



Roj: **SAP T 623/2021 - ECLI:ES:APT:2021:623**

Id Cendoj: **43148370012021100257**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Tarragona**

Sección: **1**

Fecha: **16/06/2021**

Nº de Recurso: **469/2020**

Nº de Resolución: **448/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **SILVIA FALERO SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Tarragona. Civil**

Avenida Presid. Lluís Companys, 10 - Tarragona - C.P.: 43005

TEL.: 977920101

FAX: 977920111

EMAIL:aps1.tarragona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 4314842120188102110

**Recurso de apelación 469/2020 -U**

Materia: Juicio ordinario condiciones generales de la contratación

**Órgano de origen: Juzgado de Primera Instancia nº 8 de Tarragona**

**Procedimiento de origen: Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 976/2018**

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 4202000012046920

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 01 de la Audiencia Provincial de Tarragona. Civil

Concepto: 4202000012046920

Parte recurrente/Solicitante: Tomasa

Procurador/a: Alejandro Granadero Jimenez

Abogado/a: JORDI ANTON GARCIA

Parte recurrida: BANCO SANTANDER, S.A.

Procurador/a: Immaculada Amela Raffles

Abogado/a: Raimon Tagliavini Sansa

**SENTENCIA Nº 448/2021**

**ILMOS. SRES.**

**Presidente**

D. Manuel Horacio García Rodríguez

**Magistrados**

Dª Inmaculada Perdigones Sánchez Dª Silvia Falero Sánchez



Tarragona, a 16 de junio de 2021.

La Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, formada por los Magistrados del margen, ha visto el recurso de apelación nº 469/2020 frente a la sentencia de 9 de febrero de 2020 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Nº 8 de Tarragona, en Procedimiento Ordinario nº 976/2018, a instancia de Dª Tomasa , representado por el procurador D. Alejandro Granadero Jiménez y defendido por el letrado D. Jordi Antón García como demandante- apelante, y Banco Santander SA representado por el procurador Dª Inmaculada Amela Rrafales y defendido por el letrado D. Raimon Tagliavini Sansa, como demandado-apelado, y previa deliberación pronuncia, la siguiente resolución.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La sentencia antes señalada, tras los correspondientes fundamentos de derecho, contiene el siguiente FALLO: "Estimo parcialmente la demanda interpuesta por el procurador de los Tribunales Alejandro Granadero Jiménez en nombre de Tomasa contra la entidad bancaria "Banco Santander SA", y consecuentemente se adoptan los siguientes pronunciamientos:

- a) Declaro la validez de la cláusula de intereses ordinarios según el sistema de amortización de cuota creciente incorporada en la escritura pública del préstamo hipotecario de fecha 11 de octubre de 2007 con número de protocolo 1132, suscrita entre las partes.
- b) Declaro la nulidad de la cláusula que impone un tipo de interés de demora resultante de añadir 6 puntos al interés remuneratorio vigente en el momento de producirse la mora, debiendo continuar con el interés remuneratorio pactado en la escritura pública del préstamo hipotecario de fecha 11 de octubre de 2007 con número de protocolo 1132, hasta el completo pago de la deuda de cada una.
- c) Declaro la nulidad de la cláusula que impone una comisión bancaria por posiciones deudoras incorporada en la escritura pública del préstamo hipotecario de fecha 11 de octubre de 2007 con número de protocolo 1132, suscrita entre las partes.
- d) Sin expresa imposición de las costas procesales."

**SEGUNDO.-** Las partes antes identificadas han expresado en sus respectivos escritos de apelación y, en su caso, de contestación, las peticiones a las que se concreta su impugnación y los argumentos en que los fundamentan, que se encuentran unidos a los autos.

Fundamenta la decisión del Tribunal el/la Ilmo/a Sr./a Magistrado/a Ponente Dª. Silvia Falero Sánchez.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

#### **PRIMERO.- Resumen de antecedentes.**

1. Dª Tomasa formula demanda, ejercitando acción de nulidad de condiciones generales de la contratación préstamo hipotecario de 11 de octubre de 2007, en concreto, de la cláusula de intereses 2.2. (sistema de amortización), de la cláusula de comisiones de gestión de reclamación de impagados (Cláusula Cuarta apartado 4.4.), y de la cláusula de interés de demora (Cláusula Sexta), con condena a la restitución de cantidades. abonadas por mi mandante indebidamente, desde la firma del contrato de préstamo hipotecario, más interés
2. La demandada, Banco Santander SA se opuso a la demanda alegando que la existencia de negociación y la validez de las cláusulas.
3. La sentencia de instancia, estimó parcialmente la demanda, sin imposición de costas.

La demandante apela y el demandado se opone.

#### **SEGUNDO.- Los motivos de apelación de la sentencia . Decisión de la Sala.**

1. Se alza el apelante contra el pronunciamiento de la sentencia que declara la validez de la cláusula sobre el sistema de amortización creciente del préstamo hipotecario, y objeta que a pesar de que en la escritura se indica que es el sistema de amortización francés, se fija un sistema de amortización a cuota creciente. La hipoteca, presenta un alto nivel de complejidad y al fijarse un periodo de interés fijo durante diez años, el cliente perdía la oportunidad de beneficiarse de la bajada del tipo de interés y al establecerse una cuota creciente en un 2%, puede costarle abonar la cuota hipotecaria. Objeta que las cláusulas no superan el control de transparencia, no hubo información para que el prestatario pudiera tener un conocimiento real de la carga económica del contrato.



2. La actora suscribió una hipoteca tranquilidad con Banco Santander SA, por importe de 172.900 euros. El préstamo tenía un plazo de amortización variable, dependiendo de las variaciones del tipo de interés. Hasta el día 1 de noviembre de 2008 el préstamo se amortizaba por medio de 12 cuotas de 829,92 euros. A partir de esa fecha, el importe de las cuotas posteriores para cada periodo anual, se incrementa a razón de un 2% cada año. Para la determinación de los tipos de interés aplicables se dividió el plazo total del crédito en dos fases: una primera de interés fijo, desde la firma del préstamo hasta el día 1 de noviembre de 2017 inclusive, se aplicará un interés nominal anual del 5,75%. Y una segunda fase, de interés variable, desde el día siguiente al de finalización de la primera hasta el día del vencimiento final del crédito, consistente en un tipo de interés nominal correspondiente a la suma del Índice de Referencia y el Diferencial. El índice de referencia adoptado es la "Referencia Interbancaria a un año (Euribor Hipotecario)". Y el sustitutivo, el "Tipo Medio de Préstamos Hipotecarios a más de tres años del Conjunto de Entidades".

3. La cláusula 2.1 de la escritura establecía: "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 diciembre de 2007 y la última, no más tarde del indicado día del vencimiento. Hasta el día 1 de noviembre de dos mil ocho, el préstamo se amortizará por medio de DOCE cuotas de 829,82 euros cada una. A partir de esa fecha, el importe de las cuotas posteriores para cada período anual, se incrementará a razón de un DOS POR CIENTO (2%) cada año, sobre el importe de las cuotas del periodo inmediatamente anterior.

El número total de las 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 una 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 art 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".

La cláusula 2ª. Subapartado 2.3 CUOTAS DE SOLO INTERESES, PERIODICIDAD, FECHAS DE LIQUIDACIÓN Y PAGO DE LAS MISMAS, indica: "Este préstamo tiene un periodo de carencia de amortización de capital desde la fecha de la formalización de esta escritura hasta el día 1 de NOVIEMBRE de 2007 fecha en que la parte prestataria efectuará un primer pago que comprenderá solo intereses devengados en ese periodo y que se calcularán conforme a los establecido en la cláusula 3ª. A partir del día siguiente a dicho primer pago, comenzará el periodo de amortización, mencionado en el punto anterior".

4. Consta la oferta vinculante en la que se indica que el préstamo se amortizará en un plazo variable en función del tipo de interés con una duración máxima de 480 meses a contar desde el primer pago, más un periodo de carencia que comprende desde la formalización hasta el día 1 del mes siguiente. Las primeras 12 cuotas ascenderán a 829,92 euros, creciendo anualmente a una tasa del 2,00% sobre el importe de las cuotas del periodo inmediatamente anterior. La cuota atiende, en primer lugar al pago de intereses y el sobrante a amortizar capital. Si el importe de la cuota no cubriera totalmente los intereses devengados, la cuantía no cubierta se incorporará al capital pendiente de amortizar.

5. Sobre unas cláusulas como las que son objeto de este recurso ya ha tenido ocasión de analizar los controles de incorporación y transparencia la Sala Primera del Tribunal Supremo que, en su sentencia de 27 de octubre de 2020, que a tales efectos señala" 1 .- *El único motivo de infracción procesal denuncia la infracción de los arts. 5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC ) y 80.1 y 82 del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (TRLGU). Cita como infringidas las SSTJUE de 30 de abril de 2014 y 20 de septiembre de 2017 ; las SSTS 222/2015, de 29 de abril , 166/2014, de 7 de abril , 241/2013, de 9 de mayo , 367/2017, de 8 de junio , 593/2017, de 7 de noviembre , 171/2017, de 9 de marzo ; y las SSTJUE de 26 de enero de 2017 y 9 de noviembre de 2016.*

2.- *Al desarrollar el motivo, la parte recurrente alega, sintéticamente, que la Audiencia Provincial no ha tenido en cuenta que no se dio información precontractual alguna, ni sobre simulaciones, ni sobre las previsiones de comportamiento de los tipos de cambio, ni sobre los riesgos asumidos, en particular que la combinación de un tipo*



fijo del 5,70% &#x20ac; a diez años con una cuota fija de 687,95 &#x20ac; tiene como consecuencia que el 99,3% de la cuota se destine al pago de intereses.

CUARTO.- Consideraciones previas sobre la modalidad de préstamo hipotecario convenido: sistema de amortización y de retribución (intereses ordinarios) pactados

1.- La principal obligación del deudor en un contrato de préstamo es devolver al acreedor la cantidad prestada, conforme al art. 1753 CC. A esta obligación se refiere la primera de las cláusulas de las que se pide la declaración de nulidad, esto es, es la estipulación 3.1 sobre "amortización", en sus apartados 1, 2, 3, 5, 6 y 7, con el contenido que quedó antes reseñado, cuyas características esenciales exponemos a continuación para una mejor comprensión de la cuestión litigiosa.

2.- En la modalidad del préstamo hipotecario pactado, el prestatario conocía desde un primer momento y durante toda la vida del préstamo -tanto en el periodo de interés fijo, como en el de interés variable- la cantidad que iba a pagar en cada una de las cuotas mensuales, así como también el dato de que las cuotas iniciales serían de menor importe que las posteriores.

Se trata de un préstamo de cuota creciente, en el que el prestatario comenzaba pagando una cuota que cada año se incrementaría en un porcentaje (2,5%). Esta distribución creciente provoca que las cuotas iniciales sean más bajas que las que, en identidad de circunstancias, corresponderían a otros modelos o sistemas de amortización como el francés puro (luego precisaremos esto), porque se dedican fundamentalmente al pago de intereses y apenas a amortización de capital, por lo que en cierta medida supone una modalidad de préstamo que, en términos económicos, se aproxima a los préstamos con un periodo de carencia al principio. Es decir, a cambio de pagar una cuota relativamente baja o cómoda durante los primeros años, los pagos se imputan en las primeras etapas de la duración del préstamo en mayor medida a intereses y no al principal, proporción que se va invirtiendo progresivamente a medida que avanza el plazo vencido del préstamo, de forma que durante la última etapa de vida del préstamo la situación es simétricamente inversa: las últimas cuotas se imputan mayoritariamente a la amortización del capital y en mucha menor medida al pago de intereses.

Con esta particularidad, pese a la mención expresa de la escritura, el sistema de amortización no era exactamente el francés, en sentido estricto, porque, si bien comparten la nota común esencial de basarse en una cuota cuya composición (capital e intereses) va modificándose progresivamente (más intereses y menos capital al principio, menos intereses y más capital al final), sin embargo, difieren porque en el sistema pactado la variabilidad que sobre la carga financiera del préstamo deriva de la variación del índice de referencia pactado para fijar el tipo de interés remuneratorio, no se traduce (como sucede en el sistema francés puro) en un incremento correlativo de la cuota periódica, que en caso de elevación excesiva puede generar una situación de insolvencia o incapacidad de pago sobrevenida en el deudor, sino que ese incremento de la carga financiera se traduce en un aumento del número inicialmente previsto de las cuotas periódicas, cuya cuantía se mantiene inmune a dicho aumento del tipo o índice de referencia, traduciéndose en una ampliación del plazo del préstamo, a fin de disminuir el citado riesgo de insolvencia; ello dentro del límite temporal máximo pactado de cuarenta años.

Correlativamente, en caso de disminución de la carga financiera por reducción de los tipos de interés (como ha sucedido durante los últimos años) el efecto es una aceleración del proceso de amortización, pues la parte de la cuota mensual absorbida por el pago de intereses disminuye, aumentando (hasta llegar al importe de la cuota) la parte destinada a la amortización del capital.

Finalmente, en el sistema pactado, se añade la previsión de un incremento lineal de la cuota periódica de un 2,5% anual, en función de un previsible incremento de los ingresos del prestatario, con la finalidad de ajustarse así progresivamente a su capacidad de pago, disminuyendo correlativamente el esfuerzo de amortización (en términos de absorción de renta familiar disponible) de los primeros años de vida del préstamo (previsión contractual que está alineada con los criterios que, en cuanto a la evaluación de la solvencia del deudor ha asumido actualmente la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, conforme a la Directiva 2014/17, al disponer que en dicha evaluación los prestamistas tendrán en cuenta no sólo los ingresos presentes del deudor, sino también "los previsibles durante la vida del préstamo").

3.- En cuanto a la división del cálculo y abono de intereses en dos tramos, uno fijo y otro variable, aunque el prestatario conoce la cuota que va a pagar (la inicial más un incremento del 2,5% anual a lo largo del préstamo), ignora la duración exacta del préstamo, ya que si durante el periodo de aplicación del tipo de interés variable se diera un escenario de tipos bajos, podría ocurrir que el crédito hipotecario se amortizase en un número de años menor al máximo establecido (40 años, equivalentes a 480 cuotas mensuales). Y ello, porque, como hemos señalado, el tipo de interés aplicable no afecta al importe de las cuotas, sino al número de cuotas a pagar. Las cuotas de cada anualidad se calculan a partir de la cantidad establecida para el primer año, incrementándose cada año en un 2,5%. Y se pagan en la cantidad resultante de aplicar ese incremento, hasta que se haya amortizado todo el capital o finalice el plazo máximo.



Por la misma razón, como el cálculo de intereses se hace al margen del cálculo de la cuota -que está prefijada-, en un escenario sostenido de Euribor alto, se podría dar el caso contrario, de tal manera que, al destinarse la mayor parte de la cuota al pago de intereses, se podría llegar al final del préstamo sin haber devuelto la totalidad del capital, por lo que habría que abonar la parte pendiente junto con la última cuota. E incluso si el Euribor fuera significativamente alto en teoría también podría suceder que tampoco se hubiera cubierto la totalidad de los intereses, que se capitalizarían para seguir generando intereses, por lo que esa última cuota experimentaría el correlativo aumento.

4.- Como en todo sistema de amortización, las diferencias respecto de los demás (de cuotas constantes -sistema francés-; decrecientes partiendo de cuotas iniciales más altas -sistema alemán-; crecientes partiendo de cuotas iniciales más bajas -sistema pactado-; de amortización total al final del plazo -sistema propio de los créditos no sujetos a amortización progresiva-; con o sin elementos de flexibilidad -previsión de aplazamientos-; con o sin periodo de carencia, etc.), tiene aspectos más o menos favorables o desfavorables en relación con los demás.

En este caso, podemos resumir que hay dos elementos favorables para el prestatario y dos desfavorables: (i) los favorables, que desde el primer momento conoce el importe exacto de las cuotas y que a partir del periodo de interés variable, si el Euribor evoluciona a la baja podrá amortizar antes del plazo máximo previsto; (ii) los desfavorables, que a priori no sabrá durante cuánto tiempo va a estar pagando el préstamo (dentro del máximo), ni tampoco, en el caso de que el Euribor fluctúe al alza, si con la última cuota deberá pagar la parte de capital pendiente no amortizado y, en su caso, los intereses no cubiertos por los pagos mensuales. Se trata, por tanto, de un sistema que prioriza salvaguardar la solvencia y capacidad de repago del préstamo al poner un tope a la cuantía de la cuota periódica, predeterminándola inicialmente (tanto en su cuantía inicial como en su evolución futura), alejando así el riesgo de posibles impagos y ejecuciones hipotecarias, permitiendo al mismo tiempo que, a partir de la primera fase de interés fijo, el deudor pueda beneficiarse de las bajadas del índice de referencia pactado (Euribor), con la consecuencia de acelerar el periodo de amortización, y correlativamente, en caso de aumentos de los tipos de interés en el periodo variable, pueda diferir tales pagos mediante una ampliación del periodo de amortización dentro del máximo pactado, esto es 40 años (que coincide con el periodo fijado en el Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, aprobado por el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos). (...)

2.- En el contrato de préstamo de dinero, el prestatario adquiere su propiedad, y como contraprestación queda obligado a: (i) devolver al acreedor la cantidad prestada: arts. 1753 CC y 312 CCom ); (ii) al pago de los intereses que expresamente se hubieren pactado ( arts. 1754 CCy 313 y 314 CCom ); y, además, (iii) al cumplimiento de las demás obligaciones pactadas ( art. 1255 CC ). Todo ello dentro de los límites legales (legislación bancaria, de condiciones generales de la contratación, de protección de los consumidores y usuarios, de prevención de la usura, etc).

3.- Las cláusulas impugnadas afectan a las dos principales obligaciones del prestatario: la devolución o reembolso del capital en el plazo y forma pactadas, y el pago de los correspondientes intereses remuneratorios. No se discute el carácter de elementos esenciales del préstamo hipotecario de las cláusulas controvertidas, en el sentido del art. 4.2 de la Directiva 93/13, de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, conforme al cual:

"2. 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".

4.- Al tratarse de condiciones generales de la contratación, quedan sujetas al control de incorporación de los arts. 5 y 7 LCGC, y en la medida en que están incluidas en un contrato celebrado entre un profesional predisponente y unos consumidores, también están sujetas al denominado control de transparencia. Como ha dicho el TJUE, entre otras, en su sentencia de 30 de abril de 2014, As C-26/13, Kásler, Káslené Rábai:

"teniendo en cuenta también el carácter de excepción del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 y la exigencia de una interpretación estricta de esta disposición que deriva de él, las cláusulas del contrato incluidas en el concepto de "objeto principal del contrato", en el sentido de esta disposición, deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que como tales lo caracterizan. (apartado 49)

"En cambio, las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de "objeto principal del contrato", en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13. (apartado 50)".



En el mismo sentido se pronunciaron las sentencias del TJUE de 20 de septiembre de 2017, *Andriuc*, C-186/16 / apartados 35 y 36) y de 3 de octubre de 2019, *Kiss y CIB Bank*, C-621/17 (apartado 32).

Estas cláusulas relativas al objeto principal del contrato, delimitadas con ese alcance, están también sujetas al control de transparencia material. Como ha declarado reiteradamente el TJUE, recientemente en su sentencia de 16 de julio de 2020, C-224/19 y C-259/19, *CY y Caixabank, S.A.*:

"el Tribunal de Justicia ha destacado que la exigencia de redacción clara y comprensible que figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13 se aplica en cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de esa Directiva y aun cuando el Estado miembro de que se trate no haya transpuesto esta disposición. Tal exigencia no puede reducirse únicamente al carácter comprensible de la cláusula contractual en un plano formal y gramatical ( sentencia de 3 de marzo de 2020, *Gómez del Moral Guasch*, C-125/18, apartado 46)".

En el mismo sentido se ha pronunciado en numerosas resoluciones esta Sala.

5.- En consecuencia, debemos realizar el doble control de incorporación y transparencia a que se refieren respectivamente los dos binomios de normas citadas como infringidas en el recurso: (i) los arts. 5 y 7 LCGC respecto de aquél; y (ii) los arts. 80 y 81 TRLGDCU respecto de éste.

**SEXO.- Control de incorporación. Desestimación del motivo**

1.- El control de inclusión o de incorporación supone el cumplimiento por parte del predisponente de una serie de requisitos para que las condiciones generales queden incorporadas al contrato. Mediante el control de incorporación se intenta comprobar que la adhesión se ha realizado con unas mínimas garantías de cognoscibilidad por parte del adherente de las cláusulas que se integran en el contrato.

2.- Aunque la LCGC se refiere a la incorporación de las condiciones generales al contrato en dos preceptos: en el art. 5, para establecer los requisitos de incorporación, y en el art. 7, para establecer cuándo las condiciones generales no quedan incorporadas al contrato, en la práctica se aplica en primer lugar el filtro negativo del art. 7 LCGC, y si se supera es necesario pasar una segunda criba, ahora positiva, que es la prevista en los arts. 5.5 y 7 de la misma Ley: la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles ( sentencias 314/2018, de 28 de mayo, y 57/2019, de 25 de enero ).

El primero de los filtros mencionados, el del art. 7, consiste, pues, en acreditar que el adherente tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración. La sentencia 241/2013, de 9 mayo (a la que sigue, entre otras, la sentencia 314/2018, de 28 de mayo ) consideró suficiente que la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas para superar este control, independientemente de que el adherente o el consumidor realmente las haya conocido y entendido, pues esto último tendría más que ver con el control de transparencia y no con el de inclusión.

El segundo de los filtros del control de incorporación, previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, hace referencia a la comprensibilidad gramatical y semántica de la cláusula.

En suma, para superar el control de incorporación, debe tratarse de una cláusula con una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal y que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato.

3.- Pues bien, las cláusulas litigiosas sí superan el control de incorporación, porque las adherentes tuvieron la posibilidad de conocerlas, al estar incluidas en la escritura pública y ser gramaticalmente comprensibles, dada la sencillez de su redacción.

Como resalta la Audiencia Provincial:

"Su redacción acredita que el consumidor estaba en disposición de tener conocimiento cabal y razonablemente completo de cómo juegan o pueden jugar en la economía del contrato. La redacción de los términos relativos tanto a la amortización como a los intereses, sin obviar el uso de términos jurídicos, es accesible. Es cierto que la escritura contiene una referencia al sistema francés de amortización. Aunque considerásemos que tal referencia resulta desconocida a la mayoría de los consumidores, no cabe concederle transcendencia alguna, dado que las estipulaciones impugnadas concretan con precisión el régimen de amortizaciones y determinación de intereses.

"Lo establecido respecto a la cuota creciente es perfectamente comprensible. Las 12 primeras cuotas son por importe cada mes de 687,95 Euros, a partir del 1 de abril de 2008 se incrementara cada año un 2,5% anual sobre el importe de las cuotas del periodo inmediatamente anterior. No se comprende cual sería la abusividad. La mayor celeridad en la devolución del préstamo abarata su coste, luego cada consumidor, dentro del ámbito de su autonomía de la voluntad, asume o no la carga económica que ello supone".



4.- Como hemos declarado en otras ocasiones, la sencillez y claridad exigible a la cláusula depende del tipo de contrato y de la complejidad de la relación contractual: "la exigencia de claridad y comprensibilidad de una condición general, a los efectos de realizar el control de incorporación, no es uniforme, sino que depende de la propia complejidad de la materia sobre la que versa el contrato, y, más en concreto, de la cláusula controvertida" ( sentencias 688/2015, de 15 de diciembre , 402/2017, de 27 de junio , y 322/2018, de 30 de mayo ). Si hay que prever unas condiciones para las distintas fases del contrato o hacer previsiones para el caso de que dejen de publicarse los índices de referencia, etc., no puede exigirse la sencillez y claridad de las condiciones generales de otros contratos más simples (por ejemplo, algunas compraventas). La exigencia de claridad y sencillez en las condiciones generales no puede determinar que las relaciones contractuales pierdan matizaciones o complejidad, salvo casos patológicos de complejidad innecesaria buscada para provocar confusión en el adherente. Lo exigible es que la redacción de la condición general no añada innecesariamente complicación a la propia complejidad que pueda tener la relación contractual.

Estándar que superan las cláusulas litigiosas, en los términos antes indicados, razón por la cual procede desestimar el motivo de casación en cuanto reprocha a la sentencia impugnada vulneración de los arts. 5 y 7 LCGC.

SÉPTIMO.- Control de transparencia. Desestimación del motivo

1.- El control de transparencia no se agota en el mero control de incorporación, sino que supone un plus sobre el mismo. Según se desprende inequívocamente de la jurisprudencia del TJUE (sentencias de 21 de marzo de 2013, C-92/11, RWE Vertrieb ; 30 de abril de 2014, C-26/13 , Kásler y Káslerne Rábai; 26 de febrero de 2015, C-143/13 , Matej; y 23 de abril de 2015, C-96/14 , Van Hove), 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.

El control de transparencia excluye que, en contratos en que el adherente sea un consumidor, pueda agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como éste la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica le pasó inadvertida, porque se le dio un inapropiado tratamiento secundario y no se le facilitó la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.

2.- Esta sala ha abordado, a propósito de la cláusula suelo, la cuestión del control de transparencia en los casos de subrogación del consumidor en el préstamo hipotecario concedido al promotor y se han modificado algunas de las condiciones de dicho préstamo, como por ejemplo en las sentencias 643/2017, de 24 de noviembre , 24/2018, de 24 de enero , 216/2018, de 11 de abril , 519/2018, de 20 de septiembre , y más recientemente en las sentencias 53/2020, de 23 de enero , y 338/2020, de 22 de junio , y 489/2020, de 23 de septiembre , entre otras.

Doctrina que cabe extrapolar al presente caso, en los términos y con las precisiones que veremos, en el que las cláusulas litigiosas se refieren, sustancialmente, al sistema de amortización y a la fijación de los intereses remuneratorios pactados, tanto en el periodo de interés fijo como en el de intereses variables, y a otras estipulaciones con ellas relacionadas, como hemos señalado al delimitar el objeto litigioso.

3.- En la fecha de celebración del contrato, la normativa bancaria sobre transparencia estaba contenida en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, que imponía el deber de entrega al prestatario del folleto informativo y la oferta vinculante como información precontractual, pero no extendía expresamente esos deberes de información a los casos de compraventa con subrogación e intervención del prestamista. Pero ello no significa que los preceptos de la Directiva 93/13/CEE y de la LCGC y del TRLCU, que establecen el requisito de la transparencia, dejaran de ser aplicables, en los términos señalados por la jurisprudencia, tanto comunitaria como nacional, que ha resaltado la importancia que para la transparencia en la contratación con los consumidores tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. La STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb , declara al referirse al control de transparencia:

"44. En efecto, reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información".

4.- Como hemos declarado en reiteradas ocasiones (por todas, sentencia 509/2020, de 6 de octubre ), no existen medios tasados para obtener el resultado que con el requisito de la transparencia material se persigue: un consumidor suficientemente informado. El adecuado conocimiento de la cláusula, de su trascendencia y de su incidencia en la ejecución del contrato, a fin de que el consumidor pueda adoptar su decisión económica después

de haber sido informado cumplidamente, es un resultado insustituible, aunque susceptible de ser alcanzado por pluralidad de medios. Así lo pusimos también de relieve en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, en que afirmamos que en cada caso pueden concurrir unas circunstancias propias cuya acreditación, en su conjunto, ponga de relieve con claridad el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de transparencia.

Así resulta también de la doctrina jurisprudencial consolidada del TJUE, reiterada nuevamente en la sentencia de 16 de julio de 2020 (C-224/19 y C-259/19, CY y Caixabank, S. A.), que tras recordar que "la exigencia de redacción clara y comprensible que figura en el artículo 5 de la Directiva 93/13 se aplica en cualquier caso, incluso cuando una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2, de esa Directiva" y que "esta exigencia no puede reducirse únicamente al carácter comprensible de la cláusula contractual en un plano formal y gramatical (sentencia de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 46)", añade que:

"dado que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referente, en particular, al nivel de información, la mencionada exigencia debe entenderse de manera extensiva, esto es, en el sentido de que no solo impone que la cláusula en cuestión sea comprensible para el consumidor en un plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 70 a 73; de 3 de octubre de 2019, Kiss y CIB Bank, C-621/17, EU:C:2019:820, apartado 37, y de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 43)" (apartado 67).

Y explica que esa exigencia del "carácter claro y comprensible" de las cláusulas litigiosas debe ser examinada:

"a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes, entre los que se cuenta la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, y teniendo en cuenta el nivel de atención que puede esperarse de un consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 74; de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 75; de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartados 46 y 47, y de 3 de marzo de 2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18, EU:C:2020:138, apartado 46)" (apartado 68).

En definitiva, en el examen de la transparencia se deberán tener en cuenta "el conjunto de circunstancias en torno a la celebración del contrato" (apartado 70).

5.- La sentencia recurrida realizó ese enjuiciamiento de transparencia respecto de las cláusulas litigiosas y llegó a una conclusión favorable, al entender satisfecho el estándar de transparencia exigible.

Así, respecto a la ausencia de simulaciones, indicó:

"Debe tenerse en cuenta que si el precio del dinero se fija con arreglo a un interés fijo durante 10 años y luego a un interés variable, si se pacta una duración tope, y si dicho tope solo puede decrecer, el único escenario posible es el pago mensual de una cuota predeterminada y conocida durante toda la vida del contrato, duración que dependerá de la evolución del tipo de interés variable. Saber si otra fórmula pudo resultar más ventajosa es un juicio que sólo puede hacerse a posteriori".

Respecto a la evolución de los tipos de intereses, explicó:

"Debe tenerse en cuenta la fecha del préstamo y la coyuntura económica y precio del dinero en ese momento; nada permite afirmar que el banco conocía cual iba ser la futura evolución del tipo de interés. La sentencia del Tribunal Supremo de 5 octubre de 2016 ya puso de manifiesto que la entidad bancaria no está obligada a adivinar la futura evolución del tipo de interés variable pactado como referencia, como tampoco a informar sobre sus previsiones sobre su evolución".

En cuanto a la supuesta falta de información clara y comprensible sobre el coste del préstamo en comparación a otras modalidades, argumentó:

"No estamos ante un contrato complejo. Se trata, como hemos dicho, de un contrato de préstamo que combina interés fijo y variable, buscando el pago de una cantidad fija mensual incrementada únicamente en un 2,5% anual, todo ello con el fin de que el prestatario conociese desde el principio qué cantidad tenía que satisfacer durante la vida del contrato, fijada ésta con un máximo, 1 marzo 2047".

Y en lo que se refiere al TAE, concluyó que la escritura pública refleja su importe con claridad.





6.- Criterios afirmativos de transparencia que deben ser confirmados, por los mismos argumentos transcritos y por las siguientes consideraciones adicionales:

(i) La ubicación en la escritura de cada una de las cláusulas combatidas es la que corresponde a su contenido y sistemática dentro del contrato (así aparecen agrupadas dentro de la estipulación relativa a la "amortización" las reglas contractuales atinentes al plazo, número de cuotas, importe, periodicidad, fechas de liquidación y pago, TAE, aplazamiento de cuotas y reembolso anticipado); a su vez, bajo la rúbrica de "intereses ordinarios" se agrupan los pactos relativos al tipo de interés y fórmula de cálculo del interés simple, periodo de interés fijo (hasta el día 1 de enero de 2018), y periodo de interés variable, con indicación breve y clara sobre la periodicidad de sus revisiones (cada 12 meses), tipo de referencia y tipo de referencia sustitutivo, y sus respectivos diferenciales (1 punto y 0,5% respectivamente, siendo el tipo de referencia el Euribor. No figura ningún pacto sobre límites a la variabilidad del tipo aplicable (ni suelo ni techo), ni previsiones de redondeo al alza o de otro tipo, ni ninguna otra cláusula que puede influir en la determinación del tipo aplicable.

(ii) Los datos cuantitativos del tipo fijo inicial (5,75%) y los diferenciales aparecen destacados tipográficamente, al igual que el número de cuotas de amortización.

(iii) Las reglas sobre la amortización del préstamo está claramente fijadas sin redacciones ambiguas u oscuras, ni remisiones a cláusulas distintas, ni anexos u otros documentos, y se resumen así: (a) periodo de carencia de amortización de capital desde la fecha de la escritura hasta el 1 de enero de 2008, en que se efectúa un primer pago de sólo intereses por los días comprendidos en dicho periodo; (b) a partir de dicha fecha comienza la amortización mediante un máximo de 480 cuotas mensuales (que es el periodo máximo de duración de los préstamos hipotecarios previsto en el Código de Buenas Prácticas aprobado por el RD 6/2020), la primera pagadera el 1 de febrero de 2008 y la última no más tarde del día del vencimiento; (c) el primer año las cuotas se fijan en 687,95 &#8364; cada una; a partir de esa fecha se incrementan en un 2,5% cada año sobre el importe de la cuota anterior; (d) la indeterminación del número total de cuotas (dentro del plazo máximo) responde a la propia naturaleza del sistema de amortización pactado, al no trasladar sobre la cuota mensual la variación derivada de la alteración periódica del índice de referencia durante el periodo del préstamo de intereses variables, según se explicará más adelante; (e) por la misma razón, al ser posible a partir de un determinado nivel de subida del índice de referencia (recuérdese que no se ha pactado "suelo" ni "techo") que la parte de los intereses exceda el importe fijo de la cuota, se prevé que el exceso se capitalizará en la forma prevista en el art. 317 Ccom .

(iv) La regulación contractual sobre los intereses ordinarios es clara: (a) tipo fijo nominal anual del 5,75% hasta el 1 de enero de 2018; (b) a partir de esta fecha el interés será variable, resultante de añadir al tipo de referencia (índice oficial del Euribor) el diferencial de 1 punto (previendo como índice sustitutivo el tipo medio de los préstamos hipotecarios, a más de tres años, del conjunto de entidades, en cuyo caso el diferencial será de 0,50% puntos); (c) se especifica cuál es el montante de la TAE, calculado teniendo en cuenta el tipo de interés inicial y el tipo de interés de referencia aplicable a la fecha de la escritura, advirtiendo que "variará con las revisiones del tipo de interés", especificando qué conceptos se han incluido en el cálculo, de acuerdo con la fórmula de la Circular del Banco de España 8/1990;

(v) Dada la ausencia de limitación a la variabilidad (incluso ausencia en el primer tramo de vida del contrato de la propia variabilidad), no tiene sentido exigir al prestamista información sobre previsible comportamientos del euribor o el coste comparativo de otros productos para asegurar esa variabilidad, ni la expresa indicación del carácter esencial de una cláusula limitativa que no existe. No hay cláusula sorprendente, ni frustración de expectativa o alteración subrepticia de los elementos esenciales que el consumidor pudo entender contratados.

7.- A las consideraciones anteriores se han de añadir las siguientes:

(i) Entre cláusulas litigiosas no existe ninguna de aquellas que, por sus riesgos específicos, han sido objeto de normas especiales protección y de información precontractual reforzadas, previas a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contrato de Crédito Inmobiliario. En concreto, no figura ninguna cláusula en que: (a) se estipulen limitaciones a la variabilidad del tipo de interés, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de variabilidad al alza; (b) lleve asociada la contratación de un instrumento de cobertura del riesgo de tipo de interés; o bien, (c) se concedan en una o varias divisas (vid. art. 6 de la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y art. 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios).

(ii) La citada Orden ministerial de 1994, vigente a la firma del contrato, si bien aplicable sólo limitadamente en los términos señalados más arriba por tratarse de una subrogación en un previo préstamo a promotor, no exigía ni en el anexo I (folleto informativo) ni en el anexo II (cláusulas financieras de los contratos) el desglose capital/intereses de cada cuota periódica; tampoco se exigía que en todo caso se determinase el último pago de amortización, o el número exacto de cuotas, lo que sólo era preciso "cuando estuviesen fijadas de antemano"; en concreto en el anexo II se exigían las siguientes indicaciones respecto de la cláusula de amortización:



"2. Amortización.- La cláusula indicará:

"1. Las fechas del primer y del último pago de amortización, cuando dichas fechas estén fijadas de antemano.

"2. El número, periodicidad y cuantía de las cuotas en que se divida la amortización del préstamo, cuando estuvieran fijadas de antemano.

"Si se tratara de préstamos en divisas [...]".

(iii) Dentro del conjunto de circunstancias que son relevantes para verificar que el consumidor ha podido evaluar, antes de vincularse contractualmente, el coste total de su préstamo, como ha señalado el TJUE en su sentencia de 3 de marzo de 2020, C-125/18, Gómez del Moral, "desempeñan un papel decisivo en tal apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de manera que permitan a un consumidor medio, según se ha descrito a este en el apartado 51 de la presente sentencia, evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de préstamo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato (sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 47 y jurisprudencia citada)".

En este sentido, tanto la falta de precisión en el contrato del plazo exacto de duración del préstamo (dentro del límite de los 40 años) y del número exacto de cuotas mensuales de amortización, como la posibilidad de que el importe del capital aumente en caso de que se produzca la capitalización de los intereses vencidos que excedan del importe de la cuota fija establecida, responden a la naturaleza de la modalidad del préstamo pactado, como se expuso anteriormente, por lo que la relativa indeterminación inicial de tales extremos, en las que incide el recurso, es la imprescindible para adaptarse a la modalidad de préstamo convenido, sin que en consecuencia quepa atribuir dicho déficit de información a una falta de transparencia de las cláusulas litigiosas. Aparte de que esa relativa indeterminación de algunos extremos (fundamentalmente, el plazo) se compensa con la total determinación del importe de la cuota mensual, pese a que, a partir de un determinado momento, el interés pasa a ser variable.

(iv) Finalmente, tampoco pueden acogerse favorablemente las alegaciones de las recurrentes respecto al hecho (que consideran un riesgo específico de la modalidad de préstamo contratada) de que una eventual amortización o vencimiento anticipado del préstamo en un momento dado no suponga que la parte de capital ya amortizado guarde proporción con la parte de tiempo transcurrido, pues, a excepción del sistema de amortización alemán en el que la parte de la cuota periódica destinada a amortización del capital es constante (constituida por una fracción del capital resultante de dividir la totalidad de éste por el número de cuotas), de muy escasa aplicación en el tráfico jurídico por el fuerte encarecimiento de las primeras cuotas, el hecho de pagar más intereses durante las primeras cuotas es coherente con la propia naturaleza del préstamo de amortización periódica, pues los intereses ordinarios o compensatorios, como señala la doctrina más autorizada, no son otra cosa que la retribución por la utilización o disponibilidad de la suma prestada y, en consecuencia, se calculan sobre la base del capital pendiente de pago, más alto en las primeras cuotas e inversamente más bajo en las últimas, en las que, por ello, desciende correlativamente la parte de la cuota destinada a intereses y aumenta la dedicada a la amortización del capital.

Considerar esta circunstancia como una particularidad especialmente perjudicial para el prestatario llevaría al absurdo de tener que considerar como especialmente perjudicial para el deudor, con mayor motivo, los pactos de carencia de amortización (las cuotas que vencen durante el plazo de carencia van destinadas íntegramente al pago de intereses), cuando tales pactos se contemplan en diversas normas cuya finalidad es la protección del consumidor frente al riesgo de impago, en el caso concreto de los deudores en los préstamos hipotecarios destinados a la financiación de la adquisición de la vivienda habitual, como sucede en el caso del Código de Buenas Prácticas para la reestructuración de deudas hipotecarias, a que ya hemos aludido, o más recientemente la normativa sobre moratorias hipotecarias convencionales para paliar los efectos económicos y sociales del Covid-19 (vid. art. 7 del Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo ).".

Las anteriores consideraciones son plenamente aplicables al supuesto que ahora se enjuicia, las cláusulas son transparentes por lo que resulta improcedente realizar el control de abusividad, habida cuenta que dicho interés es el precio del contrato ( art. 4.2 de la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril, sobre contratos celebrados con consumidores). ( STS 23 de marzo de 2021).

### **TERCERO.- Régimen de costas.**

No obstante desestimarse el recurso, y formulado el recurso antes de fijarse criterio por el TS, entendemos que concurren dudas de derecho que justifican su no imposición ( art.-398 LEC).

### **FALLO**



El Tribunal decide:

1º.- Declaramos no haber lugar al recurso formulado por el procurador D. Alejandro Granadero Jiménez en representación de D<sup>a</sup> Tomasa frente a la sentencia de 9 de febrero de 2020 dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia N<sup>o</sup> 8 de Tarragona, en Procedimiento Ordinario n<sup>o</sup> 976/2018, que se confirma.

2º.- Sin imposición de las costas de esta alzada.

Y pérdida del depósito constituido.

La presente sentencia podrá ser susceptible de recurso de casación si concurren los requisitos legales ( art. 469- 477 Disposición Adicional 16<sup>a</sup> LEC), y se interpondrá en su caso, ante este Tribunal en el plazo de veinte días a contar desde la notificación de la presente.

Pronuncian y firman esta sentencia los indicados Magistrados integrantes de este Tribunal.

Firme esta resolución, devuélvase los autos al Juzgado de su procedencia, con certificación de la misma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ