

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN

NÚMERO 7 DE GAVÀ

PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO 135/2016

SENTENCIA N° 16/2017

En Gavà a 1 de febrero de 2017

Vistos por mí, Doña Alicia Pérez Muñoz, Jueza del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7 de Gavà y su partido judicial, los presentes autos de juicio ordinario de nulidad contractual registrados con el número 135/2016 promovidos don representado por el Procurador de los Tribunales Doña y asistido por el letrado doña Aránzazu Jurado Alcoriza contra BANCO SANTANDER S.A representada por el Procurador de los Tribunales y asistido por el letrado don pronuncio la siguiente resolución en base a lo siguiente;

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por el Procurador de Tribunales, Doña en nombre y representación que acreditó, se formuló demanda de procedimiento ordinario contra BANCO SANTANDER . Demanda en la que, después de invocar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, terminó interesando que se dictara sentencia conforme al suplico de la misma.

SEGUNDO: Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la entidad demandada para que compareciera y contestara, verificándolo en su nombre, y en plazo hábil, el Procurador de Tribunales don . A través del escrito de contestación a la demanda, se oponía a las pretensiones de la parte actora, solicitando la desestimación íntegra de la demanda con imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO: Los litigantes fueron convocados a la preceptiva Audiencia Previa, que se

celebró el 25 de julio de 2016. Durante su celebración ambas partes formularon alegaciones en apoyo de sus respectivas pretensiones y solicitaron el recibimiento del pleito a prueba, a lo que seguidamente se accedió, proponiendo cada una de las representaciones las diligencias que estimó oportunas.

CUARTO: Durante la sesión del acto del juicio, celebrado el 9 de enero de 2017, se practicaron las pruebas propuestas y admitidas, como quedó recogido en el soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen, con lo que, una vez evacuado por las partes el trámite de resumen de prueba, quedaron los autos conclusos para resolver.

QUINTO: En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: En el presente procedimiento se está ejercitando de forma principal una acción de nulidad de determinadas cláusulas contenidas en la escritura pública de hipoteca formalizada entre las partes por vulneración de normas imperativas, falta de transparencia y por abusividad.

La parte actora fundamenta el ejercicio de su acción alegando que los actores, sin preparación financiera y con perfil conservador deben ser como consumidores ya que formalizaron un préstamo con garantía hipotecaria para la adquisición de una vivienda que constituye su domicilio habitual. Sostiene que la entidad BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO ofreció a los actores una hipoteca denominada HIPOTECA TRANQUILIDAD mediante una publicidad engañosa, no cumpliendo la citada escritura los requisitos de transparencia de incorporación y de comprensibilidad. Ello ocasionó que los actores se adhirieran al contrato sin conocer adecuadamente cual era la carga económica que para ellos suponía la celebración del mismo. Añade que en el momento de la celebración del contrato la entidad bancaria incumplió en todos sus extremos la orden Ministerial de fecha 5 de mayo de 1994 y entregó a los actores una oferta vinculante incompleta, sin cuadro de amortización, y sin que los actores tuvieran el tiempo de 3 días que marca la orden ministerial para examinar la oferta vinculante antes de la formalización de la escritura de pública de hipoteca.

En cuanto a las características de la hipoteca sostiene que, a pesar de que se indica en la escritura que el sistema de amortización es el francés, lo que realmente se fija en la

misma es un sistema de amortización a cuota creciente a partir del abril de 2008. Añade que no se indica con claridad que el incremento de las cuotas se producirá durante toda la vida del préstamo. Expone que la entidad bancaria ofrecía una hipoteca que pese a denominarla tranquilidad entrañaba una estructura financiera con un alto nivel de complejidad utilizando una publicidad engañosa. Así sostiene que al fijarse un interés fijo durante diez años el cliente perdía la oportunidad de beneficiarse de las bajadas del tipo de interés. Por otro lado al establecer una cuota creciente en un 2,5% y estar en contextos de baja inflación al cliente le puede costar abonar la cuota hipotecaria.

Por ello considera que la entidad bancaria no cumplió con los requisitos de transparencia ya que no informó de la previsible evolución de los tipos de interés y de las previsiones que manejaba sobre la inflación. Ello generó que el cliente no pudiera conocer en el momento de formalizar el contrato cual era el coste financiero que iba a tener para él la operación.

Con carácter general sostiene igualmente en la demanda que en este supuesto nos encontramos ante un contrato de adhesión y que es posible declarar la nulidad de las cláusulas que delimiten el objeto principal del contrato siempre que las mismas no cumplan los requisitos de transparencia fijados por el Tribunal Supremo.

A continuación analiza en la demanda la falta de transparencia y la abusividad de la cláusula segunda del préstamo hipotecario en lo que se refiere al sistema de amortización del préstamo, la cláusula 3 relativa a los intereses ordinarios en su apartado 3.1, cláusula financiera 3 bis relativa a los intereses variables, en concreto del índice utilizado (IRPH), y por último la cláusula sexta bis relativa al vencimiento anticipado.

La parte demandada se opone a la demanda presentada alegando con carácter general que lo pretendido por la parte actora es la modificación unilateral del contrato, en lo relativo al tipo de interés y a al sistema de amortización para que se sustituya por otro que se acomode a sus expectativas. Sostiene que no cabe acudir al artículo 6.3 del Código Civil, añadiendo que las cláusulas cuya nulidad se solicita determinan el objeto principal del contrato y todas ellas superan el control de transparencia por lo que no pueden ser objeto del control de contenido.

En cuanto al fondo del asunto indica que el contexto en el que se comercializó la hipoteca tranquilidad era de tendencia alcista de los tipos de interés hasta finales de 2008. Así sostiene que no era previsible que los tipos de interés bajaran y que el tipo fijo pactado estaba en línea con el tipo de interés de mercado que oscilaba entre el 4% y el 6%. En cuanto a la inflación indica que en los años 2007 y 2008 se produjo una tendencia alcista de la misma.

En cuanto al sistema de amortización alega que se trata de un sistema de cuotas crecientes que permite distribuir cuota hipotecaria pagando al principio una cuota más baja. Indica que se trata de un sistema de fácil comprensión y sus consecuencias

económicas se comprendían desde el inicio del contrato. Añade que los prestatarios podían elegir entre dos modalidades de amortización (cuota constante o cuota creciente) señalando que el aumento del 2,5% era proporcionado y acorde a la situación de mercado existente en el momento de la celebración del préstamo.

Por otro lado sostiene que la variación de los tipos de intereses únicamente va a afectar a al plazo de amortización pero no al importe de las cuotas, siendo el plazo máximo de vencimiento 40 años.

En cuanto a la celebración del contrato indica que se explicaron a los actores las características, condiciones financieras y en particulares la existencia de dos opciones de amortización del préstamo tranquilidad, así como las implicaciones económicas de cada una de ellas. Sostiene que se le entregó una oferta vinculante con todas las características del contrato y que ellos tomaron la decisión de que opción escoger.

En cuanto a las cláusulas cuya nulidad se solicita se opone a ello alegando que las mismas cumplen con los requisitos de transparencia y las mismas no causan ningún desequilibrio entre los derechos y obligaciones y de las partes.

SEGUNDO: Análisis sobre si las cláusulas cuya nulidad se insta deben ser consideradas como condiciones generales de la contratación.

Centrados de esta forma los términos de debate la cuestión controvertida que debe ser resulta con carácter principal en la presente resolución radica en determinar si procede declarar la nulidad de las cláusulas de sistema de amortización, intereses ordinarios, intereses variables y vencimiento anticipado. Asimismo se deberá de determinar, el supuesto de que se declarase la nulidad de las mismas qué consecuencias conlleva tal declaración.

De este modo con carácter previo a entrar a analizar cada una de las cláusulas cuya nulidad se solicita, la primera cuestión que debe de determinarse es si nos encontramos ante condiciones generales de la contratación según la redacción prevista en el artículo 1.1 en la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones Generales de la Contratación. (Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos).

La prueba sobre dicha negociación corresponde a la entidad financiera tal y como se desprende del contenido del artículo 82 del Texto Refundido 1/2007, de 16 de noviembre, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Además en dicho artículo también se indica que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto

del contrato.

El Tribunal Supremo en la sentencia de fecha 9 de mayo de 2013 indicaba *"que el empresario al configurar la oferta, puede imponer al consumidor una cláusula indeseada por éste que, pese a conocerla, debe de aceptar para contratar. Tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general de la contratación y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato, ya por el consentimiento un elemento esencial del contrato, tal y como establece el artículo 1261 del CC. Así distingue nuestro Alto Tribunal entre la imposición del contenido y la imposición del contrato"*.

En el supuesto de autos, la parte demandada ha aportado únicamente la oferta vinculante, firmada con los actores sobre las condiciones del préstamo hipotecario que iban a formalizar. Salvo dicho documento, el cual está fechado el día 28.3. 2007, solo dos días anteriores a la firma de la escritura y que no constituye prueba plena de la negociación, ningún otro documento o testifical ha sido traído al proceso que permita considerar que las cláusulas del contrato han sido negociadas entre las partes.

De este modo, a la vista de lo indicado cabe concluir que las cláusulas contractuales cuya declaración de nulidad se solicita deben ser consideradas como condiciones generales de la contratación predispuestas por la entidad de crédito de forma anticipada con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, no quedando más opción al cliente que aceptar o rechazar la oferta propuesta por la otra parte contratante.

Añadir además que no es cuestión discutida que los actores tengan la consideración de consumidores y usuarios.

TERCERO: Control de Abusividad

Otra de las cuestiones que se discuten en el presente procedimiento es si algunas de las cláusulas cuya nulidad se instan son susceptibles del control de abusividad al ser elementos esenciales del contrato.

En primer lugar cabe hacer unas consideraciones generales de que se entiende en nuestro ordenamiento jurídico como cláusulas abusivas. Para determinarlo nos encontramos con criterios tanto normativos como jurisprudenciales.

En primer lugar, en relación a los criterios normativos cabe mencionar la Directiva 93/13 que establece en su artículo 3º que las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causaran en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

En el Anexo de la Directiva mencionada, en la letra e del apartado 3º del artículo 3 se establece que se considerará abusiva una cláusula que imponga al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización desproporcionadamente

alta.

Por otro lado la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que ha sido incluida en el Texto Refundido 1/2007, de 16 de noviembre, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, vigente en el momento de la formalización del contrato, indicaba en su artículo 10 que las cláusulas contractuales debían ser redactadas de forma concreta, clara y con sencillez, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

También determinaba que debían de cumplir los requisitos de buena fe y justo equilibrio de prestaciones, lo que excluía entre otros, la existencia de cláusulas abusivas, entendiéndose por tales las que perjudiquen de manera desproporcionada o no equitativa al consumidor, o comporten en el contrato una posición de desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes en perjuicio de los consumidores o usuarios; las condiciones abusivas de crédito. Asimismo en el apartado 4 de dicho artículo se señalaba que serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual será ineficaz el contrato mismo.

En otro sentido también hay que hacer referencia a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que entre otras, en la Sentencia de 26 de abril de 2012, establece *que hay que partir de la base de que el sistema de protección establecido en la Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como a nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional, sin poder influir en el contenido de éstas.*

En relación al concepto de cláusula abusiva, el Tribunal de Justicia recuerda que el "desequilibrio importante" creado por estas cláusulas se ha de apreciar teniendo en cuenta las normas aplicables en Derecho nacional cuando no concurra un acuerdo de las partes en ese sentido. Asimismo, resulta pertinente a ese efecto examinar la situación jurídica en que se halla el consumidor a la vista de los medios de que dispone de acuerdo con la normativa nacional para que cese el uso de las cláusulas abusivas. Añadiendo que para determinar si el desequilibrio se produce "pese a las exigencias de la buena fe" (apartado 69 de la STJUE de 14.3.2013), es necesario comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual.

Pues bien a pesar de lo indicado con anterioridad, lo cual se aplicaría sin

restricción a la posible declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, que posteriormente se analizará, debe de tenerse presente que el artículo 4.2 de la Directiva antes mencionada indica que *"la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible"*.

Dicho precepto ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia tanto del TJUE como del Tribunal Supremo indicando que dichas cláusulas pese a definir un elemento esencial del contrato pueden ser declaradas abusivas si no superan el doble control de transparencia, tanto en lo relativo a la incorporación como al contenido.

Así el TJUE en la Sentencia de 3 de junio de 2010 asunto C-484/02 en su párrafo 32 indicaba que *"las cláusulas contempladas en dicho artículo 4, apartado 2, que están incluidas en el ámbito regulado por la Directiva, sólo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible"*.

La sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 asunto C26-13 indica en la conclusión segunda que *"El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo"*.

En lo que respecta a las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo cabe traer a colación la sentencia de 18 de junio de 2012 en la que se señala que *"aunque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, debe entenderse, por aplicación teleológica de la Directiva del 93, artículo 4.2, que los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia (artículos 5.5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 10.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios)"*.

Posteriormente el Alto Tribunal ha venido a desarrollar esta postura en

diferentes resoluciones, entre otras en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, 24 de marzo de 2015 y en la de 23 de diciembre de 2015. Esta última sentencia determina la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y prestación. Señala que esto se deriva de lo contemplado en el art.4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores.

En dicha sentencia dispone que hay que realizar un doble control de incorporación y de contenido del contrato. Así indica que *“Como recordamos en la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo, ya dijimos en la previa 241/2013 que este doble control consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, «conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo». Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, «la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.*

Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la

Contratación -en adelante, LCGC). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio".

De todo lo anteriormente manifestado se desprende que si bien tanto el sistema de amortización como el tipo de interés previsto en el préstamo constituyen un elemento esencial del contrato es posible su control de inclusión y contenido siempre y cuando nos encontremos ante una condición general de la contratación incorporada a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, como en el supuesto que nos ocupa.

CUARTO: Análisis de las cláusulas discutidas

Una vez sentado lo anterior se procederá a analizar cada una de las cláusulas cuya nulidad se insta. Ahora bien como cuestión previa debe de dejarse sentado que, tal y como a continuación se irá exponiendo, la conclusión a la que se llega en esta resolución, relativa a la falta de transparencia y abusividad de las cláusulas, viene dada por combinación del sistema de amortización y de interés fijados de forma conjunta en la misma escritura.

1. SISTEMA DE AMORTIZACIÓN

El sistema de amortización de un préstamo constituye un elemento esencial del contrato ya que va a determinar cómo se estructura la cuota de amortización hipotecaria a pagar por el prestatario, habitualmente con una periodicidad mensual. Existen varios sistemas de amortización o formas de devolución del préstamo hipotecario, con diferentes modalidades de aplicación.

La cuota de amortización se compone de dos elementos: - Una parte destinada a la reintegración o devolución del capital prestado (amortización). - Otra parte destinada al pago de intereses devengados. La proporción de la cuota que se destine a amortización de capital y al pago de intereses variará dependiendo del sistema de amortización escogido. En España para calcular la cuota de los préstamos hipotecarios mayoritariamente se utiliza el sistema de amortización del préstamo francés que se caracteriza por que la cuota mensual se mantiene constante, así cada mes se paga la misma cantidad cuando nos encontramos ante hipotecas a tipo fijo. En las hipotecas a tipo variable la cuota se mantiene constante en cada periodo de revisión, variando cada vez que se revisa el interés (normalmente cada 6 o 12 meses). La cuota permanecerá constante para cada periodo de tipo de interés, pero variará en la fecha en que corresponda la revisión del índice de referencia, volviendo a mantenerse constante en el nuevo valor hasta la siguiente revisión. Este sistema permite establecer la cuota lo más estable posible.

Junto con este sistema, existen otros menos utilizados en España como el sistema

de amortización creciente. Este sistema se caracteriza por que su cuota es creciente en razón de una cantidad fija que se incrementa en cada anualidad o período de liquidación. Esto hace que lógicamente la cuota no sólo varíe en función del tipo de interés devengado en cada momento, sino que además año a año su importe se incrementa en función de un porcentaje determinado. De este modo el cliente comienza pagando una cuota por debajo de la que pagaría con sistema de amortización constante, pero que se incrementa durante la vida del préstamo pudiendo llegar a pagar una cuota que duplique la inicial.

Se trata de un sistema de amortización complejo cuya única ventaja es que al comienzo del préstamo el cliente va a abonar una cuota menor. Sin embargo con la aplicación de este sistema el cliente llega a pagar más intereses ya que al pagarse al final cuotas mayores que al principio se tarda más en amortizar el préstamo y esto hace que se paguen más intereses ya que estos se calculan sobre el capital pendiente cada mes. El Banco de España aconseja que cuando se vaya a introducir este sistema de amortización en un préstamo hipotecario se explique adecuadamente al cliente cual va a ser el cuadro de amortización de su préstamo para que comprenda adecuadamente el mismo.

En el supuesto que nos ocupa es cuestión pacífica que en fecha 30 de marzo de 2007 los actores formalizaron con la entidad demandada un escritura de préstamo hipotecario que fue intervenida por la Notaria, Doña En dicha escritura consta que los actores percibieron la cantidad de 302.987,35 euros.

En cuanto al sistema de amortización en la cláusula 2.1 se señala que el presente préstamo tiene una duración que puede variar dependiendo de las variaciones del tipo de interés. Ello no obstante el plazo máximo de vencimiento se fija el 1 de abril de 2047.

En el punto 2.2 se indica que trascurrido el periodo de carencia de capital, el *préstamo se amortizará mediante un máximo de 480 cuotas mensuales, comprensivas de capital e intereses (...), siendo calculadas conforme al sistema francés de amortización. La primera se pagará el día 1 de mayo de 2007 y la última no más tarde del indicado día del vencimiento.*

Con posterioridad se señala que hasta el 1 de abril de 2008, el préstamo se amortizará por medio de 12 cuotas de 1.272,55 euros cada una. A partir de esa fecha, el importe de las cuotas posteriores para cada periodo anual, se incrementará a razón de un 2,50% cada año, sobre el importe de las cuotas del periodo inmediatamente anterior.

El número total de cuotas que hayan de precisarse para la amortización completa del préstamo variará por causa de las revisiones del tipo de interés aquí convenidas. En consecuencia, la parte de dichas cuotas correspondiente a amortización de capital vendrá dada por la diferencia que exista entre el importe total de la cuota y los intereses que hubiera devengado el capital pendiente de pago durante el periodo mensual a que la cuota corresponda.

Excepcionalmente, si se diera el caso de que los intereses devengados excedan del importe aquí fijado para cuota de amortización, calculado según se establece en esta escritura, dicha cuota no amortizará capital sino que comprenderá únicamente intereses devengados, hasta donde alcance y el exceso si lo hubiera, se capitalizará en la forma prevista en el artículo 317 del Código de Comercio, incorporándose al capital pendiente de amortizar.

Llegada la fecha máxima fijada para el vencimiento del préstamo, la parte acreditada deberá de pagar en esa última cuota, además del importe de dicha cuota, el correspondiente al capital del préstamo no amortizado (...).

Analizada las cláusulas trascritas manifestar en primer lugar que la redacción de la cláusula puede inducir a error al cliente ya que por un lado indica que el sistema de amortización elegido es el francés para después señalar que las cuotas aumentarían cada año un 2,5% sobre la cuota anterior, característica propia de un sistema de amortización creciente. De este modo desde el punto de vista estrictamente gramatical o literal la redacción de la cláusula ya puede ser confusa para el deudor al contemplar dos sistemas de amortización diferentes.

Por otro lado y aún en el caso de que se pensase que dicho extremo ha sido un error y que las cláusulas de forma aislada están redactadas de forma clara y comprensible, superando el primer control de transparencia, cabe poner de relieve que la superación de dicho control no es óbice para determinar que las cláusulas son abusivas.

De este modo debe de determinarse si la cláusula supera el segundo control de transparencia, es decir el control de contenido. Por ello debe analizarse si de la redacción del contrato y la información suministrada, los actores podrían ser conscientes de la carga económica que la formalización de este tipo de préstamo hipotecario suponía para ellos.

Pues bien, en este supuesto, tras el análisis de la prueba practicada en el acto de la vista, cabe concluir que no se cumplen los requisitos de transparencia antes mencionados. Se ha aportado por cada una de las partes un informe pericial, los cuales fueron ratificados en el acto de la vista, en los que se analizan las cláusulas del contrato, llegando los peritos a conclusiones diferentes. A pesar de estas conclusiones diferentes, el aspecto que cabría resaltar de ambos informes es que los mismos explican las cláusulas controvertidas de forma extensa, detallada y comprensible. Esta explicación que ambos peritos dan de las mismas no consta que fueran dadas por los empleados de la entidad a los actores. Así lo único que se ha aportado, a parte de la escritura, es la oferta vinculante, la cual además no fue entregada a los actores con la antelación suficiente que marca la Orden de 5 de mayo de 1994, ya que la misma está fechada dos días antes de la formalización de la escritura.

De este modo no consta que se le explicase a los actores que durante los diez

primeros años, en los que se fija un tipo de interés fijo, el importe de la cuota que iban a abonar se iba a destinar principalmente al pago de intereses. En los extractos de la cuenta aportados por la entidad demandada tras la Audiencia Previa, se puede comprobar que el porcentaje del importe destinado a amortizar capital es muy inferior al destinado a pagar intereses. De este modo los actores a pesar de haber estado abonando las cuotas del préstamo durante casi diez años han amortizado muy poco capital. Sorprende que a pesar de que al aplicar un intereses fijo y estar determinadas las cuotas no se acompañe a la escritura un cuadro de amortización en el que los actores pudieran comprobar cómo les iba a ir aumentando la cuota y que parte de la misma se iba a destinar al capital y cual a intereses. De este modo los actores podían conocer el importe de la cuota en el momento de la formalización del préstamo, pero no cómo estaría compuesta la misma (capital e intereses).

Además debe de tenerse en cuenta que la cuota aumenta progresivamente sobre la cuota anterior, pudiendo llegar la misma a ser inasumible por los actores, al no subir los salarios en la misma proporción.

Todo ello tiene una especial relevancia ya que en el supuesto de que los actores no pudieran hacer frente al pago de las cuotas y la entidad diera por vencido el préstamo anticipadamente y reclamase la totalidad de la deuda, los actores a pesar de haber estado abonando las cuotas durante casi siete años, tendrían todavía casi todo capital pendiente de amortizar.

Por otro lado, en cuanto a la segunda fase del préstamo, en el que se aplica un interés variable, tampoco se acompaña un cuadro de amortización ni se explican los distintos escenarios posibles. De este modo al encontrarnos ante un sistema de amortización con cuota creciente en la que además se ha pactado la aplicación de tipo de interés variable puede provocar, tal y como indica el Banco de España en la memoria del servicio de reclamaciones del año 2012, que cuando los tipos crezcan por encima de un determinado nivel, la cuota periódica pactada en cada momento no sea capaz de absorber el importe de los intereses devengados en el periodo debiendo de capitalizarse la diferencia. Ello podría suponer que al final del préstamo los actores tuvieran que tener que pagar una cuota muy alta. Ello supone una interminación del capital del préstamo. Aunque el perito de la demandada lo contemple como una situación muy excepcional, dicho extremo debió de ser explicado adecuadamente a los actores, ya que tal y como se ha podido comprobar con otros productos financieros, situaciones que parecían muy excepcionales como quiebras de las entidades bancarias, se han materializado en la realidad.

De este modo la entidad bancaria debió de explicar a los actores los escenarios posibles que se podían producir, en cuanto a la evolución de los tipos de interés y la inflación, para que los clientes se pudieran hacerse una idea formada de la "carga

económica que el préstamo podría suponer para ellos y como podía incidir en su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato”.

No se pretende exigir en esta resolución a la entidad demandada que hubiera previsto una crisis económica, como la que ha sobrevenido, y que los tipos de interés y la inflación se vieran reducidos, sino que lo que se le exige es que como entidad financiera que es, debe de conocer que las crisis son cíclicas y que pueden producirse en cualquier momento, por lo que a la hora de comercializar este producto debían de hacer explicado convenientemente a los actores los escenarios posibles y la influencia de los mismos en sus obligaciones de pago.

Por otro lado, cabe mencionar igualmente que en relación a este sistema de amortización, el Banco de España en la memoria antes mencionada, indica que las entidades no cumplieron con los principios de información y transparencia a que están obligadas para con sus clientes, al no acreditar que explicaran detalladamente a los mismos (con carácter previo a la contratación del producto) las peculiaridades del préstamo y no redactar los contratos con la claridad y transparencia que les son exigibles, de manera que su cliente pueda saber, ante los distintos escenarios de evolución que se pudieran producir las consecuencias directas en el préstamo contratado. El Banco de España señala además que los contratos no podían ser ejecutados en los estrictos términos en los que fueron firmados, difiriendo sustancialmente de las expectativas de los clientes y generando efectos no previstos en el contrato.

Tampoco se ha aportado ningún documento en el que la entidad informara a los deudores del coste del préstamo en comparación con otras modalidades de amortización que la propia entidad le pudiera ofrecer.

Debe de tenerse presente que la falta de claridad de la cláusula no puede beneficiar a la entidad financiera ya que no podemos olvidar que estamos en presencia de un contrato tipo que ha sido redactado unilateralmente por ella y que se ha adaptado a las circunstancias concretas del caso.

Por todo ello cabe concluir que aunque aparentemente las cláusulas estén redactadas gramaticalmente de forma simple, no se explica adecuadamente la carga económica que este sistema de amortización puede conllevar a los deudores, ni que consecuencias va a suponer la misma. Por ello se considera que la cláusula no supera el control de transparencia.

Una vez determinado que la cláusula no supera el control de transparencia se debe de entrar a analizar su posible abusividad. Así teniendo en cuenta toda la normativa y jurisprudencia antes expuesta cabe concluir que la cláusula es abusiva ya que existe un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor que hace pensar que si el consumidor la hubiera negociado individualmente y con una correcta información no la habría aceptado. Y ello debido fundamentalmente, a que al aplicar este sistema de amortización podría darse el supuesto de que los actores tuvieran que abonar más capital del inicialmente previsto, siendo además indeterminado el plazo de vencimiento del contrato. A ello hay que añadir que al fijarse una cuota que aumenta progresivamente de la cuota anterior, los actores tendrían que pagar una cuota muy elevada, que podría ser inasumible para ellos.

2. INTERESES ORDINARIOS

En la cláusula 3.1 de la escritura se indica que *el capital dispuesto y no amortizado del préstamo, desde el día de hoy, devengará diariamente un interés nominal anual del 5%, invariable hasta el 1 de abril de 2017. A partir de dicha fecha el tipo aplicable podría variar conforme más adelante se establece. (...).*

La cláusula trascrita cumple con los requisitos de transparencia desde el punto de vista gramatical ya que los actores saben que durante 10 años van a pagar un interés fijo del 5%. Sin embargo esta cláusula debe de ponerse en relación con el sistema de amortización elegido. Así al establecer este tipo de interés fijo, sin que los actores, se puedan beneficiar de las bajas de los tipos, hace que durante estos diez años los actores hayan estado pagando más intereses que si se hubiera establecido otro sistema de amortización. Así tal y como antes se ha expuesto durante este tiempo el importe de las cuotas que abonaban se destinaba a pagar básicamente intereses abonando muy poco capital.

En consecuencia y remitiéndome a lo ya manifestado en el punto anterior, al no constar que dicho extremo fuera convencimiento explicado a los actores, cabe concluir que la cláusula no supera el control de contenido y la misma debe ser considerada abusiva ya que causa un desequilibrio entre las partes en perjuicio de los actores.

3. INTERESES VARIABLES

En la cláusula 3 bis 2 se señala que en cada periodo de interés hasta que finalice el

contrato se aplicará *un tipo de interés nominal que será la suma resultante de añadir 0,15 puntos al tipo de referencia o 0.90 puntos al tipo de referencia sustitutivo.*

En la cláusula 2 bis 3 se indica que el tipo de referencia será el TIPO MEDIO DE LOS PRESTAMOS HIPOTECARIOS A MAS DE TRES AÑOS , DEL CONJUNTO DE ENTIDADES, (...).

El índice de referencia sustitutivo será el TIPO MEDIO DE LOS PRÉSTAMOS A MAS DE TRES AÑOS DE BANCOS (...).

En primer lugar cabe hacer una referencia a lo que se conoce como Tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años del conjunto de entidades. Dicho índice es uno de los índices oficiales que se mantienen y que se encuentra previsto en el apartado tercero de la Norma sexta bis de la Circular 8/1990 del Banco de España, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela. Fue introducido en la citada norma mediante la Circular 5/1994 de 22 de julio del Banco de España de modificación de la Circular 8/1990 en cumplimiento de lo dispuesto en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios que había delegado en el Banco de España la definición, difusión y en el caso del IRPH la elaboración de los tipos de referencia oficiales aplicables a los préstamos hipotecarios concertados a tipo variable.

Conforme al Anexo VIII de la Circular 8/1990, el IRPH entidades se define como la media simple de los tipos de interés medios ponderados por los principales de las operaciones de préstamo con garantía hipotecaria de plazo igual o superior a tres años para adquisición de vivienda libre, que hayan sido iniciadas o renovadas en el mes a que se refiere el índice por los bancos, las cajas de ahorros y las sociedades de crédito hipotecario.

Dichos tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España para esos plazos por el colectivo de bancos y cajas de ahorro, de acuerdo con la norma segunda.

Por tanto, el IRPH se establece sobre la base de los datos que facilitan las entidades al Banco de España. Este organismo elabora el índice sobre la base de la fórmula que igualmente define la Circular 8/90 (hoy Circular 5/12). Se trata en todo caso de unos tipos de interés obtenidos de los datos resultantes de la participación y comportamiento de las propias entidades en el mercado hipotecario, de forma que en función de los tipos de interés aplicados en cada momento por las entidades se va a configurar el índice de referencia para los préstamos a IRPH. Debe de tenerse presente, que tal y como indica

la propia norma antes mencionada, los tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España, es decir el TAE. El T.A.E no incluye únicamente el interés, si no también los gastos y comisiones bancarias.

La mayor parte de las Audiencias Provinciales, tales como la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de fecha 4 de mayo de 2015, de Pontevedra, Sección 1ª, 22 enero 2.016 , Zaragoza, Sección 5ª, 10 febrero 2.016 ; Álava, Sección 1ª, 10 marzo 2.016 o Barcelona, Sección 15ª, 28 abril 2.016 , entre otras muchas indican que se trata de un índice sobre el que las distintas entidades bancarias no tienen posibilidad de control o manipulación.

En concreto cabe mencionar la sentencia de la AP de Alava de fecha 10.03.2016 que concluye que: *"La Sala entiende que el índice IRPH Cajas es un índice oficial, sometido a los correspondientes organismos de regulación. Las entidades bancarias remiten los datos necesarios para su cálculo a partir de estos datos se halla la media por el Banco de España sin que las entidades puedan influir en su determinación (¿) Los tipos de referencia oficiales cumplen con los requisitos de validez establecidos en la normativa financiera, utilizables en las operaciones financieras. El IRPH fue diseñado por las autoridades financieras del país, Banco de España y Dirección General del Tesoro, habiendo otorgado carácter oficial desde el momento que lo incluyen en las Circulares del Banco de España mencionadas y se publica en el boletín Oficial del Estado".*

A la vista de todo lo expuesto cabe concluir que tanto el IRPH entidades son índices válidos y legales expresamente previstos en la normativa bancaria en el momento de su inclusión en el préstamo hipotecario.

Ahora bien, dicho hecho no impide que deba de analizarse si la cláusula antes mencionada supera el doble control de transparencia antes expuestos. En primer lugar desde el punto de vista estrictamente gramatical o literal, y leída de forma aislada la cláusula es clara y comprensible pues concreta cuál es el tipo de interés nominal que se tomará como referencia, que es un índice oficial y que se publica en el BOE, por lo que está a disposición del cliente si éste quiere consultarlo. Por tanto, se cumple el primer nivel de transparencia del artículo 80 en cuanto a la concreción, claridad y sencillez.

En cuanto al segundo control, debe de tenerse en cuenta que en este caso el índice de referencia (IRPH entidades) y el diferencial (0.15) constituyen un elemento esencial del control que determinan el precio del contrato, que hace que en principio el mismo no vaya a pasar desapercibido para el consumidor. Sin embargo el hecho de que el consumidor pueda leer que el índice de referencia que figura en el contrato es el IRPH no implica que conozca la carga económica que la utilización de dicho índice le va a suponer frente a la utilización de otros índices más comunes como el EURIBOR.

La SAP de Álava Civil sección 1 del 17 de noviembre de 2016 indicó que *"la cláusula no puede pasar el filtro de la transparencia si se incorporó al contrato sin que*

la entidad bancaria se asegurase que el cliente comprendía su contenido, sin explicarle la forma de determinar este índice por el Banco de España ni las diferencias entre el IRPH y el resto de los índices, y su comportamiento en los últimos años), no pudiendo desconocerse que el IRPH Entidades y el IRPH Cajas se han encontrado en valores superiores al Euribor, y entendemos que la falta de transparencia apreciada es suficiente para declarar la nulidad, por abusivas en el sentido expuesto, de las cláusulas, ya que según el artículo 8.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación : en particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio , General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y conforme al artículo 10.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios , en su redacción aplicable al presente caso: serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo".

En el supuesto que nos ocupa no consta que toda esa información haya sido suministrada a los actores. Así no consta que se le hicieran simulaciones de la evolución y funcionamiento del IRPH en comparación con otros índices de referencia. Tampoco consta que se le explicará que el IRPH se formaba no sólo a partir de los tipos de interés sino que en su determinación también se iban a incluir los demás gastos y comisiones, lo que hace que dicho índice en principio vaya a ser más elevado que otros, como el EURIBOR. En la propia escritura cuando se define el IRPH no se menciona que los tipos de interés medios ponderados serán los tipos anuales equivalentes declarados al Banco de España. Así nos encontramos con un índice tal y como se ha indicado en ambos informes periciales que siempre ha estado por encima del EURIBOR.

A la vista de todo lo expuesto cabe concluir que no existiendo prueba alguna de que los actores fueran debidamente informados de la cláusula que fijaba el índice de referencia a aplicar el préstamo, la cláusula no supera el control de transparencia exigido, lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación cabe declarar la nulidad del pacto del índice de referencia aplicar en el préstamo tanto de forma principal como sustituto.

Por último a y modo de conclusión después de haber analizado estas cláusulas de forma independiente cabe poner de relieve que la fijación de ambas en el contrato genera un importe desequilibrio para los actores. En el informe pericial aportado por la parte demanda se indica que **teniendo en cuenta la composición de la cuota (capital e intereses) al reducirse el tipo de interés (y por tanto/ ser menor el coste financiero que soporta el prestatarios), será mayor el principal amortizado en cada cuota lo que a su vez implica que sean menores los intereses que se paguen en cuotas**

posteriores, ya que se adeuda menor importe principal al Banco. Lo anterior conlleva que la duración del préstamo se reduzca y sea inferior a los 40 años inicialmente previstos.

A la vista de lo indicado en dicho informe, cabe poner de relieve que en este caso, ese beneficio para los actores se ve mitigado o reducido en las dos fases del préstamo. Así durante los diez primeros años al pagar un interés fijo del 5%, y un sistema de amortización creciente los actores no se beneficiaban de las bajadas del tipo de interés y la mayor parte de la cuota se destinaba a pagar intereses, tal y como aparece reflejado en las liquidaciones aportadas. En la segunda fase al elegir el índice de referencia IRPH, ya analizado, el interés que tendrían que abonar los actores ha sería más alto que si se hubiera fijado el EURIBOR, lo que causa un nuevo perjuicio ya que en principio se destinará más cantidad de la cuota a pagar intereses, lo que hará que el plazo de vencimiento aumente. Todo ello sin contar la situación que se daría si los intereses subieran y la cuota no pueda cubrir los mimos, lo que provocaría un aumento de capital.

Todo ello, tal y como se ha indicado en la presente resolución no consta que se le explicara adecuadamente a los actores, lo que determina la nulidad de las cláusulas antes indicadas y las que se derivan de ellas.

4. RESOLUCIÓN ANTICIPADA

En la cláusula sexta del contrato se indica que *“no obstante el vencimiento del préstamo establecido, el Banco podrá dar por vencido anticipadamente el préstamo y la hipoteca que se constituye en su garantía y será exigible la restitución de su importe, vivo o no amortizado y los intereses devengados, incluso de demora, desde el momento del impago hasta el total pago al Banco en los siguientes supuestos:*

- A) Cuando se incumpliese, parcial o totalmente, la obligación de pago de cualquiera de los vencimientos de interés o de cualquiera de sus cuotas o pagos de amortización pactados, o de los restantes conceptos a cargo de la parte prestataria, en fechas y condiciones previstas para ello en esta escritura.*
- B) Cuando se incumpliese cualquier otra obligación a cargo de la parte prestataria de acuerdo con lo establecido en esta escritura, distinta de la mencionada en el apartado anterior.*

En nuestro ordenamiento jurídico, el art. 1.129 CC prevé expresamente la posibilidad de que el acreedor pueda reclamar la totalidad de lo adeudado, antes del vencimiento del plazo pactado, cuando el deudor pierde el derecho a utilizar el plazo; y el art. 1.124 del mismo Código permite la resolución de las obligaciones bilaterales en caso de incumplimiento. A su vez, en el ámbito de los préstamos y créditos hipotecarios, tal posibilidad está expresamente contemplada en el artículo 693.2 LEC, siempre y cuando se haya pactado expresamente.

El Tribunal Supremo, entre otras en la sentencia 792/2009, de 16 de diciembre, declaró que *"con base en el art. 1.255 CC la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado en los préstamos cuando concorra justa causa -verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, como puede ser el incumplimiento por el prestatario de la obligación de abono de las cuotas de amortización del préstamo-. En esta línea se manifiestan las Sentencias de 7 de febrero de 2.000 (aunque para el ámbito del contrato de arrendamiento financiero); 9 de marzo de 2.001; 4 de julio de 2.008; y 12 de diciembre de 2.008".* El mismo criterio se mantuvo posteriormente en sentencias tales como la de 17 de febrero de 2011.

En la sentencia de fecha de 7 de septiembre de 2015, a propósito de un contrato de financiación de compraventa de bienes muebles a plazos, estableció *"que la cláusula que permite al financiador dar por vencido anticipadamente el préstamo de financiación a la compra del bien mueble a plazos cuando dejan de pagarse al menos dos plazos no puede ser considerada como cláusula abusiva, en tanto que es la simple transcripción del régimen legal que regula dicho contrato. El TJUE tiene establecido que están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones (por todas, STJUE de 30 abril de 2014, asunto C-280/13)".*

El TJUE en la sentencia de 14 de marzo de 2013, indicó en su apartado 73 que *"En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un periodo limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo".*

Por otro lado el auto del TJUE de fecha 11 de junio de 2015 que dispone que *"Por consiguiente, 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". Esto ha vuelto a ser confirmado en la reciente sentencia de 26 de enero de 2017.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de diciembre de 2015 determinó que *"la cláusula controvertida no supera tales estándares, pues aunque pueda ampararse en las mencionadas disposiciones de nuestro ordenamiento interno, 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, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial y respecto de una obligación accesorio, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves.*

Sin que el hecho de que la cláusula sea enjuiciada en el marco de una acción colectiva impida dicho pronunciamiento, pues precisamente lo que procede ante ese tipo de acción es un control abstracto de validez y abusividad. Por ello, la Audiencia únicamente se pronuncia sobre la nulidad de la cláusula y no sobre su aplicación".

No desconoce esta Juzgadora que a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo las diferentes secciones de la Audiencia Provincial de Barcelona mantienen posturas discrepantes acerca del análisis de la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado y de sus consecuencias.

Así por un lado nos encontramos con secciones que determinan que no procede realizar un análisis en abstracto de la cláusula sino que debe de analizarse en cada caso que ejercicio del mismo ha realizado la entidad bancaria. Entre ellas, la sección 11, entre otros en el auto de 29 de septiembre de 2016 indica que *"el redactado de la cláusula de vencimiento anticipado, previsto ante el impago de una cuota cualquiera (6^a bis.a), no permite su declaración de abusividad en este incidente de oposición a la ejecución hipotecaria. Indica que la ejecución no se basó en la misma ya que los ejecutados habían dejado de abonar 6 mensualidades lo que supuso un incumplimiento grave y reiterado de las obligaciones. Señala que los consumidores tuvieron la oportunidad de desactivarla mediante la rehabilitación del contrato y consiguiente enervación de la acción ejecutiva (art. 693 de la LEC).*

En este mismo sentido se ha pronunciado la sección 14, entre otras resoluciones el auto de fecha del 22 de septiembre, en el que señala que el impago de un considerable número de cuotas conlleva la no declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado con independencia de su redacción. Dicha postura también es mantenida por la sección 1, entre otros en el auto de 2 de septiembre de 2016.

La postura contraria es mantenida, por la sección 15, la cual indica en la

sentencia de 17 de octubre de 2016 que *“el juicio de abusividad o control de contenido, en el caso que enjuicamos, está referido a la estipulación, no a la práctica que a su amparo se haya podido llevar a cabo y que la segunda no sea abusiva no excluye que lo pueda ser la estipulación. (...). Por tanto, lo que se debe tener en cuenta es la estipulación, su objeto y su contexto, pero no la práctica llevada a cabo a su amparo. Así concluye que la cláusula que permite la resolución o vencimiento anticipado ante el primer incumplimiento contractual es claramente abusiva”*

En este mismo sentido se han pronunciado la sección 13, entre otros en el auto de 22 de septiembre de 2016 en el que indica que *“por lo que, si la cláusula de vencimiento anticipado es nula, por los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, deben deducirse todas las consecuencias del carácter abusivo de la cláusula, aunque en el momento del ejercicio de la cláusula de vencimiento anticipado, en este caso a 12 de marzo de 2014, pudiera apreciarse una situación de flagrante morosidad de los deudores, como ocurre en el presente caso, por el impago de diez cuotas mensuales de amortización del préstamo, que son las de vencimiento de mayo de 2013 a febrero de 2014”*. En cuanto a las consecuencias de la anulación, indica que *el punto 39 del reciente Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de marzo de 2016, razona que la anulación de la cláusula contractual de vencimiento anticipado no parece que pueda acarrear consecuencias negativas para el consumidor, por cuanto interesa al consumidor que no se declare el vencimiento anticipado del reembolso del capital prestado”*.

Postura coincidente con la sección 4, reflejado en el auto de 21 de septiembre de 2016 que determina que *“como quiera que hay que analizar su intrínseco carácter, no el ejercicio que se haga de ella por el ejecutante, la nulidad de la misma es patente, y conforme al artículo 695.3 Lec, al tratarse de un supuesto en que la cláusula sirve de fundamento a la ejecución, conlleva el sobreseimiento del proceso”*. Y con la sección 17, entre otros en el auto de 14 de julio de 2016 que determina que *“sólo pueden ser examinadas las cláusulas de vencimiento anticipado atendiendo a la naturaleza y contenido del contrato, al conjunto de circunstancias que concurran en el momento de su celebración y a las demás cláusulas del mismo contrato, pero con independencia de la aplicación que pudiera hacer el profesional pues ello no purifica su eventual carácter abusivo, concluyendo que la consecuencia sólo puede ser el sobreseimiento de la ejecución hipotecaria, al tratarse de una cláusula que fundamenta la misma”*.

La sección 19 también mantiene la posibilidad de la declaración de abusividad en abstracto aunque mantiene una postura distante en cuanto a las consecuencias de tal declaración. Así el auto de 22 de septiembre de 2016 indica que *“aunque la cláusula sea nula, la ejecución hipotecaria debe continuar sin que haya lugar a su sobreseimiento por cuanto el deudor hipotecario, en el momento de liquidarse la deuda,*

debía 6 cuotas mensuales del préstamo y no ha abonado ninguna desde aquél momento”.

La sección 16, en cambio indica en sus resoluciones la necesidad de que concurren una serie de circunstancias para supeditar la validez de la causa del vencimiento anticipado. Así entre otras en el auto de 30 de septiembre de 2016 exige que concurren:

1º/ una demora en el pago prolongada durante como mínimo tres plazos tratándose de un préstamo o crédito que cuente con garantía hipotecaria o prendaria, tal como prescribe el artículo 593.2 LEC ;

2º/ si la financiación carece de garantías se requiere que el volumen del impago alcance una proporción significativa respecto del importe de la operación, lo que, siguiendo un ejemplo de derecho comparado (Alemania), supondrá que el impago rebase el 10% de la deuda -calculada sobre la base únicamente del capital prestado- o el 5% si la operación tiene un plazo de duración superior a tres años;

3º/ en todo caso, la concesión por el acreedor de un plazo razonable al deudor para liquidar la deuda antes de reclamar por anticipado el cumplimiento íntegro (la notificación de la liquidación unilateral de la deuda exigida por el artículo 573.1 , 3º LEC puede servir igualmente para esa finalidad)”.

Esta Juzgadora se inclina por la postura mantenida por aquellas secciones provinciales que consideran que hay que analizar la cláusula de vencimiento anticipado en abstracto y tal y como aparece redactada en el contrato, con independencia de la aplicación práctica de dicha cláusula. Esta interpretación es la más acorde con lo dispuesto por el Tribunal Supremo y por el TJUE.

En el supuesto que nos ocupa teniendo en cuenta la redacción de la cláusula la misma debe de ser considerada abusiva ya que el impago por parte del deudor de alguno de los plazos convenidos no es un incumplimiento grave. De este modo no se modula el incumplimiento en la misma. Así la cláusula causa un desequilibrio importante entre las partes, siendo la misma desproporcionada lo que conlleva que la misma deba ser declarada abusiva.

QUINTO: Consecuencias de la declaración de nulidad.

En cuanto a las consecuencias que supone la declaración de la nulidad de las cláusulas antes mencionadas, debe de tenerse en cuenta que el art 9.2 LCGC dispone que la sentencia que declare nulidad debe aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. Dicho art. 10 LCGC establece que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Procede, exclusivamente la nulidad de la cláusula que merezca tal sanción, lo que visto el art. 1303 CCv, obliga a la restitución recíproca de las prestaciones.

El artículo 6 de la Directiva 93/13 establece que *Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus*

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

La STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Dirk Frederik Asbeek Bruse: § 57 indica que : *"El Tribunal de Justicia ha deducido de esa redacción del artículo 6, apartado 1, que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma". En el siguiente párrafo, § 58, se explica la razón: "Pues bien, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva ya que la mencionada facultad debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores". Lo que arrastra la consecuencia que señala el § 59 y el fallo: "De ello se deduce que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula".*

En la sentencia de 30 de abril de 2014 TJUE señalaba que *" El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional"*.

El Tribunal Supremo ya declaró, en la Sentencia 401/2010 de 1 de julio, que *"las reglas del mercado se han visto incapaces por sí solas para erradicar con carácter definitivo la utilización de cláusulas abusivas en la contratación con los consumidores. De este modo la posibilidad de que los jueces puedan apreciarlas de oficio y dejarlas sin efecto supone un efecto disuasorio sobre los profesiones, en un doble sentido: en primer término como señala el Abogado General en sus conclusiones de 28 de febrero de 2013, Duarte Hueros C-32/12, "al empresario le resultaría más atractivo usar cláusulas abusivas, con la esperanza de que los consumidores no fueran conscientes de los derechos que le confiere la Directiva 1993/13 y no las invocarían en un procedimiento, para lograr que al final, pese a todo, la cláusula abusiva prevaleciera"*.

Además, la facultad de no aplicar las cláusulas abusivas frente a los consumidores por los jueces nacionales, elimina el efecto disuasorio de utilizarlas en la medida que los

profesionales podrían verse tentados a establecer cláusulas abusivas al saber, que aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuere necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales”.

Conforme a la normativa y jurisprudencia citada, la nulidad de la cláusula produce en primer lugar la expulsión de las mismas del contrato de préstamo, que, pese a ello subsiste en la medida en que no se ven afectados los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil. Debe recordarse que en nuestro ordenamiento jurídico el préstamo es un contrato naturalmente gratuito (art. 1755 CC : No se deberán intereses sino cuando expresamente se hubieran pactado; en similares términos el art. 314 C.Com : Los préstamos no devengarán interés si no se hubiere pactado por escrito). Por tanto, el contrato de préstamo hipotecario puede subsistir pese a que no existan intereses remuneratorios.

Por todo ello la consecuencia de la declaración de nulidad de las cláusulas citadas es que el préstamo subsistirá sin que puede reclamarse interés remuneratorio alguno. De este modo la entidad bancaria deberá de proceder a recalcular las cuotas del préstamo hipotecario, sin devengo de intereses, desde el inicio del préstamo, en fecha 30 de marzo de 2007 hasta la fecha prevista para su vencimiento, es decir hasta el 1 de abril de 2047.

Además de la expulsión de las meritadas cláusulas del contrato, conforme al art. 1303 CC, deben las partes restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato con sus frutos y el precio con los intereses . Por tanto, la nulidad de la cláusula relativa a los tipos de interés conlleva que la entidad demandada debe restituir a los actores la totalidad de los intereses remuneratorios cobrados en virtud de las cláusulas declaradas nulas.

Esta cantidad se deberá calcular en ejecución de sentencia.

SEXTO: En lo que respecta a las costas, no se impondrán a ninguna de las partes ya que en lo que respecta a la declaración de nulidad de la cláusula de IRPH y vencimiento anticipado existen pronunciamientos contradictorios en las Audiencias Provinciales y en la misma Audiencia de Barcelona, lo que implica que nos encontremos ante dudas de derecho. Todo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC.

FALLO

Que se estima la demanda interpuesta por la representación procesal de DON frente a BANCO SANTANDER y acuerdo:

1). Declaro la nulidad de pleno derecho, de las siguientes cláusulas financieras contenidas en la escritura de préstamo hipotecario de 30 de marzo de 2007:

- a) Cláusula 2ª AMORTIZACIÓN. Subapartados 2.1 (plazo de amortización), 2.2 (número de cuotas y fechas de pago), 2.3 (cuotas de sólo intereses), 2.5 (TAE), 2.6 (aplazamiento de cuotas) y 2.7 (reembolso anticipado) de la cláusula 2ª;
- b) Cláusula 3ª INTERESES ORDINARIOS Subapartado 1º (interés al tipo del 5 %) de la cláusula 3ª;
- c) Cláusula 3ª BIS TIPO DE INTERÉS VARIABLE Subapartado 3º de la cláusula 3ª bis (interés variable referenciado a "IRPH");
- d) Cláusula 6ª bis RESOLUCIÓN ANTICIPADA: Subapartados A Y B.

2). Condono al Banco a estar y pasar por el pronunciamiento precedente y a eliminar las enumeradas cláusulas del contrato.

3). Condono a la entidad demandada a recalcular todas las cuotas del préstamo hipotecario, sin devengo de intereses, desde el día 30 de marzo de 2007 (inicio) hasta el día 1 de abril de 2047 (fecha de vencimiento).

4). Condono al Banco a restituir a la parte actora todas las cantidad resultante de los intereses cobrados en virtud de las cláusulas declaradas nulas, bien mediante ingreso de dichas cantidades en la cuenta de la que son titulares los demandantes, o bien, alternativamente mediante la compensación e imputación del importe de los intereses pagados en virtud de las cláusulas declaradas nulas, al principal pendiente de amortizar, realizando un nuevo cálculo de las cuotas hipotecarias o reduciendo el número de ellas a elección de los actores.

5). Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de Apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona que, en su caso, deberá interponerse en este Juzgado dentro de los veinte días siguientes a su notificación. La admisión del recurso precisará que, al interponerse el mismo, se haya consignado en la oportuna entidad de crédito y en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre del Juzgado, la cantidad objeto de depósito, de 50 euros, lo que deberá ser acreditado.

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará certificación a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.