido un periodo de carencia de tres años y tras dicho periodo de carencia haberse fijado un tipo de interés fijo del 6,250 durante otros tres años, el tipo de interés variable se hubiera aplicado tras el devengo de 36 cuotas, es decir el 1 de agosto de 2018 y mi mandante procedió al cierre de la operación el 19 de junio de 2018, por lo que el referido tipo no ha sido objeto de aplicación y por tanto no ha determinado el saldo deudor, de modo que no constituye fundamento de la ejecución, por lo que la declaración de abusividad de la cláusula, entendemos no

debe conllevar el sobreseimiento de la ejecución. Segunda.- Vulneración del [artículo 82](#) de 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 relación con los [artículos 3 y 4](#) de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril, de Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Adentrándonos en la normativa específica en cuanto al examen de la abusividad de las cláusulas suscritas con consumidores y usuarios, es preciso traer a colación las normas de la Unión Europea y de nuestro régimen nacional en las que se recogen los requisitos que deberán cumplir necesariamente los pactos suscritos para que no sean declarados abusivos y consecuentemente nulos e inaplicables. La Directiva 1993/13/CEE, de 5 de abril, de Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores establece en sus artículos 3 y 4 lo siguiente:

Artículo 3.

“1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas sí, 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 y 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. ”

Por su parte, 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 recoge en su artículo 82 que:

“1. Se consideraran 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. (...)

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. ”

En este sentido el propio Auto de 11 de junio de 2015 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) recoge expresamente:

“43. En este contexto, procede recordar que, con arreglo al [artículo 4, apartado 1](#) , de la Directiva 93/13, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración. De ello se desprende que, en esta perspectiva, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional. (...)

52. De lo anterior se deduce, por un lado, que el mero hecho de que la cláusula de vencimiento anticipado sobre la que versa el litigio principal resulte contraria al [artículo 693, apartado 2](#) , de la Ley de Enjuiciamiento Civil no permite por sí solo llegar a la conclusión del carácter abusivo de dicha cláusula.”

Así como el Auto nº 230/15 de la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Barcelona:

“Añádase el reciente auto del TJUE de 11 de junio de 2015, que asevera que la circunstancia de que una cláusula nacida abusiva no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión. EITJ no dice nada radicalmente nuevo, sino sólo que hay que estar al caso concreto, a cómo se ha hecho uso de una cláusula cuyo tenor pueda ser calificado como abusivo. El no uso no significa automáticamente validez, pero tampoco empecinamiento en la nulidad: hay que estar a los datos circundantes que nos indicarán si en una valoración global se puede llegar a la conclusión de la validez o de la nulidad.”

A la vista de dichos preceptos y de la jurisprudencia referida, compartirá ésta Ilma. Sala que, para que pueda ser declarada la abusividad de un pacto suscrito entre empresarios y consumidores, es total y absolutamente necesario que previamente sean objeto de análisis los cuatro aspectos siguientes: i) la naturaleza de los bienes o servicios, ii) las circunstancias concurrentes en el momento de celebración del contrato, iii) la buena fe del empresario (pues la ausencia de ésta será consecuencia de la abusividad) y iv) los derechos y obligaciones de las partes (en aras de contrastar si existe un equilibrio real entre las prestaciones de las partes).

A continuación, vamos a analizar cada uno de dichos cuatro requisitos en aras de examinar la ausencia del carácter abusivo de las cláusulas de vencimiento anticipado recogidas en el título cuya ejecución nos ocupa.

i. Naturaleza de los bienes o servicios.

Tratándose el contrato cuya ejecución nos ocupa de un préstamo es preciso traer a colación el [artículo 1740](#) del Código Civil:

“Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella durante cierto tiempo y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o dinero u otra cosa fungible, con condición de devolver

otro tanto de la misma especie y calidad, en cuyo caso conserva simplemente el nombre de préstamo”. Así mismo, recayendo la condición de comerciante en mi patrocinada y tratándose de una operación bancaria, el préstamo suscrito tiene la condición de préstamo mercantil.

Las características propias del contrato de préstamo mercantil y que consecuentemente concurren en el presente son las siguientes: a) es un negocio jurídico real, de cuya relación jurídica se derivan obligaciones a cargo de ambas partes; b) es un contrato traslativo de dominio, es decir, el prestatario deviene propietario del bien objeto del contrato, comprometiéndose a devolver otra de la misma especie y calidad, y c) de lo anterior se deduce que el objeto del préstamo mercantil son cosas fungibles (dinero).

Así las cosas, resulta que la única y principal obligación de la parte prestamista -la entidad de crédito, mi mandante- era la entrega del dinero en la forma, tiempo y lugar pactado, tal y como consta en la escritura de préstamo, siendo a partir de dicho momento exigibles las obligaciones del prestatario.

Dicho en otras palabras, una vez abonado el importe del préstamo al prestatario, LA PARTEPRESTAMISTA HA CUMPLIDO LA TOTALIDAD DE SUS OBLIGACIONES. Por su parte, la parte prestataria de la operación, según lo pactado en el propio título, le corresponde:

1. La restitución de la cosa entregada, en nuestro caso, del importe total entregado en concepto de préstamo, de la misma especie y calidad, según los plazos (cláusula tercera de la escritura) y cuantías pactadas, permitiéndose en todo caso la amortización anticipado según lo dispuesto en dicha cláusula. 2. El pago de intereses remuneratorios, tal y como consta en la cláusula cuarta de la escritura.

Por ello, una vez entregado el capital del préstamo, LAS OBLIGACIONES FUNDAMENTALES DEL CONTRATO LO SON A CARGO DE LA PARTE PRESTATARIA, esto es el pago o devolución de las cantidades prestadas y de sus intereses de conformidad con los términos y condiciones pactados.

ii. Buena fe.

La cláusula de los intereses ordinarios no se trata de un pacto predisuesto e impuesto por mi cliente, sino que el mismo viene admitido expresamente por nuestro ordenamiento jurídico estando sujeto al control de legalidad tanto por los preceptos aducidos, como por el Notario en el momento de su otorgamiento, como por el Registrador a la hora de su inscripción, motivo por el que se acredita que ninguna mala fe puede derivarse de su inclusión en el contrato de préstamo.

iii. Derechos y obligaciones de las partes.

Como hemos puesto de manifiesto en el apartado i., la principal obligación de mi mandante era la entrega del capital suscrito, extremo que consta acreditado en la escritura de préstamo, resultando CUMPLIDAS LA TOTALIDAD DE LAS

OBLIGACIONES LA PARTE PRESTAMISTA. Por su parte, la OBLIGACIÓN ESENCIAL de la ejecutada es la restitución del importe objeto de préstamo, junto con el pago de los intereses remuneratorios, es por ello que, ante el incumplimiento de la parte prestataria en la devolución de las cantidades a cuyo pago se había compelido, establecer un sistema coercitivo en aras de evitar su incumplimiento no debe ser reputado abusivo.

En este sentido, se ha pronunciado también nuestra doctrina jurisprudencial, pudiendo destacar a título de ejemplo el Auto n° 283/15, de 3 de junio de 2015, de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª): “Ahora bien, como venimos diciendo con reiteración, tratándose de oposición un procedimiento ejecutivo y no de un procedimiento declarativo en que se discuta la validez de la cláusula en abstracto, lo que habrá que determinar es si el uso que de dicha cláusula ha hecho la entidad ejecutante ha sido o no abusivo; y así, veinte cuotas de amortización antes de que el banco diera por vencida la operación, por lo que no procede decretar el sobreseimiento de la ejecución por esta causa, al no apreciarse otras circunstancias que determinen que la entidad prestamista haya infringido el justo equilibrio de las prestaciones, ni haya ejecutado el contrato a su arbitrio, puesto que tampoco le era exigible que agotara todo el plazo contractual pactado cuando ya constaba un incumplimiento de los prestatarios más que reiterado en el tiempo, sin que conste que los apelantes hayan realizado posteriormente ningún intento de ponerse al día en el pago de lo adeudado, ni hayan hecho consignación u ofrecimiento alguno al respecto”.

Tercera.- No aplicación de la cláusula suelo e inexistencia de abusividad en su utilización .

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto y como complemento a todo ello, interesa al derecho de esta parte reproducir otras tantas resoluciones de otras Audiencias Provinciales y Juzgados de lo Mercantil de distintas provincias españolas han declarado que estas cláusulas que establecen límites a las variaciones de los tipos de interés en los préstamos hipotecarios, no son abusivas, ni tampoco contrarias a derecho, a saber:

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 19a), número 387/2012 de 13 julio de 2012:

“Respecto de las cláusulas techo y suelo en materia de intereses en relación con los préstamos hipotecarios, y desde la propia configuración de las citadas cláusulas en los contratos que se estudian, puede afirmarse que tales cláusulas no quebrantan, como decía el Juzgador de instancia, la reciprocidad obligacional en el contrato pues una cláusula limitativa de la variación del tipo de interés variable, no puede considerarse abusiva, máxime teniendo en cuenta el contenido de la Orden ministerial del 5 mayo 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras; como detalla la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección quinta, de 7 octubre del año 2011, y desde el contenido de los artículos 82 y concordantes de la ley de consumidores y usuarios - texto refundido-, los requisitos que se precisan

para que una cláusula sea abusiva son los siguientes: que no se haya negociado, que sea contraria a la buena fe y que cause un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato; pues bien, la cláusula se negoció al seguirse la normativa administrativa sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios; al tiempo que aquellas cláusulas, en la configuración que tienen en los contratos de préstamos hipotecarios que se somete a la consideración de este Tribunal, no contravienen el principio de la buena fe ni encierran, propiamente, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones derivados del contrato, pues, como sigue diciendo la precitada sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, el pacto de limitación de la variabilidad de los intereses es un medio de control del riesgo, constituyendo uno de los elementos configuradores del precio del contrato, que como préstamo que es tiene un carácter unilateral, donde las obligaciones surgen, efectuada la primitiva entrega del dinero por el prestamista, en el prestatario, pretendiendo aquel pacto establecer una retribución mínima y máxima a satisfacer por el prestatario; y concluye la repetida sentencia, de lo que participa este Tribunal, que el equilibrio al que se refiere el artículo 82.1 de la ley de consumidores y usuarios es al equilibrio del contenido jurídico obligación del contrato, no al alcance económico de las contraprestaciones que constituyen el objeto del contrato mismo. Añadir, de otra parte, que la cláusula que techo y suelo contenida en el mismo contrato equilibra y da seguridad a los límites del interés variable sin que pueda afirmarse, como expresa la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sección tercera, de 2 febrero del año 2012 que la fijación de la cláusula suelo del 4% en los préstamos hipotecarios parezca abusiva ni contraria a la buena fe. "

- [Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla \(Sección 5ª\) de 7 octubre 2011 \(AC 2011, 1569\)](#) : "La existencia de pactos de limitación de intereses variables (las cláusulas suelo y techo) en la contratación de préstamos hipotecarios, está prevista y regulada en el anexo II de la OM de 5 de mayo de 1994, cláusula 3ª bis, apartado 3. Por tanto, su viabilidad legal es incuestionable en cuanto están previstas en la normativa sobre transparencia bancaria. Ello no impide que sean sometidas a un control de abusividad por los Tribunales. Pero resulta dudoso que pueda hacerse una declaración de abuso con carácter general y abstracto. El carácter abusivo de estas cláusulas, en principio legales, ha de verificarse en un análisis individualizado de cada caso, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración y todas las cláusulas del contrato ([art. 82.3 LCU](#)). También ha de tenerse en cuenta cuando se trata de valorar si estos pactos son abusivos, que la OM de 5 de mayo de 1994 regula el iter negocial de la contratación, garantizando la transparencia regulando los trámites necesarios para asegurar que el proceso de formación de la voluntad del prestatario se desarrolle libremente con el adecuado conocimiento y con total información, como veremos a continuación.

Los pactos de limitación de la variabilidad tampoco son contrarios a la buena fe, pues se han suscrito siguiendo el iter negocial establecido en la regulación sobre la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos, el solicitante ha recibido toda la información, y estos pactos son totalmente legales al estar

contemplados en la normativa sobre transparencia de la OM de 5 de junio de 1994.

El pacto de limitación de la variabilidad es un medio de control del riesgo, constituyendo uno de los elementos configuradores del precio del contrato, junto con el interés referencial el diferencial, con la finalidad de establecer una retribución mínima del capital entregado, y en su caso, la máxima que habría de satisfacer el prestatario y el pago del precio es la recíproca contraprestación a la prestación de la entrega del dinero por parte del prestamista. El equilibrio al que el [art. 82.1 LCU](#) se refiere es un equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, un equilibrio del contenido jurídico obligacional del contrato, Noel alcance económico de las contraprestaciones que constituyen el objeto del contrato.

Aceptado un determinado precio por el prestatario, la mayor o menor onerosidad de la operación financiera no supone un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, pues como decimos, el equilibrio exigido por la Ley de Consumidores y Usuarios se refiere a los de contenido jurídico, no al equilibrio económico de la operación. En definitiva que el precio de una operación determinada sea caro no puede producir la nulidad del pacto. El precio de las cosas, de los bienes y de los servicios es el que libremente convengan las partes, en función de lo que determine la situación del mercado en cada momento y la libre competencia existente. En el caso de los préstamos sólo si el precio convenido es producto de un aprovechamiento de un estado de necesidad del prestatario habría que acudir a las normas que protegen al prestatario frente a préstamos usurarios, cuál es la Ley de 23 de julio de 1908 sobre la nulidad de los contratos de préstamos usurarios, cuando se estipula un interés notablemente superior al normal del dinero, manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso y aceptado por el prestatario a causa de su angustiosa situación de su inexperiencia. Norma ésta que en absoluto sería de aplicación al caso que nos ocupa por ser su supuesto fáctico completamente distinto a los fundamentos de pedir deducidos en la demanda en relación con la abusividad de la cláusula suelo de los préstamos hipotecarios. Así pues, los pactos sobre límites a la variabilidad del interés, no constituyen derechos u obligaciones recíprocas de las partes, sino que se incorporan al contrato como mecanismos para reducir el riesgo de pérdidas o de impago que pudiera frustrar el fin del contrato, y de esta manera asegurar el buen fin del mismo.

Es decir, los tipos fluctúan, los préstamos son de larga duración, el comportamiento de los mercados financieros a largo plazo muy difícil de predecir. Ante ello y no disponiendo en estos autos de una prueba pericial que hiciese un profundo estudio científico de la cuestión, no es posible declarar con cierto fundamento y rigor que haya un desequilibrio importante o falta de equivalencia entre el límite mínimo del tipo y el máximo. Y mucho menos para declararlo con carácter general y absoluto sobre la base de una apreciación puramente coyuntural para todos los contratos que las entidades demandadas hayan concertado introduciendo el pacto de limitación a la variabilidad de los intereses, pues como dice el informe del Banco de España obrante en autos, la proporcionalidad está vinculada al precio del producto y este viene determinado por un conjunto de

elementos (índice, diferencial, frecuencia de las revisiones, plazo, vinculación exigida, etc...), diferentes para cada préstamo y relevantes en cada momento. "

- [Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 7 de Barcelona, número 282/2011 de 12 septiembre \(AC 2011, 2154\)](#) : "El [RDL 1/2007 \(RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372\)](#) , Texto Refundido de la ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, fija el concepto de consumidor en el artículo 3 al indicar que:

"A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuario las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional".

En el supuesto de autos no cabe duda de que la demandante actúa fuera del ámbito propio de su actividad profesional. La cuestión entonces estriba en determinar si, como estipulación no negociada individualmente, la llamada cláusula suelo es contraria a la buena fe y causa en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

A este respecto se ha de tener en cuenta que la cláusula suelo es uno del instrumento de cobertura ante los riesgos de fluctuación del índice de referencia de los tipos de interés, en este caso el EURIBOR, de cierta relevancia en la actualidad en que este índice ha bajado considerablemente en relación con el existente a la fecha del contrato. Como tal instrumento es lícito y su incorporación a un contrato de préstamo no se vería afectada por causa de nulidad si fuera consentida y pactada entre las partes y el desequilibrio que pudiera generar por sí solo se viera compensado por otros mecanismos (mayores o menores porcentajes en los diferenciales, ausencia de comisiones por vencimientos anticipados o recíproca cláusula techo), todo ello previa y claramente detallado, informado y pactado."

Motivo por el que, para el caso de que fuera desestimada nuestra petición inicial -esto es, que la cláusula de limitación del interés ordinario pactada sea considerada abusiva- la consecuencia de dicha declaración, entendemos que en ningún caso debe conllevar el sobreseimiento del procedimiento ejecutivo, habida cuenta de lo declarado por nuestras Audiencias Provinciales, pues éstas vienen estableciendo que se debe proceder en cualquier caso al recálculo de la deuda sin aplicación de dicha limitación, pero además como ya hemos referido en este caso no procede recálculo pues la cláusula no ha sido objeto de aplicación, al haber estado vigente durante la vigencia del préstamo el tipo de interés fijo pactado por las partes.

Cuarta.- Respecto al método de cálculo. El auto de instancia declara la nulidad de la cláusula relativa al método de cálculo, considerando abusiva la cláusula que establece que "para el cálculo de los intereses correspondientes a períodos inferiores a un año, se considerará que el mismo tiene 360 días".

Al respecto hemos de manifestar que el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de septiembre de 2006 dio validez a dicho cálculo entendiendo que el mismo se basa en lo dispuesto en el [artículo 60](#) del [Código de Comercio \(LEG 1885, 21\)](#) . Entendemos que en este caso no ha habido un desequilibrio pues en el préstamo se

refleja con suficiente e claridad la fórmula aplicada, y por tanto no debe mantenerse la declaración de nulidad de la referida cláusula y tampoco dicha declaración puede conllevar el sobreseimiento.

Al respecto, cabe mencionar que la Audiencia Provincial de Valencia viene reconociendo la validez del cálculo de los intereses conforme al año comercial si en la operación no ha habido un desequilibrio entre las partes, y en este caso consideramos que no ha habido desequilibrio pues la fórmula aparece suficientemente identificada y explicada en el préstamo. Además, el Banco de España ha venido admitiendo como un uso bancario el empleo de una base de cálculo distinta en el numerador y en el denominador en la fórmula de cálculo de los intereses, esto es, considerando en el numerador, como días en los que se habría producido el devengo de dichos intereses, el número de días realmente transcurridos con arreglo al año civil o natural, y, por su parte, incluyendo en el denominador, como cifra entre la que se divide la anterior, los 360 días de que se compone el denominado «año comercial».

En cualquier caso entendemos que procede estimar el presente recurso, revocar el sobreseimiento acordado pues las cláusulas cuya nulidad se ha declarado no han sido aplicadas y por tanto no constituyen fundamento de la ejecución, y dictar resolución por la que revocando el referido Auto se acuerde continuar con la ejecución.

Terminaba solicitando que, previos los trámites legales se dictara resolución por la que se estime el recurso frente al Auto de 25 de octubre de 2020, dejando sin efecto el Auto recurrido.

TERCERO

Se dio traslado a la parte contraria, que presentó escrito de oposición solicitando la confirmación de la resolución.

CUARTO

Recibidos los autos por este Tribunal, se señaló el día 18 de octubre de 2021 para deliberación y votación, que se verificó, quedando, seguidamente, para dictar resolución.

QUINTO

Se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan parcialmente los fundamentos de derecho de la resolución apelada en lo que no se opongan a los contenidos en esta.

PRIMERO

La cuestión planteada por la parte apelante Cajamar Caja rural, SCC, en virtud del recurso de apelación interpuesto es resolver si procede estimar el recurso planteado

en base a los defectos e infracciones procesales que atribuye a la resolución del Juzgado, auto de 25 de septiembre de 2020 por el que se acordó el sobreseimiento y archivo de la presente ejecución, y como consecuencia acordar la continuación de la misma desestimando los motivos de oposición.

SEGUNDO

En concreto muestra su discrepancia sobre distintos pronunciamientos que serán seguidamente objeto de análisis.

Respecto a la cláusula de referencia IRPH y a las consideraciones del Juzgado en torno a la cláusula I [RPH \(RCL 2007, 1334\)](#) , sosteniendo la Vulneración de los [artículos 1 y 5.5](#) de la [Ley 7/1998, de 13 de abril \(RCL 1998, 960\)](#) , de Condiciones Generales de Contratación. En relación a los intereses ordinarios. La cláusula controvertida establece:

“CUARTA. - Intereses ordinarios:

El préstamo devengará a favor de la Cajamar, Caja Rural y a cargo de la parte deudora, a partir de hoy, un tipo de interés nominal a razón del SEIS ENTEROS Y DOSCIENTAS CINCUENTA MILÉSIMAS (6,250) por cien anual, que será aplicable sobre la parte del capital prestado que esté pendiente de amortizar, aplicándose a los saldos deudores diarios y abonándose de forma MENSUAL.

El tipo de interés fijado anteriormente estará vigente, hasta el día QUE SECUMPLAN 36 MESES DESDE LA FECHA DE FORMALIZACIÓN DEL PRESENTE DOCUMENTO, fecha en la que tendrá efecto la primera revisión. A partir de esta fecha el tipo de interés aplicable al presente préstamo será variable tanto al alza como a la baja y revisable por períodos ANUALES, a contar desde la fecha de la primera revisión.

El tipo de interés aplicable al presente préstamo, en la primera revisión, así como en las sucesivas, se determinará sumándole 4,000 PUNTOSPORCENTUALES al tipo de referencia.

El tipo de interés que se tomará como referencia para la primera y sucesivas revisiones, será la última media mensual del I.R.P.H. Entidades publicada en el Boletín Oficial del Estado o publicación de análoga naturaleza el día hábil anterior a la fecha de revisión.

Se define como I.R.P.H. Entidades la media simple de los tipos de interés medio ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para la adquisición de vivienda libre, que hayan sido modificadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas valores diarios de los días con mercado de cada mes, del tipo de contado publicado por la Federación Bancaria Europea para las operaciones de depósitos en Euros a plazo de un año calculado a partir del ofertado por una muestra de bancos para operaciones en entidades de similar calificación.

Para el supuesto de que por causas ajenas a las partes no pudiera obtenerse algún período de revisión el tipo de referencia anteriormente indicado, se aplicará el que corresponda a la media aritmética simple de los valores diarios de los días con mercado de cada mes, del tipo de contado publicado por la Federación Bancaria Europea para las operaciones de depósitos en Euros a plazo de un año calculado a partir del ofertado por una muestra de bancos para operaciones en Entidades de similar calificación (media mensual del EURIBOR a un año), último publicado en el Boletín Oficial del Estado, Boletín Estadístico del Banco de España o publicación de análoga naturaleza, que legalmente le sustituyese, con anterioridad a la fecha de revisión, incrementado o disminuido en el mismo diferencial que se ha señalado anteriormente en esta cláusula, y en su defecto se mantendrá vigente el tipo de interés aplicable para el período inmediatamente anterior.

En el supuesto de que hubiera que proceder a la evaluación del nuevo tipo de interés, la Caja comunicará a los obligados el nuevo tipo de interés con la variación porcentual procedente, aplicable para el nuevo período, entendiéndose que, transcurridos veinte días desde que los deudores tengan conocimiento del nuevo tipo, y no obrara en poder de la Caja la conformidad/o reparos al tipo así fijado, los deudores aceptan expresamente el devengo resultante por la aplicación de las variaciones correctoras anteriormente indicadas.

Si la parte prestataria no le interesara el nuevo tipo así pactado, deberá ponerlo en conocimiento de forma fehaciente a la Caja mediante carta certificada con acuse de recibo y/o notificación notarial, disponiendo en este caso, de un plazo máximo de un mes para el reintegro total del saldo vivo pendiente de pago, en cuyo caso soportará los gastos y comisiones pactadas.

La Entidad acreedora girará a la parte deudora un primer recibo de intereses devengados desde el día en que se encuentren los fondos a su disposición, hasta el día UNO DE JULIO DE 2013 (01/07/2013, con vencimiento a esa fecha.

El importe absoluto de los intereses devengados será determinado a partir del tipo de interés anual, por aplicación de la fórmula que a continuación se indica:

$$I = C \times R \times T/36.000$$

Siendo: I = Intereses devengados.

C = Saldo del capital en cada momento.

R = Tipo de interés nominal anual.

T = Período de tiempo del que se efectúa la liquidación expresado en días.

No obstante lo anterior, respecto de las revisiones del tipo de interés aplicable al préstamo, se establece a modo de cláusula suelo que, en las revisiones, el tipo de interés nominal aplicable no será nunca inferior al 6,250 por cien anual, y tampoco será nunca superior al 12,00 por cien nominal anual.

La resolución de primera instancia razonó al respecto que:

TERCERO. Seguidamente vamos a tratar la denuncia de abusividad de las cláusulas financieras Cuarta: En cuanto al Índice de Referencia: Tipo Medio de los Préstamos Hipotecarios del conjunto de entidades de crédito , Cálculo método interés. Y Límites a la variación del tipo de interés.

3.1. - La cláusula del IRPH-Entidades

En primer lugar debemos examinar si la normativa que oficializa el índice de referencia es imperativa en el sentido del [art.1.2](#) de la [Directiva 93/13 \(LCEur 1993, 1071\)](#) . Para ello debemos acudir a la normativa del momento en que se otorgó el contrato la Circular 8/1990, la 5/1994 y la Orden de 5 de mayo de 1994, de aplicación, solo son disposiciones reglamentaras o administrativas. Los seis índices o tipos de interés de referencia oficiales que se recogían en esa normativa eran susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito en los préstamos hipotecarios a interés variable, por ello de dicha normativa administrativa no se desprende que el índice de referencia IRPH se configure como una norma imperativa.

En segundo lugar, debemos analizarse si el hecho de no haberse traspuesto el [art. 4.2](#) de la referida Directiva 93/13 al ordenamiento interno por parte del legislador nacional, impide apreciar el carácter abusivo de la cláusula de referencia.

En la STJUE de 3 de junio de 2010 (C-484-2008) “ (41) Pues bien, por lo que respecta a la normativa española de que se trata en el litigio principal, debe señalarse que, tal como se desprende de los autos remitidos al Tribunal de Justicia, la Ley 7/1998 no ha incorporado el artículo 4, apartado 2 , al ordenamiento interno “ y afirmó, que en nuestro ordenamiento jurídico un órgano jurisdiccional puede, en consecuencia, apreciar, en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio celebrado entre profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente que se refiera, en particular, al objeto principal -como es nuestro caso- de dicho contrato, incluso en supuestos en que esa cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible. Y “ (1) A la luz de estas consideraciones, procede responder a las cuestiones primera y segunda que los artículos 4, apartado 2 , y 8 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible “ ,

En tercer lugar, el control de transparencia de la cláusula denunciada de abusividad ha de partir de la verificación de si el contrato expone de manera clara el cálculo del tipo de interés, de manera que el consumidor estuviera en plenas condiciones de valorar las consecuencias económicas del mismo que se derivaran

para él, así como si el contrato cumplió con las obligaciones de información previstas. Y tomando como referencia la STJUE de 16 de febrero de 2015 en dicho control se tienen que tener en cuenta todos los elementos que puedan tener incidencia en el alcance de lo asumido por el consumidor, de ahí que resulte importante valorar la información y publicidad proporcionadas en términos generales, particulares y muy especialmente con relación a la comprensibilidad de los elementos aritméticos empleados en la reglamentación predispuesta, en todas las fases de formación del contrato y en especial la fase precontractual, (SSTJUE de 21 de marzo, caso RWE Vertrieb, ó la de 20 de septiembre de 2017, caso Andricuic) y esa exigencia de información que debe facilitar el profesional ha de abarcar los posibles escenarios que comporte la aplicación del meritado índice de referencia. con relación a otros índices oficiales, lo que, sin duda, contribuiría a conformar su voluntad. En este sentido, esos escenarios necesariamente hubieran tenido de tener en cuenta la evolución de este índice de referencia en el pasado y puesto ello en relación con la evolución de otros índices oficiales, puesto que el hecho de que se trate de un índice oficial no releva en modo alguno al profesional de haber adoptado los parámetros de información que se han expuesto.

No se ha acreditado por la entidad ejecutante que se facilitara información alguna a los ejecutados, por lo que es fácil inferir que estos no tuvieron un conocimiento cabal de toda la carga económica y jurídica que suponía la cláusula IRPH -entidades, lo que implica a considerar que dicha cláusula no supera el control de transparencia y debe reputarse nula por abusiva

En este sentido se ha pronunciado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia Secc.9ª de 1 de junio de 2020, Roj: SAP V 539/2020 - ECLI:ES:APV:2020:539, N° de Recurso: 1280/2019, N° de Resolución: 684/202, Ponente: GONZALO MARIA CARUANA FONT DE MORA " CUARTO . Efecto por la falta de transparencia de la cláusula Tercera "Tipos de Interés" (IRPH). Tras la reforma del artículo 83 del TR- [LGDCU \(RCL 2007, 2164y RCL 2008, 372\)](#) por la [disposición final octava](#) de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario («B.O.E.» 16 marzo), se introduce un párrafo segundo con la siguiente dicción literal; « Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho» > >.

El precepto mantiene en su párrafo primero el efecto de nulidad de las cláusulas abusivas; con lo que claramente el legislador está configurando dos clases autónomas de categorías jurídicas en las cláusulas no negociadas con consumidores y no anuda que la cláusula no transparente, sea además abusiva, sino que debe causar perjuicio al consumidor.

Cierto es que tal norma es de vigencia posterior al contrato que estamos analizando y que, anteriormente, no concurría una norma legal en el conjunto normativo de consumidores que reglase expresamente la consecuencia jurídica de falta de transparencia (tampoco en la Directiva 93/13), pues el artículo 6 de la norma

comunitaria regla el efecto no vinculante de las "cláusulas abusivas" y de ahí que tal efecto para una cláusula no transparente deba conllevar tal carácter y por ende apreciar dicha abusividad para no tener vinculación, en cuanto resultaba necesario fuese abusiva por el desequilibrio que causaba al consumidor (STJUE de 26/1/2017; 20/9/2017 y 5/6/2019) y línea del Tribunal Supremo en la reciente sentencia de 20/2/2020 .

Pero aun desde esta última perspectiva, entendemos que, si concurre, efectivamente, un perjuicio o desequilibrio para el consumidor, en este caso para los actores. Este desequilibrio, claramente, no puede ser juzgado por la evolución posterior de los tipos de índices, en cuestión, habidos en el mercado hipotecario, en comparativa con la acontecida con otros índices, sino que hay que estar al momento contractual.

Pues bien, a tenor del significado y efectos que produce el incumplimiento de esa información, observamos tal como narra la Introducción de esa Orden Ministerial, explica la razón y fundamento de esa exigencia informativa, cual es, precisamente, que el cliente bancario se haga una previsión del precio del crédito (de ahí la relevancia de informar sobre el efectivo valor último del IRPH, mayor en un contexto en que reparamos eran índices minoritarios y no tenían la comunicación pública, mediática y permanente de otros de uso generalizado como el Euribor, que por cierto no consta en la Circular 8/1990, por introducirse en la [Circular del Banco de España 7/1999 de 29 de junio \(RCL 1999, 1836\)](#)) y por otra, que con tal previsión sí que podía efectuar, la labor comparativa a la hora de contratar dentro de la oferta competencial del mercado.

Así la Orden Ministerial, explica respecto a esa información: " Téngase presente que la primera premisa para el buen funcionamiento de cualquier mercado, y, a la postre, la forma más eficaz de proteger al demandante de crédito en un mercado con múltiples oferentes, reside en facilitar la comparación de las ofertas de las distintas entidades de crédito, estimulando así la efectiva competencia entre éstas."

En consecuencia, aun con la exigencia jurisprudencial, dado tal perjuicio, el pacto resulta nulo de pleno derecho y por ende debe ser eliminado y expulsado del contrato por carecer de efecto vinculante ([artículo 6](#) Directiva 93/13).

Sostiene la parte recurrente la legalidad de tal pacto, en virtud de los razonamientos que antes se han recogido en su recurso. Por nuestra parte, hemos indicado en nuestra resolución SAP, Civil sección 6 del 23 de julio de 2021 (ROJ: SAP V 3178/2021 - ECLI:ES:APV:2021:3178) lo siguiente:

"SEGUNDO .- Esta Sala, en diversas resoluciones ha analizado la posible nulidad de la cláusula de IRPH, siendo la primera. La sentencia dictada en el recurso de apelación nº 608/2.028, y tras ella las dictadas en los recursos de apelación nº 770/2.018, 288/2.019 y la más reciente la dictada en el recurso de apelación nº 694/2. 020.

Ya decíamos en nuestra sentencia de 31 de octubre de 2.018 dictada en el Rollo

de apelación nº 608/2.018 en relación al IRPH que a pesar de que la STS, Civil del 14 de diciembre de 2017 (ROJ: STS 4308/2017) concluyó que:

14.- Como consecuencia de todo lo expuesto, el segundo motivo de casación debe ser estimado, porque la cláusula controvertida superaba el control de transparencia. Y al no apreciarlo así, la Audiencia Provincial infringe los [arts. 80.1 y 82](#) TRLGCU y 4.2 de la

Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Lo que le lleva, no solo a anular y expulsar del contrato la cláusula de interés remuneratorio, sino incluso a dejar el préstamo sin interés (ni siquiera sobrevive el diferencial del 0,50%), como si se tratara de un préstamo usurario." Dicha sentencia cuenta con un voto particular que dijo: "en relación a los presupuestos de aplicación del control de transparencia la propia sentencia, fundamento de derecho segundo, conforme a lo declarado en la instancia y con cita, entre otras, de las SSTJUE de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C- 154/15 , C-307/15 y C-308/15 y de 20 de septiembre de 2017, asunto C- 186/16 , relativos a la cláusula suelo y al préstamo de hipoteca multidivisa, respectivamente, califica la cláusula de interés variable como una condición general de la contratación. Por lo que cumple con los requisitos para ser objeto del control de transparencia propio de las cláusulas predispuestas que configura el profesional en su contratación con los consumidores. Dicho control alcanza, por tanto, al tipo o índice de referencia utilizado, en nuestro caso el citado IRPH-Entidades, sin que tampoco sea un óbice para la aplicación del control de transparencia que dicho índice constituya un "elemento esencial" del contrato de préstamo celebrado."

Con relación a la exigencia o deber de transparencia, que: "La razón de fondo, al margen de que la propia sentencia no la aplica, pues entra en la valoración del control de transparencia del índice de referencia, radica en la "distinta función" del control de transparencia que no tiene por objeto, como se ha señalado, reiterar un control de legalidad superpuesto al que ya viene implícito en la disposición legal o administrativa que lo autoriza como índice oficial y regula su aplicación, sino contrastar la "exigencia de transparencia" sobre la comprensibilidad del mismo que incumbe al profesional cuando lo utiliza o lo emplea en la configuración de la cláusula predispuesta; pues la disposición legal que lo autoriza no tiene como función explicar su alcance y funcionamiento concreto en la contratación bajo condiciones generales que lleve a cabo el profesional, ni suplir sus especiales deberes de información en este modo de la contratación. Esta conclusión queda reafirmada si se atiende a la propia interpretación que el TJUE realiza sobre la referida excepción del art. 1.2 de la Directiva. En efecto, el Tribunal expresamente ha resaltado que dicha excepción debe ser objeto de una interpretación "restrictiva" (STJUE de 10 de septiembre de 2014, Kusionová, C- 34/13), de forma que el elemento de la cláusula predispuesta no sólo debe reflejar directamente una disposición legal o reglamentaria, sino que ésta además debe ser imperativa. Requisito 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, 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. En esta línea, por lo demás, el Tribunal también ha resaltado que, en todo caso, resulta esencial para el consumidor que el profesional le informe adecuadamente sobre las disposiciones legales o reglamentarias imperativas que resulten de aplicación (STJUE de 26 de abril de 2012, Invitel, C-472/10), del mismo modo que, con carácter general, el hecho de que el contenido de los contratos predispuestos esté determinado por disposiciones reglamentarias imperativas (contratos regulados) no comporta la exención del deber de información que incumbe al profesional sobre aquellos aspectos o cuestiones de interés o relevancia para el consumidor (SSTJU de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb AG, C-92/11 y de 23 de octubre de 2014, asunto Alexandre SCHUL C-359/11 y C-400/11)."

"Esta dificultad o complejidad no se mide de acuerdo con parámetros concretos o subjetivos relativos al "grado de comprensión" que en cada caso concreto pueda presentar el consumidor afectado, conforme a su nivel de formación o especialización, sino que atiende, por la propia naturaleza del control de transparencia, a un parámetro "abstracto" de comprensibilidad referenciado, necesariamente, en la posición del "consumidor medio" que, por definición, no tiene una formación específica acerca de la configuración y funcionamiento de estos índices de referencia (entre otras, STJU de 3 de septiembre de 2015, Costea, C-110/14).

En esta línea, basta con atender a la fórmula de cálculo que se aplica al IRPH-Entidades para concluir que se trata de un elemento complejo a los efectos del control de transparencia"

"Extensión del control de transparencia. En primer lugar, y en la línea de lo señalado en este voto particular, la "apreciación" del carácter abusivo de la cláusula debe realizarse de un "modo sistemático". Esto es, como establecen las citadas sentencias del Tribunal de Justicia de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13 y la de 30 de abril de 2014, Kásler, C-26/13, de forma que se tengan en cuenta "todos los elementos" que puedan tener incidencia en el alcance del compromiso asumido por el consumidor.

Extensión que alcanza, por tanto, a la valoración de la publicidad e información proporcionada por el prestamista, al examen sistemático de la cláusula en cuestión, con relación al resto de las condiciones generales del contrato y, por supuesto, a la información suministrada por el prestamista con relación a la comprensibilidad de los elementos aritméticos empleados en la reglamentación predispuesta.

Por lo que a los efectos del presente caso, resulta incorrecto, tal y como hace la sentencia, "limitar" el control de transparencia hacia formulaciones más amplias y genéricas del IRPH-Entidades, como su reconducción al concepto de intereses remuneratorios del préstamo, o a la mera composición descriptiva del interés

variable, formulaciones que desatienden o no reflejan tanto la importancia o incidencia que tiene este índice de referencia para valorar el alcance del compromiso que realmente asume el consumidor, como la "dificultad" o "complejidad implícita" de dicho elemento y, en consecuencia, la posibilidad de facilitar o procurar la correcta comprensión por parte del adherente.

En segundo lugar, también hay que resaltar que esta extensión del control de transparencia no sólo es cuantitativa, respecto del análisis de todos los elementos relevantes, sino también "temporal". Es decir, como señalan la SSTJUE de 21 de marzo de 2013, caso RWE Vertrieb, C-92/11 , la citada sentencia de 30 de abril de 2014, y la más reciente de 20 de septiembre de 2017, caso Andriuc y otros, C-186/16 , dicha extensión debe alcanzar a todas las fases de formación del contrato, con especial atención a la denominada fase precontractual; en donde la información que se le debe suministrar al consumidor reviste una importancia fundamental para que este pueda valorar correctamente el alcance del compromiso que va a asumir con la celebración del contrato. En el presente caso, ha resultado acreditado que el profesional "no suministró" información específica acerca de la peculiar configuración del índice IRPH-Entidades y de su funcionamiento concreto en el contrato ofertado, tanto en la fase precontractual, como en las fases de perfección y ejecución del contrato.

2.2. Caracterización, contenido y parámetros de aplicación.

Una vez delimitada la extensión del control de transparencia, procede examinar la proyección de dicho control en el presente caso.

Esa proyección viene condicionada, ab initio, por la propia caracterización y naturaleza del control establecido. En este sentido, como ya señalara la STJUE de 14 de junio de 2012, caso Banesto, C- 618/10 , y como reafirma la reciente sentencia de 20 de septiembre de 2017, el control de transparencia responde a un control de oficio de la legalidad de la cláusula predispuesta que se proyecta o articula en atención a parámetros abstractos (estandarizados) de validez de la cláusula, con relación a la aportación por el profesional de los criterios precisos y comprensibles que resulten necesarios para que el consumidor pueda valorar, correctamente, las consecuencias económicas que se deriven de la cláusula predispuesta. Por lo demás, esta configuración del control de transparencia, como control objetivable y abstracto de la validez de la cláusula predispuesta, en clara correspondencia con el estándar de formación del "consumidor medio", es la línea que ha sido seguida por esta sala en el curso de su jurisprudencia, [SSTS 241/2013, de 9 de mayo \(RJ 2013, 3088\)](#) , 464/2013 de 8 de septiembre , [367/2017, de 8 de junio \(RJ 2017, 2509\)](#) y la más reciente 608/2017, de 15 de noviembre , que expresamente declara: "[...]En estas sentencias se ha establecido la doctrina consistente en que, además del filtro de incorporación previsto en los [arts. 5 y 7 LCGC](#), las condiciones generales en contratos concertados

con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se

refiere a elementos esenciales del contrato.

"Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo".

Conforme a esta caracterización, el profesional que configura condiciones generales que inciden sobre elementos esenciales se le exige un "plus " de información, o de exigencia de transparencia, que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga jurídica y económica que les supondrá concertar el contrato, sin necesidad, desde la asimetría de información existente, de realizar por el mismo un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. De ahí que esta exigencia comporte que el elemento que presenta cierta complejidad sea objeto de una información "principal" y "comprensible" en la formación y perfección del contrato. (Por todas las citadas SSTs 464/2013, de 8 de septiembre y [608/2017, de 15 de noviembre \(RJ 2017, 4730\)](#)).

En el presente caso, dada la complejidad incuestionable del índice de referencia IRPH- Entidades, esta exigencia de transparencia se "proyecta" sobre la información relevante y específica que el profesional debe suministrar acerca del alcance y funcionamiento concreto del mecanismo de este índice que es utilizado en la cláusula predispuesta. Pues no en vano, como destaca la STJUE de 20 de septiembre, el profesional es quien dispone de la experiencia y de los conocimientos adecuados.

Para cumplir con esta exigencia de información, tal y como se señaló en la STS 241/2013, de 9 de mayo, el profesional puede recurrir a diversos parámetros de comprensibilidad del elemento en cuestión, sin que, en principio, haya un listado taxativo o jerárquico de los mismos. Sin embargo, conviene puntualizar que la citada STJUE de 20 de septiembre de 2017, con relación a la comprensión de estos mecanismos que versan sobre una operativa financiera, caso de la variación en el tipo de cambio de una divisa, pero también de la aplicación de un índice de referencia, resalta el "deber" del profesional de proporcionar los "posibles escenarios " que comporte la aplicación de dichos mecanismos. Así, en su considerando 50, declara:

"[...]Así pues, como el Abogado General ha señalado en los puntos 66 y 67 de sus conclusiones, por una parte, el prestatario deberá estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto el banco, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos

inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa. En consecuencia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar que el profesional comunicó a los consumidores afectados toda la información pertinente que les permitiera valorar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal sobre sus obligaciones financieras".

Por lo demás, siguiendo el método de aplicación que lleva a cabo la citada sentencia, en su considerando 58, nos recuerda, de acuerdo con el art. 3.1 en relación con el 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, que el control de transparencia, debe hacerse también:

"[...]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 contrato. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio principal, y teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional, en este caso el banco, en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido de esa disposición".

Este parámetro resulta relevante en el presente caso, en donde el profesional, sin duda, conocía la peculiar configuración de este índice, respecto de otros posibles índices oficiales que resultaban de aplicación, su incidencia específica en el contrato celebrado, así como el carácter residual de su utilización, pues el 84,14% de los préstamos hipotecarios ya venían en el año 2006, año en el que se concertó el préstamo, referenciados al Euríbor como índice aplicable, mientras que sólo el 11,47% de los préstamos hipotecarios se referenciaban al índice IRPH. Con lo que el plus o exigencia de transparencia era mayor en estos casos, pues recordemos que las variaciones del Euríbor, desde el año 2000, fueron objeto de difusión periódica por los canales televisivos y la prensa en general, por lo que el consumidor medio tenía mejor acceso y estaba más familiarizado con el alcance de este índice de referencia que con el IRPH.

2.3. La función de la exigencia de transparencia.

De acuerdo con lo señalado, la exigencia del deber de transparencia tiene como función "restablecer" la simetría de información que de forma consustancial se ve alterada por este modo de contrato. Para que el consumidor medio, como destaca la jurisprudencia del TJUE, sin necesidad de realizar un análisis pormenorizado y minucioso de los elementos esenciales del contrato, pueda contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que asume.

Esto es, en los términos del propio TJUE, que "el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, pueda estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual" (entre

otras, STJUE de 14 de marzo de 2013). En el presente caso, esta exigencia o deber del profesional a tenor del contenido de aplicación del control de transparencia no se ha cumplido, por lo que debe concluirse que la cláusula predispuesta objeto de la presente litis es abusiva y, por tanto, ineficaz.

En efecto, dada la complejidad del índice de referencia IRPH- Entidades para la comprensibilidad del consumidor medio, los conocimientos y experiencia del profesional y las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato, éste debió realizar el plus de información que le era exigible acerca del alcance y funcionamiento concreto que dicho índice comportaba para las obligaciones financieras que iba a asumir el consumidor.

Dicha información no se suple con la mera referencia del índice, o su reconducción hacia conceptos más amplios y, a su vez, genéricos o simplemente descriptivos, sino que requiere explicar la peculiaridad de la configuración de éste índice respecto de otros posibles índices de aplicación, y el funcionamiento concreto de su mecanismo de aplicación, en especial los escenarios anteriores acerca de cómo había evolucionado dicho índice y su comportamiento razonablemente previsible en el momento de la contratación. El consumidor medio puede conocer que, al igual que el interés variable, los índices de referencia pueden fluctuar. Pero no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que no todos los índices fluctúan de igual forma a tenor de su configuración, ni tampoco su previsible comportamiento sin los escenarios de variación que se hayan producido. Información, junto a otra posible, que el profesional no suministró al consumidor pese a disponer de la misma. En particular, que desde su aplicación, el IRPH-Entidades se ha mantenido en valores superiores a otros índices más usuales y conocidos por el consumidor medio, caso del Euríbor.

TERCERO.- En virtud de todo lo razonado anteriormente, y centrándonos en la exigencia de transparencia, la aplicación del control de transparencia debía haber comportado la declaración de abusividad de la cláusula objeto de la presente litis y, en consecuencia, la estimación parcial del recurso de casación en el sentido de que declarada la abusividad de la cláusula, conforme a la sentencia de esta sala 608/2017, de 15 de diciembre, el índice de referencia que resultaría aplicable sería el Euríbor. "

Hemos de recordar que en el año 2009 el índice IPPH Bancos, IRPH Cajas y CECA, fue cuestionado por Europa, quien ordenó su desaparición por considerar susceptible de manipulación su forma de cálculo. Sin embargo, no fue hasta el 1 de noviembre cuando España dejó de aplicarlo y los sustituyó por IRPH Conjunto de Entidades. Esta desaparición se hizo efectiva mediante la [Orden Ministerial 2899/2011, de 28 de octubre \(RCL 2011, 1943, 2238\)](#), de Transparencia y Protección del Cliente de Servicios Bancarios y más tarde la [Ley 14/2013, de 27 de septiembre \(RCL 2013, 1422\)](#), de apoyo a los emprendedores y su internacionalización estableció en su DA 15ª el 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."

También el Banco de España en su informe de 2 de Junio de 2.015 había dicho que:

1. Que el IRPH se calculaba a partir de datos facilitados por las Cajas cada mes.

2. Que el dato facilitado por cada caja era el tipo de interés medio ponderado por las principales operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, iniciadas o renovadas en el mes.

3. Que es cierto que el cálculo realizado con los datos aportados por las Cajas era una media simple, ya que todas las cajas tenían el mismo peso independientemente del volumen de préstamos concedidos con cada Caja.

4. Cada una de las Cajas tenía un peso igual o equivalente a 2,1739 % para el cálculo del IRPH Cajas.

5. Aunque el número de cajas se redujera de 46 a 23, cada caja tendría un peso específico igual o equivalente a un 4,3478 % para el cálculo del IRPH Cajas.

6. Que es cierto que el peso específico de caja podía calcularse mediante cociente $100/n$ siendo " n " el número de cajas.

7. Que aunque el volumen de crédito fuera diferente entre las diversas cajas, todas tenían exactamente el mismo peso específico en el cálculo del IRPH Cajas.

8. Que si el número de cajas era 46 y de un mes al siguiente 45 de ellas mantienen el tipo de interés mientras la caja restante lo sube un 1 %, el resultado del IRPH Cajas aumentaría un 0,0217 %. Entendiendo que el incremento realizado es de un punto porcentual, no un incremento del 1% sobre el tipo practicado el mes precedente.

9. Que es cierto que cada caja podía influir en el resultado del IRPH Cajas aumentando los intereses aplicados por ella.

10. Que si una caja aumentara los tipos de interés de sus hipotecas con objeto de influir en el resultado del IRPH Cajas, la pérdida de cuota de mercado que experimentaría no afectaría en absoluto a su peso específico en el IRPH Cajas por tratarse de una media simple y no ponderada.

11. Que es cierto que las medias facilitadas por cada caja de ahorros incluían además comisiones, ya que el tipo declarado es la Tasa Anual Equivalente (TAE), que incluye comisiones.

12. El aumento de comisiones por parte de una de las cajas incrementaría automáticamente el resultado del IRPH Cajas.

CUARTO .- Por otra parte, la Comisión Europea emitió informe el 31 de mayo de 2018 en el asunto C-125/18 que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial dirigida al Tribunal de Justicia, por el Juzgado de Primera Instancia no 38 de Barcelona, destinada a obtener 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 consumidores en particular del artículo 1, apartado 2; el artículo 4, apartado 2; el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7.

Y dijo en su: "CONCLUSIÓN

"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 \(LCEur 2005, 1143\)](#), 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."

SEPTIMO .- Antes de firmar el contrato, no se informó a los prestatarios de cual había sido la evolución del tipo de referencia pactado, ni sobre su posible evolución futura comparada con otros tipos de referencia, de manera que, como dice el informe de la [CE \(RCL 1978, 2836\)](#) , esa " 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."

Por ello, el Tribunal constata la existencia de abusividad en dicha cláusula por falta de transparencia, habida cuenta de la complejidad de comprensión que comporta para el consumidor al que no se le ha dado la información necesaria y suficiente (a la que ya nos hemos referido) para poder comprender las consecuencias económicas que se derivan de la cláusula predispuesta, cuando al profesional se le debe exigir un plus de información al consumidor para que pueda tomar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica que le va a suponer, información que en este caso constatamos que no existió."

Y ese criterio lo hemos mantenido en las resoluciones posteriores que ya hemos señalado recordando también que la STS de 4 de marzo de 2019, cuando señala que " La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas sin tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de alguno de los contratos objeto de comparación porque no ha podido llegar a comprender lo que significa en él una concreta cláusula, que afecta a un elemento esencial del contrato, en relación con las demás, y las repercusiones que tal cláusula puede conllevar en el desarrollo del contrato".

O la [sentencia del Tribunal Supremo 3613/2020 \(RJ 2020, 3963\)](#) -ECLI:ES:TS:2020:3613 de 12 de noviembre de 2020, con referencia a su previa sentencia de pleno 669/2017 de 14 de diciembre, en el que se enunciaban una serie

de pronunciamientos, relativos a que

i) La cláusula de préstamo hipotecario en que se establece el IRPH como índice de referencia del interés remuneratorio es una condición general de la contratación si no se ha negociado indivisamente.

ii) No hay inconveniente en que un índice de referencia legal (aprobado por la autoridad bancaria) se incorpore al contrato como una condición general de la contratación.

iii) En cuanto que condición general de la contratación predispuesta y utilizada en un contrato celebrado con consumidores, puede ser objeto de control de transparencia.

iv) Por el contrario los tribunales no pueden controlar el procedimiento bancario administrativo por el que se configura el índice.

Analizando detenidamente los pronunciamientos del TJUE, en relación a las cuestiones ante él planteadas por distintos Juzgados españoles, en relación a la cuestión, y la reproducción de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en orden al análisis de las concretas circunstancias, así como a los criterios para determinar los parámetros generadores de desequilibrios importantes entre las partes.

Y así, constábamos, como hizo el Juzgado de instancia esa falta de información precontractual se constata en el caso que ahora nos ocupa, como también la falta de claridad y transparencia para poder comprender las consecuencias económicas del contrato, pues esa cláusula tres establecer un periodo en que se aplica un interés fijo, señala que trascurrido ese periodo se aplicará un interés variable que define como:

"El tipo de interés de referencia será el "Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de las Cajas de Ahorros publicado mensualmente por el Banco de España" Y añade:

- La referencia que servirá de base para la revisión es la que se señala en el Anexo I, en el Apartado "Referencia para la revisión del tipo de interés".

La revisión del tipo de interés se realizará en las fechas señaladas en el Anexo I, Apartado "Fecha de revisión del tipo de interés".

b) Índice o tipo de interés de referencia sustitutivo. - Para el supuesto de que la referencia definida no pudiera aplicarse por cualquier causa, las partes convienen en que se utilizará el siguiente catálogo de índices o tipos de referencia sustitutivos:

En primer lugar, el "Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para adquisición de vivienda libre, concedidos por el Conjunto de Entidades", publicada mensualmente por el Banco de España en el Boletín Oficial del Estado; dicha referencia es la definida en el Anexo VIII, apartado 3 de la [Circular del Banco de España 5/1994, de 22 de Julio \(RCL 1994, 2281\)](#) (B.O.E del 3 de Agosto de

1994), tomándose la correspondiente al mes fijado tipo de interés ordinario tendrá como límite el 18% sin perjuicio de que, dentro del carácter obligacional de este contrato pueda rebasarse dicho límite.

Cuando como en este caso y como dice la Comisión Europea: "se omite 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"

Y como dice el Voto particular a la Sentencia del Tribunal Supremo al que nos hemos referido, es el profesional el que conocía la peculiar configuración del índice respecto de otros oficiales: "el plus o exigencia de transparencia era mayor en estos casos, pues recordemos que las variaciones del Euríbor, desde el año 2000, fueron objeto de difusión periódica por los canales televisivos y la prensa en general, por lo que el consumidor medio tenía mejor acceso y estaba más familiarizado con el alcance de este índice de referencia que con el IRPH."

Puede afirmarse que dicha cláusula no solo no es transparente, sino que es también abusiva y, en consecuencia, procede confirmar la declaración de nulidad de la cláusula referida al interés variable, y como no se ha impugnado el pronunciamiento en el que se establece la obligación de la demandada a: "devolver el nominal del préstamo o la suma recibida. Más, los intereses legales desde la fecha de resolución del contrato de préstamo, 1/4/2018, hasta la fecha del dictado de la sentencia y los intereses procesales desde el dictado de la sentencia hasta su completo pago. "

Procederá confirmar la sentencia también en ese aspecto. "

Siguiendo el criterio que hemos adoptado, procede la desestimación del motivo de recurso de apelación relativo a la declaración de abusividad de la cláusula de intereses en relación al IRPH, debiéndose confirmar la resolución recurrida en este punto, ante la falta de acreditación de una explicación suficiente y comprensible sobre las consecuencias y previsiones de escoger un método u otro de cálculo, en detrimento del prestatario.

TERCERO

En cuanto al motivo de apelación que impugna la declaración de nulidad en orden al cálculo de los intereses

Al respecto razonó la resolución recurrida en relación al contrato de préstamo suscrito en fecha 24 de junio de 2013 que hacía referencia en concreto al método de cálculo de interés.:

"3.2.- Cálculo método de interés

La estipulación relativa al cálculo de los intereses tomando como base de la liquidación el año comercial de 360 días , aun tratándose de un uso bancario que pudo tener justificación en el pasado y carece de ella en la época actual, carece de justificación que en el momento de la liquidación del saldo, pueda tomarse como base de la liquidación el año comercial de 360 días y en cambio se utilice el mes natural para el cálculo del devengo de intereses, 31 o 30 días, lo que constituye una práctica que genera un desequilibrio importante e injustificado en los derechos y obligaciones de las partes que perjudica siempre a la misma parte, el prestatario, dado que esa especie de redondeo lo es siempre en detrimento del consumidor. Dicha práctica ha sido muy discutida por el propio Banco de España en su informe sobre buenas prácticas bancarias en la Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España del año 2009. Que indica al respecto:

"[...] el uso de la base de cálculo 360 se ha venido considerando como un "uso bancario", establecido por la práctica reiterada del mismo por parte de las entidades financieras y, como tal, fue admitido por el extinto Consejo Superior Bancario, a quien correspondía, con arreglo al Decreto de 16.10.50 (BOE del 17 de noviembre), determinar los usos mercantiles bancarios a los efectos del [artículo 21 del Código de Comercio \(LEG 1885, 21\)](#) . Como tal uso bancario se recogió en las Memorias del Servicio de Reclamaciones correspondientes a los años 1992 y 1993, que indicaban que "la aplicación del año comercial o de 360 días como denominador de las fórmulas matemáticas de liquidación de intereses en las operaciones de crédito, sin aplicar el mismo criterio para el cómputo de los días transcurridos en el numerador, así como, en general, en todas aquellas en las que el cálculo de intereses se realiza día a día, constituyen una práctica inveterada de las entidades bancarias que, por su generalidad, puede considerarse constituye un auténtico uso bancario". Debemos advertir, no obstante, que puede ocurrir que determinadas conductas que han llegado a constituir auténticos usos bancarios sean cuestionadas en el presente, pues el desarrollo de los sistemas que venían a justificar dichos usos carecen en la actualidad de razón técnica, y más en el presente caso, en el que el cambio de base no parece obedecer a criterios de facilitar los cálculos. Ahora bien, estas circunstancias solo podrían ser debatidas por el órgano judicial competente, como instancia adecuada para establecer la validez y alcance de las cláusulas de los contratos. "

Y es que esa especie de redondeo a la baja lo es en detrimento del consumidor. El Tribunal Supremo rechazó los recursos de casación frente a sentencias que declararon nulas las cláusulas de redondeo al alza en los préstamos garantizados con hipoteca a interés variable cuya similitud con el redondeo del cálculo de los intereses es obvia. (SSTS de 4 de noviembre y 29 de diciembre de 2010 y 2 de marzo de 2011) , se entendió que dichas cláusulas son abusivas en cuanto que en aplicación del [art. 8.2 Ley 7/1.998, de 13 de abril \(RCL 1998, 960\)](#) , sobre condiciones generales de la contratación, por tanto, del art. 10 bis Ley 26/1.984, de 19 de julio , general para la defensa de los consumidores y usuarios (hoy [artículo 82 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y](#)

[Usuarios \(RCL 2007, 2164y RCL 2008, 372\)](#)), por tratarse de estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

Dicha estipulación tampoco se ajusta a la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que establece en el anexo V en relación al cálculo de la Tasa anual equivalente que "los intervalos entre las fechas utilizadas en los cálculos se expresarán en años o fracciones de año. Un año tiene 365 días (en el caso de los años bisiestos,

366), 52 semanas o doce meses normalizados. Un mes normalizado tiene 30, 41666 días (es decir, 365/12), con independencia de que el año sea bisiesto o no".

Por tanto la estipulación del cálculo de los intereses con la utilización del criterio del año comercial es una cláusula abusiva y, por tanto, nula, ya que no supera el control de transparencia, al no consta información alguna a los prestatarios sobre las consecuencias económicas negativas que tiene exclusivamente para él la aplicación de dicha cláusula

Nuestra Audiencia Provincial Secc. 6ª se ha pronunciado en el Auto de fecha 13 de marzo de 2019 , Roj: AAP V 3049/2019 - ECLI:ES:APV:2019:3049ª , Órgano: Audiencia Provincial, N° de Recurso: 822/2018, N° de Resolución: 97/2019, Ponente: MARIA MESTRE RAMOS, en el fundamento jurídico octavo " OCTAVO.- La parte apelante solicita la nulidad de la cláusula por la que el cálculo del interés diario el año comercial de 360 días entendiendo que todos los meses tienen 30 días.

La cláusula contractual es la fijada es:

"3.- Fórmula financiera para el cálculo de intereses del préstamo. Los intereses se calcularán aplicando, para cada tipo de interés, la siguiente fórmula:

$(C \times d \times r) / 360 \times 100$, siendo:

C = el capital pendiente del préstamo al inicio del periodo de liquidación.

d = el número de días comerciales de que consta el periodo de liquidación, considerando los años de 360 días, los meses de 30 días y los periodos inferiores a un mes, restando de 30 días los días transcurridos del mes.

r = el tipo de interés anual. "

Sobre la cuestión se han pronunciado diferentes Audiencias Provinciales - -AAP, Civil sección 2 del 17 de abril de 2018 (ROJ: AAP CA 284/2018 - ECLI:ES:APCA:2018:284A) [Sentencia: 101/2018 \(PROV 2019, 2544\)](#) - Recurso: 18/2018 Ponente: CONCEPCION CARRANZA HERRERA

"SEGUNDO.- El segundo motivo del recurso se refiere al carácter abusivo de la estipulación sobre gastos y sobre el cómputo del año en 360 días.

En relación con la primera de las estipulaciones, como hemos indicado anteriormente no procede examinar ni declarar la posible abusividad de las estipulaciones sobre gastos en tanto que no nos encontramos en un proceso declarativo sino en un procedimiento de ejecución hipotecaria para el cobro de una deuda y no consta cuales hayan sido los gastos asumidos por los ejecutados en virtud de las estipulaciones que considera abusivas ni que algún gasto haya determinado la cantidad exigida compuesta solo por capital e intereses, sin perjuicio de la posibilidad de aquellos de reclamar en un proceso declarativo la declaración de nulidad por abusividad de dichas estipulaciones y en su caso, la devolución de las cantidades indebidamente abonadas.

Distinta solución se ha de dar en cambio en relación con la estipulación contenida en la cláusula tercera de la escritura de préstamo por la que "para el cálculo de los intereses correspondientes a períodos inferiores a un año, se considerará que el mismo tiene 360 días".

Respecto de estipulaciones de este tipo, esta Sección ha tenido ocasión de señalar en Auto de 13/01/2016, "Siendo ello así, se está provocando injustificadamente un exceso en el cómputo del interés en la medida en que el denominador de la fracción para su cálculo es menor (360 por 365), manteniéndose el factor tiempo en cómputo real en el numerador. Tal es la impresión que sugiere la estipulación analizada. En ella nada se dice respecto a que el cómputo del factor tiempo sea por meses completos y que estos se tengan por compuestos de 30 días para así equilibrar el aparente desequilibrio antes descrito. Tampoco en la liquidación cabe apreciar que así se haya procedido".

En el mismo sentido, las SSAP de Asturias de 13/07/2017 y 25/5/2017 y el auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 8-3-2.016, consideran nula por abusiva dicha estipulación indicando "no se ha demostrado por la entidad bancaria que los consumidores ejecutados expresasen el consentimiento a la misma con cabal y acabado conocimiento de la influencia que la diferencia en el período temporal de numerador y denominador de la fórmula de cálculo despliega en el coste real del crédito y en la ejecución del contrato. Las estipulaciones contractuales relativas a los intereses no son suficientemente expresivas de que se adopta el "año natural" para el devengo, y el "año comercial" para la base de cálculo, lo que determina una notable desproporción en detrimento del consumidor por cuanto en el numerador el año dura 365 días en tanto que en el denominador el año dura 360 días dando lugar a un incremento de los intereses que ha de abonar el prestatario...".

En relación a tal cuestión la AAP, Civil sección 10 del 17 de junio de 2021 (ROJ: AAP M 2958/2021 - [ECLI:ES:APM:2021:2958 \(PROV 2021, 175272\)](https://www.boe.es/boe/2021/06/17/175272.html) A)) ha indicado que. "3º) En lo que atañe a la fórmula de cálculo de los intereses remuneratorios y anatocismo, es de resaltar que como ha señalado la STS de 25/5/2021, lo determinante a efectos del equilibrio de las prestaciones y la reciprocidad del contrato, es que se utilice la misma duración del año para el tiempo transcurrido y para la base de cálculo. De manera que la utilización del llamado año

variación del tipo de interés, pacto de cláusula suelo

En la cláusula financiera cuarta "intereses ordinarios" de la escritura de hipoteca se estableció: " ...a modo de clausula suelo que , en las revisiones , el tipo de interés nominal no será nunca inferior al 6,250 por cien nominal anual ...y no será tampoco nunca superior al 12,000 por ciento nominal anual."

Al respecto razonó la resolución recurrida que: "La ya conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, al tratar de la validez de la cláusula suelo, ya expuso que, en tanto que la misma forma parte del precio del contrato, está excluida del control de abusividad, salvo que la misma no sea clara o transparente. Pero si nos centramos en la línea argumental del Tribunal Supremo, esa sentencia añadió una consideración muy importante al poner de relieve que no bastaba para considerar transparente una cláusula que su redacción gramatical fuera inteligible, sino que era necesario que estuviera redactada en el conjunto del contrato en términos tales que permitieran al consumidor hacerse una composición cabal de la carga económica que el contrato iba a suponerle (especialmente teniendo en cuenta que se trata de una cláusula que afecta al precio del contrato, añadiendo que una cláusula gramaticalmente inteligible, pero inmersa en páginas y páginas de previsiones contractuales no era clara ni transparente.

En consecuencia, ante la falta de claridad de la cláusula, debemos examinar si la misma es nula o no, no ya tanto desde la perspectiva de la reciprocidad de las prestaciones como del efectivo conocimiento de éstas. Dice la STS 8.9.14 que " el examen de abusividad de la cláusula suelo, en tanto afecta a los intereses remuneratorios -precio del contrato- no ha de efectuarse desde la desproporción, el desequilibrio de las contraprestaciones o la reciprocidad, sino que ha de efectuarse a partir del control de transparencia, que implica el necesario cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes a la hora de configurar estos contratos que permitan que el consumidor comprenda realmente las consecuencias jurídicas y económicas del producto o servicio ofertado, control de transparencia que no se reduce a la necesidad de que las cláusulas sean simplemente claras desde el punto de vista gramatical" .

Por ello, se hace necesario que la entidad bancaria haya destacado su inclusión de tal forma que al cliente no le haya podido pasar desapercibida. En palabras del Tribunal Supremo (Sentencia de 23 de diciembre de 2015), en estos casos se exige una "comunicación reforzada" o "deber de transparencia reforzado" (proporcional a la importancia de la cláusula), dirigido a asegurar que, al contratar el préstamo hipotecario , el adherente tiene un perfecto conocimiento no sólo de que se ha incluido una cláusula de limitación a la variabilidad del tipo de interés, sino que, además, dicha cláusula tiene un carácter principal ya que, en caso de aplicarse, el contrato que se le había ofertado -y se había contratado- a interés variable pasa a convertirse en un contrato a tipo fijo. El TS llega incluso a exigir que el consumidor esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo (F.D. 15° de la STS de 9 de mayo de 2013).

Sentado lo anterior, el TS llega a la conclusión de que, en la totalidad de los casos sometidos a su consideración las entidades bancarias incumplieron ese deber reforzado de transparencia (sentencias de 9 de mayo de 2013, 24 de marzo de 2015, 29 de abril de 2015 y 23 de diciembre de 2015).

Como circunstancias reveladoras de falta de transparencia en la inclusión de la cláusula, la STS de 9 de mayo de 2013 enumera las siguientes:

- a) la creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero;
- b) la falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato;
- c) la creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo;
- d) la ubicación de la cláusula entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor;
- e) la ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar, en fase precontractual, y
- f) la inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.

Conforme a lo ya expuesto, en el caso que se viene enjuiciando se constata un claro déficit de transparencia en la cláusula impugnada, y ello en atención a que no existe acreditación que los ejecutados - prestatarios hayan dispuesto de la mínima información sobre la inclusión de condiciones generales, se haya encontrado en condiciones óptimas de comprender la significación económica de la cláusula, lo que se podría haber conseguido, a través de concretas advertencias del riesgo de bajada de los tipos de interés, simulaciones de los distintos escenarios o previsión de evolución de los tipos al menos en el corto o medio plazo, ni que se hayan encontrado en condiciones óptimas de comprender la significación económica de la cláusula, Concluida la no transparencia de la cláusula, se debe declarar su carácter abusivo, de acuerdo con el [art. 82 TRLCU \(RCL 2007, 2164y RCL 2008, 372\)](#) y en consonancia con la doctrina del Tribunal Supremo (SSTS de 24 de marzo y de 23 de diciembre de 2015), toda vez que la falta de transparencia produce un desequilibrio en perjuicio del consumidor al privarle o dificultarle la comparación del coste de los créditos ofertados en el mercado por las distintas entidades bancarias, así como de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato y porque pueden inducir a error al consumidor en cuanto al precio del contrato, y llevarle a adoptar una decisión irracional -en concreto, elegir una oferta cuyo diferencial es inferior pero que, por efecto de la cláusula suelo, en realidad lo es a un tipo superior que otra oferta del

mercado a tipo variable puro con un diferencial superior, al aprovecharse de las bajadas en el tipo de referencia durante toda la vida del contrato-.

Sostiene la parte recurrente en el motivo tercero de su recurso de apelación que la cláusula suelo no tuvo incidencia algún. Así con cita de distintas resoluciones de diferentes Audiencias provinciales sostiene que: “Tercera.- No aplicación de la cláusula suelo e inexistencia de abusividad en su utilización.

Y que, aún para Motivo por el que, para el caso de que fuera desestimada su petición inicial -esto es, que la cláusula de limitación del interés ordinario pactada sea considerada abusiva- la consecuencia de dicha declaración, entendemos que en ningún caso debe conllevar el sobreseimiento del procedimiento ejecutivo, habida cuenta de lo declarado por diversas Audiencias Provinciales, pues éstas vienen estableciendo que se debe proceder en cualquier caso al recálculo de la deuda sin aplicación de dicha limitación, pero además como ya hemos referido en este caso no procede recálculo pues la cláusula no ha sido objeto de aplicación, al haber estado vigente durante la vigencia del préstamo el tipo de interés fijo pactado por las partes.

Y así se acredita con arreglo al acta de liquidación aportada por la entidad ahora recurrente, de que se ha aplicado el interés ordinario inicialmente convenido del 6,250% anual desde el inicio hasta el cierre de la cuenta.

Por tanto y al no haber sido aplicado, ni fundamento de la ejecución, hemos de dar razón a la parte recurrente en este punto, si bien la declaración de nulidad, en los otros dos elementos que hemos analizado anteriormente justificaban la declaración de sobreseimiento de la ejecución, al afectar a la liquidez e importe de la deuda reclamada, que se rvía de base a la ejecución de póliza de préstamo con garantía hipotecaria, y plasmada en la propia liquidación de deuda.

Por ello, y a pesar de la estimación parcial del recurso, en el sentido de que no procedía la declaración de abusividad de la cláusula suelo convenida en el contrato, al no haber tenido aplicación no obstante debe confirmarse la decisión del Juzgado en orden al sobreseimiento de la ejecución.

QUINTO

En materia de costas procesales, y en virtud del art. 394 en relación con el [artículo 398](#) de la [Ley de Enjuiciamiento Civil \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#), dada la estimación parcial del recurso de apelación, no procede efectuar expresa imposición de las costas procesales, en esta alzada.

SEXTO

La [Disposición Adicional Decimoquinta](#) de la LOPJ establece que la interposición de los recursos ordinarios y extraordinarios, la revisión y la rescisión de sentencia firme a instancia del rebelde, en los órdenes jurisdiccionales civil, social y contencioso-administrativo, precisarán de la constitución de un depósito.

Si se estimare total o parcialmente, o la revisión o rescisión de la sentencia, en la misma resolución se dispondrá la devolución de la totalidad del depósito.

Cuando el órgano jurisdiccional inadmita el recurso o la demanda, o confirme la resolución recurrida, el recurrente o demandante perderá el depósito, al que se dará el destino previsto en esta disposición.

En atención a lo expuesto, vistos los preceptos legales aludidos y demás de general y concordante aplicación al caso de autos, la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia en nombre de S. M. EL Rey y por la autoridad conferida por la Constitución aprobada por el pueblo español,

DECIDE

1

Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la ENTIDAD MERCANTIL CAJAMAR CAJA RURAL S.A.

2

Confirmar el Auto RECURRIDO, excepto en lo relativo, tan sólo, a la declaración de nulidad acordada de la cláusula suelo convenida en el contrato. Debe confirmarse la decisión del Juzgado en orden al sobreseimiento de la ejecución.

3

No hacemos expresa condena en costas procesales en esta alzada. 4º)

Con devolución del depósito que se hubiera constituido para recurrir.

Esta resolución es firme.

Así por este nuestro Auto, lo mandamos y firmamos.