AUDIENCIA PROVINCIAL VALENCIA
SECCIÓN SEXTA

ROLLO DE APELACIÓN [redacted]

AUTO N.º 108

Ilmos. Sres.:
Presidente
D. JOSE ANTONIO LAHOZ RODRIGO
Magistrados
DOÑA MARÍA MESTRE RAMOS
DOÑA M. EUGENIA FERRAGUT PÉREZ

En la ciudad de Valencia, a nueve de abril del año dos mil veintiuno.

La Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Valencia, integrada por los Iltmos. Sres. Magistrados anotados al margen, ha visto el presente recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 16 de junio de 2020 dictada en AUTOS DE PROCESO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA [redacted] tramitados por el Juzgado de Primera Instancia Dos de los de Quart de Poblet, entre partes en el recurso, como APELANTE-EJECUTADA DON [redacted] representada por el Procurador de los Tribunales D. [redacted] y asistida de la Letrado Dª [redacted]; como APELADA-EJECUTANTE la ENTIDAD MERCANTIL UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS SA, representada por la Procuradora de los Tribunales Dª [redacted] asistida del Letrado D. [redacted]

Es Ponente la Ilma. Sra. Magistrada DOÑA MARIA MESTRE RAMOS.

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Auto de fecha 16 de junio de 2020 contiene la siguiente Parte Dispositiva:

1.- SE ESTIMA PARCIALMENTE, a los solos efectos de esta ejecución, la oposición formulada por el Procurador [redacted] en nombre y representación de [redacted] a la ejecución despachada en nombre y representación de Unión de Créditos Inmobiliarios S.L., declarando la nulidad de la cláusula de interés moratorio, debiendo dicha cláusula tenerse por no puesta, con la consecuencia en cuanto al interés de demora, de que la nulidad afectará al exceso respecto del interes remuneratorio pactado, resultando procedente la concesión a la ejecutante de un plazo de 10 días para que efectue nuevamente el cálculo de la liquidación.
2.- No procede hacer declaración especial sobre condena en costas

SEGUNDO.- Notificado el auto, DON [redacted] interpuso recurso de apelación alegando, en síntesis, en primer lugar, la falta de legitimación activa dado que la entidad ejecutante vendió a un Fondo de Titulización de Activos UCI 17 cesión de derechos de crédito y emisión de bonos de titulización 1347 de fecha 7 de mayo de 2007, ante el Notario D[redacted] el préstamo con garantía hipotecaria, título ejecutado en el presente procedimiento, careciendo de legitimación para entablar la acción ejecutiva, no acreditando ser el titular del título ejecutado. El ejercicio de acciones judiciales en nombre propio después con posterioridad a la venta titulización del activo es una práctica abusiva y nula de pleno derecho cuando se trata de consumidores y los préstamos hipotecarios que recaen sobre sus viviendas como viene apuntando la Fiscalía de Consumo.

En segundo lugar, procede declarar la nulidad de la Cláusula de Vencimiento Anticipado y sus efectos.

En tercer lugar, procede declarar la nulidad del tipo de interés "IRPH"; si la entidad demandada hubiese explicado la diferencia entre varios índices, y hubiese mostrado gráficos sobre la forma de comportamiento del IRPH y del Euribor, pudiendo elegir el cliente entre uno y otro con las explicaciones oportunas, el actor habría optado por el Euribor.

TERCERO.- Dándose traslado a la parte contraria, que presentó escrito de oposición solicitando la confirmación de la resolución.

descargado en www.asufin.com

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

CUARTO.- Recibidos los autos por este Tribunal, se señaló el día 17 de marzo 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, en virtud del recurso de apelación interpuesto es resolver estimando en primer lugar la falta de legitimación activa de la entidad bancaria por venta del activo a un fondo de titulización, y el archivo de la presente, con expresa imposición de costas a la apelada.
Subsidiariamente, en su caso, la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado con los efectos de la falta de consentimiento del consumidor a la sustitución de la cláusula, con expresa imposición de costas a la apelada.
Subsidiariamente, la nulidad de la cláusula de índice IRPH con los tres subsidiarios propuestos, en primer lugar préstamos sin intereses, préstamo referenciado al diferencial, e índice sustituido por Euribor con los efectos correspondientes, condenándose a la parte apelada a realizar dicho recálculo en fase de ejecución de sentencia, y la nulidad de la cláusula de la comisión de apertura, con expresa imposición de costas a la apelada.

SEGUNDO.- El Auto dictado estableció que :

"PRIMERO.- Frente al despacho de ejecución hipotecaria, la parte ejecutada opone la falta de legitimación activa de la ejecutante y la existencia de cláusulas abusivas en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre las partes que sirve de título a la presente ejecución, cuales son las que regulan el vencimiento anticipado, intereses de demora, IRPH, comisiones, cláusula redondeo y cesión del crédito, interesando el sobreseimiento de la ejecución.
La primera cuestión a abordar es la relativa a la alegada falta de legitimación, pues la estimación de ésta, haría innecesarios los restantes pronunciamientos, excepción procesal que la parte ejecutada sustenta en el hecho de presentarse la entidad bancaria, como titular del crédito, sin serlo por haberlo transferido a otra mercantil, alegando haberse producido una cesión del crédito hipotecario en su día concedido a favor de la entidad "Fondo de Titulización de activos UCI17"; alegación relativa a la falta de legitimación de la parte ejecutante por razón de la titulización del préstamohipotecarioque debe rechazarse, pues cuando un crédito es objeto de titulización y cesión a un Fondo de Titulización de Activos no implica ni supone la falta de legitimación de la entidad ejecutante para reclamar el importe del préstamo.

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

En relación con esta cuestión es criterio constante de la Audiencia Provincial de Valencia, manifestado entre otras, en Sentencias de 20/05/19 y 03/06/19, que “El marco jurídico de latitulizacióndecréditos, en lo que aquí interesa, viene configurado por la Ley 2/1.981, de 25 de marzo, del mercadohipotecario(en adelante, LMH) Y RD 716/2.009 de 24 de abril que sustituyó íntegramente al RD 685/1992, de 17 de marzo, que la desarrollaba; la Ley 19/92, de 7 de julio, sobre régimen de sociedades y fondos de inversión inmobiliaria y sobre fondos de titulación hipotecaria y la Ley 5/2.015, de 27 de abril de fomento de la financiación empresarial en cuyo título III(arts.15a 42) se recoge el régimen jurídico actual de lastitulizaciones.

Y en esta, el art. 15.1 de la Ley 5/2015 define los fondos de titulización como patrimonios separados, carentes de personalidad jurídica, con valor patrimonial neto nulo

2.- La legitimación activa ordinaria es de origen legal y corresponde al banco emisor que conserva la custodia y administración del préstamo o crédito hipotecario. La legitimación al Fondo se atribuye "por subrogación" y con carácter "subsidiario", activándose si la entidad financiera, donde reside la legitimación activa primaria, no actúa en defensa del crédito.

Así resulta del artículo 15 de la Ley 2/1.981 del Mercado Hipotecario que dispone "El titular de la participación podrá compeler al acreedor hipotecario para que inste la ejecución. Si el acreedor hipotecariono instare la ejecución judicial dentro de los sesenta días desde que fuera compelido a ello, el titular de la participación podrá subrogarse en dicha ejecución, por la cuantía de su respectiva participación". Y de los artículos 30 y 31 del RD 716/2.009 a cuyo contenido nos remitimos.

3.- Existe una nutrida doctrina jurisprudencial que conviene en la legitimación del acreedor hipotecario, en casos de titulización del crédito hipotecario. Así, y sin animo exhaustivo, AAP de Madrid, Secc. 18ª, 21/2015 de 28 de enero , AAP de Cádiz, Secc. 7.ª, 45/2015 de 23 de marzo , AAP Barcelona 25 de noviembre de 2.016 , AAP Barcelona, sección 19, 19 de julio de 2018, Recurso: 351/2018 . Y el AAP, Civil, de esta sección 8, del 29 de mayo de 2017, rec. 239/2017 ".

Y en términos similares, añade la SAP Girona de 4 de abril de 2019 que: "...es clara la legitimación activa del acreedor hipotecario para el inicio de la ejecución hipotecaria y también de la acción declarativa en reclamación de las cantidades adeudas y ejecución de la garantía hipotecaria, sin perjuicio de los derechos y acciones de los partícipes hipotecarios.

Y tal legitimación también permanece en los casos de titulización, pues si la titulización hipotecaria no es más que la agrupación de participaciones hipotecarias, mediante la creación de un fondo de las mismas, sin personalidad jurídica, gestionado por una sociedad gestora que lo ha creado, la entidad titular del préstamo y crédito sigue teniendo la legitimación activa para ejercer la acción ejecutiva, sin perjuicio de la legitimación de la gestora del fondo en los casos mencionados, incluso también la entidad titular del préstamo o crédito tendría legitimación pasiva para soportar cualquier acción contra ella.

Desestimado lo anterior, procede entrar a valorarla existencia de cláusulas abusivas en el contrato hipotecario viéndose impugnadas las cláusulas relativas al vencimiento anticipado, intereses de demora, IRPH, comisiones, cláusula redondeo y cesión del crédito, que habrían de llevar según el ejecutado al archivo del presente procedimiento.

descargado en www.asufin.com

Teniendo en cuenta el incidente de oposición en el que nos encontramos, y limitado su objeto conforme a lo dispuesto en el *artículo 695.4 LEC* a aquellas cláusulas que constituyan el fundamento de la ejecución o hayan determinado la cantidad exigible, la presente resolución quedará limitada al análisis de la posible abusividad de la cláusula relativa al vencimiento anticipado, intereses de

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

demora y IRPH, pues el resto de las cláusulas denunciadas no constituyen fundamento de la ejecución, ni han determinado la cantidad exigible, siendo a través del declarativo correspondiente donde la parte ejecutada deberá hacer valer sus derechos.

En relación a la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado pactadas en préstamos de larga duración, es sabido que el Tribunal Supremo, ante la problemática respecto a la interpretación y validez de las cláusulas de vencimiento anticipado pactadas en préstamos de larga duración, y la posibilidad de proseguir un procedimiento de ejecución hipotecaria en el supuesto de que se declarase la nulidad de la referida cláusula, y a la vista de la STJUE de 26 de enero de 2017, por Auto de 8 de febrero de 2017 acordó formular al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el ámbito del *artículo 267 TFUE*, cuestión prejudicial, en interpretación del*artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993*, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

El TJUE (Gran Sala) dictó sentencia con fecha 26 de marzo de 2019, cuyo fallo es del siguiente tenor literal:*"Los artículos 6y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, y de que, por otra parte, esos mismos artículos no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales".*

Posteriormente, el 3 de julio de 2019, el TJUE dictó tres autos en respuesta a sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas por juzgados de primera instancia de Fuenlabrada (asunto *C-92/16*), Santander (asunto *C-167/16*) y Alicante (asunto *C-486/16*).

La parte dispositiva de los autos de los dos primeros asuntos reseñados era idéntica y declara: "*Los artículos 6 y7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión, por el juez nacional, de los elementos que la hacen abusiva. Sin embargo, esos artículos no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva, cuya redacción está inspirada en una disposición legal aplicable en caso de convenio de las partes del contrato, sustituyéndola por la nueva redacción de esta disposición legal introducida posteriormente a la celebración del contrato, siempre que el contrato en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de esta cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales".*

A su vez, la parte dispositiva del *auto del asunto C-486/16* expresaba: *"El artículo 7, 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, y el principio de efectividad deben interpretarse, en circunstancias como las que concurren en el litigio principal, en el sentido de que no se oponen a que un órgano jurisdiccional nacional de primera instancia quede vinculado por una resolución dictada en apelación que ordena que se inicie un procedimiento de ejecución en atención a la gravedad del incumplimiento de las obligaciones que impone al consumidor el contrato de préstamo hipotecario, y ello a pesar de que ese contrato contenga una*

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

cláusula declarada abusiva en una resolución previa que ha adquirido firmeza, pero a la que el Derecho nacional no reconoce fuerza de cosa juzgada".

Finalmente, el Tribunal Supremo, en Sentencia del Pleno, 463/2019, de 11 de septiembre , en aplicación de los criterios facilitados por el TJUE -en la STJUE de 26 de marzo de 2019 y los autos de 3 de julio de 2019-, se ha pronunciado sobre la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado en relación con la subsistencia del préstamo hipotecario de larga duración en el sentido de que no puede subsistir un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria, por lo que, en principio, la supresión de la cláusula que sustenta esta garantía causaría la nulidad total del contrato.

Ahora bien, también señala el alto tribunal que esa nulidad total expondría al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales, como la obligación de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo, la pérdida de las ventajas legalmente previstas para la ejecución hipotecaria o el riesgo de la ejecución de una sentencia declarativa.

Para evitar esas consecuencias, sigue razonando el Tribunal Supremo, el TJUE había admitido que la cláusula abusiva se sustituyese por la disposición legal que inspiró las cláusulas de vencimiento anticipado, en referencia al *art. 693.2 LEC* en su redacción del año 2013. No obstante, se consideraba más lógico, en el momento actual, tener en cuenta el *art. 24 de la nueva Ley 5/2019, de 15 de marzo* , reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), como norma imperativa más beneficiosa para el consumidor.

Y, por último, la Sala facilita en esta sentencia las siguientes orientaciones jurisprudenciales para los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso, en los que no se hubiese producido todavía la entrega de la posesión:

" *a. Los procesos en que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, deberían ser sobreseídos sin más trámite.*

b. Los procesos en que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, y el incumplimiento del deudor no reúna los requisitos de gravedad y proporcionalidad antes expuestos, deberían ser igualmente sobreseídos.

c. Los procesos referidos en el apartado anterior, en que el incumplimiento del deudor revista la gravedad prevista en la LCCI, podrán continuar su tramitación.

d. Los autos de sobreseimiento dictados conforme a los apartados a) y b) anteriores no surtirán efecto de cosa juzgada respecto de una nueva demanda ejecutiva basada, no en el vencimiento anticipado por previsión contractual, sino en la aplicación de disposiciones legales (ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-486/16). Solución que no pugna con el art. 552.3 LEC , puesto que no se trata de un segundo despacho de ejecución con fundamento en el mismo título, sino de ejecuciones basadas en diferentes títulos (el contrato, en el primer caso, y la ley en el segundo).

e. Debe entenderse que las disposiciones legales mencionadas en el apartado anterior son las contenidas en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, pese a que las resoluciones del TJUE se refieran expresamente al art. 693.2 LEC en la redacción dada por la Ley 1/2013 y pueda haber alguna discordancia con la disposición transitoria primera 4ª de la Ley 5/2019.

En aplicación de la anterior jurisprudencia sobre elvencimiento anticipado al caso de autos, se observa que la cláusula sexta de la escritura ejecutada en el presente procedimiento establece: " No obstante el vencimiento pactado, U.C.I. podrá declarar vencido de pleno derecho el préstamo y hacer exigibles la totalidad de las obligaciones de pago contraídas por la parte prestataria, cuando ésta no satisfaciera alguna de las cuotas de interés o de amortización pactadas en esta escritura".

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

La cláusula de autos no supera los estándares establecidosen la jurisprudencia del TJUE y del Tribunal Supremo, pues ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación (aunque con posterioridad lo haya permitido la legislación cuando el bien hipotecado es la vivienda habitual - *art. 693.3, párrafo 2, LEC* , en redacción actual dada por Ley 19/2015, de 13 de julio). Y, en cualquier caso, como señala el alto tribunal en la S. 463/2019, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, y respecto de una obligación accesoria, debe ser reputada abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.

Por tanto, la cláusula en cuestión es nula. En cuanto a la pervivencia del procedimiento hipotecario, habiéndose declarado vencido el préstamo con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, en fecha 11 de junio de 2014, por impago de las cuotas correspondientes a los meses de febrero de 2013 a marzo de 2015, ambos inclusive, el incumplimiento de los ejecutados supera el límite de 12 mensualidades, atendiendo a que el contrato se encuentra en la primera mitad de su duración, establecido en el art. 24 LCCI, por lo que resulta procedente continuar la tramitación de la presente ejecución hipotecaria, lo que nos lleva a analizar el resto de los motivos de oposición esgrimidos por la parte demandada.

En relación a la cláusula relativa a intereses de demora, en el contrato se pactó, en caso de mora, un interés del 18% aplicable sobre cada cuota vencida e impagada, aunque no ha sido objeto de aplicación, habiéndose liquidado con arreglo a criterios jurisprudenciales para valoración de los intereses moratorios como así resulta del certificado de cierre de cuenta. En cualquier caso, sobre el carácter abusivo de esta cláusula no hace falta extenderse, pues es manifiesto y supera todos los índices comparativos que a lo largo de estos años se han manejado por los tribunales. En todo caso, el Tribunal Supremo, en sentencia 705/15, 23 diciembre, 79/16, 18 febrero, 364/16, 3 junio y 63/19, 31 enero, estableció que ante la falta de una previsión legal que fijara de forma imperativa el criterio aplicable para el control de su abusividad (sentencia del TJUE de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y Caixabank), el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores debía consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no excediera de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio. Si el interés de demora queda fijado por encima de este porcentaje, la cláusula que lo establece es abusiva, viéndose superado dicho limite en la liquidación practicada

Es cierto que la La Ley 5/19, 15 marzo, de Contratos Crédito Inmobiliario, dice en su artículo 25 que, en el supuesto que contempla, el interés de demora no podrá ser superior en tres puntos al remuneratorio vigente, sin que esta norma admita norma en contrario. Sin embargo, la DT 1ª de la ley prevé su aplicación sólo a los contratos posteriores a dicha ley. Consiguientemente, no ofrece duda la nulidad de la cláusula y, por lo tanto, su efecto inmediato es su expulsión del contrato sin que la misma pueda ser objeto de cualquier tipo de integración, conforme a reiterada jurisprudencia TJUE. Sin embargo, cuestión distinta de la integración de la cláusula es la de la subsistencia de los intereses remuneratorios durante el tiempo que subsiste la situación de impago. En las STS citadas, el Alto Tribunal entiende que expulsado del contrato el interés moratorio, subsiste el remuneratorio, que obedece a principios y criterios totalmente distintos. Así lo ha resuelto el Tribunal Supremo, ratificada su decisión por el TJUE en sentencia 7 de agosto de 2018, asunto C-96/16. Consecuencia de lo expuesto es que debe declararse la nulidad de la cláusula de intereses moratorios, y que el capital dispuesto seguirá devengando el interés remuneratorio pactado.

descargado en www.asutin.com

Finalmente, acerca de la cláusula de determinación del interés remuneratorio referenciada al IRPH. Sobre el objeto de impugnación ya ha tenido ocasión de pronunciarse la Audiencia Provincial de Valencia, así en SAP, Civil sección 9 del 06 de marzo de 2017 que con cita de la sentencia 13 de febrero de 2017 (rollo 2432/2016) en cuanto a que tales extremos afectan a un elemento esencial

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

del contrato, porque reglamenta de forma directa el precio (interés retributivo), razón por la que solo resulta viable el control de transparencia con apoyo en el artículo 4-2 de la Directiva 93/13, pero no el control de contenido fijado en el artículo 82 del TRLGDCU y, a propósito de los indices de referencia, los criterios establecidos en la STS de 14 de diciembre de 2017 sirven para desechar la pretensión de nulidad pretendida en cuanto establece que "para determinar la transparencia de la cláusula que incorpora el índice de referencia habrá que ver si el consumidor era consciente, porque hubiera sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial del préstamo, así como la manera en que se calculaba el interés variable. Dado el carácter esencial de la propia cláusula, no cabe considerar que el consumidor no advirtiera su importancia económica y jurídica o no pudiera conocer que el interés resultante en dicho periodo se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial, consistente en una media de los índices hipotecarios de todas las entidades que actuaban en España, al que se sumaba un margen o diferencial. Al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial como el propio precio del préstamo, sin que fueran exigibles a la entidad bancaria los requisitos que la Audiencia planteaba en su sentencia".

Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia citada, tales cláusulas deben superar dos niveles diferentes: el primero, si la cláusula es clara en sí misma y cómo se incorporó al contrato y un segundo nivel, relativo al grado de conocimiento que tenía el cliente respecto a la incorporación de dicha cláusula y si sabía de las consecuencias jurídicas y económicas que conllevaba su aceptación. Para ello, el TS fija en su FJ 225, cuál es el test de transparencia que deben superar tales cláusulas.

Es cierto que nos encontramos en un proceso de ejecución hipotecario, y que el artículo 695.2 Lec dice que 'el Tribunal oirá a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día', lo que limita la prueba de las partes a la documental. Así, de la lectura de la escritura de préstamo hipotecario objeto de litigio, se puede concluir que la misma, leída de forma aislada, es clara y, por tanto, cumple los requisitos del art. 80.1 TRLCU (concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa; accesibilidad y legibilidad). Por tanto, cumple el primer nivel de transparencia. Lo que habrá que analizar a continuación, es cómo se incorporó esa cláusula al contrato y de los documentos obrantes en autos, se observa como en la escritura de préstamo el Notario autorizante hacía constar que no existían discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante y las cláusulas financieras consignadas en escritura; y que con relación al tipo de interés variable, se advertía expresamente al prestatario sobre la circunstancia de ser uno de los índices o tipos de interés de referencia pactado, uno de los oficiales definidos mediante circular del Banco de España susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios de interés variable y que hace públicos regularmente y que el texto proyectado de la escritura había estado a disposición de la parte prestataria para su examen en los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento, resultando por ello inverosímil que el ejecutado no conociera el índice de referencia pactado y que acudiera a la Notaría desconociendo cuál iba a ser el precio del préstamo y el interés ordinario que iba a abonar, máxime cuando no ha formulado ninguna reclamación, sino cuando se ha visto reclamado por su entidad bancaria de pago. Por tanto, en resumen, la entidad no ha incumplido el control de transparencia que se puede exigir respecto las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato.

descargado en www.asufin.com

SEGUNDO.- Conforme a lo establecido en los artículos 561 y 394 de la L.E.C, no procede condena en costas del incidente de oposición a ninguno de los litigantes.

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

TERCERO.- El primer motivo postula la falta de legitimación activa de la entidad bancaria por venta del activo a un fondo de titulización, y el archivo de la presente, con expresa imposición de costas a la apelada.

Este Tribunal, en reiteradas resoluciones, ha resuelto la cuestión hoy planteada por la parte apelante reproduciendo su motivo de oposición en la ejecución hipotecaria enjuiciada, y así resolvimos en la Sentencia dictada en el rollo de apelación 2018-0906, nº 42 de 1 de febrero de dos mil diecinueve lo siguiente:

"“**TERCERO.-**El primer motivo del recurso en el que debemos entrar a conocer es si procede estimar la falta de legitimaciónactiva de la ENTIDAD MERCANTIL BANCO BILBAO VIZCAYA SA para reclamar la deuda en cuanto que en su momento la entidad bancaria hoy actora titulizo el contrato de préstamo hipotecario ostentandoen consecuencia la legitimaciónla entidad titulizada.

Dijimos en SAP, Civil sección 6 del 16 de marzo de 2018 (ROJ: SAP V 1059/2018 - ECLI:ES:APV:2018:1059) Sentencia: 143/2018 - Recurso: 915/2017 Ponente: MARIA EUGENIA FERRAGUT PÉREZ, sentencia dictada en Procedimiento Ordinario nº 96/2.017 Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Sueca :

“SEGUNDO.- Sobre la legitimación activa para reclamar la devolución del préstamo en caso de impago, dice el artículo 26.3 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril que " el emisor conservará la custodia y administración del préstamo o crédito hipotecario, así como en su caso, la titularidad parcial del mismo y vendrá obligado a realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del mismo, abonando a los participes, incluso de pago anticipado, el porcentaje que les corresponda en lo percibido del deudor hipotecario por concepto de capital e intereses de acuerdo con las condiciones de la emisión ".

Y el artículo 30 regula la acción ejecutiva en los siguientes términos:

1. La ejecución del préstamo o crédito hipotecario participado corresponde a la entidad emisora y al titular de la participación en los términos establecidos en el artículo 31.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, el titular de la participación hipotecaria tendrá acción ejecutiva contra la entidad emisora para la efectividad de los vencimientos de la misma por principal e intereses, según el porcentaje de participación y lo establecido en la emisión, siempre que el incumplimiento de tal obligación no sea consecuencia de la falta de pago del deudor del préstamo o crédito hipotecario participado.

Y el artículo 31 regula las Facultades del titular de la participación

Si el incumplimiento fuera consecuencia de la falta de pago del deudor, el titular o titulares de las participaciones tendrán las siguientes facultades:

a) Compeler a la entidad emisora para que inste la ejecución hipotecaria.

b) Concurrir en igualdad de derechos con el emisor, en la ejecución que éste siga contra el deudor, personándose a tal efecto en cualquier procedimiento de ejecución instado por aquél, y participar en el producto del remate a prorrata de su respectivo porcentaje en el préstamo o crédito ejecutado y

descargado en www.asufin.com

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

sin perjuicio de que la entidad emisora perciba la posible diferencia entre el interés pactado en el préstamo o crédito y el acordado en la participación, cuando éste fuera inferior.

c) Si aquélla no inicia el procedimiento dentro de los sesenta días hábiles desde la diligencia notarial de requerimiento del pago de la deuda, el titular de la participación quedará legitimado para ejercitar, por subrogación, la acción hipotecaria del préstamo o crédito participado en la cuantía correspondiente al porcentaje de su participación, tanto por principal como por intereses.

En este supuesto quedarán subsistentes la parte del préstamo o crédito no participado y las participaciones no ejecutadas como cargas preferentes, entendiéndose que el rematante las acepta y queda subrogado en la responsabilidad de las mismas, sin destinarse a su pago y extinción el precio del remate.

d) En caso de paralización del procedimiento seguido por la entidad emisora, el partícipe podrá subrogarse en la posición de aquélla y continuar el procedimiento.

En los casos previstos en las letras c) y d), el titular de la participación podrá instar del juez competente la incoación o continuación del correspondiente procedimiento de ejecución hipotecaria, acompañando a su demanda del título original de la participación, del requerimiento notarial previsto en el apartado c) precedente y de la certificación registral de inscripción y subsistencia de la hipoteca. Al expedirse esta certificación se hará constar en el registro, mediante nota marginal, que se ha expedido la certificación registral y se indicará su fecha y la identidad del solicitante. Estas circunstancias se harán constar en la certificación expedida.

Por lo tanto, es clara la legitimación activa del acreedor hipotecario para el inicio de la ejecución hipotecaria, sin perjuicio de los derechos y acciones de los partícipes hipotecarios.

Y tal legitimación también permanece en los casos de titulización, pues si la titulización hipotecaria no es más que la agrupación de participaciones hipotecarias, mediante la creación de un fondo de las mismas, sin personalidad jurídica, gestionado por una sociedad gestora que lo ha creado, sin que nada se establezca en contra de lo que hemos dichos sobre la legitimación respecto a las participaciones hipotecarias, la entidad titular del préstamo y crédito sigue teniendo la legitimación activa para ejercer la acción ejecutiva, sin perjuicio de la legitimación de la gestora del fondo en los casos mencionados, incluso también la entidad titular del préstamo o crédito tendría legitimación pasiva para soportar cualquier acción contra ella.

Así lo aprecia el AAP de Tarragona, Civil sección 1 del 17 de septiembre de 2015 (ROJ: AAP T 121/2015 - ECLI:ES:APT:2015:121A) al señalar que este tipo de operaciones consistentes en una titulación hipotecaria de acuerdo con la Ley 2/1981 de 3 marzo, del Mercado Hipotecario, y con el Real Decreto 926/1998, de 14 mayo, por el que se regulan los Fondos de Titulización de Activos: "...no hay venta ni cesión de los créditos sino simplemente una forma de titulización para colocar esos activos en el mercado hipotecario y obtener financiación, con el beneficio añadido para la entidad financiera, en alguna de las modalidades, de sacarlos de balance (art. 1 de la Ley 1/1982 y 20 RD 716/2009). En suma, el acreedor mantiene la titularidad (art. 26.3 RD 716/2009) y CATALUNYA BANC, S.A. está legitimada activamente".

descargado en www.asufin.com

Y así es por cuanto el art. 26.3 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, señala que: "El emisor conservará la custodia y administración del préstamo o crédito hipotecario, así como, en su caso, la titularidad parcial del mismo y vendrá obligado a realizar cuantos actos sean necesarios para la efectividad y buen fin del

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

mismo...". Además, el ejercicio de la acción hipotecaria le corresponde al emisor (en este caso a CATALUNYA BANC) conforme a lo prevenido por los arts. 30.1 y 31 a) de la mencionada norma legal."

En consecuencia, debemos desestimar el motivo esgrimido y confirmar la declaración de legitimación activa de la parte actora.

CUARTO.- El segundo motivo del recurso postula la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado con los efectos de la falta de consentimiento del consumidor a la sustitución de la cláusula, con expresa imposición de costas a la apelada.

Sobre la nulidad por abusiva de una cláusula de vencimiento anticipado en el ámbito de la ejecución hipotecaria, dijimos en la resolución dictada en el rollo de apelación 2019-0398:

"TERCERO.- El primer motivo del recurso postula la revocación del pronunciamiento sobre la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado con sobreseimiento del proceso.

En idénticos supuestos, entre otros, hemos dicho en el rollo de apelación 2016-0017 en Auto de fecha 20 de mayo de 2016, AUTO N.º 191:

*"**CUARTO.-** Hemos resuelto sobre dicha cláusula en la resolución dictada en el ROLLO nº695/2015 cuando dijimos:*

***"TERCERO.-** Repasadas las actuaciones, se observa que la jurisprudencia que invoca la parte recurrente, en apoyo de su recurso es, en su conjunto, anterior en todos los casos al año 2010, sin hacer referencia a los argumentos de la resolución recurrida, que efectuó un análisis del contrato en términos de defensa y protección del consumidor, en la línea que ha venido exigiendo de manera reiterada el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*

Por el contrario, esta Audiencia ha mantenido otro criterio que impide el éxito del recurso, como indica la resolución de 22 de abril de 2015, de la Sección Undécima recaída en un caso similar al que hoy se nos somete: "/... / La Sala se ve abocada a la revocación de dicho auto y a la inadmisión a trámite de la solicitud de juicio monitorio al considerarse abusiva la cláusula de vencimiento anticipado incorporada en la estipulación contractual 9.

Y a tales efectos se debe partir como señala la STS de 9 de mayo de 2013, de la obligación de que el Juez nacional examine de oficio el carácter abusivo de las cláusulas abusivas de los contratos celebrados por un profesional con los consumidores para el cumplimiento de los derechos que les confiere la Directiva 93/13. Así advierte el Informe de la comisión 2000 que la sanción prevista en el apartado 1 del artículo 6 de la Directiva implica atribuir a las disposiciones de la directiva el carácter de norma "imperativa", de "orden público económico", que tiene que reflejarse en los poderes atribuidos a los órganos jurisdiccionales nacionales. Ello implica que el Juez debe abstenerse siempre de aplicar la cláusula si es abusiva, salvo que lo sea en contra de la voluntad del consumidor, cuando se opone a que no se le aplique, salvando, incluso los problemas de congruencia y atemperando las rigideces del proceso (así, si se ha solicitado la nulidad por abusividad de las cláusulas, en su análisis no es preciso un ajuste formal a la estructura de los recursos, ni exacto del fallo al suplico de la demanda), hasta el punto de que el principio de eficacia exige que el Tribunal nacional interprete las disposiciones nacionales de modo que contribuya a cumplir el objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, de modo que de no ser ello posible, dicho Tribunal está obligado a dejar inaplicada, por su propia iniciativa, la disposición nacional contraria, como pueden

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

ser las normas procesales nacionales que recojan la vinculación estricta a la pretensión deducida", ya que, si bien el principio de autonomía procesal atribuye a los Estados la regulación del proceso, esta autonomía tiene como límite que tales normas "no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los consumidores (principio de efectividad) con lo que deviene inaplicable el art. 465.5 de la L.E.C., y los principios "tantum devolutum, quantum apellatum", "in apellatione nihil innovetur" y el prohibitivo de la "reformatio in peius". Y, en cuanto a las consecuencias de la nulidad, se descarta la posibilidad de integración del contrato contemplada como un derecho interno, pues resulta contraria al Derecho de la Unión por la STJUE de 14 de junio de 2012, a cuyo tenor el artículo 6, apartado 1 de la directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, que atribuye al Juez Nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva. Pero es que, además señala la STJUE de 14 de junio de 2012 que el Juez nacional no tiene la facultad sino la obligación de pronunciarse sobre el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, debiendo incluso acordar de oficio diligencias de prueba si así resulta preciso. Y asimismo indica que el artículo 60.1 de la Directiva 93/13 reconoce a los Estados miembros cierto margen de autonomía en lo que atañe a la definición del régimen jurídico aplicable a las cláusulas abusivas, pero les impone expresamente la obligación de establecer que tales cláusulas no vinculan al consumidor, y que el contrato celebrado entre el profesional y el consumidor seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas. Por lo tanto, conforme al tenor literal del precepto indicado, resulta que los jueces nacionales están obligados a dejar sólo sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, pero no facultados para modificar el contenido de la misma. Por otro lado, las STJUE de 14 de marzo de 2013 establece los criterios generales que deben servir de orientación imperativa al Juez nacional para apreciar el carácter abusivo de las condiciones generales, entre los que se encuentra, fundamentalmente, el desequilibrio importante en detrimento del consumidor y de la buena fe; con remisión igualmente, de manera indicativa y no exhaustiva, a la lista de cláusulas abusivas del anexo de la Directiva. Criterios éstos que, por su carácter general, su aplicación no lo es solo a todo tipo de procedimiento judiciales, sino también extrajudiciales donde se pretenda vincular a la persona consumidora con una cláusula abusiva.

Resumiendo, quedando afectado el tema litigioso por la abusividad de ciertas cláusulas contractuales se han de tener en cuenta con carácter general las siguientes consideraciones. A) Que la protección a los consumidores contra cláusulas abusivas incluidas en los contratos se ha de hacer a través del art. 10 bis y de la Disposición Adicional Primera de la Ley 26/84 de 19 de Julio de Defensa de los consumidores y usuarios, y de los arts. 8 b, 29.1 B y 80 a 89 del R.D. Legislativo 1/07 de 16 de noviembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que en todo caso tratan de evitar que se produzca desequilibrio de las partes en perjuicio del consumidor o que se impongan indemnizaciones desproporcionadas. B) Que las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de Junio de 2012 y de 14 de marzo de 2013, reiteran el sistema de protección de la Directiva 93/13, que se basa en la protección al consumidor que se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, teniendo que adherirse a las condiciones redactadas unilateralmente por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas, como se infiere del art. 6 apartado 1 de la citada Directiva. C) Que esta disposición de carácter imperativo pretende superar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes, estableciéndose a tal efecto en las mencionadas sentencias del TJUE que el Juez Nacional debe apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la referida Directiva 93/13, para así subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional. D) Que a tales efectos el Juez nacional tiene la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello. E) Que fruto de ello, la Ley 1/13 de 14 de Mayo modifica el procedimiento ejecutivo, a

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

efectos de que, el órgano judicial, de oficio o a instancia de parte, pueda apreciar la existencia de cláusulas abusivas en el título ejecutivo y, como consecuencia, decretar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de las cláusulas que se consideren abusivas. Y F) que la declaración de nulidad de una cláusula abusiva lleva consigo su total inaplicación, sin que pueda moderarse o integrarse en el cumplimiento del contrato, siempre que tal nulidad no lleve consigo necesariamente la nulidad absoluta del propio contrato".

Y precisó que: "Y visto el tenor de dicha cláusula se ha de concluir, siguiendo el criterio mantenido por la sección Séptima (S. 16-6-14) y por la Sección Undécima de esta Audiencia Provincial (S 2-6-14 y Aa 22-4-14, 28-7-14, 24-9-14, 16-3-15.), que la misma es inaplicable por abusiva, ya que es contraria a los criterios legales anteriormente aludidos, y supone un desequilibrio importante entre el profesional y el consumidor, pues fija el vencimiento anticipado de la obligación a la única instancia del acreedor, y ello no sólo porque dicho efecto se hace depender exclusivamente del incumplimiento de cualquier obligación del prestatario, sino también del impago de cualquiera de las cuotas, sin atemperar dicho impago al incumplimiento grave, propio de toda resolución contractual, y a la duración de la operación, lo que determina que el acreedor pueda cerrar la cuenta y declarar vencida la misma a su voluntad ante el impago de una sola cuota. Posibilidad ésta que solo se presenta como factible en el procedimiento de ejecución hipotecaria ante la falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales completos o de un número de cuotas que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo equivalente a dicho periodo de tres meses, con arreglo al criterio contemplado en el art. 693.2 de la L.E.C en su redacción por Ley 1/13, que no es aplicable directamente al caso.

Ahora bien, siendo inaplicable la cláusula en cuestión, ha de significarse que dicha circunstancia ha de apreciarse con independencia del uso que de ella se haga; es decir, no cabe afirmar que la cláusula es nula porque se vincula el vencimiento anticipado a cualquier incumplimiento; y al mismo tiempo no apreciar tal nulidad porque el acreedor haya acumulado, en el caso concreto, diversos impagos o incumplimientos, puesto que como ha manifestado el T.S.J.U.E cuando una cláusula es nula no procede atemperar o moderar sus consecuencias sino tenerla por no puesta.

Fundada, pues, la reclamación de Cofidis en un vencimiento anticipado que ha de tenerse por inaplicable, se ha de inadmitir a trámite la solicitud de juicio monitorio, sin perjuicio de que por la entidad de crédito demandante se inste en el proceso declarativo correspondiente la acción de resolución contractual por incumplimiento imputable a la acreditada. Y ello sin entrar a valorar la nulidad de la cláusula de intereses remuneratorios, la cual, si no abusiva, se nos antoja que no superaría el control de transparencia al que pueden ser sometidas de oficio las cláusulas que se refiere a lo que es objeto principal del pleito".

Por ello, remitiéndonos al razonamiento recogido en la resolución recurrida, y en aplicación de la jurisprudencia antes citada, entendemos que debe ser confirmada la resolución de primera instancia, y desestimado el recurso de apelación."

O la dictada en el rollo de apelación nº 747/2015 en fecha de 19 de enero de 2016:

***"SEGUNDO.-** Diversas Sentencias del TJUE, citadas por el AAP, Civil sección 3 del 12 de julio de 2012 (ROJ: AAP CS 636/2012 - ECLI:ES:APCS:2012:636A) declaran el control de oficio por parte del órgano judicial, sin necesidad de previa alegación del consumidor, del carácter abusivo de la cláusula de que se trate. En este sentido:*

STJUE de 27 de junio de 2000 (asunto Murciano Quintero, relativo a la Directiva 93/13 /CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y a la posible apreciación de oficio por el juez de una cláusula de sumisión expresa): "El objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva, que obliga a los Estados miembros a prever que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores, no podría alcanzarse si éstos tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de dichas cláusulas (.../...) De ello se deduce que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el Juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula".

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

STJUE de de 21 de noviembre de 2002 (asunto Cofidis, relativo a la misma directiva y a la fijación de un plazo legal de preclusión que condicione la posible declaración de nulidad por abusiva de una cláusula contractual de consumo), tras reiterar varios pasajes de la sentencia anterior, expone que ***"la fijación de un límite de tiempo a la facultad del juez para no aplicar tales cláusulas****, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor,* ***puede atentar contra la efectividad de la protección que es objeto de los artículos 6 y 7 de la Directiva"****.*
STJUE de 26 de octubre de 2006 (asunto Mostaza, relativo a la misma directiva y a la posible apreciación de oficio de una cláusula de sumisión expresa no alegada en el proceso arbitral aunque sí en el proceso judicial contra el laudo).
STJUE de 4 de octubre de 2007 (asunto Rampion, relativo a la Directiva 87/102 /CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo).
STJUE de 4 de junio de 2009 (asunto Pannon, relativo a la Directiva 93/13 /CEE): "Una cláusula contractual abusiva no vincula al consumidor y que, a este respecto, no es necesario que aquél haya impugnado previamente con éxito tal cláusula (...) obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, incluso en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial"
Esta sentencia precisa que "A la hora de cumplir la mencionada obligación, sin embargo, el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula".
STJUE de 6 de octubre de 2009 (asunto Asturcom, relativo a la misma directiva y a la posible apreciación de oficio de la nulidad de una cláusula de sumisión expresa en el marco de una ejecución forzosa de un laudo arbitral firme dictado sin comparecencia del consumidor).

STJUE de 9 de noviembre de 2010 (asunto Pénzügyi Lízing, relativo a la misma directiva).
STJUE de 17 de diciembre de 2009 (asunto Eva Martín, relativo a la directiva 85/577 /CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales): "Esta disposición encierra un interés público que, en el sentido de la jurisprudencia citada en el apartado 20 de la presente sentencia, puede justificar una intervención positiva del juez nacional con el fin de subsanar el desequilibrio existente entre el consumidor y el comerciante en el marco de los contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales. (...) No se opone a que un órgano jurisdiccional nacional declare de oficio la nulidad de un contrato comprendido en el ámbito de aplicación de dicha Directiva por no haberse informado al consumidor de su derecho de rescisión, aun cuando éste no haya invocado en ningún momento esa nulidad ante los órganos jurisdiccionales nacionales competentes".
En el caso que estudiamos, el juzgado, en trance de decidir sobre el despacho de ejecución, actuó con pleno respeto al derecho de defensa de la ejecutante (artículo 24 CE) a la que dio audiencia antes de decidir, pese a lo cual denegó legítimamente despachar esa ejecución, pues tuvo que acomodar su inicial criterio a lo dispuesto en:

- *El artículo 693.1 LEC, en la redacción dada por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que establece:*
  «Lo dispuesto en este Capítulo será aplicable al caso en que deje de pagarse una parte del capital del crédito o los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos, si vencieren al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses»

- *y los pronunciamientos del Auto del TJUE (Sala Sexta) de 11 de junio de 2015, en el asunto C-602/13, que le vinculan, y conforme al cual:*

35 *Por otro lado, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, la Directiva 93/13 impone a los Estados miembros, tal como se*

descargado en www.asufin.com

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

desprende de su artículo 7, apartado 1, en relación con su vigésimo cuarto considerando, la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (sentencias Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 68, y Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 78, así como Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 30).

[…]

49 Según resulta del apartado 35 del presente auto, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, la Directiva 93/13 impone a los Estados miembros, tal como se desprende de su artículo 7, apartado 1, en relación con su vigésimo cuarto considerando, la obligación de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (sentencia Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 30).

50 Por consiguiente, y a fin de garantizar el efecto disuasorio del artículo 7 de la Directiva 93/13, las prerrogativas del juez nacional que constata la existencia de una «cláusula abusiva», en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la misma Directiva, no pueden estar supeditadas a que la cláusula abusiva se aplique o no en la práctica.

La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» —en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13— de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula 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.

Desde esa perspectiva, que es ahora criterio unánime de la Audiencia Provincial de Valencia, la cláusula nº 10, en cuanto recoge la facultad de vencimiento anticipado por la prestamista en caso de impago de dos o más mensualidades, es abusiva porque quebrantó las exigencias de la buena fe, produjo en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes (artículo 82.1 del TRLGDCU), que supone la imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido por la entidad prestamista (artículo 88.1 del TRLGDCU) e implicaría falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor (artículo 87 del TRLGDCU).

El recurso se desestima."

CUARTO**.-** A tenor de la STS, Civil sección 991 del 11 de septiembre de 2019 (ROJ: STS 2761/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2761) Sentencia: 463/2019 - Recurso: 1752/2014 Ponente: PEDRO JOSE VELA TORRES que ha decidido:

"OCTAVO.- Asunción de la doctrina establecida por el TJUE en la sentencia de 26 de marzo de 2019 y los AATJUE de 3 de julio de 2019

1.- La STJUE de 26 de marzo de 2019, que da respuesta a la petición de decisión prejudicial planteada por este tribunal en el presente recurso, establece cinco premisas de las que necesariamente hemos de partir:

i. La cláusula declarada abusiva no puede ser fragmentada a fin de dotar de validez a una parte de su contenido.

ii. La jurisprudencia de esta sala sobre la aplicación supletoria de una norma de Derecho nacional, sobre cuyo ajuste a la Directiva fue directamente interpelado el TJUE, no es contraria a los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

con consumidores. En particular, el fallo de la mencionada STJUE indica que los arts. 6 y 7 de la Directiva:
"[n]o se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales".
iii. Corresponde a los tribunales nacionales determinar si, una vez declarada abusiva la cláusula de vencimiento anticipado, el contrato puede subsistir.
iv. Para la decisión sobre la subsistencia del contrato, el apartado 60 de la STJUE establece que deberá adoptarse un enfoque objetivo y se remite expresamente al apartado 32 de la STJUE de 15 de marzo de 2012, Perenicová y Perenic, C-453/10 , que dice:
"Por lo que se refiere a los criterios que permiten determinar si un contrato puede efectivamente subsistir sin las cláusulas abusivas, procede señalar que tanto el tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 como los requisitos relativos a la seguridad jurídica de las actividades económicas abogan por un enfoque objetivo a la hora de interpretar esta disposición, de manera que, como ha señalado la Abogado General en los puntos 66 a 68 de sus conclusiones, la posición de una de las partes en el contrato, en el presente caso el consumidor, no puede considerarse el criterio decisivo que decida sobre el ulterior destino del contrato".
v. Únicamente si se entendiera que el contrato puede subsistir sin la cláusula de vencimiento anticipado sería relevante la postura (opción) del consumidor. No así cuando se considere que el contrato no puede subsistir.
Estas premisas son básicamente reproducidas por los AATJUE de 3 de julio de 2019 recaídos en los asuntos C-92/16 y C-167/16 . Si bien, el ATJUE de 3 de julio recaído en el asunto C-486/16, introduce algunas consideraciones adicionales, fundamentalmente las dos siguientes:
a. Es posible que, si se cumplen los requisitos del art. 693.2 LEC (tras su reforma por la Ley 1/2013), se pueda despachar ejecución hipotecaria, aunque en el contrato hubiera una cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva por resolución judicial firme, ya que "las consecuencias económicas sufridas por el consumidor no se derivan de la cláusula abusiva, sino del incumplimiento contractual consistente en no satisfacer las cuotas mensuales de amortización, que constituye su obligación esencial en el marco del contrato de préstamo celebrado".
b. No existe ningún elemento que permita dudar de la conformidad de la normativa nacional con el principio de efectividad.

2.- En las SSTJUE de 7 de agosto de 2018, Banco Santander y Escobedo Cortés (C-96/16 y C-94/17) -apartado 68-, y 14 de marzo de 2019, Dunai, (C-118/17) -apartado 63-, el Tribunal de Justicia recuerda que no puede excluirse que los órganos jurisdiccionales superiores de un Estado miembro estén facultados, al ejercer su función de armonización de la interpretación del Derecho y en aras de la seguridad jurídica, dentro del respeto de la Directiva 93/13, para elaborar determinados criterios que sirvan de guía a los tribunales inferiores a la hora de examinar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales. Eso es lo que haremos a continuación, una vez conocidas todas las resoluciones del TJUE sobre las cuestiones prejudiciales planteadas en relación con el vencimiento anticipado.

3.- La STJUE de 15 de marzo de 2012, Perenicová, a la que, como hemos visto se remiten expresamente la STJUE de 26 de marzo de 2019 y los tres AATJUE de 3 de julio siguiente, hacía suyas expresamente las conclusiones de la Abogada General en dicho asunto, cuyos apartados 67 y 68 decían:

"67. [...] Junto a una mejor protección del consumidor, el legislador perseguía, según el séptimo considerando, estimular la actividad comercial en el ámbito de aplicación de la Directiva [...]. No obstante, una actividad comercial solo podrá desarrollarse allí donde se garantice la seguridad jurídica de los agentes económicos. Esta incluye la protección de la confianza de los agentes

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE URL de validación:https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

económicos en la continuidad de las relaciones contractuales. Una normativa según la cual la eficacia de un contrato en su conjunto dependa únicamente del interés de una parte contractual puede no solo no fomentar esa confianza, sino que podría incluso quebrantarla a largo plazo. De la misma manera que, de tal modo, podría reducirse la disposición de los profesionales a llegar a acuerdos con los consumidores, la finalidad del establecimiento del mercado interior podría eventualmente fracasar. El artículo 6 de la Directiva 93/13 también tiene en cuenta esta finalidad al limitarse a procurar el equilibrio en las relaciones contractuales".

"68. "[..] la actitud subjetiva del consumidor hacia el, por lo demás, contrato residual que no haya de calificarse de abusivo no puede considerarse un criterio decisivo que decida sobre su ulterior destino. A mi juicio serían, en cambio, decisivos otros factores como por ejemplo la posibilidad material objetivamente apreciable de la aplicación subsiguiente del contrato. Lo último podría eventualmente negarse cuando, como consecuencia de la nulidad de una o de varias cláusulas, hubiera desaparecido el fundamento para la celebración del contrato desde la perspectiva de ambas partes contratantes. Excepcionalmente podría por ejemplo considerarse una nulidad total del contrato cuando pudiera darse por supuesto que el negocio no se habría realizado sin las cláusulas nulas conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no sean las mismas. El examen de si estos requisitos se cumplen en el caso concreto corresponde al juez nacional que deba aplicar la Directiva 93/13 o su normativa de transposición".

4.- Resulta también de interés la jurisprudencia establecida por el TJCE desde la sentencia de 1 de abril de 2004 (C-237/02), Freiburger Kommunalbauten, en la que el Tribunal, al partir del art. 4.1 de la Directiva 93/13, conforme al cual el carácter abusivo de una determinada cláusula contractual "debe apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando todas las circunstancias que concurran en su celebración", señaló específicamente la necesidad de considerar la cláusula contractual controvertida en el contexto general del Derecho nacional pertinente y, en especial, que "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" (doctrina reproducida, entre otras, en las SSTJUE de 14 de marzo de 2013, Aziz ; y 26 de enero de 2017, Banco Primus).

5.- Hemos declarado (sentencias del pleno de la sala 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019, todas de 23 de enero) que, en el Derecho español, aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria. Puesto que como estableció la sentencia 1331/2007, de 10 de diciembre, "el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta".

El TJUE también ha considerado el contrato de préstamo hipotecario como un solo contrato con dos facetas -préstamo y garantía- [apartados 59 y 60 de la STJUE de 26 de marzo de 2019 y los dos apartados 49 y 50 -idénticos- de los AATJUE de 3 de julio de 2019 (asuntos C-92/16, C-167/16)]. Y así se concibe, igualmente, en el art. 3.1 a) de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial.

6.- Sobre esta base, si bien en nuestro ordenamiento jurídico la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado no comporta la desaparición completa de las facultades del acreedor hipotecario, resulta evidente que conlleva la restricción de la facultad esencial del derecho de hipoteca, que es la que atribuye al acreedor el poder de forzar la venta de la cosa hipotecada para satisfacer con su precio el importe debido (art. 1858 CC). En particular, en un contrato de préstamo hipotecario de larga duración, la garantía se desnaturaliza, pierde su sentido.

descargado en www.asufin.com

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

7.- En el préstamo hipotecario, la causa del préstamo y la causa de la hipoteca están entrelazadas y no pueden fragmentarse, pues atañen tanto a la obtención del préstamo por el consumidor en condiciones económicas más ventajosas, como a la garantía real que tiene el prestamista en caso de impago.

En la sentencia 606/1997, de 3 de julio, establecimos que:

"En el negocio jurídico de constitución de hipoteca, la causa es la creación de un derecho real con la función de garantía de una obligación; a su vez, tal derecho real de hipoteca, ya constituido, es un derecho de carácter accesorio que sólo subsiste si hay obligación garantizada".

La causa típica del contrato de hipoteca consiste esencialmente en el aseguramiento de una obligación, y no en la misma relación obligatoria asegurada, pese a que el principio de accesoriedad del gravamen conlleve que la existencia y licitud del crédito sean presupuestos indispensables para la propia validez del contrato de garantía. Es por esta razón que el art. 12 de la Ley Hipotecaria establece que en la inscripción del derecho real de hipoteca se identificarán las obligaciones garantizadas. Se trata de causas interdependientes, en cuanto que la suerte de la garantía dependerá de las vicisitudes de la obligación garantizada, pero no a la inversa.

Ya en la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 se decía que "el valor de la finca hipotecada es la causa por [la] que entra en la obligación el que presta con hipoteca, ya que más bien que a la persona, puede decirse que presta a la cosa". Es decir, se resaltaba la idea de que la hipoteca sirve fundamentalmente para conseguir la seguridad en el pago de lo prestado, y que es precisamente el valor de cambio de la finca hipotecada lo que mueve (es la causa) al prestamista a conceder el préstamo, puesto que al garantizarse éste con la hipoteca, lo relevante es el valor de la cosa dada en garantía más que la solvencia del deudor. Y lo confirmó la exposición de motivos de la Ley de 30 de diciembre de 1944, que autorizó la publicación de una nueva redacción de la Ley Hipotecaria, al descartar la regulación de las hipotecas "desvinculadas de toda relación causal".

8.- Bajo la consideración del contrato de préstamo hipotecario como un negocio jurídico unitario o complejo, a la luz del apartado 32 de la STJUE Perenicová, del apartado 68 de las conclusiones de la Abogada General en ese asunto, y de las SSTJCE de 1 de abril de 2004, 14 de marzo de 2013 y 26 de enero de 2017, el fundamento de la celebración del contrato para ambas partes fue la obtención de un crédito más barato (consumidor) a cambio de una garantía eficaz en caso de impago (banco).

De ser así, no puede subsistir un contrato de préstamo hipotecario de larga duración si la ejecución de la garantía resulta ilusoria o extremadamente dificultosa.

Parece claro que, si el contrato solo fuera un préstamo, la eliminación de la cláusula de vencimiento anticipado no impediría la subsistencia del contrato. Pero si es un negocio jurídico complejo de préstamo con una garantía hipotecaria, la supresión de la cláusula afecta a la garantía y, por tanto, a la economía del contrato y a su subsistencia. El negocio jurídico tiene sentido si es posible resolver anticipadamente el préstamo y ejecutar la garantía para reintegrarse la totalidad del capital debido y los intereses devengados, en caso de que se haya producido un impago relevante del prestatario.

9.- Estaríamos, pues, en el supuesto, al que se refiere la Abogada General del asunto Perenicová, en que procedería la nulidad total del contrato porque el negocio no se habría realizado sin la cláusula nula, conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes, porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no son las mismas.

descargado en www.asufin.com

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

En tal caso, para evitar una nulidad del contrato que exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales (la obligación de devolver la totalidad del saldo vivo del préstamo, la pérdida de las ventajas legalmente previstas para la ejecución hipotecaria -a las que hicimos referencia en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero - y el riesgo de la ejecución de una sentencia estimatoria de una acción de resolución del contrato ejercitada por el prestamista conforme al art. 1124 CC - sentencia de pleno 432/2018, de 11 de julio, con la consiguiente reclamación íntegra del préstamo), podría sustituirse la cláusula anulada por la aplicación del art. 693.2 LEC (como expresamente indican las resoluciones del TJUE de 26 de marzo de 2019 y 3 de julio de 2019, especialmente el auto de esta última fecha recaído en el asunto 486/2016). Pero no en su literalidad, sino conforme a la interpretación de dicho precepto que ya habíamos hecho en las sentencias 705/2015, de 21 de diciembre, y 79/2016, de18 de febrero .

10.- Deben interpretarse conjuntamente la STJUE de 26 de marzo de 2019 y el ATJUE de 3 de julio de 2019 en el asunto C-486/16, con la STJUE de 14 de marzo de 2013, caso C- 415/11 (Aziz), y con nuestra jurisprudencia, de tal manera que, siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC (en la redacción dada por la Ley 1/2013), los tribunales deberán valorar, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de la esencialidad de la obligación incumplida, la gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y la posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia.

Se trata de una interpretación casuística en la que habrá que ver cuántas mensualidades se han dejado de pagar en relación con la vida del contrato y las posibilidades de reacción del consumidor.

Y dentro de dicha interpretación, puede ser un elemento orientativo de primer orden comprobar si se cumplen o no los requisitos del art. 24 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (LCCI), puesto que la STJUE de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/2017 (OTP Bank Nyrt) permite que quepa la sustitución de una cláusula abusiva viciada de nulidad por una disposición imperativa de Derecho nacional aprobada con posterioridad (apartados 52 y 53 y conclusión segunda).

Así lo declara también el apartado 62 de la STJUE de 26 de marzo de 2019, aunque con referencia a la normativa anterior:

"62. Pues bien, tal deterioro de la posición procesal de los consumidores afectados, en caso de recurrirse al procedimiento de ejecución ordinaria en lugar de seguir el cauce del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, es pertinente a efectos de apreciar las consecuencias de la anulación de los contratos en cuestión y, según lo declarado en el apartado 59 de la presente sentencia, podría justificar por consiguiente, siempre que exponga a dichos consumidores a consecuencias especialmente perjudiciales, que los órganos jurisdiccionales remitentes sustituyeran las cláusulas abusivas por la versión del citado artículo 693, apartado 2, de la LEC posterior a la celebración de los contratos controvertidos en los litigios principales. No obstante, dado que las características de estos procedimientos de ejecución se enmarcan exclusivamente en la esfera del Derecho nacional, corresponde en exclusiva a los órganos jurisdiccionales remitentes llevar a cabo las comprobaciones y las comparaciones necesarias a tal efecto".

Además, como se desprende de los apartados 48 y 49 del ATJUE de 3 de julio de 2019 (asunto C-486/16), el principio de efectividad del Derecho de la Unión no queda menoscabado porque, conforme al principio de autonomía procesal de los Estados miembros, una demanda de ejecución hipotecaria pueda sustentarse en la nueva redacción de una norma legal de carácter imperativo.

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE URL de validación:https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

11.- Conforme a todo lo expuesto, procede aplicar las siguientes pautas u orientaciones jurisprudenciales a los procedimientos de ejecución hipotecaria en curso, en los que no se haya producido todavía la entrega de la posesión al adquirente:

a. Los procesos en que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, deberían ser sobreseídos sin más trámite.

b. Los procesos en que, con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se dio por vencido el préstamo por aplicación de una cláusula contractual reputada nula, y el incumplimiento del deudor no reúna los requisitos de gravedad y proporcionalidad antes expuestos, deberían ser igualmente sobreseídos.

c. Los procesos referidos en el apartado anterior, en que el incumplimiento del deudor revista la gravedad prevista en la LCCI, podrán continuar su tramitación.

d. Los autos de sobreseimiento dictados conforme a los apartados a) y b) anteriores no surtirán efecto de cosa juzgada respecto de una nueva demanda ejecutiva basada, no en el vencimiento anticipado por previsión contractual, sino en la aplicación de disposiciones legales (ATJUE de 3 de julio de 2019, asunto C-486/16). Solución que no pugna con el art. 552.3 LEC, puesto que no se trata de un segundo despacho de ejecución con fundamento en el mismo título, sino de ejecuciones basadas en diferentes títulos (el contrato, en el primer caso, y la ley en el segundo).

e. Debe entenderse que las disposiciones legales mencionadas en el apartado anterior son las contenidas en la Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario, pese a que las resoluciones del TJUE se refieran expresamente al art. 693.2 LEC en la redacción dada por la Ley 1/2013 y pueda haber alguna discordancia con la disposición transitoria primera 4ª de la Ley 5/2019 . Y ello, porque:

El art. 693.2 LEC, en su redacción anterior a la Ley 5/2019, era una norma de Derecho dispositivo, mientras que el art. 24 LCCI, al que ahora se remite, es imperativa.

La disposición transitoria primera 4ª LCCI, fruto de una enmienda transaccional en el Congreso y una enmienda en el Senado, optó por la retroactividad limitada para evitar que una sentencia del TJUE contraria al informe del Abogado General en la cuestión prejudicial que había presentado esta sala, pudiera hacer directamente aplicable el 693.2 LEC en su anterior redacción. Por lo que sería contradictorio que la voluntad del legislador se volviera en contra del consumidor, cuando lo que se pretendió es protegerlo más allá de lo previsto en el art. 693.2 LEC anterior a la reforma. "

Y en concreto el artículo 24 de la LCCI regulador del Vencimiento Anticipado que nos dice:

"1. En los contratos de préstamo cuyo prestatario, fiador o garante sea una persona física y que estén garantizados mediante hipoteca o por otra garantía real sobre bienes inmuebles de uso residencial o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir para uso residencial el prestatario perderá el derecho al plazo y se producirá el vencimiento anticipado del contrato si concurren conjuntamente los siguientes requisitos:

a) Que el prestatario se encuentre en mora en el pago de una parte del capital del préstamo o de los intereses.

b) **Que la cuantía de las cuotas vencidas y no satisfechas** equivalgan al menos:

i. Al tres por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de doce plazos mensuales o un número de

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE URL de validación:https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.

ii. Al siete por ciento de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considerará cumplido este requisito cuando las cuotas vencidas y no satisfechas equivalgan al impago de quince plazos mensuales o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses.

c) Que el prestamista haya requerido el pago al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes para su cumplimiento y advirtiéndole de que, de no ser atendido, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo.

2. Las reglas contenidas en este artículo no admitirán pacto en contrario."

QUINTO.- Aplicándose dichas consideraciones al caso concreto que nos ocupa, debemos decir que fundado el proceso de ejecución hipotecario instado por UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS SA con fundamento en la escritura de préstamo hipotecario suscrita el 13 de noviembre de 2006. Folios 14 y siguientes.

Insertada en dicha escritura como:

"CLAUSULA SEXTA.-
INTERESES DE DEMORA Y RESOLUCIÓN ANTICIPADA.-
A)INTERESES DE DEMORA.
Las obligaciones dinerarias de la Parte Prestataria derivadas del préstamo, vencidas y no satisfechas devengarán intereses de demora de acuedro con las siguientes condiciones:
1º. Las cuotas vencidas e impagadas devengarán desde su vencimiento intereses de demora calculado al tipo del 18,00 por ciento, aplicable sobre cada cuota vencida e impagada.
2º. En el supuesto de que, por el incumplimiento de la Parte Prestataria, U.C.I. declare vencido anticipadamente la totalidad del capital pendiente de pago, el tipo de interés de demora será del 18,00 por ciento, aplicable sobre la totalidad de dicho capital pendiente y que se devengará desde la fecha del vencimiento anticipado hasta la del pago efectivo de la deuda pendiente.
3º. En los dos supuestos mencionados en los números anteriores, el interés de demora se liquidará diariamente multiplicando el capital pendiente por el tipo de interés de demora y dividiéndolo por 360 con el fin de transformar el tipo de interés anual en un tipo diario.
4º. A los efectos del cálculo y devengo de los intereses de demora, los intereses ordinarios se entenderán capitalizados, de conformidad con lo previsto en el artículo 317 del Código de Comercio.
En ningún caso los intereses de demora serán objeto de capitalización".

Debemos apreciar que siendo el importe del capital prestado de 120.900 euros; el 3% del mismo a los efectos de determinar el incumplimiento grave es de 3.627 euros, dado que solo consta acreditado el pago de 1.566 euros y que las cuotas impagadas superan el límite de 12 cuotas mensuales, pues se han dejado de pagar 25 cuotas desde 5 de febrero de 2013 podemos

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

establecer que, aun siendo nula la cláusula de vencimiento anticipado, el incumplimiento grave de la parte prestataria motiva que deba continuarse con la ejecución despachada.
El motivo debe ser desestimado.

SEXTO.- Y el tercer motivo postula la nulidad de la cláusula de índice IRPH con los tres subsidiarios propuestos, en primer lugar préstamos sin intereses, préstamo referenciado al diferencial, e incide sustituido por Euribor con los efectos correspondientes, condenándose a la parte apelada a realizar dicho recálculo en fase de ejecución de sentencia, y la nulidad de la cláusula de la comisión de apertura, con expresa imposición de costas a la apelada.

En el presente caso debatido la sentencia de instancia funda la desestimación de la nulidad de la cláusula relativa al tipo de interés IRPH considerando:

"...Finalmente, acerca de la cláusula de determinación del interés remuneratorio referenciada al IRPH. Sobre el objeto de impugnación ya ha tenido ocasión de pronunciarse la Audiencia Provincial de Valencia, así en SAP, Civil sección 9 del 06 de marzo de 2017 que con cita de la sentencia 13 de febrero de 2017 (rollo 2432/2016) en cuanto a que tales extremos afectan a un elemento esencial del contrato, porque reglamenta de forma directa el precio (interés retributivo), razón por la que solo resulta viable el control de transparencia con apoyo en el artículo 4-2 de la Directiva 93/13, pero no el control de contenido fijado en el artículo 82 del TRLGDCU y, a propósito de los indices de referencia, los criterios establecidos en la STS de 14 de diciembre de 2017 sirven para desechar la pretensión de nulidad pretendida en cuanto establece que "para determinar la transparencia de la cláusula que incorpora el índice de referencia habrá que ver si el consumidor era consciente, porque hubiera sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial del préstamo, así como la manera en que se calculaba el interés variable.
Dado el carácter esencial de la propia cláusula, no cabe considerar que el consumidor no advirtiera su importancia económica y jurídica o no pudiera conocer que el interés resultante en dicho periodo se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial, consistente en una media de los índices hipotecarios de todas las entidades que actuaban en España, al que se sumaba un margen o diferencial. Al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial como el propio precio del préstamo, sin que fueran exigibles a la entidad bancaria los requisitos que la Audiencia planteaba en su sentencia".
Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia citada, tales cláusulas deben superar dos niveles diferentes: el primero, si la cláusula es clara en sí misma y cómo se incorporó al contrato y un segundo nivel, relativo al grado de conocimiento que tenía el cliente respecto a la incorporación de dicha cláusula y si sabía de las consecuencias jurídicas y económicas que conllevaba su aceptación. Para ello, el TS fija en su FJ 225, cuál es el test de transparencia que deben superar tales cláusulas.
Es cierto que nos encontramos en un proceso de ejecución hipotecario, y que el artículo 695.2 Lec dice que 'el Tribunal oirá a las partes, admitirá los documentos que se presenten y acordará en forma de auto lo que estime procedente dentro del segundo día', lo que limita la prueba de las partes a la documental. Así, de la lectura de la escritura de préstamo hipotecario objeto de litigio, se puede concluir que la misma, leída de forma aislada, es clara y, por tanto, cumple los requisitos del art. 80.1 TRLCU (concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa; accesibilidad y legibilidad). Por tanto, cumple el primer nivel de transparencia. Lo que habrá que

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

analizar a continuación, es cómo se incorporó esa cláusula al contrato y de los documentos obrantes en autos, se observa como en la escritura de préstamo el Notario autorizante hacía constar que no existían discrepancias entre las condiciones financieras de la oferta vinculante y las cláusulas financieras consignadas en escritura; y que con relación al tipo de interés variable, se advertía expresamente al prestatario sobre la circunstancia de ser uno de los índices o tipos de interés de referencia pactado, uno de los oficiales definidos mediante circular del Banco de España susceptibles de ser aplicados por las entidades de crédito a los préstamos hipotecarios de interés variable y que hace públicos regularmente y que el texto proyectado de la escritura había estado a
disposición de la parte prestataria para su examen en los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento, resultando por ello inverosímil que el ejecutado no conociera el índice de referencia pactado y que acudiera a la Notaría desconociendo cuál iba a ser el precio del préstamo y el interés ordinario que iba a abonar, máxime cuando no ha formulado ninguna reclamación, sino cuando se ha visto reclamado por su entidad bancaria de pago. Por tanto, en resumen, la entidad no ha incumplido el control de transparencia que se puede exigir respecto las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato."

La cláusula cuya nulidad por abusiva se pretende es del siguiente tenor:

"TERCERA BIS.-TIPO DE INTERÉS VARIABLE……
2.-Identificación del tipo de interés de referencia
a) Definición del tipo de interés de referencia.
- El tipo de interés de referencia será el "Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de las Cajas de Ahorrro", publicado mensualmente por el Banco de España en el Boletín Oficial del Estado como referencia oficial. Dicha referencia aparece definida en el Anexo VIII, apartado 2, de la Circular del Banco de España 5/1994, de 22 de Julio (B.O.E. del 3 de Agosto de 1994).
- 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) Indice 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 primera 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 (B.O.E. del 3 de Agosto de 1994), tomándose la correspondiente al mes fijado en el Anexo I, Apartado "Referencia para la revisión del tipo de interés".
En segundo lugar, si tampoco pudiera aplicarse esta referencia por su falta de publicación, se utilizará la equiparable que publique el Banco de España, Ministerio de Economía y Hacienda o instituciones públicas o privadas de la Unión Económica y Monetaria por este orden.
En cualquier caso el procedimiento para el cálculo del tipo de interés aplicable será siempre el definido en el Apartado 1 de esta misma Estipulación".

descargado en www.asufin.com

SÉPTIMO.- Sobre la cuestión planteada en esta alzada, la nulidad por abusiva del tipo de interés referencia al IRPH, la doctrina jurisprudencial sobre la materia, está plasmada, entre otras, en la STS, Civil sección 1 del 19 de enero de 2021 (ROJ: **STS 93/2021** -

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

ECLI:ES:TS:2021:93) Sentencia: **17/2021** Recurso: **238/2017**; Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES** cuando ha dicho:

"TERCERO.- Control de transparencia y control de contenido o abusividad: que la cláusula, eventualmente, no sea transparente, no quiere decir que siempre y automáticamente sea abusiva. Desestimación del recurso de casación

1.- Las cuestiones suscitadas en este recurso han sido resueltas en las sentencias del Pleno de esta sala 595/2020, 596/2020, 597/2020 y 598/2020, todas ellas de 12 de noviembre, que han aplicado la doctrina contenida en la STJUE de 3 de marzo de 2020 (asunto C-125/18) y en otras sentencias de este tribunal que han interpretado diversos preceptos de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. A cuyo contenido más extenso nos remitimos.

2.- Conforme a tales resoluciones, un primer parámetro de transparencia vendría constituido por la publicación del IRPH en el BOE, que permite al consumidor medio comprender que el referido índice se calcula según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para la adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades. De modo que esa publicación salva, para todos los casos, las exigencias de transparencia en cuanto a la composición y cálculo del IRPH.

El segundo parámetro de transparencia establecido por el TJUE es la información que la entidad prestamista facilitó al consumidor sobre la evolución pasada del índice. En concreto, debe comprobarse el cumplimiento por la entidad de crédito de la obligación de informar a los consumidores, conforme a la normativa nacional, de "cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible".

3.- En caso de que la ausencia de información directa sobre la evolución del IRPH en los dos años anteriores determine la falta de transparencia de la cláusula cuestionada, ello no implica necesariamente su nulidad. Según reiterada jurisprudencia del TJUE, cuando se trata de elementos esenciales del contrato (precio y prestación), el efecto de la falta de transparencia de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato no es su nulidad, sino la posibilidad de realizar el juicio de abusividad, esto es, permite valorar si se trata de una cláusula que, en contra de las exigencias de la buena fe, causa, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato (por todas, SSTJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, Kásler ; de 26 febrero de 2015, C-143/13, Matei; de 20 de septiembre de 2017, C-186/16, Andriciuc; de 14 de marzo de 2019, C-118/17, Dunai; y de 5 de junio de 2019, C-38/17, GT).

Es decir, en tales casos, la declaración de falta de transparencia sería condición necesaria, pero no suficiente, para la apreciación de la abusividad (sentencias de esta sala 171/2017, de 9 de marzo; 538/2019, de 11 de octubre; 121/2020, de 24 de febrero; y 408/2020, de 7 de julio).

4.- Como advirtieron las SSTJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, Banco Primus , y de 3 de octubre de 2019, C-621/17, Gyula Kiss, a efectos del juicio de abusividad, para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un "desequilibrio importante" entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido, para analizar si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Y respecto a en qué circunstancias se causa ese desequilibrio "contrariamente a las exigencias de la buena fe", habrá que comprobar si el profesional podía estimar

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.

5.- Las sentencias de esta sala antes indicadas, al realizar ese juicio de abusividad de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, consideraron que el ofrecimiento por la entidad prestamista de un índice oficial, aprobado por la autoridad bancaria, no puede vulnerar por sí mismo la buena fe. Además, el Gobierno central y varios Gobiernos autonómicos han venido considerando, a través de normas reglamentarias, que el índice IRPH era el más adecuado para utilizarlo como índice de referencia en el ámbito de la financiación de viviendas de protección oficial, por lo que resulta ilógico considerar como actuación contraria a la buena fe la incorporación de ese mismo índice a préstamos concertados fuera de ese ámbito de financiación oficial.

6.- Para apreciar que hay desequilibrio no basta con comparar el IRPH con otro índice de referencia (básicamente, el Euribor), porque para el cálculo del IRPH se toman en consideración no solo los préstamos con Euribor, sino también los préstamos referenciados a otros tipos variables y los préstamos a interés fijo, así como los diferenciales. De forma que el tipo nominal resultante de la aplicación del índice más el margen o diferencial puede ser superior, inferior o igual, en el momento de la contratación, utilizando el IRPH con un diferencial menor que utilizando el Euribor con un diferencial mayor. El diferencial aplicado en uno u otro caso junto con el índice, a cada operación concreta, vendrá determinado por la valoración del riesgo y demás características de la operación (solvencia del deudor, calidad de las garantías concurrentes - fiadores -, plazo y cuantía del préstamo, contratación de otros productos o servicios, etc).

7.- Desde el punto de vista del desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, que debe ser valorado en el momento de suscripción del contrato (art. 4.1 de la Directiva 93/13), la evolución más o menos favorable del índice durante la vida del préstamo no puede ser determinante. Que en su desenvolvimiento posterior el préstamo resulte más caro que otros, no supone desequilibrio determinante de abusividad, puesto que el control de contenido no puede derivar en un control de precios y el TJUE ha descartado que las entidades bancarias tuvieran obligación de facilitar información comparativa sobre los distintos índices oficiales, sobre su evolución futura o de asesorar a sus clientes sobre el mejor préstamo posible.

8.- Por último, las indicadas sentencias de pleno, en sintonía con la sentencia 585/2020, de 6 de noviembre, consideraron que no se ha justificado que el índice IRPH, que está fiscalizado, en todo caso, por la administración pública, sea más fácilmente manipulable que el resto de los índices oficiales.

9.- En este caso no consta que se ofreciera a los prestatarios la información exigida por la normativa de transparencia bancaria y, en particular, que se les advirtiera de cuál había sido la evolución del índice elegido en los dos años anteriores a la suscripción del contrato, como hemos visto que es exigible conforme a la jurisprudencia del TJUE.

Pero ello no puede determinar por sí mismo la nulidad de la condición general litigiosa, porque la falta de transparencia no determina per se la nulidad de la cláusula, sino que, al tratarse de una estipulación sobre un elemento esencial del contrato -el precio-, únicamente permite realizar un control de contenido sobre dicha cláusula (art. 4.2 de la Directiva 93/13/CEE).

descargado en www.asufin.com

10.- Lo que puede determinar la abusividad de la cláusula es la concurrencia de los dos parámetros a los que se refieren la Directiva y la legislación de consumidores, a los que hemos hecho mención en el fundamento jurídico quinto: el desequilibrio importante y la mala fe. Ninguno de ellos concurre en presente caso. “

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

OCTAVO.- Ahora bien este Tribunal, a tenor de lo resuelto en un supuesto idéntico, resolvió en AAP, Civil sección 6 del 10 de septiembre de 2019 (ROJ: **AAP V 4776/2019** - ECLI:ES:APV:2019:4776A) Sentencia: **257/2019** Recurso: **288/2019** Ponente: **AMPARO SALOM LUCAS** :

"TERCERO.- Recurso de Nemesio…..

Pasando a resolver la segunda parte de este primer motivo, esto es, la posible nulidad de la clausula quinta.II que fija el interés aplicable, hemos de indicar, como recuerda la STS de 26 de octubre de 2011 siguiendo la doctrina del TJUE "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida...".El interés remuneratorio, en cuanto que es el precio que se paga por tomar dinero a préstamo, forma parte esencial del contrato y, consecuentemente, la cláusula que lo establece queda excluida de cualquier control de abusividad, pero ello no significa que el interés remuneratorio se encuentre exento de cualquier control sino que cabe el de transparencia de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

La Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de 5 de abril de 1993 fue transpuesta a nuestro Derecho interno mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, instauró una novedosa regulación de las cláusulas abusivas, que después pasó a formar parte integrante de la Ley General para la Defensa Consumidores y Usuarios (actuales artículos 82 y siguientes, lo que ha determinado la coexistencia de dos regímenes formalmente autónomos, el relativo a las condiciones generales de la contratación y el de la protección de los consumidores y usuarios, operando el primero de ellos a modo de regulación general y el segundo como una regulación específica y propia de los contratos celebrados con consumidores).

Ya dijimos en nuestra sentencia de 31 de Octubre de 2.018 dictada en el Rollo de apelación nº 608/2.018 en relación al IRPH, reproducida en el Rollo de Apelación 770/2018 que: "La STS, Civil del 14 de diciembre de 2017 (ROJ: STS 4308/2017 ha dicho que: "ni a tenor de la Directiva 93/13/CE E, ni de la LCGC ni del TRLGCU puede controlarse un índice de referencia, como el IRPH- Entidades, que ha sido fijado conforme a disposiciones legales. Solamente puede controlarse que la condición general de la contratación por la que se incluye en un contrato con consumidores esa disposición o previsión legal esté redactada de un modo claro y comprensible y sea transparente. Para lo cual, ha de tenerse en cuenta, como ya se ha dicho, que el interés remuneratorio es el precio del contrato de préstamo. En consecuencia, las cláusulas que se refieren al modo de determinación del interés remuneratorio afectan a los elementos esenciales del contrato que determinan su objeto principal (sentencia 367/2017, de 8 de junio).

5.- Analizada bajo este prisma la cláusula tercera bis del contrato objeto de litigio, se aprecia que el interés remuneratorio variable se determina conforme a la aplicación de uno de los tipos legales de referencia, en concreto el IRPH-Entidades. Gramaticalmente, la cláusula es clara y comprensible y permite al prestatario conocer, comprender y aceptar que el interés variable de su préstamo hipotecario se calcula con referencia a un tipo fijado y controlado por el Banco de España. De forma que, desde esta perspectiva, la cláusula en cuestión supera el control de inclusión, como también afirma la sentencia recurrida.

6.- En cuanto al control de transparencia, postulado por el demandante y realizado por la sentencia recurrida, se dice que el mismo obligaba a la prestamista a:

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

(i) explicar cómo se configuraba el tipo de referencia, cómo había evolucionado y cómo podría evolucionar en el futuro; (ii) poner en relación el tipo de referencia elegido con otros tipos legalmente previstos; y (iii) ofrecer al prestatario la posibilidad de elección entre los diversos tipos existentes en el mercado. Como veremos a continuación, estos requerimientos no eran exigibles. Y que "para determinar la transparencia de la cláusula que incorpora el índice de referencia (IRPH-Entidades) habrá que ver si el consumidor era consciente, porque había sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial, así como la manera en que se calculaba el interés variable. Dado el carácter esencial de la propia cláusula, no cabe considerar que el consumidor no se apercibiera de su importancia económica y jurídica y que pudiera conocer que el interés resultante en dicho periodo se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial consistente en una media de los índices hipotecarios de todas las entidades que actuaban en España al que se sumaba un margen o diferencial.[...]

9.- Igualmente, no se puede obligar a una entidad financiera a utilizar u ofrecer varios de los índices oficiales, por la misma razón que no se le puede exigir que únicamente ofrezca tipos fijos o solo tipos variables. Ni era exigible a la entidad prestamista una explicación pormenorizada del modo en que se determina el índice de referencia, porque su elaboración estaba bajo la supervisión del Banco de España. [...] Con esos datos es fácilmente comprensible el precio del préstamo, puesto que el consumidor puede conocer de manera sencilla que tendrá que pagar el resultado de sumar el índice y el diferencial. Y aquí radica fundamentalmente la diferencia con los préstamos con cláusula suelo, en que dicha comprensibilidad quedaba oscurecida por el hecho de que el coste del préstamo no funcionaba siempre con esos dos elementos, al establecerse un tope mínimo por debajo del cual el diferencial no fluctuaba.

[...] 13.- Subyace bajo la argumentación del demandante/recurrido y de la Audiencia Provincial que la transparencia habría exigido que la entidad prestamista hubiera informado al cliente sobre el comportamiento futuro del IRPH, lo que por definición es imposible.

[...] 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 adejar el préstamo sin interés (ni siquiera sobrevive el diferencial del 0, 50%), como si se tratara de un préstamo usurario."

Pero 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."

descargado en www.asufin.com

Con relación a la exigencia o deber de transparencia, dijo 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

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

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 compresibilidad 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

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE URL de validación:https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

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 Andriciuc 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."

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, 464/2013 de 8 de septiembre, 367/2017, de 8 de junio y la más reciente 608/2017, de 15 de noviembre.

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 este 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

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

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.

Hemos de recordar que en el año 2.009 el indice 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, de Transparencia y Protección del Cliente de Servicios Bancarios y más tarde laLey 14/2013, de 27 de septiembre, 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 referencia. 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.

descargado en www.asufin.com

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

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.

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, 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, este 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…."

También podemos mencionar en el mismo sentido el voto particular contenido en el AAP, Civil sección 4 del 05 de febrero de 2021 (ROJ: **AAP B 359/2021** ECLI:ES:APB:2021:359A) Sentencia: **19/2021** Recurso: **391/2020** Ponente: **VICENTE CONCA PÉREZ** cuando estableció:

"JORDI LLUÍS FORGAS FOLCH,

Magistrado, de acuerdo con el art. 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial formulo, con pleno respeto con el sentir expresado en el voto mayoritario, voto particular divergente con la parte dispositiva de la presente sentencia referida a la cláusula IRPH, y todo ello con base en los siguientes fundamentos:

1.- Situación jurisprudencial cronológica del INDICE DE REFERENCIA DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS (IRPH) antes de las SSTS 595, 596, 597 y 598/2020, de 12 de noviembre.

En los motivos de apelación se alega la nulidad de la cláusula IRPH, por cuanto la misma no supera el control de transparencia precisado, y causaba, en detrimento del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

1.1.- Al respecto, por mero orden cronológico, las referencias jurisprudenciales que deben tenerse en cuenta para abordar la cuestión son antes de las SSTS 595, 596, 597 y 598/2020, de 12 de noviembre:

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

1.1.- En primer lugar, la STS de 14 de diciembre de 2017, en la que el Tribunal Supremo (TS) partía de la consideración de que la cláusula que fija los intereses variables del préstamo conforme al IRPH sí es una condición general de la contratación pero, al tratarse de una cláusula que reflejaba índices oficiales de préstamos, no estaba sometida la Directiva 93/13, a tenor de su art. 1.2. Sin embargo, y a pesar de ello, en la meritada sentencia se determinó que esa cláusula era válida por superar el control de transparencia, señalando, sintéticamente, que el índice es fácilmente accesible y comparable para el consumidor medio, el prestamista no está obligado a ofrecer distintos tipos de interés, ni obligar a hacer prospecciones de futuro y, por último, señaló que con ella se cumplían los estándares del art. 85.3 TR-LGDCU.

1.2- En segundo lugar, en nuestra sentencia (núm. 1133/2019), de 11 de noviembre de 2019, dictada en el RA núm. 298/2019, sobre el índice IRPH, diversamente a lo mantenido por el TS, señalamos que:

" 11.2.- En segundo lugar, debe 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.

11.3.- Concluye la referida STJUE de 3 de junio de 2010 (c-484-2008) que " (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", pues conforme al artículo 8 de la referida Directiva, se trata de una protección efectiva más elevada que la prevista por ésta.

11.4.- Dicho lo anterior, debe recordarse que el control de transparencia de la cláusula de referencia 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.

11.5.- Se ha de señalar en el caso que no se plantea la validez del índice referencial en sí mismo considerado en su plano normativo sino, en particular, la condición general del contrato de préstamo con garantía hipotecaria otorgado en su día entre las partes litigantes y en el que el profesional predispone la aplicación de dicho índice, lo que faculta a un control jurisdiccional de transparencia, con base en la meritada Directiva 93/13 CEE, en los términos que se desprenden de la jurisprudencia del TJUE. "

1.3.- En tercer lugar, por mero orden cronológico, se debe tener en cuenta la sentencia del TJUE de 3 de marzo de 2020, dictada en el asunto c-125/2018 que, en su parte dispositiva, determinó que:

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE URL de validación:https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

"1) El artículo 1, apartado 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, debe interpretarse en el sentido de que sí está comprendida en el ámbito de aplicación de esa misma Directiva la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre un consumidor y un profesional que estipule que el tipo de interés aplicable al préstamo se base en uno de los índices de referencia oficiales establecidos por la normativa nacional y que las entidades de crédito pueden aplicar a los préstamos hipotecarios, cuando esa normativa no establezca ni la aplicación imperativa del índice en cuestión con independencia de la elección de las partes en el contrato ni su aplicación supletoria en el supuesto de que las partes no hayan pactado otra cosa.

2) La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 8, debe interpretarse en el sentido de que los tribunales de un Estado miembro están obligados a examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con independencia de la transposición del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro.

3) La Directiva 93/13, y en particular sus artículos 4, apartado 2, y 5, deben interpretarse en el sentido de que, para cumplir con la exigencia de transparencia de una cláusula contractual que fija un tipo de interés variable en un contrato de préstamo hipotecario, dicha cláusula no solo debe ser comprensible en un plano formal y gramatical, sino también permitir que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo del referido tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Constituyen elementos especialmente pertinentes para la valoración que el juez nacional debe efectuar a este respecto, por un lado, la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del mencionado tipo de interés resulten fácilmente asequibles a cualquier persona que tenga intención de contratar un préstamo hipotecario, dada la publicación del modo de cálculo de dicho tipo de interés, y, por otro lado, el suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés.

4) Los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que, en caso de declaración de nulidad de una cláusula contractual abusiva que fija un índice de referencia para el cálculo de los intereses variables de un préstamo, el juez nacional lo sustituya por un índice legal aplicable a falta de acuerdo en contrario de las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario no pudiera subsistir tras la supresión de la cláusula abusiva y que la anulación del contrato en su totalidad dejara al consumidor expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales".

1.4- Partiendo de la base en los apartados primero y segundo de la parte dispositiva de la dicha STJUE, que, la consecuencia que se extrae, como señalamos nuestra sentencia de 11 de noviembre de 2019 (RA núm. 298/2019) es la de que procede el análisis de dicha cláusula necesariamente caso por caso.

En este sentido, la reciente STJUE de 16 de julio de 2020, dictada en los asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, Caixabank y BBVA, nos recuerda: "(69) De ello se sigue que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 y el artículo 5 de ésta se oponen a una jurisprudencia según la cual una cláusula contractual se considera en sí misma transparente, sin que sea necesario llevar a cabo un examen como el descrito en el anterior apartado".

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

1.5- Cronológicamente, las SSTS núms. 585, 596, 597 y 598 de 2020, siguiendo la sentencia dictada por el TJUE han señalado que la cláusula sí se encuentra dentro del ámbito del artículo 1, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, y teniendo en cuenta que obligación que señala la STJUE de examinar el carácter claro y comprensible de una cláusula contractual que se refiere al objeto principal del contrato, con independencia de la transposición del artículo 4, apartado 2, de dicha Directiva al ordenamiento jurídico de ese Estado miembro, señalaron que las cláusulas examinadas en cada procedimiento no eran transparentes pero que, sin embargo, no resultaban abusivas atendido que no eran contrarias a la buena fe y no causaban desequilibrio prestacional-

2.1.- Partiendo del carácter de principios que ostenta el contenido normativo de la Directiva CEE 93/13, he de señalar que el deber por parte del predisponente de prestar la debida y completa información sobre el que se asienta el control de transparencia tiene un carácter amplio, tal y como ya se desprendía de la STJUE 21 marzo 2013, RWE Vertrieb, (50) [ó también en la STJUE 13 octubre 2014 (caso Schulz)], cuando indicaban claramente que el deber de transparencia de las condiciones generales no se cumple con la mera remisión de éstas a una norma que establece los derechos y deberes de las partes y que, por otra parte, ello era así aunque exista una norma imperativa, pues es esencial que se informe al consumidor de su contenido (STJUE 26 abril 2012, Invitel, C- C-472/10, (29).

Llegando incluso a señalar en la (STJUE 28 de julio 2016, Amazon, C-191/15, (71) que una cláusula predispuesta "es abusiva en la medida en que induzca a error a dicho consumidor dándole la impresión de que únicamente se aplica al contrato la ley del citado Estado miembro, sin informarle de que le ampara también, en virtud del artículo 6, apartado 2, del Reglamento Roma I, la protección que le garantizan las disposiciones imperativas del Derecho que sería aplicable, de no existir esa cláusula".

Este carácter insoslayable de aquel deber lo reitera, con total claridad expositiva, la reciente STJUE de 16 de julio de 2020, dictada en los asuntos acumulados C -224/19 y C -259/19, al señalar que "(67) Por el contrario, dado que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referente, en particular, al nivel de información, la mencionada exigencia debe entenderse de manera extensiva. , "

2.2.- Este carácter expansivo del deber de ofrecer la máxima información- un plus de información-, en orden al contenido del control de transparencia sobre una cláusula predispuesta que versa uno de los elementos esenciales del contrato, se había seguido, de forma reiterada, en diferentes sentencias de nuestro Tribunal Supremo, ya desde la de 9 de mayo de 2013.

Lo resume la STS de 4 de marzo de 2019 cuando señala, de forma muy clara, que: "Respecto de las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato [como en nuestro caso] se exige una información suficiente que pueda permitir al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pase inadvertida al consumidor porque se les da un inapropiado tratamiento secundario y no se facilita al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula en la caracterización y ejecución del contrato".

2.3.- La STS de 20 de enero de 2020 señala que todo lo anterior constituye un sólido cuerpo de doctrina jurisprudencial, "que se manifiesta entre otras en las SSTS 727/2018, 20 de diciembre;

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE URL de validación:https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

9/2019, de 11 de enero; 93/2019, de 14 de febrero; 128/2019, de 4 de marzo; 188/2019, de 27 de marzo; 209/2019, de 5 de abril y 188/2019, de 27 de marzo, las que, con cita de las SSTJUE, de 30 de abril de 2014 (caso Kásler), de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) y de 20 de septiembre de 2017 (caso Ruxandra Paula Andricius y otros)".

2.4.- Este mismo carácter del deber insoslayable impuesto al profesional predisponente de ser transparente sobre cláusulas predispuestas que versan sobre elementos esenciales del contrato también se advertía de la propia jurisprudencia dado que de las SSTS de 9 de mayo de 2013, STS 8 de septiembre de 2014 o 24 diciembre 2015 se desprende que el mero hecho de cumplir con esos preceptos reglamentarios no implicaba necesariamente tener por cumplidas las exigencias de la transparencia material derivadas de la Directiva 93/13.

2.5.- Y, en esta línea, se reitera por la STJUE de 16 de julio de 2020 cuando señala que: "(68) El carácter claro y comprensible de la cláusula objeto del litigio principal debe ser examinado por el órgano jurisdiccional remitente a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes, entre los que se cuenta la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, y teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz ".

2.6.- Pues bien, de dicha consolidada jurisprudencia tanto del TJUE como del Tribunal Supremo dictada en el marco del control de transparencia material en la que cobra una relevancia determinante la adecuada y completa información precontractual, dada la relación de asimetría que se produce en los contratos predispuestos por el profesional.

Ello se puso de relieve en la meritada 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".

3.- En el punto 11.9 de nuestra sentencia de 11 de noviembre de 2019 (núm. 1133/2019), expusimos " de la STJUE de 20 de septiembre de 2017, caso Andricuic (50), se infiere que esa exigencia de información que debe facilitar el profesional ha de abarcar los posibles escenarios que comporte la aplicación del meritado índice de referencia" y, por ello, señalamos en el punto 11.11 de nuestra sentencia de 11 de noviembre de 2019 que, en orden al control de transparencia, que " ( ) esos escenarios necesariamente hubieran tenido de tener en cuenta la evolución de este índice de referencia en el pasado ".

Parámetro éste, sobre la necesidad de informar sobre la evolución pretérita del índice, que la parte dispositiva (apartado 3º, in fine) de la STJUE de 3 de marzo de 2020 que también se toma en consideración, de manera especial, al señalar en la propia parte dispositiva, la relevancia del "suministro de información sobre la evolución en el pasado del índice en que se basa el cálculo de ese mismo tipo de interés".

descargado en www.asufin.com

4.1.- En cuanto a la limitación cuantitativa de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 hemos de señalar en primer lugar se ha de señalar que la misma establecía un límite cuantitativo meramente coyuntural ya que éste fue suprimido por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, cuyo artículo 1 modificó, a su vez, la redacción de la letra a) del apartado 2 del artículo 48 de la Ley 26/1988, de 29 de julio,

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

sobre Disciplina e Intervención de las entidades de crédito, que añadió a su texto, en lo que aquí interesa, la siguiente frase final:"[...] La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos".

4.2.- En segundo lugar y más relevante, esa normativa administrativa de la OM de 5 de mayo de 1994 no relevaba al prestamista de su obligación de ser transparente pues el propio art. 2.2 de la referida OM señalaba de forma clara y diáfana que "Lo establecido en la presente Orden se entenderá con independencia de lo dispuesto en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, así como en las demás Leyes que resulten de aplicación", es decir, la normativa legal tuitiva de los derechos del consumidor [en nuestro el carácter de consumidores de los prestatarios no ha resultado controvertido] vigente en el momento de otorgarse la escritura de préstamo, permanecía incólume.

4.3.- La STS de 20 de enero de 2020, ya señaló (FJ 8º, in fine,) que las consecuencias del incumplimiento por parte de la prestamista venían fijados en su artículo 2 y se limitaban al régimen sancionador previsto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, el cual preveía tan sólo sanciones administrativas que, añade la meritada STS de 20 de enero de 2020, que " que la naturaleza jurídica de dicha Orden y las consecuencias de su incumplimiento vienen fijados en su artículo 2 que, sin perjuicio de lo establecido en la legislación general de defensa de los consumidores y usuarios - en los casos en que resulte aplicable -, reconduce los efectos de dicho incumplimiento al régimen sancionador previsto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, que prevé tan sólo sanciones administrativas que no alcanzan a afectar, por sí solas, la validez y eficacia de los contratos ".

4.4.- Dicho lo anterior, en realidad, la normativa interna de aplicación inexorable al caso la constituía el art. 2.1º de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, -de aplicación al caso por razones de índole temporal pues fue derogada por el apartado 2 de la disposición derogatoria única del R.D. Legislativo 1/2007- la que señalaba, como uno de los derechos básicos de los consumidores y usuarios, " b) La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular, frente a la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos" (cuya redacción se introdujo por Ley 7/1998, 13 abril, sobre condiciones generales de la contratación ("B.O.E." 14 abril) y "d) La información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación, para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute".

4.5.- Por último tampoco podemos olvidar al respecto que ese deber general de transparencia material, impuesto al profesional predisponente, ya derivaba, en nuestro caso, directamente, de las disposiciones de la Directiva 1993/13 CEE, en los términos expuestos en la STJUE de 27 de junio de 2000 dictada sobre la Directiva CEE 93/13 cuando señaló en su parte dispositiva, que " Al aplicar las disposiciones de derecho nacional anteriores o posteriores a la mencionada Directiva el órgano jurisdiccional debe interpretarlas, en toda la medida de lo posible, a la luz del tenor literal y de la finalidad de dicha Directiva", finalidad, que a veces se olvida, tiene un marcado carácter tuitivo con el consumidor.

5.1.- La falta de transparencia no supone automáticamente que una cláusula contractual sea considerada abusiva en virtud del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE. Ello no obstante, en la medida en que las cláusulas contractuales no sean claras ni comprensibles, es decir, cuando los profesionales no cumplan con el deber de transparencia que la Directiva 93/13 les impone, tal circunstancia puede contribuir, notablemente, a concluir que una cláusula contractual es abusiva en virtud del artículo 3, apartado 1, o incluso puede indicar su carácter abusivo, como ha sostenido la reiteradísima jurisprudencia del TS sobre la cláusula suelo y los denominados préstamos multidivisa,

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

sin que haya quedado justificado, como veremos, que en la cláusula IRPH proceda alterar esa jurisprudencia.

5.2.- Son reiteradas las sentencias del STJUE que se refieren, no solo a la falta de transparencia como un elemento importante en la evaluación del carácter abusivo, al menos de ciertos tipos particulares de cláusulas contractuales, sino que relevantemente hacen referencia a la falta de transparencia y el carácter abusivo de las cláusulas contractuales de forma conjunta. Así se desprende de las SSTJUE dictadas en el asunto C-191/15, Verein für Konsumenteninformation/Amazon, apartado 65: "Incumbe al juez nacional determinar si, dadas las circunstancias propias del caso concreto, una cláusula cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia"; también los asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17, Abanca Corporación Bancaria y Bankia, apartado 50, y el asunto C-26/13, Kásler y Káslerné Rábai, apartado 40. Asunto C-92/11, RWE Vertrieb, apartado 47: "Una cláusula tipo que permita tal adaptación unilateral debe satisfacer, no obstante, las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia que imponen las citadas Directivas".

5.3.- El TJUE ha destacado la importancia de la transparencia para que las cláusulas contractuales que determinan las obligaciones fundamentales del consumidor en los acuerdos de crédito, como es nuestro caso, no se reputen abusivas. Jurisprudencia que se elabora en las SSTJUE dictadas en el asunto C- 26/13, Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-348/14, Bucura, asunto C-186/16, Andriciuc y asunto C-119/17, Lupean, apartados 22 a 31.

5. 4.- Asimismo, la omisión de información por parte del predisponente ha resultado del todo relevante a la hora de evidenciar la abusividad. Es el caso de la STJUE dictada en asunto C-191/15, Verein für Konsumenteninformation/Amazon, apartado 68, se indica que "En particular, el carácter abusivo de esa cláusula puede resultar de una formulación que no cumple la exigencia de una redacción clara y comprensible enunciada en el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE".

5.5.- Por lo tanto, se puede concluir que, dependiendo del contenido de la cláusula del contrato en cuestión y a la luz del efecto de la falta de transparencia, el posible carácter abusivo de una cláusula contractual puede estar estrechamente relacionada con la falta de transparencia, o incluso indicar ésta su carácter abusivo.

Y éste, entiendo, que este es el supuesto de la cláusula que nos ocupa, en que los consumidores no pueden entender las consecuencias de la cláusula pues se ha acreditado que no se les proporcionó toda la información relevante para necesaria para comprender sus implicaciones, lo que incide necesariamente en la buena fe pues por parte del profesional, con esa relevante omisión, no se trató de manera justa y equitativa al consumidor y tomando en cuenta sus legítimos intereses.

6.1.1.-Anudado a lo anterior, en la cláusula general del art. 3 de la Directiva CEE 93/13, el principio de buena fe se presenta como un antecedente axiomático. Al hilo de lo anterior, resulta importante destacar que, en nuestro caso, la buena fe no debe proyectarse al hecho de que se trate de un índice de carácter oficial y publicado en el BOE sino que la misma debe necesariamente proyectarse al contenido de la propia relación contractual, al propio contenido de la cláusula, tal y como se desprende claramente del articulado de la propia Directiva y de la propia jurisprudencia del TJUE.

6.1.2.- Debemos señalar, como ya indicamos en la nuestra sentencia de 11 de noviembre de 2019, que la accesibilidad al IRPH para el consumidor medio, por sí mismo, no debe impedir el control de transparencia material que persigue la comprensibilidad de la carga jurídica y económica. Ello es así por cuanto tener accesibilidad [por el mero hecho de su publicación oficial] al IRPH y a los otros índices de referencia oficiales no significa, siempre y necesariamente, comprender [conocer en toda

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE URL de validación:https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

su extensión la carga económica y jurídica de la cláusula] cómo se conforman éstos ni cómo, en realidad, operan éstos.

6.2.- En las SSTJUE de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, y de 16 de julio de 2020 asuntos acumulados C-224/19 y C-259/19, (50 y 74, respectivamente), en cuanto al cumplimiento de las exigencias de la buena fe, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, se indicó que, en atención al decimosexto considerando de esta, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía esperar razonablemente que este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.

6.3.- Aplicando la anterior y reiterada doctrina del TJUE, en las presentes actuaciones no puede sostenerse que, axiomáticamente, se cumplieran con las exigencias de la buena fe [que debe presidir cualquier relación y, en especial, las mantenidas entre profesional y un consumidor en clausulas predispuestas] cuando por parte de la predisponente no se entregó toda la información relevante precisa, es decir, cuando no ha cumplió con el deber de transparencia, no tratándose de ese modo a los consumidores de manera leal y equitativa.

Redunda asimismo ese trato desleal y no equitativo contrario al axioma de la buena fe el hecho de que se omitiera la circunstancia de que el denominado IRPH, en el momento del contrato, era una TAE, lo que implicaba que en él se incluían comisiones y gastos (lo que en modo alguno acontece en índice real como es el Euribor).

6.4- En este sentido, y en el caso, la ausencia de buena fe por parte del predisponente asentada sobre una ausencia de información relevante al consumidor pone sin duda en evidencia una situación de desequilibrio prestacional en perjuicio injustificado al mismo.

En cuanto al examen de la existencia de un posible desequilibrio importante, el Tribunal de Justicia ha declarado que este puede resultar meramente de un menoscabo suficientemente grave de la situación jurídica en la que el consumidor se encuentre, como parte en el contrato considerado, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere dicho contrato, ya de un obstáculo al ejercicio de estos o de imposición al consumidor de una obligación adicional no prevista por las normas nacionales (sentencia de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 51).

6.5- Pues bien partiendo de lo anterior en el presente caso aún sin atender a la reciente reforma del artículo 83 del TRLGDCU operado por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, en donde se incorpora la nulidad de pleno derecho, como "consecuencia directa" de la cláusula no transparente pues no resulta de aplicación por razones de índole de derecho temporal, aunque sin duda nos informa de la voluntad del legislador, debemos entender que, en un supuesto como el presente en el que se analiza una cláusula sobre el del tipo de interés referencial el perjuicio para el consumidor resulta del hecho de que la cláusula haya supuesto una alteración de la relación de equilibrio entre precio y contraprestación, tal y como había sido concebida por el consumidor a partir de la información precontractual que se le había proporcionado. De ahí que, si no se ha proporcionado ninguna información sobre la anterior evolución en el pasado próximo del índice referencial, como sucede en nuestro caso, ello resulta una clara infracción al principio de buena fe (art. 3 de la Directiva 93/13) por parte del prestamista que determina que ninguna concepción pudo representarse el consumidor que suscribió dicha cláusula, y el resultado de ello revela una alteración sustantiva en la relación de equilibrio subjetivo de las prestaciones que necesariamente debe existir.

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

7.- De acuerdo con la STJUE 3 de marzo de 2020 cabe, en su caso, declarar que la cláusula de referencia al IRPH no supera el control de transparencia material por no haberse entregado información precontractual relativa al último valor disponible y a su evolución en los años previos a la suscripción del préstamo hipotecario, cuando concurran las circunstancias que he desarrollado, con infracción del deber de transparencia que vincula al predisponente desde la promulgación de la referida LGDCyU o, en todo caso, desde la entrada en vigor de la Directiva CEE 93/13.

De ahí que debamos de concluir que los consumidores demandados, a pesar de ser un índice de referencia oficial, no tuvieron un conocimiento cabal de toda la carga económica y jurídica que suponía esa cláusula referencial, lo que lleva a señalar, atendido todo lo anterior, que se repute nula, por abusiva."

En el presente caso, analizada la prueba documental practicada consideramos que deben ser estimada la pretensión revocatoria instada por la parte apelante-ejecutada en cuanto que las consideraciones valorativas contenidas en la sentencia de instancia no pueden sustentar la existencia de un equilibrio entre las partes contratantes dado que la simple entrega de la oferta vinculante no es suficiente para acreditar que al prestatario se le informo de manera adecuada del índice cuya nulidad se postula dado que es necesario un plus de información respecto de dicho intereses que no es tan claro como el Euribor, e incluso a tenor de la clausula que lo regula, el consumidor ignora por no serle aportado el camino que seguirían dichos tipos para determinar que opta por el mismo y que es mas beneficioso que el Euribor.

Por ello procede declarar la nulidad de la cláusula referida al interés variable, y la consecuencia a tenor de la concreta petición que consta en el escrito de apelación es de determinar el tipo de referencia a aplicar y que debe ser el alegado, con carácter subsidiario, por la parte apelante . el Euribor ;procediendo la parte ejecutante-prestataria a presentar nueva liquidación , calculados los intereses con referencia al Euribor desde la fecha en que se suscribió el contrato

NOVENO.- El último motivo del recurso postula la nulidad de cláusula relativa a la comisión de apertura.

Frente a las alegaciones impugnatorias formuladas por la parte apelante, así como a tenor de la decisión de la juzgadora de instancia de desestimar dicha petición de nulidad por "no constituir fundamento de la ejecución, ni han determinado la cantidad exigible", el Tribunal debe desestimar este último motivo pues, a tenor del Artículo 695-4 LEC, regulador de la Oposición a la ejecución que establece:

"4.ª El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible."

Y a tenor de la reclamación hipotecaria queda claro que la parte prestataria-.ejecutante nada reclamo respecto a las comisiones de apertura.

descargado en www.asufin.com

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE URL de validación:https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

DÉCIMO.- En materia de costas procesales, y en virtud del art. 394 en relación con el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se hace condena en costas procesales en esta alzada ni en primera instancia.

DECIMOPRIMERO .- 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.

Vistos los preceptos legales aludidos y demás de general y concordante aplicación al caso de autos,

En atención a lo expuesto, 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

1º) Estimar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por DON [redacted].

2º) Revocar parcialmente el Auto de fecha 16 de junio de 2020 y, en consecuencia, SE ESTIMA PARCIALMENTE LA OPOSICIÓN FORMULADA POR DON [redacted] POR LA QUE:

A) DECLARAMOS LA NULIDAD DE LA CLAUSULA TERCERA BIS II a) DE IDENTIFICACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS DE REFERENCIA "Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años de las Cajas de Ahorro"PACTADO EN LA ESCRITURA PUBLICA DE PRÉSTAMO HIPOTECARIO SUSCRITA EL 13 de noviembre de 2013.

descargado en www.asufin.com

B) ACORDAMOS QUE LA EJECUCIÓN SIGA ADELANTE POR EL PRINCIPAL RECLAMADO Y LOS INTERESES CALCULADOS CONFORME AL EURIBOR,

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE

SOBRE LOS QUE DEBERÁ DETRAERSE LA SUMA YA PAGADA POR EL EJECUTADO EN TAL CONCEPTO, DEBIENDO PRESENTARSE LIQUIDACIÓN POR LA PARTE EJECUTANTE EN TAL SENTIDO.

3º) En esta alzada y en primera instancia no se hace expresa condena en costas procesales.

4º) Con devolución del depósito.

Esta resolución es firme.

Así, por ésta nuestra resolución, lo acordamos, mandamos y firmamos.

descargado en www.asufin.com

CSV:21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE **URL de validación:**https://www.tramita.gva.es/csv-front/index.faces?cadena=21D2QTF5:JUABAQZF:YS5DN1JE