



Roj: **SAP M 6357/2018 - ECLI: ES:APM:2018:6357**

Id Cendoj: **28079370252018100145**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **25**

Fecha: **14/06/2018**

Nº de Recurso: **772/2017**

Nº de Resolución: **202/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **CARLOS LOPEZ-MUÑIZ CRIADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoquinta

c/ Santiago de Compostela, 100 , Planta 8 - 28035

Tfno.: 914933866

37007740

N.I.G.: 28.092.00.2-2015/0006399

Recurso de Apelación 772/2017

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 02 de Móstoles

Autos de Procedimiento Ordinario 711/2015

APELANTES Y DEMANDANTES:

PROCURADOR Dña. ANA MARIA CASAS MUÑOZ

APELADO Y DEMANDADO: BANCO SANTANDER SA

PROCURADOR D. ALBERTO NARCISO GARCIA BARRENECHEA

SENTENCIA N° 202/2018

TRIBUNAL QUE LO DICTA :

ILMO. SR. PRESIDENTE :

D. FRANCISCO MOYA HURTADO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

D. JOSÉ MARÍA GUGLIERI VÁZQUEZ

D. ANGEL LUIS SOBRINO BLANCO

D. CARLOS LÓPEZ MUÑIZ CRIADO

En Madrid, a catorce de junio de dos mil dieciocho.



La Sección Vigésimoquinta de la Ilma. Audiencia Provincial de esta Capital, constituida por los Sres. que al margen se expresan, ha visto en trámite de apelación los presentes autos civiles Procedimiento Ordinario 711/2015 seguidos en el Juzgado de 1ª Instancia nº 02 de Móstoles a instancia de apelante - demandante D.

Y OTROS, representado por la Procuradora Dña. ANA MARIA CASAS MUÑOZ contra BANCO SANTANDER SA apelado - demandado, representado por el Procurador D.ALBERTO NARCISO GARCIA BARRENECHEA ; todo ello en virtud del recurso de apelación interpuesto contra Sentencia dictada por el mencionado Juzgado, de fecha 09/06/2017 .

Se aceptan y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho de la Sentencia impugnada en cuanto se relacionan con la misma.

VISTO, Siendo Magistrado Ponente D. CARLOS LÓPEZ MUÑIZ CRIADO

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por Juzgado de 1ª Instancia nº 02 de Móstoles se dictó Sentencia de fecha 09/06/2017 , cuyo fallo es el tenor siguiente: "Que desestimando la demanda interpuesta por el/la Procurador(a) SRA. CASAS MUÑOZ en nombre y representación de Víctor y 35 más contra BANCO SANTANDER S.A. debo absolver y absuelvo a BANCO SANTANDER S.A. de todos sus pedimentos. Todo ello con expresa condena en costas de la parte demandante."

SEGUNDO.- Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandante D. y otros, que fue admitido y dándose traslado a la parte contraria presentó en tiempo y forma escrito de oposición al recurso interpuesto, y, en su virtud, previos los oportunos emplazamientos, se remitieron las actuaciones a esta Sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales y señalándose para deliberación, votación y fallo el día 31 de Mayo de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - La Sentencia de primera instancia enfocó la contienda entendiendo que las acciones ejercitadas instaban la declaración de nulidad por abusividad de tres cláusulas de los 35 contratos, basándose en la falta de transparencia, no por error en el consentimiento, pues en la demanda no se cita ese vicio ni se describe, y en caso de no ser esa la pretensión, no sería posible atender la acumulación de acciones realizada. De acuerdo con ello analiza si las cláusulas de los contratos, que son sustancialmente iguales, superan los controles de incorporación y transparencia, observando respecto a la reguladora del sistema de amortización, importe, periodicidad, fechas de liquidación y pago de las mismas, que se trata de una cláusula esencial donde de modo comprensible para el prestatario se fija un plazo de amortización variable, con una fecha tope, en función de las oscilaciones del tipo de interés, indicando que cada año la cuota aumentará un 2,5% más, siendo fijo durante los diez primeros años y variable conforme al Euribor más un 0,70%. No aprecia abusividad intrínseca en este sistema de amortización mediante cuotas crecientes; considera que supera el control de incorporación por la claridad de la cláusula y estar destacada en letra negrita la progresión del incremento anual de las cuotas, siendo igualmente clara y comprensible la proporción de capital e intereses que se amortiza en cada cuota mensual, conociendo el consumidor en todo momento cuál es la cuantía de la cuota a pagar, y que la inicial ha de ser necesariamente inferior a la final, tratándose de un sistema que permite al cliente acceder al préstamo hipotecario al abonar una cuota más baja en el momento de la contratación. También supera el control de transparencia, pues dado su carácter esencial no resulta creíble que el consumidor ignorara el funcionamiento del sistema de amortización pactado, siendo cognoscible para un consumidor medio, en base a la información contenida en el contrato, cuál sería la carga económica aunque no supiese con exactitud cuántas cuotas tendría que abonar finalmente, de igual modo que en un préstamo a interés variable el prestatario tampoco puede saber cuál será la cuota a pagar mensualmente durante toda la vida del préstamo. Con relación al interés aplicable y su forma de cálculo, entiende que lo pedido en la demanda es la nulidad del periodo de diez años sujeto a interés fijo, observando que la cláusula supera el control de incorporación y transparencia. No considera que sea aplicable a esa pretensión la doctrina del Tribunal Supremo sentada en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre cláusula suelo. Tampoco aprecia desequilibrio, reiterando que en este supuesto no cabe examinar la abusividad al margen del doble control de transparencia por tratarse del contenido económico del contrato u objeto principal. Respecto a la cláusula que obliga al pago de la prima del seguro concertado por la prestamista con AIG, examina el fundamento de la cláusula apreciando que está en el mayor riesgo para el Banco derivado de superar el capital prestado el 80% del valor de tasación. Entiende que no puede considerarse una condición general de contratación sometida a control de abusividad, y la considera válida por responder a un acuerdo de las partes. Finalmente examina la trascendencia de la pretensión actora relativa a obtener una declaración de que BANCO DE SANTANDER actuó de forma contraria a las buenas prácticas,



argumentando a esos efectos que la ausencia de la oferta vinculante exigida por la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, no implica de forma automática el carácter abusivo de las cláusulas, y aunque la Jurisprudencia admite la posibilidad de que la infracción de normas administrativas que imponen una obligación determinada pueden dar lugar a la nulidad de los contratos que las contravengan, sin necesidad de un establecimiento expreso de ese efecto en el texto legal, en este caso sólo se pretende corregir la asimetría en la contratación bancaria soportada por el cliente, mediante el fomento de la transparencia en las relaciones entre la entidad y el consumidor, pero sin regular la eficacia o ineficacia del contrato en razón de su inobservancia. De ese modo, el incumplimiento de esas exigencias administrativas no implica la privación de la posibilidad de conocer la existencia de las condiciones generales del contrato.

Apela la parte actora en un recurso que, para su mejor comprensión, sintetizamos en los siguientes términos:

1. En un primer grupo se distinguen pretensiones dirigidas a impugnar concretamente los pronunciamientos de la Sentencia apelada,

1.1. Recordando que la Sección 11ª de esta Audiencia Provincial resolvió el conflicto negativo de competencia territorial entre los Juzgados de primera instancia 3 de Móstoles y 26 de Madrid, declarando la competencia del primero por no plantearse una acción en defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios, sino una acumulación subjetiva de acciones sobre declaración de conductas de la demandada contrarias a las buenas prácticas bancarias y nulidad de cláusulas por abusividad con recálculo de cuotas y devolución de la diferencia abonada de más, así como el importe pagado por prima del contrato de seguro; acusa a la resolución de incongruencia por no haber hecho un pronunciamiento respecto a cada uno de los demandantes, pues no se ejercitó una acción colectiva, ni sobre su petición principal, dirigida a obtener la declaración de que la conducta de la demandada es contraria a las buenas prácticas bancarias, lo cual se traduce en la abusividad de las cláusulas denunciadas, pero no pretendió la declaración de nulidad por vicio de consentimiento, sino por falta de transparencia valorada de acuerdo con los criterios interpretativos marcados por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 .

1.2. Considera que la Sentencia no ha analizado toda la documentación aportada, en particular los Informes del Banco de España, ni valoró la ausencia de documentación precontractual, como la falta de ofertas vinculantes ni simulaciones de lo que realmente se iba a pagar, de modo que los demandantes, captados por la publicidad de la llamada "hipoteca tranquila", por saber en todo momento lo que se va a pagar, "*no sabían que acabarían pagando intereses y amortizando un ridículo capital en unas cuotas fijas que resultan inasumibles y en un mercado que con los tipos de interés variable iban a intereses cada vez menores. Por contra: en lugar de ver disminuir su cuota por amortización de capital y de la reducción de los intereses, la han visto subir hasta importes abusivos.*" .

1.3. Afirma que las cláusulas de interés y forma de cálculo son nulas por falta de transparencia al no existir datos suficientes para determinar las consecuencias económicas de su aplicación en el periodo de las primeras 120 cuotas. Explica a esos efectos que si la cuota mensual se incrementa anualmente sin amortizar prácticamente capital, el interés aumenta cada año, de tal manera que al cabo de los diez primeros años, tras haber pagado una cuota cada vez más elevada, los importes amortizados de capital son ridículos, lo cual, a su juicio, implica que la cláusula no sólo sea abusiva por falta de claridad, sino también por usuraria, al aplicar un interés notablemente superior al normal del dinero, y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso.

1.4. Insiste en que la demandada les ha impuesto el pago de la prima de un seguro donde los demandantes no aparecen como tomadores ni beneficiarios, tratándose de un gasto que no les corresponde.

2. Amparándose en el control de oficio de las cláusulas abusivas de los contratos, insta a esta Sala a pronunciarse sobre la validez de otras cláusulas que no conformaron la pretensión en la primera instancia, empleando para ello una redacción aparentemente extraída de otro litigio en la mayor parte de su relato, por identificar a la prestamista como "ejecutante", y como "ejecutados" demandados a los prestatarios. En concreto alega la nulidad de las siguientes cláusulas:

2.1. la 10ª correspondiente al pacto de liquidez, al no existir una forma convenida entre las partes, pese a que el contrato de 23 de febrero de 2008 así lo prevea en la cláusula 10.2, señalando que en todos los contratos hay cláusulas similares, y como apoyo de su pretensión refiere la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2014 , concluyendo que la cláusula no es transparente;

2.2. la 3ª por la utilización del año bancario de 360 días en lugar de 365, en la operación de cálculo del interés, que lleva a dividir por 36.000 en lugar de por 36.500 en la llamada fórmula del "carrete", distorsionando la cuota de intereses a favor de la ejecutante, que se oculta al consumidor;



- 2.3. la 6ª porque el interés de mora fijado en seis puntos sumados al interés nominal ordinario, es muy superior al límite fijado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de marzo de 2016 ;
- 2.4. la 4ª.3 que impone una comisión de 30€ por reclamación de cuotas impagadas, pues supone una doble imposición con los intereses moratorios, afirmando que no han sido objeto de negociación, y debe ser expulsada del contrato;
- 2.5. la 4ª.1, que impone una comisión de apertura de 0,50% del capital prestado, sin estar justificado en qué consiste, ni demostrarse que corresponda a trabajos realmente realizados para el estudio de la operación, salvo que se incluyan trabajos de asesoramiento bancario, que tampoco sería procedente por no haberse indicado así en el contrato, y, además, son inherentes a la operativa bancaria y no pueden ser puestos a cargo del prestatario;
- 2.6. la 5ª correspondiente a la imposición a los prestatarios de todos los gastos, citando para ello la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 ;
- 2.7. la 6ª bis a) sobre resolución anticipada, pues la demandada se reserva la facultad de resolver el contrato por impago de una sola cuota.
3. Reitera su petición de intervención del Ministerio Fiscal, amparada en el artículo 15.1 LEC , por entender que existe un interés colectivo.
4. Pide que: *"... se estimen las peticiones realizadas por esta parte, declarando la abusividad de las cláusulas denunciadas y las que de oficio debe apreciar según la jurisprudencia comunitaria, se complete el pronunciamiento de las cláusulas abusivas por esa Audiencia Provincial de conformidad con la imperativa Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de mayo de 2013, y proceda al recálculo de las cantidades pagadas por mis representados procediendo a la compensación y devolución de las cantidades pagadas de más, con condena en costas a la parte demandada ."*

SEGUNDO. - La propia parte actora dice en la página 7 de su demanda que las cláusulas que se denuncian como abusivas son idénticas en todos los contratos, por eso es lógico que la Sra. Magistrada de primera instancia elija cualquiera de ellos para hacer el oportuno estudio sobre incorporación y transparencia. Los hechos descritos para cada uno de los demandantes son esencialmente los mismos, con las diferencias propias de cada contrato por el importe del préstamo, la tasación del inmueble o fechas de los contratos y reclamaciones, pero en todos se describe la misma actuación de los prestatarios en la concertación del negocio jurídico: captados por la publicidad de sucursal que ofrecía la denominada " hipoteca tranquilidad ", con el reclamo de " *pedir elegir 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* ". Refiere que no se les entregó oferta vinculante, y siendo el plazo de interés fijo para un periodo de 10 años, no se ofreció explicación conveniente del capital que iba a ser amortizado durante el curso de ese plazo, ni que los intereses iban a ser desproporcionados, ni que la verdadera amortización comenzaría a partir de los 10 primeros años, cuando pasara a aplicarse el interés variable conforme a las oscilaciones del Euribor, más un diferencial, el cual es de 0.70 puntos en la mayor parte de los casos, pero no en todos, pues también los había con diferencial de 0.75, 0.80, 0.90, 1.10 y 1.50, así como otros ajustados al IRPH más 0.10, 0.20 ó 0.85. Por eso, en la medida que la recurrente plantea su pretensión basándose en el reproche común de todos los demandantes a la demandada por haber incumplido su obligación de informar, empezando por no entregar la oferta vinculante, e imponer un clausulado por cuya lectura no resulta posible conocer el coste económico real de la operación, el tratamiento ha de ser común, y únicamente sería necesario hacer una valoración diferenciada para cada uno de los demandantes si la actora hubiese descrito una catalogación individual de las circunstancias personales de cada prestatario capaz de influir de modo distinto en el formación de su voluntad, determinante del consentimiento para el que se pide la nulidad en la segunda pretensión declarativa de la demanda, y de haberlo hecho así las demandas no podrían acumularse por no ser la misma causa de pedir, como afirmó la Sentencia apelada. La acumulación se admite precisamente porque el factor aducido como inductor del consentimiento prestado es objetivamente el mismo para todos los demandantes, y está directamente relacionado con el control de transparencia, tal como así se ha analizado en la Sentencia.

Los demandantes instan en su escrito rector pronunciamientos declarativos y de condena. Dentro de los primeros distingue:

- 1) declaración de una conducta de la demandada contraria a las buenas prácticas bancarias.
- 2) declaración de nulidad de consentimiento por conducta dolosa de la demandada. Dentro de esta pretensión insta la declaración de nulidad de tres cláusulas: a) la de cuotas de amortización; b) la de tipo de interés y forma de cálculo; c) la relativa al pago de la prima del contrato de seguro.



La primera de las pretensiones declarativas es la que, según consta en el texto explicativo añadido en el mismo párrafo, así como en los hechos aducidos en la demanda, antes referidos, implica una conducta irregular de la demandada y provoca la nulidad de consentimiento de los demandantes respecto a las cláusulas cuya apreciación de abusividad pretende. Es cierto, por tanto, que el respeto al deber de congruencia exige evaluar la trascendencia que pueda tener la insuficiencia de la información sobre la validez del clausulado, pero también lo es que la Sentencia recurrida se ha pronunciado expresamente sobre esa cuestión, en concreto en su fundamento jurídico quinto, cumpliendo así los deberes impuestos por el artículo 218 LEC, y no sólo evaluando la trascendencia del incumplimiento de la regla administrativa, sino en un contexto mucho más amplio enmarcado en el deber de información precontractual. Cuestión distinta es la discrepancia con las razones expuestas en la Sentencia para motivar que las cláusulas superan el control de transparencia, teniendo para ello en cuenta de manera fundamental la información precontractual, donde se inscribe, entre otras, la obligación de entregar una oferta vinculante.

TERCERO. - La cuestión fundamental con relación a la oferta vinculante no sólo es que se haya entregado efectivamente al prestatario, sino que en ella se expresen con claridad las condiciones esenciales del préstamo y luego sean trasladadas al negocio en el momento de firmarlo. Esta es, en realidad, una actuación administrativamente reglada para marcar pautas de comportamiento de la entidad bancaria en su deber de informar al consumidor sobre el producto financiero antes de concertarlo, pero ni es la única, ni por el hecho de presentarla necesariamente debe entenderse debidamente proporcionada la información, ni por no haberla entregado debe tampoco alcanzarse la conclusión inequívoca de no haber informado adecuada y suficientemente al prestatario, suponiendo únicamente una presunción a favor o en contra de su grado de diligencia, dependiendo de si fue o no entregada, que deberá analizarse valorando también la naturaleza del producto, teniendo para ello en especial consideración si se trata o no de un tipo de negocio de conocimiento general, tanto teórico como práctico, y asimilado por el común de los consumidores como un medio de características tan habituales que no precise de especiales explicaciones para comprender su trascendencia económica, o, por el contrario, que saliéndose de esa pauta de normalidad, sea extraño, o contenga matices infrecuentes que no permitan al consumidor reconocer su coste o riesgos de acuerdo con los conocimientos básicos que por información general y experiencia común se le presume, de modo que para captar su verdadera entidad precisen de un análisis profundo y guiado por el emisor del producto, que para ese fin deberá hacerlo superando la inercia de favorecer sus propios intereses económicos. Es en esos términos como entendemos deben utilizarse los criterios interpretativos desarrollados por el Tribunal Supremo, a su vez extrayéndolos de la Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, criterios que se han ido actualizando desde la Sentencia invocada por la recurrente, de 9 de mayo de 2013. A esos efectos, contrariamente a lo argumentado por la Sra. Magistrado de primera instancia, el hecho de haberse dictado las Sentencias del Alto Tribunal en litigios donde el contrato debatido no sea el mismo sometido a consideración del Juez o Tribunal ante quien se invoca su Doctrina, no es óbice para afrontar la interpretación del negocio litigioso de acuerdo con las reglas marcadas en aquellas Sentencias, cuyo valor general puede ser fácilmente trasladado, como ocurre en este caso, siendo esa, además, la voluntad del propio Tribunal que las elaboró.

El principal de esos criterios de interpretación es el desarrollado a partir de la Sentencia 834/2009, y que recientemente se reiteró en otras como la 608/2017, diciendo: "... se 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.". Más precisión en la definición del alcance interpretativo de esta Doctrina la encontramos en la Sentencia 36/2018, donde dice "..., la regla de la irrelevancia del equilibrio económico del contrato sufre un cambio de perspectiva cuando esta parte del contrato no puede ser suficientemente conocida por el consumidor. En caso de que por un defecto de transparencia las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no pudieran ser conocidas y valoradas antes de su celebración, faltaría la base para la exclusión del control de contenido, que es la existencia de consentimiento. /// »Por eso, **el control de transparencia a la postre supone la valoración de cómo una cláusula contractual ha podido afectar al precio y a su relación con la contraprestación de una manera que pase inadvertida al consumidor en el momento de prestar su consentimiento, alterando de este modo el acuerdo económico que creía haber alcanzado con el empresario, a partir de la información que aquel le proporcionó** ». /// En las sentencias 464/2013, de 8 de septiembre, y 367/2017, de 8 de junio, hemos advertido que, en función de esa finalidad o razón de esta exigencia de transparencia, la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos su cumplimiento. /// Es cierto



que en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, declaramos que «en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia». Pero, como también hemos puntualizado en la sentencia 367/2017, de 8 de junio, lo anterior no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir. »

Esta Doctrina pretende homogeneizar el modo de interpretar la prestación del consentimiento del consumidor en negocios jurídicos o cláusulas, nada habituales en otros tiempos, donde se ve expuesto a un riesgo no perceptible en el momento de firmar el contrato, unificando con ello la hermenéutica, no sólo de los contratos de préstamo con cláusula suelo, sino también de otros tan diferentes como los préstamos en divisa o referenciados a ellas, las permutas de intereses o SWAP, participaciones preferentes y obligaciones convertibles necesariamente en acciones, y por ello extenderla a otros celebrados con consumidores, aún no tratados, donde puedan percibirse rasgos de exposición al riesgo difíciles de detectar. Por añadidura, los demás Tribunales debemos asumir tales criterios y adecuar la interpretación de los contratos a esos postulados, aunque ello suponga apartarnos de posiciones mantenidas con anterioridad.

CUARTO. - Como hecho de partida para evaluar el deber de información exigido en este caso a la entidad bancaria, está la publicidad del producto, pues ésta es la que atrae al consumidor anunciando un medio de financiación atractivo. Aunque no nos ha sido posible encontrar entre los más de 2.400 folios presentados por la parte actora en el ejercicio de su acción el muchas veces anunciado en la demanda como documento 1, donde se contiene la publicidad del producto con la frase: " *pedir elegir 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* ", tampoco niega la parte demandada que se hubiera empleado; por eso lo tomamos como hecho cierto. La información que se proporciona en la publicidad incide en el factor más positivo: " *ir más desahogado al principio* ", es decir, pagar inicialmente una cuota menor a la que en ese momento se ofertaba en el mercado financiero para un préstamo hipotecario normal. Se indica como única contrapartida el incremento de un 2,5% anual de la cuota, pero ninguna referencia hay a otro factor fundamental, que es el interés remuneratorio fijo de un 5% o más durante diez años. Esto exigía una mayor información, y para ello el Banco entregó a algunos de los demandantes la oferta vinculante, pero no a todos, pues de los 35 sólo consta firmada la recepción por 11. En las ofertas vinculantes que sí constan entregadas se indica, entre otras cosas:

" *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 de amortización de capital que comprende desde la fecha de formalización hasta el día 1 del mes natural siguiente, fecha en la que el prestatario efectuará el primer pago, sólo de intereses, salvo que la fecha de formalización coincida con el día 1 del mes natural, en cuyo caso no existirá periodo de carencia, pagándose la primera cuota de amortización. La amortización se efectuará mediante un máximo de 480 cuotas los días 1 de cada mes natural, comprensiva de capital e intereses. Las primeras 12 cuotas de amortización ascenderán a ...(la cuantía depende cada caso) creciendo anualmente a una tasa del ...(2 ó 2.5%, según los casos), 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*".

Unos párrafos después de explicar el mecanismo y comisiones para el reembolso total o parcial del préstamo, dice en cuanto a los intereses ordinarios, incluidos en un apartado distinto : " *Se devengarán desde la entrega del préstamo a un tipo anual del (5 ó 5.75%, según los casos), hasta 120 meses desde el primer pago o en su caso, desde el día de la firma si el préstamo se formaliza el día uno del mes natural. Posteriormente el interés será variable, liquidándose cada mes natural* . "

Llama la atención en el encuadre sistemático de la oferta que no se especifique el porcentaje de capital que se iría amortizando con cada cuota, ni siquiera si lo haría de forma variable o constante. Sabido es por conocimiento general que en los préstamos sujetos a un largo plazo de amortización suele satisfacerse al principio en cada cuota una mayor cantidad de intereses que de capital, para situarse a la inversa al final. También lo es que las entidades bancarias no indican, por lo común, en qué modo se realiza esa operación, pero sí entregan al prestatario, siendo muy habitual en las escrituras de préstamos a interés fijo, un cuadro de amortización, lo cual posibilita al prestatario conocer cuánto va a ir amortizando del capital con el pago de cada cuota. En los casos estudiados se echa de menos esa información, pese a establecerse un plazo de amortización con interés fijo durante 10 años. Pero, además, todavía se hace más necesario porque, al contrario de lo habitual, la cuota crece a un ritmo constante y acumulado durante toda la vida del contrato, de manera que, pese a pagarse inicialmente una cuota inferior, se iría incrementando en una proporción que el



Banco pudo explicar fácilmente en un cuadro de amortización, mientras para el prestatario no resulta sencillo obtenerla, y menos cuando se trata de una previsión inicial a 10 años. De esa manera, el consumidor a quien se hace la oferta sabe con seguridad que la cuota aumentará al ritmo de un 2 ó 2.5% anual durante una previsión de pago extendida a un máximo de 40 años, para lo que deberá prever el aumento de sus ingresos a un ritmo equivalente. Pero al desconocer en qué proporción se amortiza capital con cada cuota, y depender de este factor el plazo de duración del préstamo, la información suministrada no es completa. Por otro lado, en este tipo de contrato de préstamo a interés remuneratorio mixto (fijo y variable) ofrecidos cuando el de referencia está al alza, hay un componente especulativo por la apuesta de futuro que implica para las dos partes durante un periodo largo de 10 años, pero así como el Banco se encuentra cubierto durante ese tiempo frente a la variación por encima del interés pactado gracias a que la amortización de capital será muy pequeña, el prestatario no sólo no se beneficia de las bajadas del tipo de interés, sino que en caso producirse ese escenario durante un largo periodo de tiempo, como así ha ocurrido, la carga económica se agrava al no poder amortizar más capital, ni, por tanto, reducir el plazo de amortización. De ese modo, los 10 años de plazo fijo se muestran, en realidad, como un periodo de carencia temporal en el que no puede variar (salvo casos de amortizaciones parciales del préstamo) el plazo máximo de vencimiento, no fácilmente perceptible.

En las escrituras de préstamo no hay variaciones respecto a las ofertas vinculantes que constan recibidas, y, por tanto, las carencias apreciadas en aquéllas existen también en el documento notarial, con el agravante para quienes no recibieron la oferta vinculante de que ni siquiera consta la información precontractual antes expuesta. Todo ello nos lleva a concluir que la información proporcionada por la demandada a los prestatarios no ofrecía los datos necesarios para comprender la trascendencia económica del negocio, y menos en un momento, como fue el año 2007, cuando se firmaron los contratos, en la cumbre de expansión económica, con los sueldos más elevados y los precios del mercado inmobiliario tan altos que obligaban a contraer grandes deudas hipotecarias, escenario que cambió casi de manera repentina en los años posteriores, como es de conocimiento notorio, y también lo es que ya se daban avisos sobre la inminente crisis, sin duda más fácil de percibir y conocer para una Entidad financiera de elevado rango, como lo era entonces BANESTO, que, además, ya había sido adquirido por BANCO DE SANTANDER.

A esto se añade que el capital pendiente de amortizar podría, incluso, aumentar en el caso de acumularse cuotas donde no se cubrieran los intereses devengados. Y no es fácil entender a qué se está refiriendo el Banco cuando incluye esa mención en la oferta desligándola de la cláusula reguladora del interés variable. Por otro lado, en las escrituras de préstamo dice sobre ese particular: "*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, el correspondiente al capital del préstamo no amortizado*".

La valoración realizada nos lleva a considerar que la demandada no cumplió adecuadamente el deber de información precontractual respecto a la cláusula objeto de análisis, a efectos de conocer su relevancia económica y las consecuencias perniciosas que podría ocasionar al prestatario en el curso de los diez primeros años de vigencia del contrato, por lo que procede estimar en este punto el recurso y la demanda, debiéndose declarar la nulidad de las dos primera cláusulas.

QUINTO. - Debe reseñarse que dos de los demandantes han suscrito con el Banco demandado sendos acuerdos para novar sus respectivos contratos, en concreto los identificados en la demanda como parte 15ª y 19ª. El primero de ellos, correspondiente a D Pío , otorgó escritura ante Notario el día 21 de diciembre de 2015, y por tanto con posterioridad a presentarse la demanda, donde en la parte expositiva dice: "*V.-... por desavenencias relacionadas con las condiciones pactadas inicialmente en la referida escritura de préstamo con garantía hipotecaria, han planteado formalmente al Banco una reclamación extrajudicial. /// VI.- Que, al objeto de poner fin a la reclamación del prestatario y zanjar definitivamente sus diferencias respecto a las condiciones pactadas inicialmente en la escritura referida en el Expositivo I, los prestatarios y el Banco han alcanzado un acuerdo para modificar sus condiciones y lo llevan a efecto por medio de la formalización de la presente escritura, con efectos desde su firma ...*". La segunda, otorgada por D y Dª , lo fue el día 30 de octubre de 2015, por tanto con anterioridad de la presentación de la demanda, contienen una exposición con la misma redacción. En ambas pactan la novación del contrato de acuerdo con los intereses de cada uno de esos prestatarios. Además, contienen una cláusula, la tercera, con la denominación "ACUERDO TRANSACCIONAL. CONFIDENCIALIDAD" donde pactan: "*Los prestatarios reconocen expresamente que con la formalización de la presente escritura de novación modificativa se pone fin a cualquier discrepancia y extingue definitivamente cualquier obligación y responsabilidad económica y de cualquier otro tipo derivada de la suscripción del préstamo descrito en el Expositivo I. /// En consecuencia, los prestatarios renuncian expresamente a reclamar*



a Banco de Santander. S.A., sus empleados, agentes o asesores y a las sociedades del Grupo Santander, como consecuencia de la suscripción del citado préstamo y de sus circunstancias anteriores o posteriores cualquier tipo de compensación, gastos o indemnización, reconociendo de forma expresa y terminante que nada tienen que reclamar a Banco de Santander y a las personas indicadas a raíz de la suscripción del préstamo descrito en el Expositivo I de esta escritura ."

Siendo esto así, las acciones promovidas por los referidos litigantes deben recibir respuestas distintas de las que se dirán para el resto.

Con relación a D Pío nos hallamos ante la satisfacción extrajudicial realizada mediante una transacción no sometida a homologación judicial, con renuncia de las acciones ya ejercitadas.

Respecto a D y D^a, implica una transacción previa al proceso con renuncia a ejercitar acciones, de modo que en el momento de presentarse la demanda ya carecía de acción.

En ambos casos implica realizar un pronunciamiento desestimatorio de sus pretensiones.

SEXTO. - Respecto a la cláusula referida a la prima del seguro, pues únicamente ésta entre todos los gastos es objeto de pretensión anulatoria en la demanda, debe interpretarse teniendo en cuenta los criterios hermenéuticos expresados por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en su Sentencia 147/2018, donde, a su vez, se valora el alcance de los razonamientos de la Sentencia 705/2015. En los casos estudiados considero que la cláusula sujeta a su valoración era una condición general impuesta, y en su redacción se atribuía al consumidor indiscriminadamente y sin matices todos los gastos e impuestos, por lo que, aplicando su propia Doctrina fijada en la Sentencia 705/2015, la declaró abusiva. Esa consideración implica la nulidad de la cláusula y, por tanto, su inexistencia, de modo que al quedar la distribución de gastos sin específica regulación, cada parte deberá satisfacer los que le corresponda en función de la naturaleza y contenido del negocio jurídico que los generó (p. ej. gastos de tasación, notaría) o el deber legal que lo regule (p. ej. Impuestos), pero entendiendo que si existe un pacto expreso no afectado por la nulidad de la cláusula por el que una de las partes acepta pagar unos determinados gastos, deberá estarse a lo convenido. Por eso, la primera valoración ha de ir encaminada a determinar si la cláusula controvertida es o no abusiva en función del modo de imponerla.

La cláusula en cuestión se enmarca dentro de la relativa a los gastos, donde se dice:

" Serán a cargo de la parte prestataria los gastos suplidos previos producidos por la obtención de certificaciones y notas simples del Registro de la Propiedad, los gastos y tributos que se causen por el otorgamiento de esta escritura, por la expedición de primera copia y una copia simple para la Entidad acreedora, y los derivados de cualquier documento que complemente la presente o que sea preciso otorgar o inscribir para la plena eficacia de la hipoteca que aquí se constituye, incluso las escrituras de cancelación total o parcial de la misma. Se incluyen entre los citados gastos los de notaría, tramitación y Registro de la Propiedad, así como todos los tributos que ahora o en el futuro graven el capital o los intereses de las operaciones bancarias. /// Igualmente, serán de cuenta de la parte prestataria los gastos derivados de la tasación de la finca que se hipoteca, incluso los derivados de las sucesivas tasaciones que, de conformidad con lo previsto en la Estipulación 15^a, se realicen de la finca hipotecada, los de su conservación, así como los de las primas del seguro de daños e incendios y del Seguro de Indemnización por Incumplimiento para financiaciones que superen el 80% del valor de tasación. /// A los efectos de este contrato, la parte prestataria manifiesta que siendo conocedora de que el importe del préstamo solicitado supera el 80% del valor de tasación del inmueble que se financia, según la tasación efectuada, cuyo certificado se adjunta a la presente, 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, el cual será contratado por Banco Español de Crédito, S.A., 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 base a dicha aceptación, la parte prestataria consiente que la prima de dicho seguro por importe de ...(depende de cada contrato)... sea cargado en la cuenta corriente donde se ha hecho entrega del importe del préstamo, así como que, por parte del Banco, se proporcione a la compañía aseguradora, bien directamente, bien a través de alguno de sus mediadores, toda la información personal y financiera correspondiente a este préstamo a los efectos de contratación y administración de la póliza del seguro. /// Teniendo en cuenta que, de acuerdo con el condicionado de la póliza contratada, la compañía aseguradora no procederá, 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. En consecuencia, el importe de la prima no será reembolsado total o parcialmente, ni se destinará a cubrir otra relación jurídica de préstamo que no sea la establecida en este documento público. /// También serán de cuenta del cliente los gastos de correo, teléfono, telex u otros medios de comunicación generados por cada operación. /// La parte



prestataria autoriza en este acto de forma expresa e irrevocable a la entidad prestamista para que cargue en su cuenta el importe de dichos gastos ."

En las ofertas vinculantes que constan firmadas por los algunos de los prestatarios existe un apartado enunciado como "GASTOS A CARGO DEL PRESTATARIO", donde se hace una relación que incluye: " *tasación, verificación registral, aranceles de Notarios y Registradores, impuesto y tributos, gastos tramitación de inscripción de la escritura de préstamo e hipoteca, incluidos los de cancelación total o parcial de la misma, los gastos de conservación del inmueble, la prima del seguro de daños e incendios y en los casos en los que proceda la del seguro de construcción y la del seguro de indemnización por incumplimiento para financiaciones que superen el 80 por ciento del valor de tasación, así como los gastos procesales o de otra naturaleza derivados del impago por el prestatario ."*

De lo anterior se desprende que la cláusula de gastos hace una pormenorizada relación, siendo especialmente descriptiva e individualizada en lo relativo a la prima del seguro que se cuestiona. Por eso ésta no puede considerarse nula, pues aunque se trata de una cláusula impuesta, no hay duda sobre su transparencia tanto en el plano de la comprensión literal y percepción sistemática, como en su trascendencia económica.

Por eso en este punto compartimos y hacemos nuestro el pronunciamiento desestimatorio de la Sentencia apelada.

SEPTIMO.- La parte recurrente insta a esta Sala a apreciar de oficio la nulidad de una serie de cláusulas. Sorprende a esos efectos que tal planteamiento no lo haya hecho en su demanda, pretendiendo ahora que el Tribunal supla esa carencia decidiendo en única instancia. Ese planteamiento no puede entenderse vinculante para el Tribunal ante el que se hace, pues la apreciación de oficio es una consideración judicial interna definida por el descubrimiento de la cláusula abusiva en el marco de los intereses en juego y la tutela judicial pretendida. No se trata de hacer una revisión genérica y global del clausulado de cualquier contrato que se presente, sino de aquello que pueda tener relevancia para la solución de la contienda. De ese modo, en un proceso como éste, donde los consumidores son quienes demandan, están fijando con ello cuál es la tutela judicial pretendida y el ámbito de sus intereses, señalando las cláusulas estimadas nulas, por lo que el Juez debe limitar a éstas su estudio, pues de otro modo, si en base a una tutela no pedida en la demanda entiende que los pronunciamientos sobre nulidad deben extenderse a elementos del contrato no denunciados por el demandante, estará rebasando el marco de interés económico definido por el propio consumidor.

A mayor abundamiento, en este caso el escrito de la recurrente se configura sobre ese particular como una nueva demanda, y en la medida que para formular las pretensiones deducidas en esta instancia la parte apelante se remite a lo expuesto en el cuerpo alegatorio de su recurso, el estudio del mismo muestra, tal como lo hemos resumido en el fundamento jurídico primero, que se insta al Tribunal pronunciamientos sobre la validez de una serie de cláusulas impuestas a los prestatarios por la prestamista, pidiendo, incluso literalmente en algún caso, la "expulsión del contrato", terminología directamente asociada a la aplicación del artículo 7 de la Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación, normativa que, sin embargo, no se cita como infringida. Con ello se ha ampliado el objeto de la apelación respecto a lo que sería la estricta revisión del caso planteado en primer grado en función de las pretensiones deducidas en ese trámite por las partes.

Por lo demás, la petición de dar entrada al Ministerio Fiscal, no es propiamente un motivo de apelación, pues no se insta la nulidad de actuaciones ni se pide ningún tipo de consecuencia procesal para el caso de estimarse obligatoria su intervención.

OCTAVO. - La estimación parcial del recurso conduce a realizar un pronunciamiento declarativo de nulidad de las cláusulas 2.2 y 3.1 de todos los contratos, excepto de los dos demandantes identificados en el fundamento jurídico cuarto.

Con la misma salvedad, también debe hacerse un pronunciamiento de condena al recálculo de las cuotas y devolución de las diferencias pagadas de más. Éste tiene su fundamento en el artículo 1.303 CC, por el hecho de que, al desaparecer la cláusula del interés fijo con cuota creciente durante diez años, el mecanismo de devolución del dinero prestado deberá hacerse según el sistema de interés variable convenido sin aumento fijo de cuota. Ello implica realizar una liquidación que puede no ser coincidente con la expresada en el *petitum* de la demanda, porque las consecuencias de la nulidad se producen por imperio de la Ley, aunque los litigantes no las hayan pedido, sin estar sujetas, por tanto, al principio de rogación. Además, el recálculo debe hacerse por las dos partes, pero especialmente por la propia entidad bancaria, teniendo en cuenta cuál sería el interés variable aplicable en cada momento, la cuota que hubiera correspondido amortizar desde la primera sin aplicar el efecto corrector de la cuota creciente, y la proporción de capital que se amortizaría en cada una de ellas aplicando los criterios de un préstamo a interés variable ordinario de acuerdo con el índice de referencia fijado para cada caso (Euribor o IRPH), y para ello se ha de estar al más favorable que hubiese estado disponible en



la misma entidad bancaria prestamista en el momento de la concertación de los contratos, no al que para los demandantes pueda resultar más conveniente.

De esa manera, la liquidación ha de hacerse en ejecución de Sentencia teniendo en cuenta las bases antes referidas.

NOVENO. - A la vista de la estimación parcial del recurso, no procede hacer pronunciamiento sobre costas en esta alzada a tenor de lo dispuesto en el artículo 398 LEC . Tampoco procede hacer imposición de las costas causadas en la primera instancia, de conformidad con el artículo 394 LEC

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D.Ana María Casas Muñoz en nombre y representación de D. Y OTROS, planteado contra la sentencia de fecha 31 de Mayo de 2017 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Móstoles , debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE** la expresada resolución, y en su virtud, estimando en parte la demanda respecto a todos los representados por la referida Sra. Procuradora, excepto de las acciones que se ejercitan en nombre y representación de D Pio , D y Dª ,

1. **DECLARAMOS** la nulidad de las cláusulas 2.2 y 3.1 de todos los contratos, excepto de los suscritos por D Pio , D y Dª .

2. **CONDENAMOS** a BANCO DE SANTANDER, S.A. a recalcular el importe de las cuotas de los contratos citados de acuerdo con lo que habría correspondido aplicar teniendo en cuenta cuál sería el interés variable aplicable en cada momento, la cuota que hubiera correspondido amortizar desde la primera sin aplicar el efecto corrector de la cuota creciente, y la proporción de capital que se amortizaría en cada una de ellas aplicando los criterios de un préstamo a interés variable ordinario más favorable para los prestatarios que hubiese estado disponible en la misma entidad bancaria prestamista en el momento de la concertación de los contratos.

3. **CONDENAMOS** a devolver a todos los demandantes, excepto a D y Dª , la diferencia resultante de la liquidación.

4. No hacemos imposición de las costas de la primera instancia.

5. **CONFIRMAMOS** el resto de los pronunciamientos de la Sentencia apelada.

6. No hacemos imposición de las costas de esta alzada, con devolución del depósito constituido.

MODO DE IMPUGNACION: Contra esta Sentencia no cabe recurso ordinario alguno, sin perjuicio de que contra la misma puedan interponerse aquellos extraordinarios de casación o infracción procesal, si concurre alguno de los supuestos previstos en los artículos 469 y 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en el plazo de veinte días y ante esta misma Sala, previa constitución, en su caso, del depósito para recurrir previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , debiendo ser consignado el mismo en la cuenta de depósitos y consignaciones de esta Sección, abierta en Banco de Santander Oficina N° 6114 sita en la calle Ferraz nº 43, 28008 Madrid, con el número de cuenta 3390-0000-00-0772-17, bajo apercibimiento de no admitir a trámite el recurso formulado.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe