

Roj: **SJPI 365/2021 - ECLI:ES:JPI:2021:365**Id Cendoj: **17079420032021100001**Órgano: **Juzgado de Primera Instancia**Sede: **Girona**Sección: **3**Fecha: **16/04/2021**Nº de Recurso: **472/2020**Nº de Resolución: **281/2021**Procedimiento: **Procedimiento Ordinario. Contratación (Art. 249.1.5 LEC)**Ponente: **DAVID TORRES PINDADO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Girona Avenida Ramon Folch, 4-6, planta tercera - Girona - C.P: 17001

TEL.:972161710 FAX: 972219577 EMAIL:Instancia3.girona@xlj.gencal.cat

N.I.G.: 170794212020B096624 Procedimiento ordinario (Contratación art. 249.1.5) 472/2020--5B

Materia: Condiciones grales. Incluidas contratos financiamiento con garantías reales inmov. Persona física

Entidad bancaria BANCO SANTANDER: Para Ingresos en caja. Concepto: 1680000004047220 Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Girona Concepto: 1680000004047220

Parte demandante/ejecutante: Rosalia Procurador/a: Sheila Cara Martín Abogado/a: Maria Irene Moreno Ramos

Parte demandado/ejecutada: SANCO SANTANDER, S.A. Procurador/a: Ignacio Alberto De Quintana Tuebols Abogado/a: GUILLERMO GARCÍA BERDEJO

SENTENCIA Nº 281/202 1

Magistrado: David Torres Pindado · Girona, 16.de abril de 2021

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El/La Procurador/a de los Tribunales Sr/a. SHEILA CARA MARTIN, en nombre y representación de Rosalia , presentó demanda de juicio ordinario contra la entidad financiera BANCO SANTANDER, S.A. Se ejercitaba acción de nulidad de condiciones generales de la contratación con restitución de cantidades y costas.

La demanda fue admitida y se emplazó a la demandada para .su contestación en el plazo de 20 días.

La demandada BANCO SANTANDER, S.A., contestó la demanda en tiempo y forma oponiéndose a la misma, solicitando su desestimación y la imposición de costas a la contraria. ·

SEGUNDO.- Seguidamente las partes fueron convocadas al acto de la audiencia previa celebrada el día 14/4/2021, Comparecieron todas las partes.

Respecto a la prueba únicamente se propuso y admitió la prueba documental. Se denegó la pericial interesada por las partes.

Por lo tanto, conforme al artículo 429.8 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedó el juicio visto para sentencia sin necesidad de la previa celebración de juicio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.·Pretension.es de las partes.



La actora Rosalia ejercita acción de nulidad de cláusulas dispuestas en la escritura de subrogación y novación de préstamo hipotecario de fecha 22/6/2007 suscrita con la entidad BANCO SANTANDER, S.A. En concreto interesa la declaración de nulidad de la cláusula de la cláusula A) de amortización y de cuota creciente 2,5 % anual; B) tipo fijo 5% durante plazo de 10 años; y B bis) índice variables sustitutivo IRPH Conjunto de entidades; también interesa la nulidad del interés moratoria y comisiones por posiciones deudoras. Todo ello más restitución de cantidades, más intereses y costas.

La entidad demandada BANCO. SANTANDER, S.A., se opone a la demanda mediante las alegaciones correspondientes en defensa de sus intereses.

SEGUNDO.- Audiencia previa.

Controversia

Se fijan los hechos controvertidos consistentes en: i) la nulidad por abusiva de la cláusula de amortización, cuota creciente, tipo fijo, de índice de referencia IRPH entidades, comisiones e interés moratoria; ii) la procedencia de restituir las sumas reclamadas.

TERCERO. Acción individual de nulidad de condiciones generales de la contratación. Consumidor.

Existen dos premisas fundamentales para poder entrar a valorar si una cláusula de un contrato es o no abusiva al amparo de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC). La primera, que el contrato haya sido suscrito entre un profesional y un consumidor; y la segunda, que estemos ante una condición general de la contratación.

Respecto a la primera cuestión. el artículo 3 del TRLGDCU, contiene una definición legal según el cual "a los efectos de dicha Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional". De forma sustancialmente semejante el art. 2 de la LCGC. No resulta controvertido que la actora tiene la consideración de consumidor.

En cuanto al segundo elemento, el apartado 1 del artículo 1 LCGC define a las condiciones generales de la contratación como aquellas "cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos"

Centrándonos en las cláusulas impugnadas objeto de procedimiento resulta evidente que nos hallamos ante condiciones generales de la contratación. Lo cierto es que son cláusulas llamadas a incorporarse a una multitud de contratos y que son preredactadas unilateralmente por la entidad bancaria, las convierte en una condición general de la contratación. De hecho, la experiencia y práctica judicial demuestra que el cliente no tiene capacidad alguna de negociar la incorporación de tales cláusulas, sino que forman parte de las condiciones que le impone el banco para concederle la financiación requerida a modo de oferta irrevocable lo que ratifica la idea de que estamos ante cláusulas impuestas. La demandada no justifica la existencia de negociación individualizada aportando, al menos, la prueba documental que así lo indique o de la que pudiera derivarse.

Por lo demás, la reciente sentencia del TJUE de fecha de 3 de marzo de 2020 (C-125/18, asunto Gómez del Moral) establece que la cláusula que referencia el interés al IRPH (no el IRPH en cuanto tal) está comprendida dentro del ámbito de la Directiva 93/13, ya que no es el resultado de una disposición legal o reglamentaria imperativa, conforme exige la jurisprudencia comunitaria, En el mismo sentido se pronunciaba la STS de 14 de diciembre de 2017 en lo relativo a la "cláusula IRPH", y prueba de ello es que realizaba un control de transparencia sobre la misma.

CUARTO. Doctrina del TJUE y del TS sobre la cláusula de referencia de tipo de Interés variable al IRPH. Cláusula B bis IRPH Conjunto de Entidades.

Control de transparencia.

El TS se pronunció mediante Sentencia nº 669, de fecha 14 de diciembre de 2017, sobre el índice IRPH fijado como índice de referencia en las condiciones financieras de préstamos con garantía real inmobiliaria.

También lo ha hecho con posterioridad, y recientemente, la STJUE de fecha 3 de marzo de 2020 (C-125/18, asunto Gómez del Moral), y como veremos entiendo que no llega a conclusiones diversas y/o contrapuestas.

Comenzando por la Sentencia. del TS considera que el índice IRPH Entidades (en el caso analizado por el TS) es un índice oficial que aparece definido legalmente y, por lo tanto, no corresponde a la jurisdicción civil el control sobre si dichos índices aplican o no la normativa reguladora, sino a la Administración. Y concluye que "...el



índice como tal no puede ser objeto del control de transparencia desde el punto de vista de la Directiva. 93/13/CEE, sobre contratos celebrados con consumidores, ni de la legislación nacional protectora de consumidores; El art. 4 LCGC excluye de su ámbito de aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas, al igual que hace el art. 1.2 de la Directiva. 93/13. Así lo indica también el preámbulo de la Directiva ..."

Por lo tanto, no corresponde al órgano judicial de instancia examinar el modo en el que se ha fijado el índice de referencia legalmente predeterminado o si el IRPH, por ejemplo, puede ser manipulado por las entidades financieras, o si en su configuración se han computado datos o factores no adecuados, pues su fiscalización compete a los órganos reguladores de la administración pública.

En este punto, como se señalaba al final del anterior fundamento, una vez que el TJUE reformula la cuestión prejudicial que le somete el JPI nº 38 de Barcelona (apartados 27 y 28) se llega a una conclusión semejante a la del TS, es decir, es la cláusula que referencia el interés al IRPH (no el propio IRPH como tal) la que está comprendida dentro del ámbito de la Directiva. En cuanto al índice como tal el TJUE no se pronuncia.

En segundo lugar, el TS mantiene que al órgano judicial civil le compete el análisis y control de la transparencia de la cláusula que incorpora el índice de referencia IRPH, dedicando a ello el fundamento jurídico sexto de la Sentencia del TS (ap. 8, 9 y 11):

"8.: En consecuencia, para determinar la transparencia de la cláusula que incorpora el índice de referencia (IRPH-Entidades) habrá que ver si el consumidor era consciente, porque había sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial, así como la manera en que se calculaba el interés variable. Dado el carácter esencial de la propia cláusula, no cabe considerar que el consumidor no se apercebiera de su importancia económica y jurídica y que pudiera conocer que el interés resultante en dicho periodo se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial consistente en una media de los índices hipotecarios de todas las entidades que actuaban en España al que se sumaba un margen o diferencial.

Al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial como el propio precepto del préstamo.

9.- Igualmente, no se puede obligar a una entidad financiera a utilizar u ofrecer varios de los índices oficiales, por la misma razón que no se le puede exigir que únicamente ofrezca tipos fijos o solo tipos variables.

Ni era exigible a la entidad prestamista una explicación pormenorizada del modo en que se determina el índice de referencia, porque su elaboración estaba bajo la supervisión del Banco de España. Además, en este caso, la mención del índice no se hacía siquiera mediante una denominación que pudiera resultar desconocida para el consumidor, sino mediante su definición básica, que resultaba ilustrativa: "tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años, para la adquisición de vivienda libre, concedidos por el conjunto de entidades de crédito".

Tampoco era exigible, a efectos del control de transparencia, que se ofreciera al prestatario la opción de contratar con otros índices de referencia, como el Euríbor que, ex post facto, en los años posteriores a la celebración del contrato, se ha observado que ha tenido un comportamiento más económico para el consumidor. Los índices de referencia aplicables a los préstamos hipotecarios se supervisan por el Banco de España y se publican mensualmente en el Boletín Oficial del Estado, por lo que se trata de una información pública y accesible para cualquiera. Además, se publican de forma agrupada, por lo que es posible confrontarlos entre sí.

La transparencia en la contratación mediante condiciones generales no exige que el predisponente tenga una oferta más o menos amplia. Basta con que el adherente pueda conocer sin especiales esfuerzos cuál era el índice de referencia, de entre los varios admitidos legalmente, que se utilizaba por el predisponente en el contrato en cuestión, y el diferencial a aplicar sobre tal índice que utilizaba el predisponente para el cálculo del interés remuneratorio del préstamo ofertado."

Y finalmente en el apartado 11:

"El estándar de validez de este tipo de cláusulas referenciadas a un tipo oficial lo establecía, aparte de las normas de transparencia bancaria antes transcritas, la Disposición Adicional Primera I- 2ª de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984. (actual art. 85.3 TRLGCU), al exigir que: (i) se trate de un índice legal; y (ii) en el contrato se describa el modo de variación del tipo. Circunstancias ambas que se dan en el caso.



Con esos datos es fácilmente comprensible el precio del préstamo, puesto que el consumidor puede conocer de manera sencilla que tendrá que pagar el resultado de sumar el índice y el diferencial. Y aquí radica fundamentalmente la diferencia con los préstamos con cláusula suelo, en que dicha comprensibilidad quedaba oscurecida por el hecho de que el coste del préstamo no funcionaba siempre con esos dos elementos, al establecerse un tope mínimo por debajo del cual el diferencial no fluctuaba."

En este punto referente al examen de transparencia de la cláusula de referencia de tipo de interés la STJUE de 3 de marzo de 2020 coincide sustancialmente con el TS.

Según el TJUE la exigencia de transparencia se ha de entender como la obligación no solo de que la cláusula sea comprensible para el consumidor en un plano formal y gramatical, sino también de que posibilite que el consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, esté en condiciones de comprender el funcionamiento concreto del modo de cálculo de dicho tipo de interés y de valorar así, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras

La transparencia se debe analizar bajo dos aspectos o puntos principales (apartados 53 y 54).

i) por un lado, "...la circunstancia de que los elementos principales relativos al cálculo del IRPH de las cajas de ahorros resultaban fácilmente asequibles a cualquier persona que tuviera intención de contratar un préstamo hipotecario, puesto que figuraban en la Circular 8/1990, publicada a su vez en el Boletín Oficial del Estado. Esta circunstancia permitía a un consumidor razonablemente atento y perspicaz comprender que el referido índice se calculaba según el tipo medio de los préstamos hipotecarios a más de tres años para adquisición de vivienda, incluyendo así los diferenciales y gastos aplicados por tales entidades, y que, en el contrato de préstamo hipotecario en cuestión, ese índice se redondeaba por exceso a un cuarto de punto porcentual, incrementado en el 0,25 %."

ii) por otro lado, "También resulta pertinente para evaluar la transparencia de la cláusula controvertida la circunstancia de que, según la normativa nacional vigente en la fecha de celebración del contrato sobre el que versa el litigio principal, las entidades de crédito estuvieran obligadas a informar a los consumidores de cuál había sido la evolución del IRPH de las cajas de ahorros durante los dos años naturales anteriores a la celebración de los contratos de préstamo y del último valor disponible. Tal información también puede dar al consumidor una indicación objetiva sobre las consecuencias económicas que se derivan de la aplicación de dicho índice y constituyen un término útil de comparación entre el cálculo del tipo de interés variable basado en el IRPH de las cajas de ahorros y otras fórmulas de cálculo del tipo de interés."

El TJUE concluye que se deberá comprobar si se cumplió efectivamente con todas las obligaciones de información establecidas por la normativa nacional vigente en el momento de suscripción del contrato.

En el caso analizado por el TJUE dicha normativa nacional se configuraba por la Circular 5/1994, de 22 de julio, a entidades de crédito, sobre modificación de la circular 8/1990, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, que establecía en su Anexo VII los elementos mínimos que contendrán los folletos sobre los préstamos hipotecarios a que se refiere el art. 1 de la OM de 5 de mayo de 1994 (sobre transparencia de préstamos hipotecarios)

Concretamente sobre el tipo de Interés, la Circular disponía que el folleto debiera contener el "índice o tipo de referencia, en préstamos a interés variable (Identificación del índice o tipo, especificando si se trata de un índice de referencia oficial; último valor disponible y evolución durante, al menos, los dos últimos años naturales)".

La mencionada OM 5 de mayo de 1994 sin embargo no se aplicaba a todos los tipos de préstamos, sino a los que reunían las condiciones establecidas en el art. 1, entre las que se encuentra que fuera de importe igual o inferior a 25.000.000 ptas. (lo que es equivalente a 150.253 €). Por encima de esa cifra no era obligatoria la entrega del folleto informativo.

En el Preámbulo de la Orden 5 de mayo de 1994 se señalaba que "Dada su finalidad tuitiva, la Orden se circunscribe deliberadamente a los préstamos hipotecarios sobre viviendas, concertados por personas físicas, cuya cuantía no rebase los 25 millones de pesetas."

Esta norma estuvo vigente hasta que fue derogada por la Orden EHA/2899/2011, de 26 de octubre que ha dejado de exigir dicha información relativa a la evolución de los tipos de interés, y en el mismo sentido se manifiesta la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

La derogación de dicha exigencia de información sobre la evolución del tipo de referencia a partir del 29 de abril de 2012 es sintomática de su relativa transcendencia, ya que de ordinario, las regulaciones sobre la materia llevan una dinámica cada vez más protectora de los intereses del consumidor.



A dicha conclusión se llega por la Sentencia de la AP de Barcelona, sección 15ª, de fecha 27 de abril de 2020, que interpreta y analiza la STJUE de 3 de marzo de 2020.

Y además se añade que la Circular 5/1994, de 22 de julio (norma sexta bis), "obligaba al Banco de España a dar una difusión adecuada a estos índices que, en todo caso, se publicaban mensualmente, en el Boletín Oficial del Estado. Este dato es especialmente importante, ya que cualquier consumidor medio tendría un fácil acceso a la evolución de los diferentes índices, bien mediante la información difundida por el Banco de España, bien mediante la publicación mensual de esos índices en el BOE, aun en aquellos casos en los que no haya prueba sobre la entrega del folleto cuando procediera. También se indica en la referida sentencia que "además, al margen de la publicación en los distintos diarios oficiales, impuesta por la normativa Bancaria, es notorio que, en el momento en que se suscribió el préstamo, los distintos índices de referencia se difundían, confrontados entre sí, en buena parte de medios de comunicación, generalistas y especializados, a los que podía acceder con facilidad el consumidor medio, normalmente, informado y razonablemente atento y perspicaz. Se trata de información pública y accesible a cualquiera, en la medida que el consumidor medio dispone de múltiples canales para conocer el índice de referencia y su evolución."

Por lo demás, la información comparativa de la evolución de los distintos índices vigentes no se exige ni en la normativa bancaria nacional en la fecha de suscribir el contrato ni en la STJUE. Tampoco es necesario que la entidad ofrezca índices distintos ni desarrolle una función de asesoramiento (conclusiones del abogado general apartados 114 y 123)

El suministro de información por parte de la entidad financiera tampoco debe comprender la posible o hipotética evolución en el futuro del índice en cuestión u otros índices existentes en el mercado: ni comparativa con otros índices oficiales, en particular el EURIBOR.

Fíjese que la carga informativa que pesa sobre las entidades financieras resultan menos exigentes que en otros supuestos como cláusula suelo o, multivivisa, y ello habida cuenta que la condición analizada versa sobre un elemento esencial que, difícilmente puede pasar desapercibido al consumidor prestatario y, que además es un índice público y oficial.

Análisis de la transparencia formal e informativa de la cláusula impugnada.

Un primer nivel de transparencia es el relativo a si la cláusula, en sí misma considerada, desde un punto de vista gramatical o literal, es o no clara (arts. 5.5 y 7 de la LCGC). Nos referimos a la cláusula B bis. en sus diversos ap. en los que se fija el índice Entidades como sustitutivo en defecto del EURIBOR.

Dicha cláusula, leída de forma aislada y desde un punto de vista estrictamente gramatical o literal, es clara y comprensible pues concreta cuál es el tipo de interés nominal que se tomará como referencia, que es un índice oficial y que se publica en el BOE, por lo que está a disposición del cliente si éste quiere consultarlo.

Respecto al segundo control de transparencia, se determinará cómo se incorporó la cláusula al contrato, esto es, qué información se le dio al cliente de forma previa y en el mismo momento de la contratación de su existencia y contenido, para alcanzar la convicción de si aquél era o no consciente de las consecuencias jurídicas y económicas que comportaba la inclusión de tal cláusula en el contrato.

En este punto, y tratándose de un índice aplicable de forma sustitutiva en defecto del EURIBOR, se puede entender y compartir la existencia de duda informativa, real y efectiva, por lo que deberíamos entrar a analizar la abusividad.

Control de abusividad.

Llegados a este punto, si una condición general que define el objeto principal del contrato no es transparente el tribunal debe entonces entrar a valorar si es abusiva.

En efecto, la falta de transparencia material no implica por sí misma la abusividad de las condiciones generales. incorporadas a contratos celebrados con consumidores; sino que permite el examen de la abusividad, sin perjuicio de que ésta pueda deducirse de la falta de transparencia con relación a aquellas cláusulas, como la cláusula suelo, en que así lo haya fijado la jurisprudencia.

Así se infiere del art. 4 de la Directiva (art. 80.1 e del RD Legislativo 1/2007), que nuestra jurisprudencia ha considerado efectivamente incorporado a nuestro derecho interno (SSTS de 18 de junio de 2012 y 9 de mayo de 2013)

Por lo tanto, las cláusulas esenciales, pueden ser valoradas como abusivas si no superan el test de transparencia, pero la falta de transparencia no es, por sí misma, causa de nulidad según la Directiva.



Más recientemente, la STS de 24 de febrero de 2020, en un supuesto en que aprecia la falta de transparencia de la cláusula litigiosa reguladora del objeto principal del contrato (precio del servicio contratado por el adherente), nos indica que "...teniendo en cuenta que cuando se celebró el contrato estaba en vigor la actual redacción del párrafo segundo del art. 83 TRLCU, que parece equiparar la falta de transparencia a la abusividad, resulta aplicable la jurisprudencia del TJUE que establece que, respecto de los elementos esenciales del contrato (precio y prestación) una vez apreciada la falta de transparencia es cuando debe hacerse el juicio de abusividad (por todas, SSTJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13, Kásler ; y de 26 febrero de 2015, C-143/13 , Matei)"

Por lo demás, hay que tener en cuenta que la Ley 5/2019, de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en vigor el 16 de junio de 2019) introdujo en el art. 83 TRLGDCU un segundo párrafo cori arreglo al cual "Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho". En el mismo sentido se produjo en el art. 5.5 de la LCGC.

Debe advertirse, sin embargo, que dicha disposición tan solo reconoce la nulidad respecto de cláusulas no transparentes incorporadas al contrato en perjuicio del consumidor, por lo que pudiera llegar a entenderse que las incorporadas sin causar perjuicio (entiéndase de forma no abusiva, desproporcionada o desequilibrante) no podrían ser declaradas nulas.

Por lo demás, la abusividad o control de contenido consistirá, conforme a la Sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz), señala que para saber si una cláusula causa en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, debe verificarse si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.

Ese análisis, además, debe hacerse atendidas las circunstancias existentes en el momento en que se suscribió el contrato, sin que puede verse condicionado el juicio de abusividad por hechos posteriores, como puede ser la evolución de las distintas referencias hipotecarias.

Así se infiere de las SSTJUE 26 de enero de 2017 y 20 de septiembre de 2017 y precisamente de las conclusiones del Abogado General Sr. Spuznar presentadas en fecha 10 de septiembre de 2019 (aparatado 127) y, también de las del TS de fecha 8 de junio de 2017, 15 de noviembre de 2017, 23 de enero de 2018, y de las más recientes de fecha 11 de octubre de 2019 y 24 de febrero de 2020, mencionadas por las SSAP de Madrid de fecha 22 de mayo de 2020 (sección 28ª) y Barcelona de fecha 24 de abril de 2020 (Sección 15ª) que siguen el mismo criterio.

De este modo, el comportamiento y evolución que haya podido tener el EURIBOR frente al IRPH, no puede servir de pauta a los efectos discutidos, sin olvidar que en muchos casos el préstamo todavía le restan años para finalizar (por lo que las circunstancias pueden cambiar) y que el tipo de interés no se forma solo con el índice de referencia, sino también con el diferencial, y en el caso del EURIBOR no consta fueran también más beneficiosos para el prestatario que los aplicados a préstamos con IRPH.

Por último, el hecho de que el IRPH sea superior o inferior a otros índices y los efectos económicos de la aplicación de esa cláusula, no influye en el hecho de que el consumidor hubiera prestado su consentimiento válidamente pues éste siempre podría haber escogido otro índice o acudido a otras entidades bancarias para comparar otras fórmulas de financiación posible y escoger aquella que más se adecuara a sus necesidades.

Nos encontramos ante un índice oficial, fijado por la institución de supervisión, el Banco de España, y elaborados bajo su control, Y no se justifica ni cabe deducir que la entidad financiera pudiera manipular o alterar el índice ni que conociera datos o elementos sobre la evolución futura del índice de forma que actuara con ventaja sobre el prestatario.

Todo ello nos lleva a concluir sobre la falta de abusividad de la condición impugnada al no quedar justificado que la entidad financiera procediera en contra de las exigencias de la buena fe y en perjuicio o detrimento del consumidor ni que éste no hubiera aceptado la cláusula de referencia de tipo de interés variable habiendo conocido toda la información disponible.

QUINTO.- Amortización y cálculo de cuota creciente anual 2,5 %. Fijo del 5% .

Se interesa por la demandante la nulidad de la cláusula referente al sistema de cuota creciente anual de 2% al haberse impuesto dicho sistema sin informar sobre su funcionamiento, las consecuencias y efectos, frente al más habitual sistema francés, resultando un sistema perjudicial y que causa desequilibrio al consumidor en beneficio de la entidad financiera. La demandada se opone.

Las Sentencia de la AP de Barcelona, Sección 15ª, de fecha 19/11/18 y 29/6/18 rechazan la nulidad de cláusula semejante.



Del mismo modo la SAP de Girona nº 283/20, de fecha 26 de febrero y nº 9/2019, de 10 de enero.

La primera manifiesta:

"TERCERO. Cláusula relativa a la amortización de cuotas según el sistema de progresión geométrica.

29. No cabe sostener el planteamiento que realizan los recurrentes con un paralelismo o trato análogo a las cláusulas suelo que se han venido incluyendo en los préstamos hipotecarios en los últimos tiempos. Las referencias a la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre la cláusula suelo nos obliga a efectuar una matización importante, que guarda relación con la esencialidad del sistema de amortización que se cuestiona, en la medida en que determina de forma directa las cantidades que mensualmente deben satisfacer los recurrentes para cumplir con su obligación principal que es la devolución del capital prestado.

30. Así, debe convenirse que mientras la "cláusula suelo" forma parte inescindible del precio y, en ese sentido, contribuye a definir el objeto principal del contrato, no es esencial en tanto en cuanto puede incorporarse o no al contrato y, en consecuencia, puede ser conocida o no por el consumidor en el momento de suscribir el préstamo. Si la cláusula suelo puede no figurar en el contrato, es preciso un plus de información por parte de la entidad de crédito que alerte al consumidor de su presencia y de su incidencia real en la determinación del precio.

Cuando nos referimos a la forma de amortizar el préstamo no cabe efectuar un tratamiento análogo entre ésta y la cláusula suelo, conforme a los criterios jurisprudenciales fijados en torno a las mismas en la STS de 9 de mayo de 2013. En concreto, hemos de prescindir en nuestro análisis de todos aquellos hechos y circunstancias que propician que la cláusula pase inadvertida para el consumidor o que éste no llegue a comprender su verdadero alcance.

La doctrina se hace eco de esa distinción, dentro de las cláusulas que definen el objeto principal del pleito, entre elementos esenciales y otros que no lo son. También la sentencia del TS de 9 de mayo de 2013 alude a la misma al señalar en su fundamento 188 lo siguiente: "En este contexto, la literalidad de Directiva 93/13 /CEE.: las "cláusulas que describan el objeto principal del contrato" y a "la definición del objeto principal del contrato", sin distinguir entre "elementos esenciales" y "no esenciales" del tipo de contrato en abstracto -en el préstamo no es esencial el precio ni siquiera en el préstamo mercantil, a tenor de los artículos 1755 CC y 315 del CCom, sino a si son "descriptivas" o "definidoras" del objeto principal del contrato concreto en el que se incluyen o, por el contrario, afectan al "método de cálculo" o "modalidades de modificación del precio".

31. Por ello el carácter esencial de esta forma de amortizar el préstamo debe llevarnos a entender que el consumidor ha tenido en consideración su relevancia contractual, así como de la carga económica y jurídica que representa, llegando a conocer sin dificultad que esa cláusula es el elemento definitorio del objeto principal del contrato. y la obligación principal de los recurrentes, que no es otra que la devolución del capital.

32. Del análisis de la escritura de préstamo hipotecario de 4 de Julio de 2005 se colige que el contrato explicita el sistema de amortización como creciente, esto es, que no consta de una cuota fija durante todo el periodo del préstamo sino que lo integra una cuota creciente (más baja al principio y más alta al final que si se hubiera acogido un sistema de cuota fija). En sí mismo, tal sistema ni es beneficioso ni es perjudicial para el consumidor, ya que se trata simplemente de un método de cálculo. que supondrá una cuota más baja al principio (si se toma como referencia el sistema fijo) y más alta hacia el final.

Debe señalarse así mismo que se facilitó a los prestatarios oferta vinculante en la que se contenían los mismos términos establecidos en la escritura del contrato de préstamo hipotecario tal como se deduce de la prueba documental obrante en autos.

Que no sea el más frecuente en la práctica no lo hace tampoco poco transparente o perjudicial para el consumidor sino que es un sistema que se puede adaptar mejor que otros a las particulares circunstancias de consumidores con esperanzas de que sus Ingresos vayan mejorando progresivamente. No se nos ocurre otra razón por la que los actores lo aceptaran que la confianza en el futuro, esto es que su situación laboral y sus ingresos progresarían. Que finalmente pueda no haber resultado así, esto es, que los ingresos de los consumidores no hayan progresado de la forma esperada, no constituye, un argumento que descalifique el sistema de cálculo de la amortización.

Y el hecho de que pueda resultar siendo inasumible para los consumidores, por no adaptarse a la evolución de sus ingresos, tampoco es una circunstancia que podamos tomar en consideración. En realidad, también se podría argumentar que el sistema les resultaba a los consumidores "muy conveniente" (comparado con los sistemas de amortización fija) durante los primeros años del crédito, precisamente el periodo en el que el adquirente de la vivienda comúnmente debe asumir otros gastos extraordinarios. Por tanto, se trata de



una circunstancia completamente irrelevante desde la perspectiva del control de transparencia y desde la del control de contenido.

Finalmente debe p011érse de manifiesto que no resulta de aplicación el sistema de amortización francés que alegan los demandantes aportando el documento número 8 del escrito de demanda. Dicho documento no aparece firmado por las partes contratantes por lo que debe valorarse como un documento parcial elaborado a instancia de parte sin que tenga la suficiente consistencia probatoria para acreditar una novación del sistema de amortización pactado en la escritura de préstamo hipotecario de 4 de Julio de 2005.

La pretensión de nulidad no merece prosperar. La cláusula es clara. Con una cuota fija inicial de 682,50 € hasta julio de 2007 y posteriormente un tipo fijo de 5% por diez años hasta julio de 2017, con cuota creciente anual de 2,50%. Con posterioridad se pasa a tipo variable, siendo EURIBOR el principal y Entidades el sustitutivo.

Téngase en cuenta que la prestataria modifica y nova las condiciones del préstamo subrogado de fecha 22/11/2005.

Se determina la aplicación de un sistema de cuota creciente en términos de un 2,50 % anual de forma que al inicio del préstamo la cuota hipotecaria que debe satisfacer la demandante resulta inferior y a medida que avanza la vida de la operación la cuota es superior, lo que obedece a necesidades propias del consumidor prestatario y evidentemente ni causa desequilibrio ni perjuicio. Simplemente es un sistema de amortización diferente que se interesó por la demandante, como no puede ser de otro modo. Que no sea el sistema más habitual y utilizado en el ámbito bancario resulta intrascendente, pues como hemos dicho responde a una necesidad del prestatario que en un momento inicial carece de capacidad económica suficiente para hacer frente a una cuota más elevada, o tiene otros gastos que debe atender, y prevé que en el futuro dicha capacidad aumentará y/o podrá atender la cuota superior. Que a la postre resulte incorrecto dicho cálculo o apreciación no debe imputarse a la entidad financiera. Ni existe desequilibrio ni desproporción.

SEXTO. Cláusula de intereses moratorios 6 puntos por encima del ordinario.

La Junta de Magistrados de las dos secciones de la Audiencia Provincial de Girona, reunidos en Pleno no Jurisdiccional de fecha de 30 de noviembre de 2.005, completado y aclarado por los de 1 de diciembre de 2006 y de 14 de septiembre de 2009, así como por el posterior de fecha 28 de noviembre de 2012, acordó proceder a un control de oficio del tipo de interés reclamado y determinó que las demandas en las que el tipo de interés fuera superior en 2,5 veces el legal del dinero, al considerarse abusivo, se inadmitirían y archivarían. de acuerdo con la Sentencia del TJUE 14 de junio de 2012. Dicho Acuerdo fue aplicado posteriormente por Autos de la Ilma. AP de Girona de fecha 8 de mayo de 2013 y 11 de marzo de 2013, entre otros.

Ahora bien, actualmente es doctrina de la AP de Girona (Autos de fecha 8 de febrero de 2017, 25 y 17 de enero de 2017 y 19 de febrero de 2016) seguir la fijada, a su vez, por el Tribunal Supremo en Sentencias de 22 de abril de 2015 y 8 de septiembre de 2015, en cuanto a préstamos personales, y de 23 de diciembre de 2015, 18 de febrero de 2016 y 3 de junio de 2016 respecto de los préstamos hipotecarios. Se mantiene que "es abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del Interés remuneratorio pactado, atendiendo al parecer a lo establecido en el art. 576 LEC regulador de los intereses de mora procesal. Doctrina inicialmente generada para los contratos de préstamo sin garantía real y extendida después a los créditos hipotecarios por motivos de seguridad jurídica y conveniencia de establecer un criterio objetivo, sin apreciar razones para separarse en los créditos hipotecarios del criterio adoptado para los préstamos personales.

Y además, la misma Jurisprudencia se pronuncia sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses de demora por la declaración de abusividad, pronunciándose el T.S. en el sentido ya indicado respecto al límite de los intereses de demora, en la sentencia 265/2015, de 22 de abril; y en la STS de 3-06-2016, última de las citadas, reitera que para realizar el control de abusividad ha de tenerse en cuenta la doctrina del TJUE. según la cual, el límite legal previsto en el art. 114.3 LH no puede servir de parámetro para determinar la ausencia del carácter abusivo de una cláusula. Procede extender el criterio establecido en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los intereses de demora en préstamos personales, a los intereses de demora de préstamos hipotecarios y, por tanto, fija el límite de abusividad en dos puntos por encima del Interés remuneratorio pactado"

La nulidad de la cláusula en cuestión se, mantiene en la Sentencia 265/2015, de 22 de abril, que "La nulidad de la cláusula abusiva, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, contenida en la sentencia de 14 de junio de 2012 (caso Banesto), y reiterada por el auto de 17 de marzo de 2016 (caso Ibercaja), no da lugar a una "reducción conservadora" del incremento del tipo de interés que supone la cláusula de interés de demora considerada abusiva hasta el límite admisible, sino su eliminación total. Pero eso no supone suprimir el devengo del interés ordinario, que retribuye o compensa que el prestatario disponga del dinero. Lo que se anula y suprime



completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no estaba aquejado de abusividad y que seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución". La consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora representa la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada. Dicha doctrina se sigue por la Ilma AP. de Girona.

Por lo tanto, procede declarar el carácter abusivo de la cláusula de intereses de demora que fija el interés un tipo superando claramente en más de dos puntos el interés retributivo pactado con los efectos descritos anteriormente. La entidad demandada solo deberá restituir las sumas cobradas por intereses de demora que excedan del remuneratorio, más intereses, lo que se fijará en ejecución de sentencia.

SÉPTIMO.- Cláusula de reclamación por posiciones deudoras 30 €.

Debe declararse la nulidad de la estipulación cuarta mencionada, pues efectivamente, tal y como se mantiene, no se justifica la gestión o servicio prestado al cliente, sin que resulte procedente su aplicación automática, además de resultar desproporcionada y excesiva. Procede así la nulidad de las cláusulas por abusiva, resultando inaplicable. Sentencia lina. AP de Girona de fecha 2 de diciembre de 2015 y Auto de fecha 19 de noviembre de 2015, entre otras.

OCTAVO.- Costas.

Sin condena en costas dada la estimación parcial de la demanda.

FALLO

ESTIMO PARCIALMENTE la demanda presentada por Rosalia contra BANCO SANTANDER, S.A.

DECLARO la nulidad de la cláusula relativa de interés de demora y comisiones por posiciones deudoras contenidas en la escritura de subrogación y novación de préstamo hipotecario y ampliación novatoria, y su correspondiente eliminación.

No se hace expresa imposición de costas a ninguna de las partes, cada una pagará las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndose saber que no es firme y que contra la misma cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN ante este Juzgado dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a su notificación. En la interposición del recurso el apelante deberá exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna (artículo 458 de la LEC)

Así por esta sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.