

Juzgado de lo Mercantil N.º 6 de Madrid, Sentencia 458/2018 de 5 Sep. 2018, Proc. 278/2017

Ponente: Vaquer Martín, Francisco Javier.

Nº de Sentencia: 458/2018

Nº de Recurso: 278/2017

Jurisdicción: CIVIL

### **SENTENCIA Nº 458/2018**

En la Villa de Madrid, a CINCO DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL DIECIOCHO.

Vistos por D. FRANCISCO JAVIER VAQUER MARTÍN, Magistrado- Juez Titular del Juzgado de lo Mercantil N.º 6 de esta ciudad y su partido judicial, los presentes autos de PROCESO VERBAL, seguidos en este Juzgado con el N.º 278/18, seguido a instancia de la entidad ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN), representada por la Procuradora Sra. Rodríguez de Castro y asistida del Letrado D. Miguel Linares Polaino; contra la entidad financiera BANCO SANTANDER, S.A., representada por el Procurador Sr. Codes Feijoo y asistida del Letrado D. Manuel García-Villarrubia Bernabé; sobre acción colectiva de cesación en condiciones generales de la contratación; y,

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO**.- Por escrito de 21.2.2017 de la entidad demandante, representada en el modo indicado, se formuló demanda de proceso verbal contra la entidad demandada, en reclamación de:

a) Se declare la nulidad por abusiva, por falta de transparencia y proporcionalidad del "clausulado tranquilidad" consistente en las siguientes cláusulas:

- Cláusula financiera 2ª.- "AMORTIZACIÓN":

- Subapartado 2.1.- Plazo.

- Subapartado 2.2.- *Número de cuotas de amortización, importe, periodicidad, fechas de liquidación y pago de las mismas.*

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

- Subapartado 2.5.- *Tasa Anual Equivalente (TAE)*

- Subapartado 2.6.- *Aplazamiento de cuotas periódicas.*

- Subapartado 2.7.- *Reembolso anticipado.*

• Cláusula financiera 3ª.- "INTERESES ORDINARIOS":

- Subapartado 3.1º.- Tipo de interés y fórmula de cálculo.

- Subapartado 3.2º.- *Fechas de liquidación y pago de los intereses.*

• Cláusula financiera 3ª.bis.- "TIPO DE INTERÉS VARIABLE".

- Subapartado 3.bis.1.- *Periodicidad de las revisiones.*

- Subapartado 3.bis.2.- *Diferenciales y redondeos.*

- Subapartado 3.bis.3.- *Tipo de referencia y tipo de referencia sustitutivo.*

b) Declarar la nulidad por abusiva, por su falta de transparencia y proporcionalidad de la cláusula financiera 6ª "INTERÉS DE DEMORA".

c) Declarar la nulidad por abusiva, por su falta de transparencia y proporcionalidad de la cláusula financiera 6ª.bis "RESOLUCIÓN ANTICIPADA" en sus subapartados a) y b).

d) Declarar la nulidad por abusiva, falta de transparencia y proporcionalidad, de la cláusula financiera 5ª "GASTOS A CARGO DEL PRESTATARIO" en su apartado 5.1., párrafo 1º.

e) Condenar a la entidad demandada a la eliminación de las escrituras de préstamo hipotecario "*hipoteca tranquilidad*" objeto del presente procedimiento, de las cláusulas establecidas en los puntos s), b) c y d) de este suplico, y a prohibir su utilización futura.

f) Condenar a la demandada a recalcular y rehacer, con exclusión del "*clausulado tranquilidad*" los cuadros de amortización completos de los préstamos hipotecarios suscritos con los clientes, contabilizando el capital que, efectivamente, debió ser amortizado de haberse seguido un sistema de amortización francés desde su otorgamiento, sin cuota creciente en progresión geométrica y sin aplicación de interés fijo ni variables.

g) Subsidiariamente al punto e) del suplico, para el caso de que no es estimase la nulidad de la cláusula de interés variable del "*clausulado tranquilidad*", se recalculen y rehagan los cuadros de amortización completos de los préstamos hipotecarios suscritos, contabilizando el capital que, efectivamente, debió ser amortizado de haberse seguido un sistema de amortización francés desde su otorgamiento, sin cuota creciente en progresión geométrica, sin la aplicación del interés fijo, estableciendo el interés variable del índice EURIBOR, más el diferencial contratado.

h) Accesoriamente, se condene a la demandada a devolver a los clientes las cantidades que se hubiesen cobrado en exceso, en virtud de la aplicación de las cláusulas declaradas nulas.

i) Se determine en el fallo que la entidad aporte el listado completo de los beneficiarios de la sentencia y, en caso de que dicho listado no incluyera por error o cualquier otro motivo a todos los perjudicados, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 221 de la LEC en relación con el art. 11 de la LEC se señale en la sentencia los datos, características y requisitos necesarios que han de reunir los afectados para que así puedan exigir el pago de las cantidades cobradas en exceso o intervenir en la ejecución para el caso que la demandante instara la misma.

j) Condene a la demandada a notificar, fehacientemente y de forma individualizada, a todos los perjudicados la sentencia de condena obtenida a fin de que estos puedan ejercer sus derechos en la fase de ejecución de sentencia.

k) Ordene la publicación del fallo de la sentencia dictada en este procedimiento, conforme al art. 21 de la LCGC, una vez firme, junto al texto de las cláusulas afectadas, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en un periódico de difusión nacional. En este último caso, con caracteres tipográficos que supongan un cuerpo o tamaño de letra superior a 10, con los gastos a cargo de la demandada, para lo cual se le dará un plazo de quince días desde la notificación de la sentencia.

l) Dicte mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia estimatoria en el mismo, conforme el art. 22 de la LCGC.

m) Condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento.

Alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, acompañando los documentos unidos.

**SEGUNDO**.- Previa subsanación de defectos procesales, admitida a trámite la demanda por Decreto de 28.3.2018, de conformidad con el art. 438 L.E.Civil [según redacción dada por Ley 42/2015] dio traslado a la demandada, la cual por escrito de 25.4.2017 del Procurador Sr. Codes Feijoo en representación de Ramiro en representación de la demandada se contestó en el sentido de oponerse a la misma e interesar su desestimación en base a los hechos y alegaciones que constan en autos, acompañando la documental unida.

**TERCERO**.- Interesada por las partes la celebración de vista por Diligencia de 4.5.2017 se convocó a la partes a la celebración de la misma.

**CUARTO**.- Por escrito de 31.7.2017 de la Procuradora Sra. Rodríguez de Castro Rincón en representación de la demandante ASUFIN así como de los asociados señalados en el doc. nº 1 de dicho escrito, se solicitó al amparo del art. 13 de la L.E.Civil la intervención de la misma en defensa y representación de los intereses personales y directos de los citados asociados, lo cual previa audiencia de la demandada fue desestimado por Auto de 1.2.2018, que se encuentra en trámite de sustanciación de su apelación.

**QUINTO**.- En el día y hora señalado compareció la entidad demandante, con la asistencia Letrada indicada, ratificando su escrito de demanda y proponiendo los medios de prueba que consta en el acta de la vista.

Del mismo modo compareció la parte demandada en el modo indicado, ratificando su escrito de oposición, proponiendo los medios de prueba que consta en el acta de la vista.

**SEXTO**.- Practicada la prueba propuesta las partes, por su orden, realizaron las alegaciones que constan en autos, acompañando la documental unida.

# FUNDAMENTOS DE DERECHO

## **PRIMERO**.- Jurisdicción, competencia y procedimiento.

La competencia objetiva y territorial para conocer de la presente causa corresponde a este Juzgado, según lo dispuesto en el Art. 45 y ss de la L.E.Civil ; habiéndose tramitado por los cauces del proceso ordinario, de conformidad con los arts. 250 y art. 437 y ss de la Ley Rituaria.

## **SEGUNDO**.- Fijación del alcance admisible del proceso.- *Legitimación de la demandante para el ejercicio de acciones colectivas de nulidad y de cesación y la acumulación de acciones individuales dinerarias restitutorias y/o indemnizatorias.*

A.- La acción colectiva de cesación del art. 12 L.C.G.C.- Pretensiones admisibles al amparo de la misma.

1.- Con invocación de la legitimación activa que le atribuye el art. 11.1 L.E.Civil para el ejercicio de la defensa en juicio de "*...los intereses generales de los consumidores y usuarios...*" [pág. 34 de la demanda], y afirmando expresamente en su escrito rector el ejercicio de acción colectiva del art. 12 L.C.G.C. en defensa de tales intereses generales afectantes a un colectivo indeterminado [pág. 35 y 36 de la demanda, lo que hace innecesario su llamamiento judicial], viene a ejercitar la asociación demandante un total de once pretensiones principales, una subsidiaria y una accesoria, afectantes algunas de ellas claramente a una la esfera individual de una pluralidad indeterminada de consumidores, siendo que otras extienden sus efectos a relaciones jurídicas individualizadas sobre consumidores concretos o de fácil concreción; por lo que siendo esencial y propio de la acción colectiva de cesación un control abstracto del clausulado controvertido, la extensión del objeto del proceso a situaciones individuales con pronunciamientos declarativos y de condena respecto a ellos debe rechazarse en sentencia de modo inicial, en cuanto que, pudiendo hacerlo, la demandante no utilizó la legitimación extraordinaria para el ejercicio de las acciones correspondientes a sus asociados mediante la acumulación subjetiva de acciones individuales junto con la acción colectiva de nulidad y cesación.

2.- En efecto, como razona la mejor doctrina [SANDE MAYO, María Jesús; *El ejercicio de la acción de cesación frente a las condiciones generales de la contratación*; Anuario da Facultades de Dereito da Univesidade da Coruña; Vol. 21 (2017)] al caracterizar la acción de cesación en este específico ámbito del Derecho "*...(L)a pretensión de condena más relevante en los procesos colectivos en defensa de los intereses supraindividuales de los consumidores es una pretensión de «non facere», la de cesación. A su*

*través se persigue luchar frente a determinadas conductas cuya perpetración afecta, directa o indirectamente, al colectivo de los consumidores..."*, añadiendo igualmente que *"...la acción de cesación tiene por objeto que una práctica o conducta ilícita quede sin efecto, siendo necesario que el juez lleve a cabo una declaración previa: ya sea la declaración de nulidad de la cláusula, del carácter engañoso de la publicidad emitida, del carácter desleal de la práctica, etc., de ahí que las pretensiones de cesación puedan ser calificadas, con las restantes pretensiones de condena, como «mixtas»..."* y que *"...(P)ara que la «acción de cesación en sentido estricto» prospere, no es necesario que la conducta cuyo cese se pretende haya irrogado un daño patrimonial concreto, es suficiente con que sea susceptible de irrogar un daño que, en el momento en que se acción se ejercita, puede ser únicamente potencial..."*, o haberse extendido realmente a la colectividad de consumidores.

3.- Resulta de ello, en puridad y en sentido estricto, que el ejercicio de la acción de cesación puede conllevar [-y normalmente se ejercita acumuladamente-] una previa y lógica pretensión mero-declarativa de nulidad del clausulado que se estima perjudicial y dañino para los intereses generales de los consumidores, a lo que se adiciona una pretensión de condena a futuro de no hacer en el sentido de no utilizar en el mercado dicho clausulado general, para lo cual se impetra de los juzgados y tribunales un control abstracto de dicho clausulado, ajeno a las situaciones jurídicas individualizadas en que aquellas cláusulas hayan podido desplegar su eficacia; pues, como se ha dicho, ni la existencia de estas situaciones particulares, ni su identificación ni la realidad de un daño o perjuicio a un colectivo con mayor o menor homogeneidad y rasgos identificadores comunes, aparecen como presupuestos o requisitos de prosperabilidad de la acción de nulidad y cesación y prohibición.

Puede decirse, siguiendo a la mejor doctrina [FERRERES COMELLA, Alex; *"Algunas pautas para regular adecuadamente las acciones colectivas"*] que *"...Las acciones de cesación son acciones colectivas cuyo objeto es el denominado control abstracto de las condiciones generales de la contratación y de las conductas de los empresarios que se entienden abusivas de los derechos de consumidores y usuarios. A diferencia de las acciones individuales que pueda iniciar cualquiera de los consumidores y usuarios que se ven afectados por una condición general o por una conducta que se reputan abusivas, la acción de cesación no tiene por objeto inmediato la protección del consentimiento contractual (esto es, la verificación de que la conformación de la voluntad contractual de los consumidores y usuarios se ha realizado de forma satisfactoria)..."*.

4.- En el ámbito jurisprudencial afirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 24 de julio de 2017 [ROJ: SAP M 11498/2017] que *"...El control abstracto que pone en marcha la acción colectiva de cesación, en este caso la del artículo 12 de la LCGC, permite depurar del tráfico mercantil condiciones generales incorrectas. Su utilidad se revela para detener comportamientos ilícitos, pero también para impedir el riesgo de repetición de los mismos. El ejercicio de la misma conlleva, como*

*presupuesto de la orden de cesación, el control de la posible nulidad de las condiciones objeto de la acción (lo que implica examinar su incorporabilidad a un contrato, su legalidad y su posible abusividad), por lo que también cabe que el juez realice el pronunciamiento correspondiente al respecto.*

*Pero el marco verdaderamente propicio para efectuar un control de transparencia es el de los litigios derivados de acciones individuales, en cuyo seno es donde podría efectuarse un examen a la medida de todas las peculiaridades de carácter informativo que hubieran podido rodear cada caso concreto (información precontractual proporcionada, grado de publicidad de la cláusula, etc). Es por ello que en muchas ocasiones la invocación por la parte demandante de la normativa sobre transparencia ha resultado, en este marco procesal, irrelevante.*

*Es cierto que hay precedentes en la jurisprudencia (en otros, en las sentencias de la Sala 1ª del TS 241/2013, de 9 de mayo, y 367/2017, de 8 de junio donde se ha operado, en sede de acciones colectivas, con un estándar de consumidor, el de carácter medio. Pero ello, que pudiera servir de justificación para el análisis de alguna cláusula concreta en unas circunstancias muy determinadas (por ejemplo, según entendió el Tribunal Supremo, la de imposición de variaciones al tipo de interés, al que se refieren tales precedentes) o incluso para el control de un protocolo documentado debidamente estructurado sobre el modo de llevar a cabo las obligaciones en materia de transparencia, es complicado que pueda tomarse como la referencia adecuada para el enjuiciamiento en todos los casos. Cuando lo que la parte demandante trata de hacer es elevar a regla general cuál haya podido ser la conducta del banco a la hora de cumplirla normativa sobre transparencia con la finalidad de poner en entredicho la validez de contratos al completo, que están dotados de clausulados con previsiones de muy distinto alcance, es casi imposible que ello puede analizarse de modo descontextualizado de lo que verdaderamente se hizo en cada concreta contratación, pues en muchas ocasiones hace falta comprender el alcance de conductas que no pueden estar plasmadas en el condicionado general...", añadiendo que "...Lo relevante desde el punto de vista del control abstracto es el modo de redacción de la cláusula y la legalidad de la misma en sus aspectos intrínsecos, como meras fórmulas de contratación desapegadas de cómo se hayan podido luego utilizar. Tratar de enjuiciar problemas de transparencia, de modo descontextualizado de cada contrato, puede suponer elevar a la categoría general conclusiones que solo pueden ser predicadas de lo particular, sin que cada caso deba necesariamente tener que ser igual que otro..."*

*En semejante sentido la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 27 de febrero de 2014, asunto C-470/12 "Pohotovst,s.r.o.c MiroslavVasulta", y las que en ella se citan, declara (aptdo. 44) "...el carácter preventivo y la finalidad disuasoria de las acciones colectivas de cesación, así como su independencia con respecto a cualquier litigio individual concreto implican que puedan ejercitarse aun cuando las cláusulas cuya prohibición se solicita no se hayan utilizado en contratos determinado..."*

5.- Haciendo aplicación de tal doctrina a la presente demanda resulta que *siendo admisible, por imperativo del art. 11 L.E.Civil, la legitimación de las asociaciones de consumidores habilitadas para el ejercicio de acciones colectivas en defensa del interés general o colectivo* [-entendiendo por tal los intereses supraindividuales que se extienden más allá de la mera adición de los intereses particulares de los consumidores y usuarios, a los que se refiere el art. 11.1 L.E.Civil y en defensa de los *intereses difusos* [-entendiendo por tales los intereses particulares, más o menos homogéneos en su sustrato contractual individualizado y en el comportamiento del predisponente en su masivo trato con cada consumidor, a los que se refiere el art. 11.2 y 3 L.E.Civil], *la acción colectiva de cesación ejercitada por la demandante responde a un claro interés general pues si bien particulares afectados en sus intereses económicos por la cláusula de amortización y de interés variable despliegan sus efectos sobre un grupo de consumidores homogéneo en sus elementos subjetivos* [-personas que adquirieron inmuebles con garantía hipotecaria bajo el clausulado financiero denominado comercialmente "hipoteca tranquilidad"-] y objetivos [-predisposición del banco de dicho clausulado de cuya redacción y contenido intrínseco puede deducirse su eventual carácter ilícito-] que sustentarán los controles de legalidad y de transparencia invocados por el demandante, *la ampliación de la demanda a la nulidad, eliminación a futuro y cesación respecto de las cláusulas de "resolución anticipada" por causa de cualquier incumplimiento del deudor, de la cláusula de "interés de demora" y de "gastos a cargo del prestatario" extienden sus efectos económicos a la globalidad de los usuarios del sistema financiero en cuanto se trata de un clausulado general o típico de numerosas operaciones de financiación distintas del préstamo a consumidor para la adquisición de vivienda que configura además la garantía hipotecaria;* siendo indiferente el modo personalizado en cada supuesto del procedimiento de contratación individualizada entre el consumidor y el empleado de banca e, incluso, que hayan llegado a utilizarse o que puedan serlo.

B.- Ejercicio de pretensiones de condena dinerarias restitutorias y/o indemnizatorias, de condena a hacer recálculos de tablas de amortización, de condena a hacer identificación de contratantes, de condena a la identificación de los consumidores homogéneos.

1.- Resuelta así la ambigüedad buscada por la demandante, tal cuestión se presenta como esencial, a los fines de determinar la eventual extensión de los efectos de la sentencia ejercitando acción colectiva de nulidad y cesación respecto a las relaciones individuales, la cosa juzgada entre acción colectiva e individuales y las posibilidades de ejecución de lo acordado por el cauce del art. 519 L.E.Civil; todo lo cual resulta determinante a los fines de analizar la viabilidad de las acciones con trascendencia singular atropelladamente formuladas por la demandante.

2.- En efecto, señala en tal sentido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 4ª, de 19.2.2015 que *"...el ejercicio de una acción colectiva de cesación no comporta por sí mismo la pretensión de "devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la*

sentencia" ni la de "indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones". Acciones que el artículo 12 de la Ley General de Condiciones Generales de la Contratación permite acumular a la acción colectiva de cesación ejercitada por asociaciones de usuarios y consumidores pero que: 1) considera distintas a la acción de cesación misma y a sus efectos (que precisamente por ello no comportan en caso de estimación la condena a pago de cantidad alguna y por ello se permite expresamente la acumulación de acciones singulares y distintas a la de cesación: las de reclamación de devolución de cantidades indebidamente cobradas e indemnización de daños y perjuicios); 2) no parecen responder a una protección de intereses de carácter general de consumidores y usuarios con carácter abstracto y colectivo sino a la reparación de situaciones jurídicas individualmente consideradas por la singular aplicación de las cláusulas objeto de la acción de cesación en contratos individuales; 3) precisamente por ello no parece que el art. 16 de la LCGC atribuya legitimación colectiva extraordinaria a los que en dicho precepto se enumeran para el ejercicio de estas acciones accesorias acumulables a la principal. Se contemplan pues en el artículo 12 como diferentes a las colectivas y acumulables a ellas, pero habrían de ser ejercitadas por sus titulares singulares o por las asociaciones de consumidores y usuarios en defensa y representación de sus asociados...", añadiendo que "...salvo que se haya ejercitado por los interesados las acciones individuales que les asisten para obtener la declaración de nulidad de las cláusulas insertas en los contratos singulares concertados de modo acumulado a alguna colectiva (ya personalmente, ya por asociaciones de usuarios a las que pertenezcan, que les hayan representado), los efectos de la sentencia dictada en el proceso seguido por el ejercicio de la acción colectiva no alcanzarán a los contratantes singulares que hubieren contratado con inclusión de dichas condiciones generales, cuyas acciones son diferentes y con diferente objeto (concurrente sólo en parte) a la de cesación y cuyos titulares no fueron parte en dichos procesos y por tanto no pudieron ser oídos en él, ni hacer uso de medio de prueba alguno en él. La acción de cesación constituye un plus de protección de los intereses de los consumidores y usuarios en general, pero su reconocimiento no puede privarles de sus derechos y acciones ni en consecuencia impedir el ejercicio de las acciones que se derivan de sus derechos individuales ni de la tutela judicial efectiva, la defensa y el uso de los medios de prueba pertinentes para su defensa...".

En términos semejantes la Sentencia del Tribunal Constitucional de 31.10.2016 afirma que "...el objeto de la acción, que no se ciñe al control de nulidad del clausulado sino a la "cesación o prohibición de toda infracción" [art. 2.1 a)], entendida esta última como "todo acto contrario a las Directivas" dictadas en materias de consumidores que figuran en su anexo (art. 1.2), no incluye la posibilidad de fijar ningún pronunciamiento a favor de consumidores concretos, ni la condena a la devolución de lo pagado o la indemnización de daños y perjuicios. Únicamente se prevé la alternativa de imponer una multa coercitiva a la parte demandada si incumple la decisión...".

Afirma igualmente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 4.9.2017 (ROJ: SAP M 11408/2017), con cita de la mencionada doctrina constitucional [-que no hace más que reproducir la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14.4.2016, asunto C-381/2014, *Sales Sinués*-] que *"...extender de manera automática un efecto de cosa juzgada derivado de la estimación de la acción de cesación, a todas las cláusulas iguales insertas en la universalidad de contratos en vigor, además de no preverse en las normas que regulan dicha acción colectiva, puede llegar a atentar contra la autonomía de la voluntad del consumidor que no desee tal nulidad en su contrato, en los términos observados antes por nuestro Tribunal Supremo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. O cercenar las posibilidades de su impugnación individual si la demanda de cesación se desestima por mor de una línea de defensa jurídica de la entidad actora, distinta de la que hubiera sostenido el reclamante individual con base en las circunstancias concurrentes sólo por él conocidas»*.

4.- De nuestra propia jurisprudencia (las sentencias antes citadas y la 375/2010, de 17 de junio así como de la del TJUE y el TC , cabe deducir, en relación con los consumidores que no se personaron en el procedimiento en que se ejercitó la acción colectiva, que el llamamiento que se les hace conforme al art. 15 LEC no es suficiente para justificar la extensión frente a ellos de la eficacia de cosa juzgada que establece el art. 222.3 de la misma Ley. Una interpretación conjunta de los arts. 15, 222.3 y 221 LEC lleva a la conclusión de que la cosa juzgada de la sentencia estimatoria de la acción colectiva afectará únicamente a los consumidores no personados que estén determinados individualmente en la propia sentencia, conforme dispone el art. 221.1-1.ª LEC...".

3.- Aplicando tal doctrina a la presente causa resulta que inadmitida por extemporánea el ejercicio de la legitimación extraordinaria del art. 11.1 LEC de la asociación demandante en defensa, junto a los intereses generales, de los intereses particulares de sus asociados, tanto los pronunciamientos de recálculo de los cuadros de amortización de la totalidad de los consumidores afectados por el clausulado denominado "*hipoteca tranquilidad*" [-pretensión f)-], como la pretensión subsidiaria de recálculo [-pretensión g)-], así como la devolución o restitución de cantidades o prestaciones contractuales [- pretensión h)-].

La ausencia de acciones individuales de la demandante en defensa del interés particular de sus asociados impide extender el conocimiento del presente proceso a pronunciamientos que desbordan la acción colectiva de cesación en defensa del interés general.

No puede olvidarse que la atribución de dicha legitimación a las asociaciones de consumidores con específica capacidad legal para ello descansa en un evidente interés público de protección de los consumidores a través de una constante labor de depuración de los clausulados de los contratos en masa ante conductas ilícitas de las empresas integrantes del sistema financiero, para lo cual le atribuye la capacidad de ejercitar en interés de una generalidad de consumidores no identificados y/o no

identificables, sean o no contratantes, estén o no perjudicados o dañados por tales clausulados, la posibilidad de ejercitar la acción de nulidad y/o de cesación en tales conductas y estipulaciones.

Junto a ello dichas asociaciones, sin necesidad de cumplir especiales exigencias legales, asumen la capacidad de ejercitar por sí y en nombre propio, pero en interés ajeno, los derechos económicos de sus asociados [-y ello de modo acumulado o no a la anterior pretensión colectiva-], siendo en tal situación donde adquiere todo su sentido y significación la exigencia a que se refiere el art. 221.1.2ª L.E.Civil, por lo que no ejercitada por la demandante acción individual alguna en ejercicio de su legitimación extraordinaria [- pudiendo hacerlo-], la condena de la demandada a aportar a la causa la totalidad del listado completo de los beneficiarios de la sentencia [-entiéndase con ello hasta el último cliente de la demandada que tenga en cualquiera de sus contratos de financiación cualquiera de las seis cláusulas objeto de pretensión de nulidad-] de su pretensión i) y la condena a notificar fehacientemente a dichos millones de clientes la sentencia de condena de la pretensión j) resultan ajenas a la pura acción colectiva de cesación sin acumulación de acciones individuales.

Tampoco ampara dicha pretensión identificadora el art. 221.1.1ª L.E.Civil al exigir la determinación individualizada de los consumidores afectados [-si fueran conocidos, estén o no personados-] o reclamar la fijación de los datos, características y requisitos necesarios para exigir el pago [-si no estuvieran determinados individualmente-]; en cuanto ello exige, tal como viene razonando la transcrita doctrina jurisprudencial, la válida acumulación y ejercicio de acción singular [-sea por legitimación propia a través de la oportuna personación, sea por la legitimación excepcional para el ejercicio judicial de derechos económicos ajenos-] de resarcimiento, restitución y/o indemnización; que no es el caso.

Solo así podrá evitarse un desbordamiento de la acción colectiva y del interés público que fundamenta su legitimación para pretender la cesación de conductas ilícitas, el rebasamiento de los pronunciamientos propios de la naturaleza de dicha acción y del limitado alcance de su cosa juzgada y del necesario respeto a las acciones individuales que puedan estarse ejercitando o serlo en la actualidad.

Y ello sin perjuicio de las facultades dispuestas en el art. 519 L.E.Civil para el momento procesal de la ejecución, que no es el caso.

4.- Amparando el art. 21 L.C.G.C. la pretensión de publicidad del fallo de la eventual sentencia [-pretensión k)-] y el art. 394 y ss L.E.Civil la pretensión de condena en costas [-pretensión l)-], ellas sí conformarán el contenido válido de la acción colectiva.

**TERCERO**.- Cláusula de amortización [-cláusula 2ª-], de intereses ordinarios [-cláusula 3ª-] y de interés variable [-cláusula 3ª.bis-].

A.- Haciendo un ordenado examen de las pretensiones mero-declarativas de nulidad contenidas en las pretensiones a), b), c) y d) del suplico, resulta necesario [-por razones de lógica jurídica y financiera-] el examen conjunto de las cláusulas referidas al sistema de amortización, de fijación de los intereses ordinarios y su sistema fijo y variable de cálculo, en cuanto ello afecta al equilibrio y proporción prestacional, siendo que la información pre- contractual sobre tales extremos aparece como conjunta o global al afectar cualquiera de sus extremos a los demás concurrentes.

B.- Alejándonos de la concreta y variada mecánica de la contratación y centrando el examen [-tal como ordena la doctrina jurisprudencial transcrita-] en la transparencia y equilibrio prestacional que se deriva de la abstracta redacción de las cláusulas indicadas, examinadas reiteradamente por contradictoria jurisprudencia, resulta que *son elementos esenciales del tenor literal de dichas estipulaciones:*

(i) El clausulado relativo a la amortización, intereses ordinarios, cuotas y vencimientos aparecen integrados como estipulaciones financieras en contratos de préstamo a particulares para la adquisición de viviendas, tratándose tanto de préstamos directos como de subrogaciones con novación en préstamos a promotor.

(ii) El sistema de amortización periódica del préstamo con garantía real para la adquisición de vivienda era el denominado "*francés*", por lo que cada cuota atendía al pago decreciente de intereses ordinarios y creciente de capital.

(iii) Característica esencial del sistema de amortización es la identidad en las cuotas durante toda la vida del contrato y plazo de amortización, de tal modo que la parte correspondiente a intereses se determina por un interés fijo durante los 10 primeros años, de tal modo que durante los 30 años posteriores la parte de la cuota periódica fija relativa a intereses ordinarios variaría atendiendo al Euribor más un diferencial negociado con los clientes; de lo que resulta que en éste segundo periodo la parte destinada a capital de cada cuota de amortización depende de las variaciones del tipo de interés ordinario; pudiendo producirse el escenario de destinar toda la cuota, ante altos tipos de interés, al retribuir el capital sin amortización periódica, en cuyo caso la parte de intereses no cubierta por la cuota fija incrementaría el capital; afirmando el texto de la cláusula 2.2 que "*...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...*".

(iv) Consecuencia inmediata de lo anterior es la fijación de un plazo máximo de amortización en 480 meses, en cuanto un escenario de bajos tipos de interés supondrá destinar una mayor parte de cuota a la amortización del capital y una prematura extinción por pago del préstamo hipotecario; siendo que un escenario de altos tipos podría llevar a la existencia de capital pendiente al finalizar el plazo de amortización, en cuya hipótesis se fijaba el vencimiento del contrato; afirmando los contratos estereotipados, para contrato celebrado en 2007 que "...2.1.- Plazo: El presente préstamo tiene un plazo de duración que podrá variar dependiendo de las variaciones del tipo de interés . Ello no obstante, dicho periodo no podrá sobrepasar el día UNO DE ABRIL DE DOS MIL CUARENTA Y SIETE, fecha que las partes constituyen como vencimiento del presente contrato..."; añadiendo la cláusula 2.2 relativa a las cuotas que "...El número total de cuotas que hayan de precisarse para la amortización completa del préstamo variará por causa de las revisiones del tipo de interés aquí convenidas..."; y para el caso de existir capital pendiente al tiempo de la finalización del plazo de amortización se indica que "...Llegada la fecha máxima fija da 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...".

(v) Dichos préstamos se comercializaban haciendo uso de mensajes publicitarios que afirmaban "...HIPOTECA TRANQUILIDAD. CON LA MISMA CUOTA PARA SIEMPRE...", a lo que se adicionaban dos opciones: "...1.- Pagar la misma cantidad al mes. Sin sorpresas, sin sobresaltos. Si suben los intereses, se amplía el plazo de la hipoteca, pero nunca la cuota. 2.- Y además, puedes elegir empezar pagando menos, para ir más desahogado al principio, y después tu cuota solo se incrementará un 2,5% cada año. Así siempre sabes exactamente lo que vas a pagar...".

(vi) Resulta de ello que aparecía como opcional un incremento creciente de la cuota fija a razón de un 2,5% anual respecto a la cuota anual anterior, para atender tanto a un eventual y lógico incremento monetario de los ingresos de los prestatarios por causa de la inflación y el mantenimiento constante del capital a amortizar. En tal sentido se recoge en el clausulado general que "...A partir de esa fecha, el importe de las cuotas posteriores para cada periodo anual, se incrementará a razón de un 2,50% cada año, sobre el importe de las cuotas del periodo inmediatamente anterior...".

C.- Al analizar este clausulado transcrito y la información precontractual y nivel de transparencia que debe preceder su formalización, es doctrina recogida en Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª, de 14.6.2018 que "...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..."*

Resulta de ello que la redacción de las cláusulas y los documentos adicionales que suelen acompañar a las escrituras de préstamo presentan deficiencias esenciales de información, en cuanto que existiendo un plazo de interés fijo de 10 años era exigible de la entidad demandada la plasmación documental en la escritura o sus anexos documentales del importe del capital pendiente durante dicho periodo y a la finalización de dicho plazo, a los fines de alcanzar una comprensión real de los riesgos económicos derivados de dicha opción de amortización.

De igual modo resultaba precisa una mayor información documental, plasmando la misma en escritura o sus anexos, del importe incremental de la cuota durante dicho periodo temporal y al finalizar el plazo inicial de 10 años, a los fines de aportar al cliente/prestatario la información precisa para ponderar con datos reales el incremento que debía esperar de sus ingresos por cuenta propia o ajena para atender las amortizaciones periódicas.

D.- Si lo dicho se refiere a la redacción e información anexa a la escritura relativa al plazo de interés ordinario fijo que integra una cuota periódica siempre idéntica [-incrementada por razón de la inflación y previsión de incremento de ingresos en un 2,5% anual constante durante toda la vida del contrato-], para el periodo de amortización sujeto a interés variable afirma la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 25ª, de 14.6.2018, ya citada, que "...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...", añadiendo que "...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..."

En el ámbito de la acción colectiva y del control abstracto de la redacción de la citada cláusula *puede afirmarse que de la ubicación sistemática* [-dentro de la cláusula 2.2 relativa al número de cuotas que se afirma variable, y tras la exposición de la parte de cuota que irá destinada a capital mediante una referencia al importe de la diferencia entre el importe de la cuota y los intereses devengados-] *y de la redacción antes transcrita, no resulta precisa, clara y comprensible en sus riesgos económicos las consecuencias que la cuota fija despliega sobre el sistema y periodificación de la amortización de capital.*

Si a ello sumamos que la redacción de la cláusula debatida supone la inclusión del anatocismo, esto es el devengo de intereses por los intereses no abonados, a computar desde la siguiente cuota en que acaezca la circunstancia extraordinaria, mediante la simple referencia a un precepto legal, debe concluirse que la redacción y ubicación de la cláusula impide al consumidor el cabal conocimiento de los riesgos económicos y jurídicos unidos a dicho clausulado una vez se produzca durante 30 años la determinación variable de los intereses, así como los efectos de escenarios sucesivos de altos y bajos tipos de interés acompañados con una cuota periódica constante durante toda la vida del contrato.

Aún más, si tal situación de altos tipos de interés resulta extraordinaria y excepcional para la entidad financiera, aparece como lógica exigencia una necesaria plasmación documental de la misma destacando, acentuando y aislando su redacción y extendiendo su texto a mayores precisiones y escenarios, facilitando así la comprensión del consumidor, evitando en lo posible la referencia a preceptos legales en cuestión tan sensible económicamente como la capitalización de intereses.

Baste afirmar en tal sentido la reiterada doctrina jurisprudencial sobre el contenido del control de transparencia, señalando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, de 4.9.2017 ([ROJ: SAP M 11409/2017], con cita de la Sentencia del T.J.U.E. de 23.4.2015 (Van Hove , asunto C-96/14) que *"...el órgano jurisdiccional debe constatar: - por otra parte, que la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él..."*, añadiendo con cita de la Sentencia de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 9 de mayo de 2013, que *"...el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato, tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los*

*presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo...".*

E.- Que las cláusulas esenciales del contrato de préstamo que nos ocupa sean gramaticalmente comprensibles y claras, como con acierto alega la demandada [-en cuanto (i) aparece como hecho accesible al consumidor medio que una cuota fija incrementada anualmente en un pequeño porcentaje también fijo determina la posibilidad de no amortizar capital o de hacerlo en escasa proporción ante escenarios de altos tipos de interés, así como (ii) que el plazo de amortización se muestra incierto ante la igualdad de la cuota periódica-], no dota al clausulado relativo al sistema y plazo de amortización, determinación del tipo de interés y su eventual capitalización o vencimiento a plazo, de la necesaria comprensibilidad material del alcance y riesgos económicos asumidos.

En efecto, de la redacción de dichas cláusulas [-integradas en un extenso clausulado sin resaltado alguno-] no puede el consumidor alcanzar un recto y completo entendimiento:

- (i) De la situación del capital pendiente al tiempo del inicio del plazo de tipo de interés ordinario variable.
- (ii) De los incrementos de ingresos que debería esperar disponer a lo largo de la vida del contrato para atender a los importes incrementales de la cuota.
- (iii) Del alcance económico y riesgos asumidos en lo relativo al capital amortizable en cada cuota en atención a los distintos y ciertos escenarios de altos y bajos tipos de interés remuneratorio; pues si en los primeros se producirá una lenta amortización del capital, con la segura consecuencia de vencer al final del plazo máximo de amortización [-y de una sola vez-] el capital no amortizado, en los segundos la amortización del capital se acelerará al destinarse a tal fin una parte importante de la cuota, superior en todo caso a otros productos del mercado de financiación de adquisición de vivienda con cuota variable.
- (iv) De la esencial alteración que se produce en el sistema francés de amortización, en cuanto que respetando su nominal y gramatical configuración de satisfacción ascendente de capital y descendente de intereses ordinarios, la igualdad de la cuota puede perturbar gravemente su regular funcionalidad financiera hasta el punto de que los escenarios de tipos de interés pueden invertir su habitual orden de pagos.

Será el tipo de interés ordinario en cada momento el que determine el importe de capital amortizado en cada cuota, por lo que no siempre será ascendente como puede predicarse de la comprensión del consumidor medio al hacerse referencia contractual en el clausulado financiero al "*sistema francés*".

F.- Y encontrándonos ante un control abstracto del clausulado, propio de la acción colectiva en defensa del interés general, no resulta ajustado a su contenido las referencias de las partes a las ventajas [-derivadas de una acelerada amortización del préstamo ante escenarios de bajos tipos de interés, con la consiguiente ventajas financieras que de ello se derivan para los prestatarios-] o inconvenientes [-derivadas del mayor esfuerzo financiero que deben acometer los prestatarios en escenarios de bajos tipos de interés, o del riesgo de vencimiento único del capital no amortizado a la finalización del préstamo, y su posible anatocismo, en escenarios de altos tipos de interés-] de la concreta mecánica del contrato ante dichos escenarios y la específica situación financiera de cada prestatario, pues -como se indicó- el control judicial pretendido debe ajustarse a la literalidad abstracta de las cláusulas y su comprensibilidad por los consumidores.

Resulta por ello irrelevante tanto los tipos de interés fijos entre el 5% y el 6,5% al tiempo de la formalización de los ejemplos de contratos acompañados a la demanda, como lo es la gran diferencia entre estos y los variables ante la situación negativa del Euribor, así como resulta indiferente el mayor o menor esfuerzo financiero y las diferencias de plazos de amortización en cada uno de los prestatarios.

Procede, por todo ello, estimar la pretensión a) de la demanda y su eliminación de conformidad con la pretensión e).

## **CUARTO**.- Interés de demora.

A.- La segunda de las *cláusulas* objeto de impugnación por causa de nulidad, a la que se acumula su eliminación y cesación en el uso, es la *relativa al interés de demora*, sosteniendo la demandante que de conformidad con el art. 10.bis y art. 85.6 TR.-LGDCU tal cláusula debe calificarse como abusiva por contraria a la buena fe y a la exigible proporcionalidad entre las prestaciones; a lo que se opone la demandada afirmando que los intereses moratorios es cuestión que pertenece al ámbito de la autonomía de la voluntad de las partes, enfatizando a tal fin que la aquí recurrente fue perfectamente informada del interés moratorio que se aplicaría con antelación a que prestase su consentimiento, que dicho tipo no provoca un perjuicio económico grave, que solo entraría en juego en caso de incumplimiento del cliente y que la Ley 1/2013 es muy posterior a la fecha de formalización de los contratos acompañados como ejemplos.

La cláusula debatida, en los ejemplos acompañados a la demanda, de modo unánime dicen en su cláusula 6ª "...Cualquiera de las cantidades debidas por la parte prestataria por razón del presente préstamo no pagadas a su vencimiento, devengarán diariamente intereses moratorias a favor del Banco desde el día

*siguiente a la fecha del impago hasta aquél en que se hagan efectivas, sin necesidad de intimación o reclamación alguna, y a un tipo nominal anual que será el resultante de añadir 6 puntos porcentuales al tipo de interés nominal ordinario vigente en el momento en que se efectúe el pago...".*

B.- La necesaria proporcionalidad y la eventual abusividad del interés de demora en los préstamos hipotecarios para la adquisición de viviendas, así como los parámetros para su ponderación han sido expuestos reiteradamente por la doctrina del Tribunal Supremo, señalando la Sentencia del Alto Tribunal, Sala 1ª, de 3.6.2016 [ROJ: STS 2401/2016] que "*...en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero, nos hicimos eco de la reseñada doctrina del TJUE sobre que el límite previsto en el art. 114.3 LH no garantiza el control de abusividad, a la vez que confirmamos el criterio seguido en la 265/2015, de 22 de abril, respecto de los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios...*", añadiendo esta última de las sentencias citadas que "*...en el caso de los préstamos personales, el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas debe consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no debe ser muy elevado por cuanto que la ausencia de garantías reales determina que el interés remuneratorio ya sea elevado [...], por lo que la adición de un porcentaje excesivo conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto, incluso en aquellos casos en los que el deudor es un profesional, como ocurre con las previsiones ya comentadas de la Ley del Contrato de Seguro, durante los dos primeros años de demora, y de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.*

La Sala, a la vista de lo anteriormente expuesto, considera que el profesional o empresario no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría en el marco de una negociación individual una cláusula de interés de demora en un préstamo personal que supusiera un incremento considerable del interés remuneratorio. Además, una cláusula de interés de demora que supusiera un incremento excesivo del tipo porcentual respecto del interés remuneratorio no sería adecuada para garantizar la realización de los objetivos que las normas que establecen un interés de demora en distintos campos de la contratación persiguen, e iría más allá de lo necesario para alcanzarlos, perjudicando desproporcionadamente al consumidor, en contra de las exigencias de la buena fe.

La Sala considera que el incremento de dos puntos porcentuales previsto en el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la fijación del interés de mora procesal es el criterio legal más idóneo para fijar cuál es el interés de demora en los préstamos personales concertados con consumidores, que no suponga la imposición de una indemnización alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones. Se trata del criterio previsto para el interés de demora a devengar por la deuda judicialmente declarada y a cuyo pago se ha condenado al demandado. Tiene un ámbito de aplicación general, no ceñido a un campo concreto del Derecho sustantivo, evita que el interés de demora pueda ser inferior al remuneratorio, indemniza de

un modo proporcionado los daños que sufre el demandante que ha vencido en el litigio por el retraso del condenado en el cumplimiento de la obligación judicialmente declarada, y asimismo contiene un factor disuasorio para que el condenado no demore en exceso el cumplimiento de la sentencia.

*La adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de la aplicación de las normas nacionales a que se ha hecho referencia. En este momento, si partimos del presupuesto condicionante de que el límite legal previsto en el art. 114.3 LH para los intereses de demora en préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la primera vivienda no sirve de criterio para el control de abusividad, y advertimos la conveniencia, por seguridad jurídica, de establecer un criterio objetivo, no encontramos razones para separarnos del adoptado en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los préstamos personales.*

*Si bien, para justificar el diferencial de dos puntos respecto del interés remuneratorio, advertíamos que en el préstamo personal el interés remuneratorio habitualmente es mucho más elevado, en atención a la ausencia de garantía real, esta diferencia no justifica que variemos de criterio en el caso del préstamo hipotecario. Y de hecho, aunque referido a los efectos derivados de la nulidad de la cláusula de intereses de demora, ya advertíamos en las sentencias 705/2015, de 23 de diciembre, y 79/2016, de 18 de febrero, que «resultaría paradójico, cuando no motivo de agravio para los prestatarios hipotecarios sobre vivienda habitual, que se les aplicara un interés moratorio de carácter legal sumamente alto en relación con el interés remuneratorio usual».*

*Además, también en este caso, este criterio se acomoda mejor a la jurisprudencia de esta sala sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de intereses moratorios declarados abusivos que, por afectar al incremento respecto del interés remuneratorio, no impide que se siga aplicando a la deuda el interés remuneratorio pactado.*

8.- De este modo, en el presente caso, el interés de demora pactado del 19% era manifiestamente superior al interés remuneratorio incrementado en 2 puntos, razón por la cual debemos considerarlo abusivo y así debía haber sido apreciado por la sentencia recurrida...".

C.- Haciendo aplicación de tal doctrina al presente supuesto resulta que *el incremento porcentual de 6 puntos respecto al tipo de interés fijo o variable al tiempo del incumplimiento resulta desproporcionado y abusivo, lo que obliga a declarar la nulidad, la eliminación y la cesación en el uso de la misma; no siendo obstáculo para tal declaración la fijación de tal tipo indemnizatorio o reparador del daño derivado del impago antes de la reforma operada por Ley 1/2013 [Sentencia de la Sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 17.2.2017 (ROJ: SAP M 4257/2017)], debiendo ser las acciones individuales*

declarativas o ejecutivas de los consumidores perjudicados las que determinen las consecuencias de dicha nulidad y el tipo resarcitorio aplicable; todo ello ajeno a la acción colectiva de cesación.

Procede así la estimación de la pretensión b) y la eliminación y prohibición de su uso de la pretensión e).

## **QUINTO**.- Vencimiento anticipado.

A.- La tercera de las cláusulas cuya nulidad, eliminación y prohibición de uso se ejercita es la relativa a dos de las causas de vencimiento anticipado, cuales son la referida al incumplimiento de la prestataria de *"...cualquiera de los vencimientos de interés y de cualquiera de las cuotas o pagos de amortización pactadas, o de los restantes conceptos a cargo de la prestataria..."* [causa a) de la cláusula 6ª.bis] y la referida al incumplimiento de *"...cualquiera otra obligación a cargo de la parte prestataria de acuerdo con lo establecido en esta escritura, distinta de la mencionada en el anterior apartado a)..."* [causa b) de la cláusula 6ª.bis].

B.- Tratándose de cuestión pacífica ya resuelta de modo reiterado por la jurisprudencia al encontrarnos ante causas de resolución en préstamos hipotecarios que no modulan la gravedad del incumplimiento, su esencialidad y duración del préstamo, es doctrina recogida en Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 18.2.2016 [ROJ: STS 626/2017], con remisión a la Sentencia del Pleno de 23.12.2015, que *"...ha de tenerse presente que la abusividad proviene de los términos en que la condición general predispuesta permite el vencimiento anticipado, no de la mera previsión de vencimiento anticipado, que no es per se ilícita. En su caso, y dado que la cláusula impugnada se refiere a la ejecución de bienes hipotecados, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 693.2 LEC , cuando afirma que «[Podrá reclamarse la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de, al menos, tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses, y este convenio constase en la escritura de constitución en el asiento respectivo" ; conforme a la interpretación que de dicho precepto ha hecho el TJUE en el Auto de 11 de junio de 2015, al decir "[l]a Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 de una cláusula de un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión».*

*Es decir, ante el pacto de vencimiento anticipado en un contrato celebrado con consumidores y siempre que se cumplan las condiciones mínimas establecidas en el art. 693.2 LEC , los tribunales deben valorar, además, en el caso concreto, si el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado por parte del acreedor está justificado, en función de los criterios antes expuestos: esencialidad de la obligación incumplida, gravedad del incumplimiento en relación con la cuantía y duración del contrato de préstamo y posibilidad real del consumidor de evitar esta consecuencia; tal como estableció la ya mencionada STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso C-415/11)...".*

*No ajustada la cláusula transcrita a tales parámetros, en cuanto el incumplimiento de una sola cuota periódica o cualquier otra obligación [-sin referencia alguna a su gravedad o duración-] hacen abusivas tales causas de vencimiento anticipado; lo que obliga a estimar la pretensión c) y la solicitud de eliminación y prohibición de uso de la pretensión e).*

## **SEXTO**.- Gastos a cargo del prestatario.

A.- La cuarta y última de las causas objeto de pretensión declarativa de nulidad, de eliminación y de cesación en su utilización es la relativa a la imputación al prestatario de la totalidad de los gastos y suplidos del otorgamiento y demás documentos necesarios para el otorgamiento e inscripción, así como la totalidad de los tributos; al estimar la demandante que dicha cláusula predispuesta y no negociada individualmente infringe la norma imperativa del art. 89.3 TR-LGDCU ; a lo que se opone la demandada.

*Dice la cláusula 5.1 controvertida que "...5.1. - 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 primeras 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....".*

B.- Señala la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 15.3.2018 [ROJ: STS 848/2018], ante cláusula esencialmente coincidente al imponer indiscriminadamente la totalidad de gastos, de suplidos y de impuestos presentes y futuros a los prestatarios, que "...1.- La sentencia de esta sala 550/2000, de 1 de junio , trató la abusividad de la imposición al consumidor de los gastos generados por la constitución de una hipoteca para la financiación de adquisición de una vivienda, con apoyo en el art. 10.1 c), apdo. 11

*LGCU (en su redacción original, que era igual al apartado 22 de la Disposición Adicional Primera antes citado), pero no se refirió a los tributos que gravan la operación, sino a los gastos bancarios, notariales y registrales derivados de la preparación de la titulación que, por su naturaleza, correspondan al vendedor (obra nueva, propiedad horizontal, obtención de hipotecas para financiar su construcción o su división y, cancelación).*

2.- A su vez, en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, se dijo que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal.

3.- Por último, la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre, que se invoca en el recurso, no se pronunció sobre el resultado concreto de la atribución de gastos (en sentido amplio, incluyendo impuestos) entre las partes de un contrato de préstamo hipotecario, sino que, en el control realizado en el marco de una acción colectiva en defensa de los intereses de consumidores y usuarios, declaró abusivo que se imputaran indiscriminadamente al consumidor todos los gastos e impuestos derivados de la operación.

*A falta de negociación individualizada (pacto), se consideró abusivo que se cargaran sobre el consumidor gastos e impuestos que, conforme a las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación (documentación, inscripción, tributos)..."*

C.- Haciendo aplicación de tal doctrina al presente clausulado en su contenido gramatical y control abstracto de legalidad [-buena fe y proporcionalidad-] y transparencia, procede declarar la nulidad total de la misma, pues tal como afirma la Resolución transcrita "*...debe estimarse en parte el recurso de casación, porque la cláusula controvertida es abusiva, y no solo parcialmente, como resuelve la Audiencia Provincial, sino en su totalidad, en cuanto que, sin negociación alguna, atribuye al prestatario/consumidor el pago de todos los impuestos derivados de la operación, cuando la ley considera sujetos pasivos al prestamista o al prestatario en función de los distintos hechos imposables. O incluso en cuanto considera exentos de tributación determinados actos que, sin embargo, son incluidos en la condición general litigiosa como impuestos a cargo del prestatario...*".

Y no procede, en esta acción colectiva de nulidad y cesación sujeta a control abstracto de legalidad, de incorporación y de transparencia, la determinación de las consecuencias de dicha ineficacia a fijar en el ejercicio y en las respuestas a las acciones individuales, pues "...Cuestión distinta es que, una vez declarada la abusividad de la cláusula y su subsiguiente nulidad (art. 8.2 LCGC y 83 TRLGC), haya que decidir cómo ha de distribuirse entre las partes el pago de los gastos e impuestos derivados del contrato

de préstamo con garantía hipotecaria. Pero eso no afecta a la nulidad en sí, por abusiva, de la estipulación contractual examinada, sino a las consecuencias de dicha nulidad..."

Procede, por ello, estimar la pretensión mero-declarativa d) y la eliminación y cesación de la pretensión e).

## **SÉPTIMO**.- Condena a publicar la sentencia.- Condena a la inscripción del fallo.

A.- Excluidos del contenido válido de la acción colectiva de nulidad y de cesación todo pronunciamiento que pueda extender sus efectos a las acciones individuales de consumidores integrados en un grupo homogéneo de fácil determinación, no personados en la causa en su propio nombre y derecho ni ejercitada válidamente por la asociación demandante la legitimación extraordinaria del art. 11.1 L.E.Civil [-lo que excluye, como se razonó el examen de las pretensiones f), g), h), i) y j), sin perjuicio de su examen en tales acciones individuales por cualquiera de los citados legitimados-], resta por examinar la pretensión de publicación que descansa en el art. 21 L.C.G.C. Estimada en su totalidad la acción colectiva de cesación y nulidad, con la consiguiente condena a su eliminación y prohibición de uso, procede acordar la publicación de la sentencia en el modo solicitado y con la extensión pedida, en cuanto proporcionada y útil al ejercicio de las acciones individuales, en su

caso; sin bien ello se realizará una vez firme la presente Resolución.

B.- De igual modo, y firme la presente Resolución, procederá la inscripción de la sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, de conformidad con el art. 22 L.C.G.C.; igualmente una vez firme la presente Resolución.

C.- Procede, por todo ello, la estimación parcial de la demanda.

## **OCTAVO**.- Costas.

De conformidad con el art. 394 L.E.Civil y atendiendo al criterio del vencimiento objetivo, dada la estimación parcial de la demanda, no procede hacer imposición de las costas.

En su virtud, vistos los preceptos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

# FALLO

Que estimando parcialmente la demanda seguida a instancia de la entidad ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN), representada por la Procuradora Sra. Rodríguez de Castro y asistida del Letrado D. Miguel Linares Polaino; contra la entidad financiera BANCO SANTANDER, S.A., representada por el Procurador Sr. Codes Feijoo y asistida del Letrado D. Manuel García-Villarrubia Bernabé; debo:

a) Declarar la nulidad del denominado comercialmente "*clausulado o hipoteca tranquilidad*" en las siguientes cláusulas:

- Cláusula financiera 2ª.- "*AMORTIZACIÓN*":

- Subapartado 2.1.- Plazo.

- Subapartado 3.1º.- Tipo de interés y fórmula de cálculo.

- Subapartado 3.2º.- *Fechas de liquidación y pago de los intereses.*

- Subapartado 2.2.- *Número de cuotas de amortización, importe, periodicidad, fechas de liquidación y pago de las mismas.*

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

- Subapartado 2.5.- *Tasa Anual Equivalente (TAE)*

- Subapartado 2.6.- *Aplazamiento de cuotas periódicas.*

- Subapartado 2.7.- *Reembolso anticipado.*

- Cláusula financiera 3ª.- "*INTERESES ORDINARIOS*":

- Cláusula financiera 3ª.bis.- "*TIPO DE INTERÉS VARIABLE*".

- Subapartado 3.bis.1.- *Periodicidad de las revisiones.*

- Subapartado 3.bis.2.- *Diferenciales y redondeos.*

- Subapartado 3.bis.3.- *Tipo de referencia y tipo de referencia sustitutivo.*

b) Declarar la nulidad del denominado comercialmente "*clausulado o hipoteca tranquilidad*" en su cláusula financiera 6ª "*INTERÉS DE DEMORA*".

c) Declarar la nulidad del denominado comercialmente "*clausulado o hipoteca tranquilidad*" en su cláusula financiera 6ª.bis "*RESOLUCIÓN ANTICIPADA*" en sus subapartados a) y b).

d) Declarar la nulidad del denominado comercialmente "*clausulado o hipoteca tranquilidad*" en su cláusula financiera 5ª "*GASTOS A CARGO DEL PRESTATARIO*" en su apartado 5.1., párrafo 1º.

e) Condenar a la entidad demandada a la eliminación de las escrituras de préstamo hipotecario "*hipoteca tranquilidad*" objeto del presente procedimiento, de las cláusulas establecidas en los apartados y subapartados indicados en este fallo, y prohibir a la demandada su utilización futura.

f) Ordenar la publicación del fallo de la sentencia dictada en este procedimiento, junto al texto de las cláusulas afectadas, en el Boletín Oficial del Registro Mercantil y en un periódico de difusión nacional. En este último caso, con caracteres tipográficos que supongan un cuerpo o tamaño de letra superior a 10, con los gastos a cargo de la demandada, una vez firme la presente Resolución.

g) Librar Mandamiento al Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción del fallo de la presente sentencia; una vez firme la presente Resolución.

Así por esta Mi sentencia, que se notificará a las partes en legal forma, y contra la que cabe interponer [Art. 457 L.E.C.] RECURSO DE APELACIÓN en el plazo de VEINTE DÍAS a contar de su notificación, ante este Juzgado, a resolver por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid.

De conformidad con la D.Adicional 15ª de la LOPJ, introducida por la LO 1/09) (BOE 4.11.2009), para el anuncio o la preparación o la interposición del recurso de apelación, será precisa la consignación como depósito de 50 euros en la "Cuenta de Depósitos y Consignaciones" abierta a nombre del Juzgado [para este procedimiento: 2762-0000-00-0278\_17] en la entidad Banco Santander, S.A. y acreditarlo documentalmente ante este tribunal, aportando copia del resguardo de ingreso; el depósito no deberá consignarse cuando el recurrente sea beneficiario de justicia gratuita, Ministerio Fiscal, Estado, Comunidad Autónoma, Entidad Local u organismo autónomo dependiente.

No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido. Cuando puedan realizarse ingresos simultáneos por la misma parte procesal, deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el concepto el tipo de recurso de que se trate en cada caso.

Si por una misma parte se recurriera simultáneamente más de una resolución que pueda afectar a una misma cuenta expediente, deberá realizar tantos ingresos diferenciados como resoluciones a recurrir, indicando el tipo de recurso de que se trate y la fecha de la resolución objeto de recurso en formato dd/mm/aaaa en el campo de observaciones.

Y definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

## PUBLICACIÓN

Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, con mi asistencia y en el local del Juzgado, de lo que doy fe.