

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE - SECCIÓN OCTAVA -
TRIBUNAL DE MARCAS DE LA UNION EUROPEA**

Apelante/s: BANCO DE SANTANDER S.A.

Procurador/es: [REDACTED]

Letrado/s: [REDACTED]

Apelado/s: [REDACTED]

Procurador/es: [REDACTED]

Letrado/s: [REDACTED]

ROLLO DE SALA n.º 683 (M-293) 17.

PROCEDIMIENTO: juicio ordinario n.º 721/16.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA n.º 3 de BENIDORM.

SENTENCIA NÚM.292/18

Ilmos.:

Presidente: Don Enrique García-Chamón Cervera.

Magistrado: Don Luis Antonio Soler Pascual.

Magistrado: Don Francisco José Soriano Guzmán (ponente).

En la ciudad de Alicante, a quince de junio del año dos mil dieciocho.

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Ilmos. Sres. arriba expresados, ha visto los presentes autos, dimanantes del juicio ordinario anteriormente indicado, seguidos en el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Benidorm; de los que conoce, en grado de apelación, en virtud del recurso interpuesto por BANCO DE SANTANDER, SA, parte apelante, por tanto, en esta alzada, interviniendo con su Procuradora D.^a

[REDACTED], con la dirección letrada de [REDACTED]
[REDACTED]; siendo la parte apelada [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] actuando con su Procuradora [REDACTED]
[REDACTED] con la dirección letrada de [REDACTED]

I - ANTECEDENTES DE HECHO.-

PRIMERO.- En los autos referidos, del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Benidorm, se dictó Sentencia, de fecha 18 de septiembre de 2017, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "*Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por [REDACTED] [REDACTED] representados por el Procurador de los Tribunales [REDACTED] contra BANCO SANTANDER SA (sociedad absorbente de BANCO ESPAÑOL DE CRÉDITO SA) representado por el Procurador de los Tribunales [REDACTED] [REDACTED] debo DECLARAR Y DECLARO:*

1La nulidad de la cláusula segunda, apartado 2.2, párrafos tercero, quinto y sexto, y en todo lo que se refiera a la aplicación de un sistema de amortización geométrico, al anatocismo y a la cuota residual.

1La nulidad de la cláusula tercera apartado 3.1, del contrato de préstamo hipotecario suscrito por los actores en fecha 24 de abril de 2.007 relativa al interés ordinario

2La nulidad de la cláusula quinta, del contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes en fecha 24 de abril de 2.007 relativa a los gastos asumidos por los prestatarios

Y condenar a la demanda a estar y pasar por dichas declaraciones y a eliminar las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario

En virtud de ello y en como consecuencia de la eliminación de las referidas cláusulas debo condenar y condeno a la entidad demandada a:

1Aplicar el sistema de amortización francés a razón de Euribor + diferencial del 0.7 desde la suscripción del contrato de préstamo hipotecario hasta la finalización del mismo

2Recalcular las cuotas, intereses devengados, capital amortizado y capital pendiente de amortizar del préstamo hipotecario, desde la fecha de la formalización del contrato hasta la finalización del mismo, de conformidad con el sistema francés de amortización, a razón de Euribor + diferencial pactado de 0,7 a un plazo de 40 años desde la suscripción del mismo. Dicho recálculo a fecha de la presentación de la presente demanda, que fue el 20 de mayo de 2.016, se computa en los siguientes términos,

- Total abonado: SESENTA Y CINCO MIL CUARENTA Y SEIS ERUOS CON SESENTA Y CINCO CENTIMOS (65.046,65 euros)

- Intereses abonados: TREINTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS VEINTIUN EUROS CON ONCE CENITMOS (38.821,11 euros)

- Capital amortizado: VEINTISEIS MIL DOSCIENTOS VEINTICINCO EUROS CON CINCUENTA Y CUATRO CENTIMOS (26.225,54 euros)

- Capital pendiente: CIENTO CUARENTA Y SIETE MIL EUROS CON TRESCIENTOS NOVENTA Y UN EUROS CON SETENTA Y OCHO CENTIMOS (147.391,78 euros) debiendo ser el mismo actualizado a la fecha de la sentencia, debiendo efectuarse dicha actualización, en ejecución de sentencia.

3Restituir a los actores la cantidad de VEINTIDOS MIL CINCUENTA Y OCHO EUROS CON DIECIOCHO céntimos(22.058,18 euros) abonada en exceso, por aplicación de las referidas cláusulas abusivas hasta la fecha de la demanda, computada una vez realizado el recálculo anterior, por aplicación de las cláusulas segunda y tercera declaradas nulas, y que se incrementará con las cantidades mensuales que se vengán abonando fruto de su aplicación, que se determinará en ejecución de sentencia.

4Restituir a los actores la cantidad de CUATRO MIL CIENTO CINCUENTA Y CUATRO EUROS CON DIECIOCHO CENTIMOS (4.154,18 euros) abonada por ellos en atención a la imposición de los gastos por aplicación de la cláusula quinta.

5Se condena a la entidad demandada Banco Santander SA a devolver cualquier otra cantidad que los actores hayan satisfecho a consecuencia de la aplicación de las referidas cláusulas abusivas.

Se condena a la demandada a abonar los intereses de mora procesal del art. 576 LEC desde la presente resolución.

Se inadmite el documento presentado por la parte demandada en escrito de fecha 18 de julio de 2.017.

Se imponen las costas del proceso a la parte demandada. "

SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia se interpuso recurso de apelación, del que se dio traslado a las demás partes. Seguidamente, tras emplazarlas, se elevaron los autos a este Tribunal, donde fue formado el Rollo, en el que fue designado Ponente el Magistrado D. Francisco José Soriano Guzmán,

señalándose para la deliberación, votación y fallo el día 18 / 4 / 18, en que tuvo lugar.

TERCERO.- En la tramitación del presente proceso, en esta alzada, se han observado las normas y formalidades legales, a excepción del plazo para dictar sentencia, debido, entre otros motivos, al volumen del procedimiento (siete tomos), y complejidad y novedad de las cuestiones planteadas.

II - FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

PRIMERO. Sentencia de primera instancia y ámbito de la apelación.-

La sentencia dictada en primera instancia ha estimado íntegramente la demanda y ha declarado la nulidad, por abusivas, de una serie de cláusulas insertas en la escritura de préstamo hipotecario que vincula a las partes (producto comercializado por la entidad bancaria demandada como "*Hipoteca Tranquilidad*"): a) la que establece la aplicación de un sistema de amortización geométrico, el anatocismo y la cuota residual; b) la relativa al interés ordinario; c) la de gastos imputados a la parte prestataria. Asimismo, la sentencia ha acordado la eliminación de dichas cláusulas, condenando a la entidad demandada a aplicar el sistema de amortización francés, a razón de Euríbor + diferencial del 0,7 desde la suscripción del préstamo hasta su finalización, así como al recálculo de las cuotas mensuales y la restitución la actora de las cantidades abonadas a consecuencia de su aplicación.

Los razonamientos que han conducido a dicha conclusión son, dichos sean en síntesis, los siguientes:

a) Aun cuando en el contrato de préstamo hipotecario se indicara que el sistema de amortización era el francés, "*...ambas partes están de acuerdo que no lo es, que es geométrico o creciente, pero aludiendo la parte demandada que fue un error a la hora de ponerlo así, es decir, como sistema francés, en la escritura*".

b) En el análisis del carácter abusivo de las cláusulas controvertidas (efectuado de conformidad con el art. 8 LCGC y arts. 3, 80, 82 y ss LGDCU), es

indiferente si uno u otro sistema es más beneficioso económicamente para el consumidor, ya que de lo que se trata es de comprobar si la información dada sobre aquéllas era la suficiente y adecuada para conocer la naturaleza y funcionamiento del producto.

c) El folleto informativo del producto, comercializado con el nombre de "*Hipoteca Tranquilidad*" proporcionaba una información totalmente incompleta, contradictoria, no clara ni transparente, pues, entre otros extremos, "*la idea principal de que la cuota es la misma siempre y que es una hipoteca tranquilidad, no es real, sino que va aumentando, lo que pone en evidencia que el folleto no es claro*".

d) La oferta vinculante no hace referencia a cómo se aplicarían los intereses, resultando en la práctica que el importe de la cuota iría ascendiendo, lo que es contrario a lo que se publicitaba de manera principal en el folleto, en que se decía en su primera página que la cuota siempre sería la misma.

e) La información contenida en el contrato no disipa las dudas sobre el funcionamiento del sistema, que se califica como de complejo.

f) No consta que se informara claramente a los prestatarios el funcionamiento del sistema geométrico, particularmente "*...que existiera el anatocismo y que, al final, existiera una cuota residual, con todo lo que ello puede suponer económicamente*".

g) Tampoco se explicó claramente cómo se aplicaban los intereses ordinarios, pues no se habla de "interés fijo" sino "invariable", en los diez primeros años.

h) En definitiva, dichas cláusulas no superan el filtro de la transparencia, por lo que son abusivas, en tanto no se proporcionó "*...la información necesaria sobre el sistema de amortización del préstamo, para que mínimamente, tuvieran un conocimiento básico de cuáles son las cuotas y cuantías que se podrían llegar a pagar, ni de que esas cláusulas se puedan considerar transparentes, considerándolas en contra, no claras ni sencillas. Y ello, produce un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes*".

Frente a dicha decisión se alza la otrora demandada, reiterando las alegaciones vertidas en la instancia, mediante la formulación de una serie de motivos impugnatorios, que serán abordados en los siguientes fundamentos.

Básicamente, el recurso denuncia un enjuiciamiento incorrecto del préstamo desde el punto de vista de los controles de legalidad de las

condiciones generales de contratación, manteniendo que se dicho enjuiciamiento se ha producido como si la acción ejercitada fuera de anulabilidad, por error vicio. Se defiende la transparencia de la cláusula del interés fijo en el 5 %, de la cláusula de amortización, del pacto de incremento anual de la cuota, del pacto límite del periodo de amortización, de la cuota residual y del pacto de capitalización de intereses.

No se discute, sin embargo, ninguno de los pronunciamientos condenatorios de la sentencia recurrida, ni siquiera para el caso de que se desestimaran los motivos impugnatorios relacionados con la nulidad de las cláusulas. Por tanto, esta materia (efectos de la declaración de nulidad) queda fuera del ámbito de la apelación.

Por último, se insiste en la legalidad de la cláusula relativa al seguro de la vivienda hipotecada.

Anticipamos ya, desde este fundamento, que compartimos los razonamientos y decisión del magistrado de instancia, si bien efectuaremos una serie de precisiones en los siguientes, a fin de dar respuesta a las cuestiones planteadas en el recurso.

SEGUNDO. Cláusulas controvertidas, relativas a la amortización y al interés.-

La sentencia ha declarado la nulidad de la cláusula segunda, apartado 2.2, párrafos tercero, quinto y sexto, y todo lo que se refiera a la aplicación de un sistema de amortización geométrico, al anatocismo y a la cuota residual; al igual que la cláusula tercera, apartado 3.1, del contrato de préstamo hipotecario celebrado en fecha 24 de abril de 2007.

Dichas cláusulas (todas ellas insertas dentro del apartado "CLÁUSULAS FINANCIERAS") son del siguiente tenor literal:

a) Cláusula segunda, apartado 2.2, párrafos tercero, quinto y sexto:

"2.2. Número de cuotas de amortización, importe, periodicidad, fechas de liquidación y pago de las mismas:

(...)

(...)

Hasta el día 1 DE MAYO de 2008, el préstamo se amortizará por medio de doce cuotas de SETECIENTOS VEINTINUEVE EUROS CON

DIECINUEVE CÉNTIMOS DE EUROA (729,19 €) cada una. A partir de esa fecha, el importe de las cuotas posteriores para cada período anual, se incrementará a razón de un **2,50 %** cada año, sobre el importe de las cuotas del período inmediatamente anterior.

(...)

Excepcionalmente, si se diera el caso de que los intereses devengados excedan del importe aquí fijado para una cuota de amortización, calculado según se establece en esta escritura, dicha cuota no amortizará capital sino que comprenderá únicamente los 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 pagar en esa última cuota, además del importe de dicha cuota, el correspondiente al capital del préstamo no amortizado.

b) Cláusula tercera, apartado 3.1:

"3ª.- INTERESES ORDINARIOS:

3.1.- Tipo de interés y fórmula de cálculo:

El capital dispuesto y no amortizado del préstamo, desde el día de hoy, devengará diariamente un interés nominal anual del **CINCO POR CIENTO**, invariable hasta el día **1 de MAYO de 2017**. A partir de dicha fecha, el tipo aplicable podrá variar conforme más adelante se establece.

Para el cálculo de los intereses se aplicará la fórmula del interés simple:

(...)

Otras cláusulas de interés (pues la sentencia de instancia indica -fundamento de derecho quinto- que todas ellas determinan el sistema de amortización del préstamo hipotecario) son las siguientes:

Importe del préstamo: 173.617,32 €.

Cláusula 2ª: **"AMORTIZACIÓN**

2.1.- Plazo:

El presente préstamo tiene un plazo de duración que podrá variar dependiendo de las variaciones del tipo de interés. Ello no obstante, dicho período no podrá sobrepasar el día **1 de MAYO de 2.047**, fecha que las partes constituyen como vencimiento del presente contrato.

2.2. Número de cuotas de amortización, importe, periodicidad, fechas de liquidación y pago de las mismas:

Transcurrido, en su caso, el periodo de carencia de capital detallado en el apartado siguiente, el préstamo se amortizará mediante un máximo de CUATROCIENTAS OCHENTA CUOTAS MENSUALES, comprensivas de capital e intereses, que se pagarán los días 1 de cada mes natural, siendo calculadas conforme al sistema francés de amortización.

La primera de ellas se pagará el día 1 de JUNIO de 2007 y la última no más tarde del indicado día del vencimiento.

Hasta el día **1 DE MAYO de 2008**, el préstamo se amortizará por medio de doce cuotas de **SETECIENTOS VEINTINUEVE EUROS CON DIECINUEVE CÉNTIMOS DE EUROA (729,19 €)** cada una. A partir de esa fecha, el importe de las cuotas posteriores para cada período anual, se incrementará a razón de un **2,50 %** cada año, sobre el importe de las cuotas del período 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 período mensual a que la cuota corresponda.

Excepcionalmente, si se diera el caso de que los intereses devengados excedan del importe aquí fijado para una cuota de amortización, calculado según se establece en esta escritura, dicha cuota no amortizará capital sino que comprenderá únicamente los 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 pagar en esa última cuota, además del importe de dicha cuota, el correspondiente al capital del préstamo no amortizado.

2.3.- Cuotas de solo intereses, periodicidad, fechas de liquidación y pago de las mismas:

Este préstamo tiene un periodo de carencia de amortización de capital desde la fecha de formalización de esta escritura hasta **1 DE MAYO DE 2007**,

fecha en que la parte prestataria efectuará un primer pago, que comprenderá sólo los intereses devengados en ese período y que se calcularán conforme a lo establecido en la cláusula 3ª. A partir del día siguiente a dicho primer pago, comenzará el período de amortización, mencionado en el punto anterior.

2. 5.- TASA ANUAL EQUIVALENTE (TAE):

A efectos informativos del coste efectivo de la operación que se formaliza en la presente, se hace constar que la tasa anual equivalente (TAE), teniendo en cuenta el tipo de interés inicial y el tipo de interés de referencia aplicable en la fecha de la presente escritura es de **CINCO ENTEROS, QUINCE CENTÉSIMAS DE OTRO ENTERO POR CIENTO (5,15 %)** y variara con las revisiones del tipo de interés...

3ª.- INTERESES ORDINARIOS:

3.1.- Tipo de interés y fórmula de cálculo:

El capital dispuesto y no amortizado del préstamo, desde el día de hoy, devengará diariamente un interés nominal anual del **CINCO POR CIENTO**, invariable hasta el día **1 de MAYO de 2017**. A partir de dicha fecha, el tipo aplicable podrá variar conforme más adelante se establece.

3ª BIS .- TIPO DE INTERÉS VARIABLE .

3 bis.1.- Periodicidad de las revisiones:

Cada período de **DOCE MESES** meses posterior a la fecha final del período de interés inicial que se ha indicado en la Cláusula 3ª, se denominará "período de interés".

3. bis. 2.- Diferenciales y redondeos:

En cada periodo de interés hasta que finalice el plazo del contrato, se aplicará un tipo de interés nominal que será la suma resultante de añadir **0,70 PUNTOS** al "tipo de referencia" o **0,50 PUNTOS** al "tipo de referencia sustitutivo".

3. bis. 3.- Tipo de referencia y tipo de referencia sustitutivo": (Euribor Hipotecario) o el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de 3 años del conjunto de entidades).

TERCERO. Funcionamiento de la "Hipoteca Tranquilidad".-

Del clausulado antes indicado (que este Tribunal también coincide en calificar de confuso y complejo, pues es necesario analizar, simultáneamente, distintas cláusulas, por estar interrelacionadas), y de la clarificadora prueba

pericial de la parte actora, podemos considerar que el funcionamiento del producto (recordemos, préstamo hipotecario concertado el 24 de abril de 2007, por un importe de 173.617,32 €), en lo que ahora interesa, es el siguiente:

a) Habría un primer pago (que no cuota), en fecha 1 de mayo de 2007, comprensivo tan solo los intereses devengados desde la fecha de formalización de la escritura (24 de abril de 2017) hasta ese momento.

b) A partir de ese pago, comenzaría el periodo de amortización, mediante el pago de una serie de cuotas mensuales, comprensivas de capital e intereses, indeterminadas en su número al tiempo de la contratación del producto, si bien, no podrían ser superiores a 480 cuotas. La primera de esas cuotas se pagaría, por tanto, el 1 de junio de 2007.

c) El número total de cuotas precisas para amortizar completamente el préstamo dependería de las revisiones del tipo de interés, pudiendo ser inferior (no superior, como se ha dicho) a 480.

d) Las doce primeras cuotas (hasta el 1 de mayo de 2008), tendrían un importe de 729,19 €.

e) *"A partir de esa fecha, el importe de las cuotas posteriores para cada período anual, se incrementará a razón de un 2,50 % cada año, sobre el importe de las cuotas del período inmediatamente anterior"*. Es decir, el importe de la cuota es indiferente tanto del tipo fijo del 5 % pactado para los diez primeros años, como del variable, transcurrido dicho plazo, pues se calcula incrementando cada año un 2,5 % la cuota del anterior. Por lo tanto, el importe de la cuota, el primer año, estaba ya fijado en el contrato (729,19 €) y para los siguientes años, hasta la finalización del plazo máximo de vencimiento (480 cuotas mensuales), su importe habría de calcularse anualmente, incrementando las del año anterior en un 2,5 % anual. Esto significa que, desde el mismo momento de celebración del contrato, hubiera sido posible señalar, al menos, el importe de todas las cuotas. Cosa distinta es que no todas las cuotas (las 480 previstas como máximo) finalmente tuvieran que ser pagadas, pues ello dependería del tipo de interés, que tras los diez primeros años era variable.

f) El importe de las cuotas se calcularía, según se indicaba expresamente, *"conforme al sistema francés de amortización"*.

g) Durante los diez primeros años, y como hemos dicho, el tipo de interés sería del 5 %.

h) A partir del décimo año, sería variable, aplicando un diferencial al

tipo de referencia.

i) La parte de cuota correspondiente a la amortización de capital vendría determinada por la diferencia entre el importe de la cuota y los intereses devengados por el capital pendiente. Excepcionalmente, si los intereses devengados excedieran del importe de la cuota (calculado como seguidamente se dirá), la cuota no amortizaría capital sino únicamente intereses devengados. En tal caso, el exceso de intereses superiores al importe de la cuota se capitalizaría, incorporándose al capital pendiente de amortizar, que, obviamente, se incrementaría.

j) Llegada, en su caso, la fecha máxima fijada para el vencimiento del préstamo, es decir, las 480 cuotas mensuales, la parte prestataria debería pagarla y, además debería de hacer el pago correspondiente al capital del préstamo no amortizado. Y es que, en este producto, incluso transcurrido el plazo máximo previsto para la amortización del capital prestado, podría suceder que no se hubiera satisfecho íntegramente (téngase en cuenta que los intereses, caso de exceder el importe de la cuota, se capitalizarían), con lo que el prestatario debería hacer un último pago, comprensivo de la totalidad del capital no amortizado hasta ese momento.

Como quiera que la escritura (tampoco la oferta vinculante) contenía cuadro de amortización alguno, ni siquiera de los diez primeros años en que el tipo de interés era "invariable", la parte prestataria no pudo conocer qué parte de la cuota se aplicaba al pago del capital y qué parte al pago de los intereses; resultando que, aplicando el sistema geométrico realmente establecido en el contrato, se pagaba una cantidad mayor de intereses y una menor de capital.

CUARTO. Perspectiva jurídica de la transparencia de las cláusulas.-

Las cláusulas cuestionadas en la demanda configuran la obligación de reembolso por parte del prestatario de la cantidad prestada, por lo que se trata de cláusulas que definen su objeto principal y sobre las que existe, por tanto, un especial deber de transparencia por parte del predisponente cuando se trata de contratos celebrados con consumidores.

La doctrina asentada sobre esta materia por el TJUE indica que no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y

comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas. Así, la STJUE en el conocido caso Andriuciu, declara respecto de la exigencia de transparencia que se deriva del art. 4.2 de la Directiva declara que *"la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes"*.

La jurisprudencia del TS, con base en el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas y los arts. 60.1, 80.1 y 82.1 TRLCU, ha exigido también que las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores cumplan con el requisito de la transparencia a que se refiere la jurisprudencia del TJUE. El TS ha establecido la doctrina consistente en que, además del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato, como es el caso de las que nos ocupa, se les exige un plus de información que permita 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 empeorarse la posición jurídica o 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 pasó inadvertida al consumidor porque no se le facilitó información clara y

adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.

Se trata de analizar, en definitiva, la información suministrada al consumidor, a fin de comprobar si esa información le ha permitido 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. Caso de que dicha información no hubiera sido la adecuada, suficiente y pertinente a tal fin, no se superaría el filtro de transparencia, lo que acarrearía, según lo dicho, la nulidad de la cláusula en cuestión.

QUINTO. Información dada a la parte prestataria sobre el funcionamiento de la "Hipoteca Tranquilidad".-

Analicemos la información precontractual facilitada a la parte prestataria.

a) El folleto informativo (documento número 4 de la demanda) ya contiene una mención inexacta en su primera página ("*HIPOTECA tranquilidad. CON LA MISMA CUOTA PARA SIEMPRE*") puesto que no es cierto que la cuota sea la misma durante toda la vigencia del contrato, ya que su importe, como se ha dicho, se incrementa siempre un 2,5 % anual.

En su página segunda habla de que se ofrecen dos opciones: a) "*pagar la misma cantidad al mes. Sin sorpresas, ni sobresaltos. Si suben los intereses, se amplía el período de la hipoteca, pero nunca la cuota*"; b) "*Y, además, puedes elegir empezar pagando menos, para ir más desahogado al principio, y después tu cuota sólo se incrementará un 2,5 % cada año. Así siempre sabes exactamente lo que vas a pagar*".

No consta que la entidad bancaria ofreciera esas dos opciones a la parte prestataria, ni informara, con simulaciones de algún tipo, el comportamiento de una y otra, al menos durante el periodo inicial. Tampoco se ha alegado cómo funciona la primera de dichas opciones, que es la única a la que se da relevancia (y llama, por tanto, la atención del consumidor), en la página primera del folleto.

b) Oferta vinculante: la información coincide con la contenida en la escritura.

c) Información presencial: la directora de la oficina no supo dar detalles del producto ni de su funcionamiento, reconociendo que no se daban cuadros

de amortización o simulaciones, así como que este tipo de préstamo hipotecario no era el más comercial.

La información contractual es la que deriva del clausulado, anteriormente transcrito y analizado.

En ningún momento se confeccionó cuadro de amortización alguno. Nos parece relevante la ausencia del cuadro de amortización, pues a la vista de dicho cuadro la parte prestataria se podría haber percatado de que, al menos durante los diez primeros años, la cuota se incrementaría, aun cuando el tipo era "invariable", lo cual parece ser algo totalmente contradictorio.

Tampoco, como se ha dicho, se efectuaron comparativas con otros productos, como el préstamo a tipo fijo o a tipo variable, con sistema francés "auténtico" de amortización, tras un periodo de fijo.

SEXTO. Circunstancias a valorar desde la óptica del juicio de transparencia.

1ª) No es cierta la mención que se hace en la cláusula 2.2 de la escritura, en el sentido de que las cuotas de amortización de capital e interés se calcularían conforme "*al sistema francés de amortización*".

No existe controversia alguna entre las partes en cuanto a que el sistema de amortización no era el francés, sino el de progresión geométrica, pues el importe de la cuota aumenta de forma geométrica, con independencia de cuál sea el tipo de interés vigente en cada momento.

No nos parece intrascendente que una gran entidad bancaria, que diseña y ofrece un producto como el que nos ocupa, sufra un "error" de tal envergadura en la redacción del clausulado.

Tampoco nos parece aceptable la alegación, si se permite la expresión, del tipo "da igual, porque el consumidor ni conoce el sistema francés ni el sistema geométrico y solo le interesa saber lo que tiene que pagar", porque entonces varios principios básicos de nuestro sistema privado de contratación se verían seriamente entredicho (baste recordar el art. 1091 del Código Civil, "*Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos*").

Las consecuencias prácticas que acarrea el sistema de amortización en progresión geométrica, son las siguientes:

- La cuota es independiente del tipo de interés, pues se incrementa,

constantemente, un 2,5 % anual. Y es independiente tanto durante los diez primeros años (interés fijo) como posteriormente (interés variable).

- El importe de la cuota no se puede modificar durante la vida del préstamo, a diferencia de lo que sucede en el sistema de amortización francés, en que el importe de la cuota puede ser modificado.

- Puede suceder que el crecimiento de la cuota sea superior a la inflación.

No consideramos correcta la conclusión alcanzada el perito de la demandada en el folio 51 de su informe: "*transcurridos esos 10 primeros años, la situación de los prestatarios sería la misma en que se encuentra cualquier sujeto que haya contratado un préstamo hipotecario a tipo de interés variable*"; y ello, porque, en un préstamo hipotecario a tipo de interés variable y sistema de amortización francés, la cuota se incrementará pero siempre comprenderá una parte de pago de capital y otra de interés, mientras que en el préstamo hipotecario denominado Hipoteca Tranquilidad, la cuota también se incrementará, constantemente al 2,5 % por año, pero puede suceder que haya cuotas que no impliquen pago de capital ninguno, capitalizándose los intereses que excedan de su importe, aumentando el capital pendiente de pago y generando, como éste, nuevos intereses remuneratorios, como se verá en el siguiente apartado.

2º) Con relación a la capitalización de intereses.-

La pericial indica que, en escenarios con intereses elevados, en la Hipoteca Tranquilidad (puesto que el importe de la cuota está ya determinado, en función del incremento anual a que se ha hecho referencia) puede suceder que dichos intereses "completen" el importe de la cuota, con lo que quedan intereses "desbordados" (expresión del informe pericial de la parte actora), que pasan a incrementar el principal y, por tanto, generan nuevos intereses. Ello supondría: 1º que la/s cuota/s en cuestión no comprendería/n pago alguno en concepto de capital, sino únicamente intereses devengados; 2º que el exceso de intereses se capitalizaría, incorporándose al capital pendiente de amortizar; 3º que, en consecuencia, el capital que finalmente se amortiza es superior al capital prestado. El propio informe pericial de la parte demandada reconoce (folio 39) que "*se produciría un aumento del importe del préstamo concedido por el banco*".

Bien es cierto que la cláusula califica de excepcional esta situación

que, de acuerdo con el informe pericial de la demandada (folio 38) requeriría que el tipo de interés subiera, sin mayor concreción, "*muy por encima del 5 %*", a partir del año diez de vigencia del contrato (pues antes se aplicaría el interés invariable del 5 %).

Pero, aparte de que no se ha practicado prueba alguna que permita considerar como cierta la calificación de excepcionalidad que la cláusula predica, lo cierto es que, en plazos temporales tan extensos como el del contrato (480 cuotas mensuales, 40 años), es prácticamente imposible saber si llegará algún momento en que los tipos se sitúen por encima del 5 %, lo que acarrearía una situación absolutamente desfavorable para la parte prestataria, que comprobaría como sigue pagando cuotas mensuales que no amortizan capital (que se incrementan geométricamente año tras año) y que, a la finalización, deberá pagar, de golpe, todo el capital no amortizado y los intereses "desbordados" que se le han ido sumando en el camino.

SÉPTIMO. Conclusiones.-

Si lo relevante es analizar, como hemos dicho, si la información suministrada a la parte prestataria fue o no suficiente, pertinente y adecuada para que conociera el funcionamiento del producto que se le ofreció, con las peculiaridades que comporta (expuestas en el fundamento anterior), hemos de concluir, como se hiciera en la instancia, que dicha información fue absolutamente insuficiente para que aquélla conociera la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato.

El consumidor medio que busca financiación para la compra de su vivienda, de la mano de un préstamo hipotecario, puede tener una idea aproximada de cómo funciona un tipo fijo (siempre pagará lo mismo) o un tipo variable (pagará dependiendo de la fluctuación del tipo de interés), todo ello durante un periodo de tiempo fijado de antemano; siempre estimará que las cuotas que paga comprenden capital e intereses y que nunca tendrá que pagar, en concepto de principal, mayor cantidad que la prestada y recibida en su día. Tampoco que, después de pagar todas y cada una de las cuotas de su préstamo (de duración además indeterminada), deba de pagar, sumada a la última, el importe del capital no amortizado. Tampoco comprenderá cómo, existiendo durante diez años un tipo "invariable", su cuota se incrementa año tras año, lo que, en esencia, es absolutamente contradictorio con el carácter de

un tipo fijo (y, obviamente, con un sistema francés de amortización).

Desde luego, se antoja insólito que, expirado el plazo máximo previsto para la amortización del préstamo, dicho préstamo no se haya amortizado y tenga que pagarse la parte que falte.

Consideramos, en definitiva, que las peculiaridades del producto exceden en mucho de la visión simplificadora que ha mantenido la entidad bancaria, que ha pretendido separar lo que es un préstamo a interés fijo y otro a interés variable, cuando ello no es así.

El producto ha de ser analizado en su conjunto.

Sin que, como decimos, la información suministrada fuera la suficiente y adecuada para que la prestataria se hiciera una idea cabal del producto que contrató; por no decir que claramente errónea, en perjuicio del prestatario (sin que sea preciso entrar en lo que arroja la prueba pericial, en el sentido de que con el sistema geométrico se amortiza menos capital que con el sistema francés) en cuanto identificaba un sistema de amortización distinto del realmente aplicado.

La información no era la pertinente (distorsionada, además, por la publicidad) para que la parte prestataria pudiera apercebirse de las peculiaridades de la hipoteca que contrataba, de sus cargas y consecuencias económicas y jurídicas, ya expuestas.

En definitiva, el producto comercializado como "*Hipoteca Tranquilidad*" no parece que haga honor a su nombre, pues, a criterio de este Tribunal, deja bastantes cuestiones relevantes en la más absolutas de las incertidumbres.

Confirmaremos, por tanto, la decisión de instancia.

OCTAVO. La nulidad de la cláusula que impone al prestatario el pago del seguro de amortización del préstamo, por incumplimiento.-

La sentencia recurrida ha declarado también la nulidad de la cláusula quinta del contrato, relativa a los gastos imputados a los prestatarios.

La entidad bancaria únicamente recurre la declaración de nulidad del apartado relativo al seguro de indemnización por incumplimiento (para financiaciones que superen el 80 % del valor de tasación, lo que sucede en el caso que nos ocupa), que establecía que la parte prestataria "*...acepta de manera consciente y voluntaria que el mayor riesgo asumido por la entidad financiera sea cubierto mediante un seguro con la Compañía AIG Europe 13 ...*

a cargo de la parte prestataria , como complemento de la garantía a la presente operación financiera, teniendo como finalidad garantizar a la entidad prestamista el incumplimiento de las obligaciones de pago derivadas del préstamo con independencia de la causa que motive dicho impago, mediante la correspondiente indemnización que la compañía aseguradora entregará directamente al banco prestamista". En virtud de dicha cláusula, la prestataria pagó la prima (de más de tres mil euros), advirtiéndosele que la compañía aseguradora no procedería, bajo ninguna circunstancia, al extorno de la prima satisfecha, ni en caso de cancelación anticipada, total o parcial, ni de subrogación activa o pasiva, ni en ningún otro caso. Por último, se le imponían también los gastos de correo, teléfono, telex, u otros medios de comunicación generados por cada operación.

La declaración de nulidad se sustenta en que no consta que se hubiera informado a los prestamistas de que se iba a contratar un seguro, ni que tampoco se les ofreciera la posibilidad de elegir o valorar otra aseguradora.

La recurrente insiste en que se trataba de un seguro que ella tuvo que contratar, por exigencia legal, para garantizar el incumplimiento de las obligaciones de pago derivadas del préstamo hipotecario, encontrándose su cobertura legal en el art. 5.4 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario.

Hemos de comenzar recordando que el art. 5 de dicha Ley obliga a que los préstamos incluidos en su ámbito de aplicación estén garantizados, en todo caso, por hipoteca inmobiliaria constituida con rango de primera sobre el pleno dominio de la totalidad de la finca; previendo expresamente que, cuando con él se financie la construcción, rehabilitación o adquisición de viviendas, el préstamo o crédito pueda alcanzar el 80 por ciento del valor de tasación, sin perjuicio de las excepciones que prevé esta Ley.

Pues bien, en primer término, omite la apelante la transcripción completa del precepto, pues lo que el art. 5.4 dice es que reglamentariamente se determinarán "*Las condiciones en las que se podría superar la relación del 80 por ciento entre el préstamo o crédito garantizado y el valor de la vivienda hipotecada, sin exceder del 95 por ciento de dicho valor, mediante garantías adicionales prestadas por entidades aseguradoras o entidades de crédito*". Sin que se haya efectuado referencia alguna a dicho desarrollo reglamentario.

Pero es que, además, el art. 5 (Límites del préstamo o crédito) 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 permite, en su número 2, que el límite del 80% a la relación entre el préstamo o crédito garantizado y el valor de la vivienda hipotecada podrá superarse (lo que también sucede en el caso que nos ocupa), sin exceder en ningún caso del 95%, si el préstamo o crédito hipotecario cuenta con aval bancario prestado por entidad de crédito distinta de la acreedora o se halla cubierto por un seguro de crédito, del ramo 14 del artículo 6.1 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados, prestado por entidades aseguradoras. **"En cualquier caso, será la entidad de crédito acreedora quien sufrague el coste del aval bancario o quien figure como tomador del seguro y sufrague su coste. En ningún caso podrá repercutirse el coste del aval bancario o seguro sobre el deudor hipotecario"**.

Con esta disposición se clarifica definitivamente el sentido del art. 5.4 que nos ocupa, quedando claro que es la entidad bancaria la que debe hacer frente al pago del seguro en cuestión, puesto que es ella la que asume el riesgo de conceder el préstamo por encima de los porcentajes legales antes indicados. Sin que pueda repercutir dicho gasto al consumidor, puesto que legalmente le corresponde asumirlo a ella. La cláusula es, por tanto, abusiva, desde la perspectiva del art. 82.1 LGDCU

NOVENO.-

La desestimación del recurso de apelación conlleva, de conformidad con los 394 y 398 de la LEC, la imposición de las costas a la parte apelante, al no apreciarse que la cuestión promovida presente serias dudas de hecho o de derecho.

La confirmación de la resolución recurrida supone la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso (D. A. 15^a.9 LOPJ).

DÉCIMO.-

La presente sentencia no es firme y podrá interponerse contra ella, ante este tribunal, recurso de casación (bien porque la cuantía del proceso exceda de 600.000 € -art.477.2.2ºLEC-, bien porque se considere que su

resolución puede presentar interés casacional) -art. 477.2.3º LEC) y, en su caso, también, y conjuntamente, recurso extraordinario por infracción procesal, en el plazo de veinte días a contar desde el día siguiente al de su notificación, del/los que conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Al tiempo de la interposición de dicho/s recurso/s deberá acreditarse la constitución del DEPÓSITO para recurrir por importe de 50 €, por cada uno de ellos, que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección Octava abierta en BANCO SANTANDER y el ingreso de las TASAS legales correspondientes en el Tesoro Público, advirtiéndose que sin la acreditación de la constitución del depósito indicado no será/n admitido/s.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación, siendo ponente de esta Sentencia, que se dicta en nombre de SM. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, el Magistrado Don Francisco José Soriano Guzmán, quien expresa el parecer de la Sala.

III - PARTE DISPOSITIVA

FALLAMOS: Que con **desestimación** del recurso de apelación interpuesto por la representación de BANCO DE SANTANDER, SA contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Benidorm, de fecha 18 de septiembre de 2017, en los autos de juicio ordinario n.º 721 / 16, **debemos confirmar y confirmamos dicha resolución**, imponiendo a la parte apelante las costas de esta alzada.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido por la/s parte/s recurrente/s o impugnante/s cuyo recurso/impugnación haya sido desestimado.

Notifíquese esta sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de apelación.

La presente resolución podrá ser objeto de recurso, de conformidad con lo establecido en los fundamentos de derecho de esta sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. *"D. Enrique García-Chamón Cervera.- D. Luis Antonio Soler Pascual.- D. Francisco José Soriano Guzmán.- Firmado y Rubricado."*

Y para que conste y sirva de notificación a las partes, se expide la presente, advirtiéndose a las mismas, que contra la precedente sentencia, procederá los recursos anteriormente indicados . De conformidad con la D.A. 15ª de la LOPJ, para que sea admitido a trámite el recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal contra esta resolución, precisará que al interponerse el mismo se haya consignado un DEPOSITO por importe de 50 € por cada recurso, que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección Octava abierta en Banco Santander nº Expediente 2276/0000/06/0683/17 en el caso de recurso de casación, y en el caso de recurso extraordinario por infracción procesal: nº Expediente 2276/0000/04/0683/17, indicando en el campo "Concepto" del documento Resguardo de Ingreso que es un "Recurso", sin cuya acreditación no será admitido (LO1/2009, de 3 de noviembre).

Están exceptuados de la obligación de constituir el depósito quienes tengan reconocido el derecho a litigar gratuitamente, el Ministerio Fiscal, Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales y organismos autónomos dependientes de los tres anteriores.

LA LETRADA DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA