



JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 6  
 C/ Málaga nº2 (Torre 2 - Planta 3ª)  
 Las Palmas de Gran Canaria  
 Teléfono: 928 11 63 20  
 Fax.: 928 42 97 20  
 Email.: instancia6lpgc@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Procedimiento ordinario  
 Nº Procedimiento:  
 NIG:  
 Materia: Sin especificar  
 Resolución: Sentencia /2019  
 IUP:

|                                    |                                       |  |  |
|------------------------------------|---------------------------------------|--|--|
| <u>Intervención:</u><br>Demandante | <u>Interviniente:</u><br>Bankinter Sa | <u>Abogado:</u><br>Oliver Budhrani Fuentes | <u>Procurador:</u><br>Francisco Javier Perez Almeida |
| Demandado<br>Perito                |                                       |  |  |

### SENTENCIA

En Las Palmas de Gran Canaria, a 29 de octubre de 2019.

Vistos por Dña. YANIRA DEL CARMEN GONZÁLEZ SOSA, JUEZ del Juzgado de Primera Instancia Nº 6 de Las Palmas de Gran Canaria los presentes autos de Procedimiento ordinario, seguido entre partes, de una como demandante

, dirigido por el/la Abogado/a OLIVER BUDHRANI FUENTES y representado por el/la Procurador/a FRANCISCO JAVIER PEREZ ALMEIDA y de otra como demandada BANKINTER SA, dirigido por el/la Abogado/a representado por el/la Procurador/a en nombre de Su Majestad El Rey dicta la presente resolución.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La representación procesal de presenta el 21 de febrero de 2018 demanda de juicio ordinario contra la entidad BANKINTER, S.A. interesando el dictado de una sentencia ajustado a los términos del suplico.

**SEGUNDO.-** Turnada la demanda a este juzgado, mediante se admite a trámite la misma y se emplaza a la parte demandada para que en el plazo legal de veinte días hábiles se persone en autos y conteste a la demanda.

**TERCERO.-** Verificado el trámite de contestación a la demanda, se procede a la celebración de la Audiencia Previa el día 8 de mayo de 2019, en la que se delimitan los hechos litigiosos, y en la que se admite como prueba la documental por reproducida; el interrogatorio de la parte actora; la testifical de Dña. y de l

y la pericial de D. Celebrado el acto de juicio el día 7 de octubre de 2019, en el que se practicó toda la prueba propuesta y admitida y se realizó las conclusiones por ambas partes, quedaron los autos pendientes de resolver.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.





## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- Demanda y contestación

Nos hallamos ante un procedimiento ordinario en el que la parte actora ejercita frente a la demandada una acción de nulidad de la cláusula de multidivisa con base en la vulneración de las normas imperativas de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC); Ley 26/1984, de 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCyU); Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; Ley de Regulación Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado hipotecario; ley 10/2014 de 26 de junio de Ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito; Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, derogado por la actual EHA/2899/2011 de 28 de octubre de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios; Ley 47/2007 de 19 de noviembre por la que se modifica la Ley 24/1988 del Mercado de Valores; Directiva 2006/73 de la Comisión de 10 de agosto de 2006, Real decreto 629/1993 de 3 de mayo sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios.

La parte actora expone que es un consumidor cuyo perfil profesional se desenvolvía en ámbitos ajenos al mundo financiero, clientes minoristas y consumidores en el mercado financiero. Que el 1/2/2007 suscribieron con BANKINTER, S.A. préstamo hipotecario multidivisa por importe de 340.000 euros para la adquisición de una vivienda. Después de referirse a las razones de la entidad para comercializar la hipoteca multidivisa, a la información esencial que debía de tenerse para suscribir una hipoteca multidivisa, a las previsiones que tenía el sector financiero respecto de la divisa y al inadecuado asesoramiento financiero tanto antes de la suscripción como a lo largo de la vida del producto, invocó los fundamentos de Derecho que entendió de aplicación y terminó solicitando del Juzgado que, previos los trámites procesales oportunos, dictara en su día sentencia por la que se declarara:

Se DECLARE la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 1 de febrero de 2007 respecto de los contenidos relativos a la opción multidivisa, por tratarse de cláusulas abusivas y/o incumplimiento de normas imperativas o, subsidiariamente, la anulabilidad por vicio de consentimiento, dejando subsistente el préstamo hipotecario en el resto de sus extremos.

Se DECLARE que el efecto de la nulidad de las cláusulas referidas a la multidivisa conlleve la consideración de que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado en euros, resultante de disminuir al capital prestado de 340.000€ la cantidad amortizada hasta la fecha de ejecución de sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, lo que deberá ser recalculado por la entidad BANKINTER, S.A., debiendo subsistir el contrato sin los contenidos declarados nulos, entendiendo que el préstamo lo fue de 340.000€ y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de referencia el mismo fijado en la escritura (Euribor a un mes + 0,60 de diferencial).

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía o del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Se DECLARE la nulidad de la Cláusula Financiera Sexta.- Intereses de demora del préstamo hipotecario que se establece en el tipo de interés pactado más un diferencial de sobregiro de NUEVE COMA CINCUENTA PUNTOS (9,50).

Se CONDENE a BANKINTER, una vez minorado el capital por las diferencias con el principal pendiente derivadas de las declaraciones de nulidad anteriores, a aplicar las cantidades percibidas en exceso por la entidad demandada a la amortización anticipada del capital, cantidad que incluirá en todo caso el exceso de pago de cuotas, comisiones satisfechas por cambio de moneda e intereses de demora satisfechos, junto con los intereses legales y procesales desde la fecha efectiva de cada cobro (Art. 576 LEC), cantidad que será determinada en ejecución de sentencia.

Se ordene al Registrador de la Propiedad donde se ubica la finca registral objeto de este proceso a que practique todas las anotaciones, cancelaciones e inscripciones que se deriven de la sentencia dictada.

Se DECLARE nula la Cláusula Financiera Quinta en lo relativo a la imposición a cargo de la parte prestataria de los gastos de Notaría, Registro de la Propiedad, Impuestos, así como gastos extrajudiciales y costas judiciales, y se le CONDENE a abonar a la actora las cantidades satisfechas por estos conceptos conforme a la documental aportada al procedimiento, y que a la fecha de presentación de la demanda ascienden a 4.571,42€, sin perjuicio de la restitución de cualesquiera otros importes que pudieran devengarse como consecuencia de la aplicación de las cláusulas declaradas nulas durante la tramitación del procedimiento, cantidad que se determinará en ejecución de sentencia con los intereses legales y procesales del Art. 576 LEC.

Se DECLARE nula la Cláusula Financiera Séptima apartado a) relativa a la resolución del préstamo.

CONDENE a BANKINTER, S.A. a estar y pasar por todas las declaraciones y pronunciamientos de condena anteriores.

CONDENE a la demanda al pago de las costas procesales.

BANKINTER, S.A. se opuso a la demanda. En primer lugar, alegó la inviabilidad de las pretensiones formuladas en la demanda por prohibición de integración del contrato; negando, en segundo lugar, la falta de información al actor de los riesgos invocada por la demandante, sin que concurren los vicios alegados ni en la fase previa a la contratación y durante ésta ni en la fase posterior a la formalización del préstamo; y esgrimiendo, en tercer lugar, la contravención por el actor de la doctrina de los actos propios y de la caducidad de la acción.

#### SEGUNDO.-Caducidad

La parte actora ejercita, entre otras, **la acción individual de nulidad con sustento en los artículos 8 y 9 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación** (en adelante LCGC), que se remite en materia de condiciones abusivas a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

**El análisis de esta acción es prioritario** a la vista de la doctrina establecida por la STS, Civil, de 15 de noviembre de 2017 [ROJ: STS 3893/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3893].



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Por tanto, no se analizará la excepción de caducidad de la acción de nulidad por error/vicio que se plantea por la demandada, y, por otro lado, **no hay caducidad de la acción individual de nulidad con sustento en los artículos 8 y 9 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación**. Se siguen aquí los argumentos de la SAP de Madrid, Civil, sección 11ª, de 18 de mayo de 2017 [ROJ: SAP M 6817/2017 - ECLI:ES:APM:2017:6817] Ponente: Ilma. Sra JIMENEZ GARCIA, con cita de la Sentencia de la Sección 28ª de esta Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 24 de enero de 2017:

1.- La acción que se estima es la individual de nulidad con sustento en los artículos 8 y 9 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC), que se remite en materia de condiciones abusivas al artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGCU) (aplicable al caso por razones temporales).

2.- El artículo 8 de la LCGC declara que son nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor.

Esta nulidad absoluta es proclamada en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 recurso 485/2012, y es reiterada en otras posteriores, como la de 25 de marzo de 2015, recurso 2351/2012.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden unánimemente en interpretar que el artículo 1301 CC se aplica a la anulabilidad y no a la nulidad, que es definitiva y no puede sanarse por el paso del tiempo, habiendo declarado la sentencia de 4 de noviembre de 1996, que "la nulidad es perpetua e insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción" (en el mismo sentido la sentencia de 14 de marzo de 2000, entre muchas otras)".

3.- La jurisprudencia más reciente sigue esta misma línea en sentencias del Tribunal Supremo como la de 19 de noviembre de 2015. Dicha resolución proclama que "la nulidad se define como una ineficacia que es estructural, radical y automática. Estructural, porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato; y radical y automática, porque se produce "ipso iure" y sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de los interesados, sin perjuicio de que por razones de orden práctico pueda pretenderse un pronunciamiento de los tribunales al respecto. (...). Sin que tampoco sea atendible el argumento de la parte demandada relativo a la caducidad de la acción, puesto que tratándose de nulidad absoluta, la acción es imprescriptible (por todas, Sentencia de esta Sala 178/2013, de 25 de marzo).

En consecuencia, no se considera aplicable a esta acción el plazo de caducidad cuatrienal establecido en el artículo 1.301 del Código Civil.

### **TERCERO.- Cláusula Multidivisa.**

Resulta de aplicación lo dispuesto en la STS, Civil, de 08 de junio de 2017 [ROJ: STS 2244/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2244]:

*"No puede confundirse la evaluación de la transparencia de una condición general cuando se enjuicia una acción destinada a que se declare la nulidad de la misma con el enjuiciamiento que debe darse a la acción de anulación de un contrato por error vicio en el consentimiento.*



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía a del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



*Mientras que en la primera se realiza un control más objetivo de la cláusula y del proceso de contratación, en la segunda las circunstancias personales de los contratantes son fundamentales para determinar tanto la propia existencia del error como, en caso de que exista el error, la excusabilidad del mismo, y es necesario que el error sea sustancial por recaer sobre los elementos esenciales que determinaron la decisión de contratar y la consiguiente prestación del consentimiento.*

*Las consecuencias de uno y otro régimen legal son diferentes, pues el control de abusividad de la cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor, en el que se inserta el control de transparencia, lleva consigo la nulidad de la cláusula controvertida, la pervivencia del contrato sin esa cláusula y la restitución de lo que el predisponente haya percibido como consecuencia de la aplicación de la cláusula abusiva, mientras que la anulación por error vicio del consentimiento afecta al contrato en su totalidad y las partes deben restituirse recíprocamente todo lo percibido de la otra en virtud del contrato, con sus frutos o intereses.*

*[...] No obstante, es cierto que en el control de abusividad de la cláusula no solo debe tomarse en consideración el contenido de la propia cláusula, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa. También es preciso tomar en consideración «todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración», como prevén los arts. 4.1 de la Directiva y art. 82.3 TRLCU.*

*Es por eso que, pese al carácter más objetivo del enjuiciamiento de la abusividad de las condiciones generales, cuando está en juego el control de transparencia, en el que la información al consumidor sobre la incidencia que la cláusula suelo tiene en el precio del contrato es fundamental, tienen relevancia las situaciones excepcionales en las que los consumidores, por sus circunstancias personales, se encuentren correctamente informados sobre la trascendencia de la cláusula. Cuando las cláusulas relativas al objeto principal del contrato no han sido conocidas y valoradas antes de la celebración del mismo por un defecto de transparencia, falta la base que permite excluir tales cláusulas del control de contenido, que es justamente la existencia de consentimiento del consumidor respecto de tales cláusulas.*

*Además de lo anterior, no otorgar relevancia a estas circunstancias excepcionales cuando de ellas resulta con claridad que el consumidor conoce adecuadamente la existencia de la cláusula suelo y su incidencia en el precio, sería contrario a las exigencias de la buena fe, que informan todo el ordenamiento jurídico”.*

En el mismo sentido se pronuncia la STS, Civil, sección 1ª, de 16 de octubre de 2017 [ROJ: STS 3721/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3721].

**La parte demandada** afirma que la **iniciativa en la contratación** de este producto fue de la parte actora. Sostiene que el accionante *no solicitó a la entidad bancaria información sobre financiación en general sino sobre la hipoteca multidivisa en particular, con objeto de endeudarse en moneda extranjera, para beneficiarse de un tipo de interés más bajo asumiendo no obstante el riesgo de cambio.* Añade que la actora libre y voluntariamente contrató el préstamo litigioso y el hecho de que no se hayan cumplido sus expectativas no puede derivar en la abusividad de las cláusulas libremente pactadas.

declaró en el acto del juicio que carece de conocimientos financieros. Que necesitaba el capital para unificar deudas, pagarlas y realizar



reformas en su domicilio. Que acudió varias veces a la oficina de la entidad y se decantó por esta modalidad hipotecaria por la cuota, que sería inferior a la referenciada en euros. Que antes acudió a otras entidades pero Bankinter fue la única que le ofreció la hipoteca multdivisa. Que no recuerda con exactitud los empleados que le atendieron. Que el documento número tres de la contestación a la demanda lo firmó él pero que no recuerda su contenido. Que no eligió la moneda sino que fue impuesta por el banco. Que no le pusieron ejemplos con distintas divisas y su impacto en la hipoteca suscrita. Que no realizaron comparativas ni le mostraron escenarios de los riesgos a corto, medio y largo plazo. Que sabía que la cuota podría variar, pero no que podría deber más euros de los prestados. Que no miraba todos los correos remitidos por la entidad porque tenía varias cuentas. Que no se había percatado del aumento de las cuotas ya que sueldo era bueno. Que no recuerda que le hayan entregado un borrador de la escritura con anterioridad a la firma.

En cuanto a la pericial practicada, D. . . . . manifestó que se trata de un productor de riesgo donde la opción de conversión haría que la pérdida se consolidada para el actor. Que el riesgo por el tipo de cambio es ilimitado.

Por último Dña. . . . . alegó que el importe concedido fue inferior al que en su momento se solicitó por el accionante. Que el Sr. . . . . fue al departamento a través de la banca privada. Que no recuerda si él era el cliente a título privado o como empresario. Que no recuerda las particularidades del préstamo suscrito. Por su parte, Dña. . . . . declaró que no atendió al cliente por lo que no recuerda las particularidades de su préstamo. Esta testifical es insuficiente a dichos fines, no sólo porque, como es habitual en este tipo de pleitos la testigo comercializadora, pese a decir que habían dado toda clase de explicaciones e información y habían hecho múltiples simulaciones sobre el riesgo de tipo de cambio a los clientes, sin embargo, no conservaran copia en papel o en otro tipo de soporte porque en las fechas en las que se hizo la comercialización no era habitual o exigible que se firmara todo por el cliente; sino porque la propia testigo reconoció no recordar con exactitud al accionante siendo lógico por las múltiples hipotecas multdivisas comercializadas.

Es clara la jurisprudencia (previa a la STS, Civil, de 15 de noviembre de 2017 [ROJ: STS 3893/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3893]) que valora la iniciativa en la contratación del producto como evidencia de un conocimiento previo del préstamo multdivisa y de los riesgos derivados de las variaciones de tipos de cambio.

En este sentido, la SAP de Barcelona, Civil, sección 15ª, de 19 de octubre de 2017 [ROJ: SAP B 8877/2017 - ECLI:ES:APB:2017:8877], entre otras, dice lo siguiente:

*"18. En nuestro caso podemos pensar que la cláusula es transparente porque permitía conocer con facilidad que los prestatarios se comprometían en una moneda distinta a aquella que les era propia, aceptando, por tanto, los riesgos derivados de la evolución del tipo de cambio. Así lo hemos considerado en algún caso, en supuestos en los que los consumidores, por sus concretas circunstancias personales, se podía deducir que estaban medianamente familiarizados con la evolución del tipo de cambio. En tales casos, y particularmente atendiendo a que la iniciativa en la contratación del producto hubiera podido partir del propio cliente más que de la entidad bancaria, hemos sostenido que la cláusula es válida, sin que resultara acreditado que se había puesto a disposición de los mismos una especial información en forma de explicación de escenarios adversos y sus consecuencias concretas.*

[...].



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía a del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



24. Entendemos muy relevante que fuera el consumidor el que tomó la iniciativa y el que ideara la contratación del producto, pues evidencia un conocimiento previo del préstamo multidivisa y de los riesgos derivados de las variaciones de tipos de cambio. Ese conocimiento previo vino acompañado de la información verbal proporcionada por los responsables del Banco, que estimamos que en este caso se proporcionó. Es cierto que las partes no han aportado la oferta vinculante, lo que nos ha impedido valorarla. Ahora bien, en la escritura se indica que esa oferta, que no era necesaria en atención a la cuantía del préstamo, se entregó al prestatario y que el Notario comprobó que no existían discrepancias con las condiciones financieras pactadas (folio 41). Los actores fueron conscientes de que se obligaban en una moneda distinta al euro, que fue escogida por los propios prestatarios, por lo que no podían desconocer que el importe de las cuotas dependía tanto del interés pactado como de la evolución de la moneda a la que se referenció el préstamo. El director de la oficina les advirtió del riesgo de la fluctuación del tipo de cambio y les hizo saber que en cualquier momento podían cambiar de divisa".

Y la SAP de Asturias, Civil, sección 6ª, de 07 de julio de 2017 [ROJ: SAP O 2095/2017 - ECLI:ES:APO:2017:2095], dice en un supuesto en que la iniciativa en la contratación partió del cliente que "debe suponerse que ya había estudiado los riesgos y ventajas de la fórmula contractual que nos ocupa, cuando menos de una forma superficial; y ese estudio preliminar incluía el riesgo de cambio pues este es consustancial a cualquier operación en divisas por lo que, siendo un hecho notorio, no necesitaba de especial explicación a un cliente que demostraba un conocimiento suficiente de este particular".

Ahora bien, esta jurisprudencia es previa a la STS, Civil, de 15 de noviembre de 2017 [ROJ: STS 3893/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3893], que casa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid y confirma la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 84 de Madrid (SJPI, Civil sección 84 del 12 de mayo de 2014 [ROJ: SJPI 48/2014 - ECLI:ES:JPI:2014:48, titular Ilma. Sra. Blázquez Martín]), pionera en materia de multidivisa. En esta última sentencia se decía en el antecedente de hecho cuarto que la demandada alegaba que "**los demandantes habían solicitado previamente una hipoteca similar a otra entidad bancaria (Bankinter) y asumieron la iniciativa contractual de solicitar esta modalidad concreta de hipoteca multidivisa, que era un producto que Barclays, aunque lo tenía en cartera, no ofrecía a sus clientes, para cancelar otros préstamos anteriores**". Y en la fundamentación jurídica de la sentencia se decía que "**según la contestación a la demanda, fueron los actores quienes asumieron la iniciativa contractual de solicitar esta modalidad concreta de hipoteca multidivisa**". Igualmente, la SAP de Madrid, Civil, sección 8ª, de 14 de abril de 2015 [ROJ: SAP M 18627/2015 - ECLI:ES:APM:2015:18627], casada por el Tribunal Supremo, decía que "**según la contestación a la demanda, fueron los actores quienes asumieron la iniciativa contractual de solicitar esta modalidad concreta de hipoteca multidivisa**".

En ninguna de estas dos sentencias hay un pronunciamiento expreso sobre qué se considera probado en este punto de la iniciativa en la contratación y, por otro lado, la STS, Civil, de 15 de noviembre de 2017 [ROJ: STS 3893/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3893] ignora totalmente este punto en su resolución, por lo que habrá que concluir que no es determinante para la resolución de este tipo de pleitos.



**No puede, por tanto, sentarse como premisa que la iniciativa en la contratación del producto evidencie un conocimiento previo del préstamo multidivisa y de los riesgos derivados de las variaciones de tipos de cambio.**

La parte demandada sostiene que por parte de la entidad financiera se facilitó al solicitante del préstamo multidivisa **una información veraz y completa** sobre el funcionamiento del préstamo y los riesgos que entrañaba su contratación (fluctuación de los tipos de interés, como en cualquier préstamo a interés variable, y fluctuación de los tipos de cambio), así como sobre las consecuencias que dicha fluctuación, en el caso de producirse una apreciación de la divisa de endeudamiento frente al euro, podrían tener tanto sobre el contravalor en euros de la cuota del préstamo como sobre el del capital pendiente de amortizar..

**No se ha aportado a las actuaciones ninguna documentación precontractual firmada por la parte actora; mucho menos una simulación de la posible evolución de la divisa frente al euro y cómo habría de influir ello en la cuota a pagar y en la parte de capital pendiente de amortizar.**

**No se ha practicado prueba suficiente sobre los conocimientos previos del actor sobre este producto que permitan inferir que conocía suficientemente cómo funcionaba un préstamo multidivisa, sobre todo, en materia de "recálculo" constante del capital pendiente de amortizar, sin que al efecto sea suficiente que sea**

**Argumenta la parte demandada que la actora eligió igualmente por propia iniciativa el yen japonés como moneda de endeudamiento inicial y que dicha elección de moneda como inicial denota que el demandante era totalmente consciente del riesgo de variación del tipo de cambio.**

**Tal argumento es insuficiente para sacar ninguna conclusión sobre la información que se facilitó al accionante a la fecha de contratación, que, como más adelante se desarrollará, es lo determinante.**

**El punto de vista que ha de tenerse en cuenta para resolver la acción individual de nulidad con sustento en los artículos 8 y 9 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, que se remite en materia de condiciones abusivas a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, no es el que se sitúa cuando el consumidor lleva años pagando el préstamo y puede comprobar que no está amortizando capital en su contravalor en euros. En esta acción lo que se hace es un control objetivo de la cláusula y del proceso de contratación, por lo que el hecho de que, con posterioridad, pasados unos años, el consumidor haya constatado la pérdida que le ha causado el condicionado general que tilda de nulo, es absolutamente irrelevante para resolver sobre el éxito de esta acción.**

**Según señala el Tribunal Supremo, lo que importa es el contenido de la propia cláusula, la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración del contrato, la información al consumidor sobre la incidencia que la condición general tiene en el precio del contrato y si el consumidor, por sus circunstancias personales, se encontraba correctamente informado sobre la trascendencia de la cláusula.**

Debe quedar claro que aquí se considera probado que la escritura de préstamo hipotecario fue redactada conforme a la minuta facilitada por BANKINTER, S.A. Nadie ha dicho lo contrario y





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



resulta absolutamente inverosímil que un condicionado como el que aquí se examina haya sido objeto de negociación individual. Hay, además, referencia expresa en la escritura pública de 1/02/2008 a que **"de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/98 de 13 de abril de 1998), tienen carácter de tales condiciones, todas las contenidas en el presente contrato, excepto las que regulan la cuantía del contrato, el vencimiento y amortizaciones, el tipo de interés y las comisiones, las cuales han sido negociadas individualmente"**.

Como señala la STS, Civil, de 15 de noviembre de 2017 [ROJ: STS 3893/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3893], **no puede estimarse la alegación que afirma que las cláusulas controvertidas han sido objeto de negociación individual** y, por tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (Directiva sobre cláusulas abusivas), por aplicación de su art. 3. **Que se haya negociado la cantidad, en euros, por la que se concedía el préstamo (en este caso, la que los prestatarios necesitaban para comprar la vivienda), el plazo de devolución, incluso la presencia del elemento «divisa extranjera» que justificaba un interés más bajo de lo habitual en el mercado para los préstamos en euros (que es lo que hacía atractivo el préstamo), no supone que haya sido objeto de negociación la redacción de las cláusulas del contrato y, en concreto, el modo en que operaba ese elemento «divisa extranjera» en la economía del contrato (tipos de cambio de la entrega del capital, del reembolso de las cuotas y del cambio de una divisa a otra, repercusiones concretas del riesgo de fluctuación de la divisa, recálculo de la equivalencia en euros del capital denominado en divisas según la fluctuación de esta, consolidación de la equivalencia en euros, o en la otra divisa escogida, del capital pendiente de amortizar, con la revalorización derivada de la fluctuación de la divisa, en caso de cambio de una divisa a otra, etc.) y en la posición jurídica y económica que cada parte asumía en la ejecución del contrato.**

Partiendo de lo anterior, hay que recordar lo que dice la STS, Civil, de 15 de noviembre de 2017 [ROJ: STS 3893/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3893]:

1.- La jurisprudencia la Sala Primera, con base en el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas y los arts. 60.1, 80.1 y 82.1 TRLCU, ha exigido también que las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores cumplan con el requisito de la transparencia a que se refieren las citadas sentencias del TJUE. Esta línea jurisprudencial se inicia a partir de la sentencia 834/2009, de 22 de diciembre y se perfila con mayor claridad a partir de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, hasta las más recientes sentencias 171/2017, de 9 de marzo, y 367/2017, de 8 de junio.

2.- En estas sentencias 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.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



3.- A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda empeorarse la posición jurídica o agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque no se le facilitó información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.

4.- Que la normativa MiFID no sea aplicable a estos préstamos hipotecarios denominados en divisas no obsta a que el préstamo hipotecario en divisas sea considerado un producto complejo a efectos del control de transparencia derivado de la aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, por la dificultad que para el consumidor medio tiene la comprensión de algunos de sus riesgos.

Hay que analizar, por tanto, si las condiciones generales de este contrato concertado con el consumidor actor cumplen con el requisito de la transparencia a que se refieren las citadas sentencias del TJUE.

La parte demandada sostiene que la parte actora consintió tanto la entrega del capital en yenes japoneses, como que la cuota había de ser pagada en la divisa escogida en cada momento. Pero es evidente que ello no es suficiente para afirmar que el actor conocía el riesgo de tipo de cambio.

La STS, Civil, de **15 de noviembre de 2017** [ROJ: STS 3893/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3893], con cita de la STS 323/2015, de 30 de junio, explica por qué los riesgos de tipo de préstamo hipotecario exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros: «Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. [...] El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo. **»Esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las**



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas "hipotecas multidivisa" se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos».

Y añade que "como confirmación del carácter complejo de este tipo de contrato por la existencia de riesgos necesitados de una explicación clara, [...] la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, en su considerando cuarto, hace referencia a los problemas existentes «en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado» y que **«algunos de los problemas observados se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban»**. El considerando trigésimo de la Directiva añade que «debido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito [...]». Por esas razones, los arts. 11.1.j, 13.f y 25.6 de la Directiva **imponen determinadas obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos asociados a la denominación del préstamo en una moneda extranjera**. Esta Directiva no es aplicable al presente caso, por razones temporales, pero su regulación muestra los problemas existentes en la contratación de préstamos en moneda extranjera y la necesidad de que el prestatario reciba una información suficiente sobre el juego de la moneda extranjera en la economía del contrato y en su posición jurídica y sobre los riesgos inherentes a ese tipo de préstamos. **La obligación de transparencia en la contratación de estos préstamos es preexistente a la entrada en vigor de esta Directiva puesto que deriva de la regulación de la Directiva sobre cláusulas abusivas**. La novedad que en esta materia supone la Directiva 2014/17/UE consiste en establecer una regulación detallada de la información a facilitar y en protocolizar la documentación en la que tal información ha de prestarse así como la forma concreta en la que debe suministrarse.

Señala el Tribunal Supremo que "la jurisprudencia del TJUE, en aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, ha declarado **la importancia que para el cumplimiento de la exigencia de transparencia en la contratación con los consumidores mediante condiciones generales tiene la información precontractual que se les facilita**, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. En este sentido se pronunciaron las sentencias del TJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C- 92/11, caso RWE Vertrieb, párrafos 44 y 49 a 51, y de 30 de abril de 2014, caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13, párrafo 70. También lo hace la STJUE del caso Andriuc, cuyo apartado 48 declara:

«Por lo demás, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C 92/11, EU:C:2013:180, apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C 154/15, C 307/15 y C 308/15, EU:C:2016:980, apartado 50). [...] Esta sentencia precisa cómo se concretan esas obligaciones de información en el caso de préstamos en divisas: «49. En el presente asunto, por lo que respecta a los préstamos en divisas como los controvertidos en el litigio principal, es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistémico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1) (DO 2011, C 342, p. 1), que **las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero** (Recomendación A- Conciencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1). » 50. Así pues, como el Abogado General ha señalado en los puntos 66 y 67 de sus conclusiones, por una parte, el prestatario deberá estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos. Por otra parte, **el profesional, en el presente asunto el banco, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa**. En consecuencia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar que el profesional comunicó a los consumidores afectados toda la información pertinente que les permitiera valorar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal sobre sus obligaciones financieras».

Pues bien, en el caso que se examina en las presentes actuaciones, hay que concluir que no existió esa información precontractual necesaria para que los prestatarios conocieran adecuadamente la naturaleza y riesgos vinculados a las cláusulas relativas a la divisa en que estaba denominado el préstamo. Como antes se ha destacado, la información por escrito que se facilitó con anterioridad a la suscripción del préstamo es insuficiente.

Lo determinante sobre la información que se debió suministrar al demandante es "la diferenciación entre la divisa en que se denominó el préstamo, pues en ella se fijaba el capital prestado y el importe de las cuotas de amortización, a la que podemos llamar «moneda nominal», y la moneda en la que efectivamente se entregó a la demandante el importe del préstamo y se pagaron por estos las cuotas mensuales, el euro, que podemos llamar «moneda funcional».

Como dice el TS, lo expuesto muestra que era exigible a BANKINTER S.A., que hubiera informado la demandante sobre los riesgos que derivaban del juego de la moneda nominal del préstamo, el yen japonés, respecto de la moneda funcional, el euro, en que se realizaron efectivamente las prestaciones derivadas de su ejecución (esto es, la entrega efectiva del capital a los prestatarios y el pago efectivo por estos de las cuotas mensuales de amortización).



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieren un especial deber de tutela o a la garantía de anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



En concreto, BANKINTER, S.A., no consta que explicara adecuadamente a los prestatarios que las fluctuaciones en la cotización de la divisa extranjera respecto del euro no solo podían provocar oscilaciones en el importe de las cuotas del préstamo, sino que el incremento de su importe podía llegar a ser tan considerable que pusiera en riesgo su capacidad de afrontar el pago en caso de una fuerte depreciación del euro respecto de la divisa.

Esa información era necesaria para que el prestatario pudiera haber adoptado una decisión fundada y prudente y pudieran haber comprendido los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda en la que recibían sus ingresos. Así lo declara la STJUE del caso Andriuc, en sus apartados 49 y 50.

Recuerda el TS que "un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que las divisas fluctúan y que, en consecuencia, las cuotas de un préstamo denominado en divisa extranjera pero en el que los pagos efectivos se hacen en euros pueden variar conforme fluctúe la cotización de la divisa.

Pero no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que la variación del importe de las cuotas debida a la fluctuación de la divisa puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos. De ahí que la STJUE del caso Andriuc, en sus apartados 49 y 50, exija una información adecuada sobre las consecuencias que puede llegar a tener la materialización de este riesgo, sobre todo en los casos en que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en la divisa".

BANKINTER, S.A., tampoco informó al demandante de otros riesgos importantes que tienen este tipo de préstamos. La fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado, puesto que la equivalencia en la moneda funcional, el euro, del importe en la moneda nominal, la divisa extranjera, del capital pendiente de amortizar varía según fluctúe el tipo de cambio. Una devaluación considerable de la moneda funcional, en la que el prestatario obtiene sus ingresos, supone que se incremente significativamente la equivalencia en esa moneda del importe en divisa del capital pendiente de amortizar.

En cuanto a la reserva de la entidad bancaria a exigir garantías adicionales explica el Tribunal Supremo que "este riesgo de recálculo al alza de la equivalencia en euros del importe en divisa del capital pendiente de amortizar **traía asociados otros**, sobre los que tampoco se informó al demandante".

Como dice el TS, "si bien el riesgo de un cierto incremento del importe de las cuotas de amortización, en los casos de préstamos denominados en divisas o indexados a divisas, por razón de la fluctuación de la divisa, podía ser previsto por el consumidor medio de este tipo de productos sin necesidad de que el banco le informara, no ocurre lo mismo con los riesgos que se han descrito en los anteriores párrafos. La percepción propia de un consumidor medio que concierta un préstamo consiste en que a medida que va abonando cuotas de amortización comprensivas de capital e intereses, el importe del capital pendiente de amortizar, y con ello la carga económica que el préstamo supone para el consumidor, irá disminuyendo. Sin embargo, en el caso de préstamos denominados en divisas [...], pese a que los prestatarios han pagado las cuotas de amortización durante varios años, la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se ha incrementado considerablemente y con ello la carga económica que el préstamo supone al consumidor...".



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Para el TS, "esta equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar y de las cuotas de reembolso es la verdaderamente relevante para valorar la carga económica del consumidor cuya moneda funcional es el euro, que es la que necesita utilizar el prestatario puesto que el capital obtenido en el préstamo lo va a destinar a pagar una deuda en euros y porque los ingresos con los que debe hacer frente al pago de las cuotas de amortización o del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado, los obtiene en euros. [...]"

Por estas razones es esencial que la información que el banco dé al cliente verse sobre la carga económica que en caso de fluctuación de la divisa le podría suponer, en euros, tanto el pago de las cuotas de amortización como el pago del capital pendiente de amortizar al que debería hacer frente en caso de vencimiento anticipado del préstamo. También debe ser informado de la trascendencia que para el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado del préstamo por parte del banco tiene la devaluación, por encima de ciertos límites, del euro frente a la divisa extranjera, porque supone también un serio riesgo para el consumidor que, pese a no haber incurrido en incumplimiento contractual, se vería obligado a devolver de una sola vez todo el capital pendiente de amortizar".

#### **CUARTO.- Consecuencias.**

**En nuestro caso, para enjuiciar si la información dada era suficiente para la actora, hay que tener en cuenta lo siguiente:**

1.- En la escritura no se advierte con claridad de que se recalcula constantemente el capital prestado en función del tipo de cambio.

No se habla con claridad de ese constante "recálculo" del capital pendiente de amortizar en función del tipo de cambio vigente, que es lo que se debería expresar de forma protagonista para que el consumidor entendiera el alcance de sus obligaciones. Resultaba imprescindible, si se quiere dar algún contenido a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que se advirtiera con claridad y PROTAGONISMO CAPITAL en toda la escritura que el contravalor de **EUROS** no era una cifra fija, sino variable en atención al tipo de cambio y que, en una coyuntura económica adversa, si el tipo de cambio era desfavorable al euro, el riesgo de fluctuación del tipo de cambio afectaría (i) a las cuotas periódicas de vencimiento mensual, de manera que, con la misma cantidad de euros se podría amortizar menos capital, de forma que si quería satisfacer las cuotas periódicas sólo lo podría hacer aportando más euros, lo que se traduciría en una subida de la cuota; y (ii) al capital pendiente de amortización, con el gravemente perjudicial efecto de que, aunque el prestatario pagara sus cuotas de amortización, el capital del préstamo no sólo podría no reducirse, sino, incluso, incrementarse (en este sentido se pronuncia la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 84 de Madrid (SJPI, Civil sección 84 del 12 de mayo de 2014 [ROJ: SJPI 48/2014 - ECLI:ES:JPI:2014:48]).

No basta con referencias genéricas al riesgo de fluctuación de la moneda. Debe partirse de que la representación mental de un consumidor que contrata un préstamo hipotecario es que la amortización del capital equivale a la suma de las cantidades mensuales amortizadas por este concepto en euros, pero, sin embargo, la realidad es que, en este caso, la deuda no se ha rebajado en esa cantidad, sino que ha aumentado por encima del valor prestado en un porcentaje aún superior sobre las expectativas de reducción de capital que podría tener el prestatario.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Por eso, era imprescindible que se advirtiera al consumidor de manera comprensible sobre los siguientes extremos, como señala la Sentencia del Juzgado nº 84 de Madrid, tantas veces citada:

- (i) Que con el mismo esfuerzo económico en la moneda funcional, la capacidad de reducir la deuda de capital podía ser inferior a lo previsto si el franco suizo se apreciaba sobre el euro.
- (ii) Que el mayor riesgo de variación de las cuotas de amortización no estaba en las oscilaciones del tipo de interés aplicable, sino en el cambio aplicable a las monedas.
- (iii) Que el riesgo del tipo de cambio sobre el capital pendiente actuaba como factor de recálculo permanente del contravalor en euros aplicable al montante del capital en francos suizos, lo que supone la aplicación del riesgo de fluctuación no sólo al cálculo de las cuotas al porcentaje de deuda amortizada, sino también al propio capital y, a la vez, hace posible que la cuantía del propio capital se incremente notablemente pese al continuo pago de las cuotas.

**Todas estas advertencias deberían haberse hecho constar en bloque, conjuntamente y de forma clara en la escritura.**

Es verdad que en el préstamo se prevé una cláusula para evitar perjuicios derivados del riesgo de tipo de cambio. La parte demandada recrimina a la actora que no hiciera uso de la **facultad de transformación del préstamo a otra moneda**. Dice que durante toda la vida del Préstamo Multidivisa, BANKINTER, S.A. le ha remitido mensualmente los extractos correspondientes a las liquidaciones del mismo, especificando en cada uno de ellos, tanto el importe en yenes japoneses como su equivalente en euros, por lo que la parte demandante ha podido seguir la evolución de la divisa en todo momento, pudiendo tomar la decisión que estimara conveniente respecto al cambio de divisa.

Pues bien, la STS, Civil, de **15 de noviembre de 2017** [ROJ: STS 3893/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3893] ante una alegación similar señala lo siguiente:

*"Es cierto que el considerando trigésimo de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, tras hacer referencia a los «importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera», afirma que «el riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato de crédito, o bien mediante otros procedimientos».*

*Esta previsión se concreta en el art. 23 de la Directiva. Pero la exigencia de medios de limitación del riesgo tales como la posibilidad de cambiar la divisa en la que está representado el capital del préstamo, y en concreto cambiar a la moneda en que el prestatario tiene sus ingresos, **no releva al banco de sus obligaciones de información precontractual**. Esta cláusula no se prevé como alternativa a la obligación de informar al prestatario sobre los riesgos. Se trata de exigencias cumulativas.*

*Es más, la Directiva contempla que se establezca, como mecanismo de limitación de riesgos, la posibilidad de cambiar la moneda en que está representado el capital del préstamo en un contexto normativo de refuerzo de la información que debe facilitarse durante la ejecución del*



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



contrato. El art. 23.4 de la citada Directiva prevé:

«En lo que se refiere a los consumidores que tengan un préstamo en moneda extranjera, los Estados miembros se asegurarán de que el prestamista les dirija advertencias regulares, en papel o en otro soporte duradero, como mínimo cuando el valor del importe adeudado por el consumidor del préstamo o de las cuotas periódicas difiera en más del 20 % del importe que habría correspondido de haberse aplicado el tipo de cambio entre la moneda del contrato de crédito y la moneda del Estado miembro que estaba vigente en la fecha de celebración del contrato de crédito. En la advertencia se informará al consumidor del incremento del importe adeudado por este, se mencionará cuando proceda el derecho de conversión en una moneda alternativa y las condiciones para ello, y se explicará cualquier otro mecanismo aplicable para limitar el riesgo de tipo de cambio a que esté expuesto el consumidor».

[...] Además, la presencia de esa cláusula no elimina por sí sola el riesgo ligado a estos préstamos en divisas ni el carácter abusivo de las cláusulas ligadas a la denominación en divisa del préstamo objeto del litigio. Menos aún si el banco no informa al cliente de las consecuencias que trae consigo esa conversión de la divisa en que está representado el capital del préstamo.

La conversión de la divisa en que está representado el capital se producirá conforme al tipo de cambio existente en el momento en el que esta conversión tenga lugar, por lo que se consolida la revalorización de la divisa y, por tanto, del aumento de la equivalencia en euros (o en la nueva divisa) del importe del capital pendiente de amortizar, pues se traslada a la nueva divisa escogida el incremento producido como consecuencia de la apreciación de la divisa.

Para hacer realizar esta conversión, el prestatario debe estar al día en el pago de las cuotas del préstamo [...].

El prestatario no puede realizar ese cambio en cualquier momento, sino, **en nuestro caso, al vencer cada periodo de amortización**. "Pero una devaluación significativa de la moneda funcional respecto de la divisa puede producirse en cuestión de semanas".

"[...] Solo se evita el hipotético riesgo de una apreciación de la divisa en el futuro.

Pero si el prestatario ignora, porque no ha sido informado adecuadamente, que cuando haga uso de esa facultad de cambio de divisa consolidará el aumento de valor de la divisa en que estaba denominado el préstamo, es posible que cuando pretenda hacer uso de esa facultad porque la cuota mensual de reembolso se haya incrementado significativamente, el incremento de la equivalencia en euros del importe en divisa del capital pendiente de amortizar sea ya considerable.

[...] Solo un prestatario que reciba una adecuada información del banco durante la ejecución del contrato o que tenga amplios conocimientos del mercado de divisas, que pueda prever el comportamiento futuro de las distintas divisas en las que puede quedar representado el capital del préstamo, puede utilizar provechosamente esa posibilidad de cambio de divisa prevista en el contrato.

Si no recibe esa información sobre el mercado de divisas y carece de esos conocimientos, el prestatario que haga uso de esa posibilidad de cambio de divisa porque esta se haya apreciado significativamente respecto de la moneda funcional, el euro, y haya aumentado el importe en euros que tiene que pagar mensualmente para el reembolso del préstamo, corre el





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa deroación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



riesgo de ir consolidando sucesivas cifras elevadas de capital pendiente de amortizar cuya equivalencia en euros se incremente progresivamente, si los cambios de moneda se realizan en el «pico» de mayor cotización respecto del euro de la divisa en que en cada momento esté representado el préstamo o en un momento cercano a esos «picos» de cotización».

Por tanto, concluye la STS, Civil, de 15 de noviembre de 2017 [ROJ: STS 3893/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3893], "la posibilidad de cambio de divisa, aunque supone un cierto mecanismo de limitación del riesgo de fluctuación en los casos de previsible apreciación de la divisa en un futuro próximo, ni elimina los riesgos asociados a la posibilidad de depreciación del euro frente a la divisa elegida, ni dispensa al predisponente de sus obligaciones de transparencia en la información precontractual que facilite a sus potenciales clientes y en la redacción de las cláusulas del préstamo hipotecario.

Para que pueda tener alguna eficacia, el banco debe informar con antelación, de modo claro y comprensible, sobre las consecuencias de hacer uso de esa cláusula y ofrecer al consumidor no experto una información adecuada durante la ejecución del contrato".

Por todo lo anterior, puede concluirse que en el caso examinado, la información omitida era fundamental para que los actores hubieran optado por una u otra modalidad de préstamo mediante la comparación de sus respectivas ventajas e inconvenientes, sobre todo cuando tenían ya concedido un préstamo en euros, en el que no existía ese riesgo de fluctuación de la divisa.

No puede olvidarse que la parte demandante tiene la condición de consumidor, sin que esto haya sido puesto en cuestión. El actual Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, califica en su artículo 8 como derecho básico de los consumidores y usuarios la información correcta sobre los diferentes bienes o servicios (apartado d/). Y en el apartado 1 del artículo 60 establece: "Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo".

La entidad bancaria no actúa con la debida diligencia si, pese a constatar que el préstamo en multidivisa no es idóneo para el cliente, no extrema sus obligaciones informativas y documenta correctamente esa completa información. En este caso, ni informó completamente sobre el "riesgo de tipo de cambio" que afectaba a la operación, ni, tampoco, documentó correctamente la información que pudiera dar al consumidor.

Que D. \_\_\_\_\_ tuviera la iniciativa en contratar el préstamo multidivisa, no permitía a BANKINTER, S.A., relajar sus obligaciones informativas frente al prestatario.

No se ha aportado oferta vinculante. La Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los Préstamos Hipotecarios (Derogada por dde.un de O EHA/2899/2011 de 28 octubre 2011, vigente el 29/4/2012):

\* Artículo 1. *Ámbito de aplicación.*



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieren un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



1. La presente Orden será de aplicación obligatoria a la actividad de las entidades de crédito relacionadas con la concesión de préstamos con garantía hipotecaria, *cuando concurren simultáneamente las siguientes circunstancias:*

- a) *Que se trate de un préstamo hipotecario y la hipoteca recaiga sobre una vivienda.*
- b) *Que el prestatario sea persona física.*
- c) *Que el importe del préstamo solicitado sea igual o inferior a 25 millones de pesetas [150.253,03 Euros], o su equivalente en divisas.*

*\* Artículo 3. Folleto informativo.*

1. Las entidades de crédito deberán obligatoriamente informar a quienes soliciten préstamos hipotecarios sujetos a esta Orden mediante la entrega de un folleto cuyo contenido mínimo será el establecido en el anexo I de esta norma.

*Si se trata de impresos que no contuvieran toda la información prevista en el citado modelo, las entidades deberán completarlos antes de su entrega.*

2. La entrega del folleto será gratuita, pudiendo el interesado conservarlo en su poder aun cuando opte por no concertar el préstamo con la entidad.

3. Salvo lo dispuesto sobre comisiones en la citada Orden de 12 de diciembre de 1989 y en sus normas de desarrollo y lo establecido en el art. 4.1, las condiciones contenidas en el folleto informativo tendrán carácter orientativo, lo que se hará constar en él de forma expresa.

*Lo anterior se entiende sin perjuicio de lo dispuesto sobre publicidad falsa o engañosa en el art. 8.3 de la citada Ley 26/1984 y en las demás disposiciones aplicables.*

*\* Artículo 5. Oferta vinculante.*

1. Efectuadas la tasación del inmueble y, en su caso, las oportunas comprobaciones sobre la situación registral de la finca y la capacidad financiera del prestatario, la entidad de crédito vendrá obligada a efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo.

*La oferta se formulará por escrito, y especificará, en su mismo orden, las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras señaladas en el anexo II de esta Orden para la escritura de préstamo. La oferta deberá ser firmada por representante de la entidad y, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, tendrá un plazo de validez no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega.*

2. En el documento que contenga la oferta vinculante se hará constar el derecho del prestatario, en caso de que acepte la oferta, a examinar el proyecto de documento contractual, con la antelación a que se refiere el núm. 2 del art. 7, en el despacho del Notario autorizante.

**La Orden de 5 de mayo de 1994**, que tenía por finalidad primordial, según su exposición de motivos, garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos y pretende asimismo facilitar al prestatario la perfecta comprensión e implicaciones financieras



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar, **era de aplicación a las escrituras litigiosas porque, firmadas el día 23/04/2007 y 1/02/2008, aunque su importe fuera superior a los 150.253,03 Euros, a que se refiere el art. 1 en su ámbito de aplicación, por cuanto:**

1.- Desde 2007 la Orden resulta de aplicación, por mandato de la Ley 26/1988, a todos los préstamos hipotecarios que recaigan sobre viviendas, aunque su cuantía sea superior a los 150.253,03 euros fijados en su artículo primero. El Art. 48 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en la redacción actual, vigente desde 9/12/2007, en virtud de nueva redacción dada por art.1.1 de Ley 41/2007 de 7 diciembre 2007, dice: "[...] 2. Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, con el fin de proteger los legítimos intereses de la clientela activa y pasiva de las entidades de crédito y sin perjuicio de la libertad de contratación que, en sus aspectos sustantivos y con las limitaciones que pudieran emanar de otras disposiciones legales, deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela, pueda:

a) Establecer que los correspondientes contratos se formalicen por escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación, en especial, las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras de los créditos o préstamos hipotecarios. A tal efecto, podrá determinar las cuestiones o eventualidades que los contratos referentes a operaciones financieras típicas con su clientela habrán de tratar o prever de forma expresa, exigir el establecimiento por las entidades de modelos para ellos e imponer alguna modalidad de control administrativo sobre dichos modelos. La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos".

2.- Además, conviene poner de manifiesto que la absoluta ausencia de documentación precontractual es contraria al criterio del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, que en su Memoria del año 2012, apartado 6.1.11 PRÉSTAMOS MULTIDIVISA, CUESTIONES VARIAS, explica:

*"En el expediente R-201202682, los reclamantes denunciaban el proceder de la entidad en relación con la contratación de una hipoteca multidivisa referenciada a yenes, que, según ellos, se realizó sin ningún tipo de transparencia ni diligencia, pues indicaban que nunca tuvieron conocimiento de las condiciones reales del préstamo hasta la firma de este.*

*El Servicio se pronunció sobre las siguientes cuestiones:*

*\*Información previa a la contratación de la financiación: Es criterio de este Servicio de Reclamaciones que, como profesionales que son las entidades en la materia, y de acuerdo con las buenas prácticas bancarias, les es exigible que faciliten una información financiera completa y comprensible de los productos que estos contratan.*

*A la vista del documento de solicitud de préstamo en divisas con garantía hipotecaria suscrito, se acreditaba la formalización de la solicitud de financiación varios días antes a la fecha de la escritura, y que en él se establecía expresamente que se trataba de un préstamo en yenes y también se indicaba la forma de determinación del tipo de cambio aplicable a la conversión, por lo que no cabía alegar desconocimiento por la parte reclamante de la naturaleza del préstamo que iba a formalizar, así como de la existencia de un riesgo de cambio derivado de la aplicación del contravalor de la divisa elegida a euros.*



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Ahora bien, en cumplimiento de los principios de transparencia y claridad que deben presidir las relaciones de las entidades con sus clientes, estos deben estar en condiciones de conocer con suficiente antelación las condiciones a las que se van a obligar antes de formalizar los correspondientes contratos, criterio que, para eliminar posibles problemas derivados de una negociación verbal, contempla la propia normativa de transparencia al exigir que se incorporen todas las condiciones financieras esenciales de la financiación ofrecida en las ofertas vinculantes que las entidades deben entregar a los solicitantes (particulares) de préstamos hipotecarios sobre viviendas de cuantía igual o inferior a 150.253,03€, y que este Servicio hace extensivo, desde el punto de vista de las buenas prácticas y usos bancarios, a todos los préstamos hipotecarios de tales características, cualesquiera que sean su importe y la forma como se facilite esa información.

Conforme a lo anterior, este Servicio estimó que la entidad financiera se apartó de las buenas prácticas financieras al no ser aportado el documento de información previa que este Servicio considera necesario conforme a las buenas prácticas bancarias, pues esta sería la vía que permitiría comprobar que fue aportada toda la información relevante sobre la operación, y que, dada la especial naturaleza de préstamo en divisas de la operación reclamada, debía incluir menciones a la divisa del préstamo, moneda de pago, cálculo del importe en euros de cada pago, reglas aplicables para el cálculo en euros del importe de los intereses, comisión de apertura, que deberá incluir cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo, y, en su caso, las cláusulas especiales que faculten a la entidad prestamista para resolver anticipadamente el contrato de préstamo".

Por tanto, aquí se concluye que los principios de transparencia y claridad que deben presidir las relaciones de las entidades con sus clientes, obligaban al banco, para garantizar que el cliente conocía con suficiente antelación las condiciones a las que se iba a obligar antes de formalizar la escritura, que le facilitarían todas las condiciones financieras esenciales de la financiación ofrecida.

3.- El Art. 60.1 de Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias dice lo siguiente: "Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas".

**La entidad de crédito incumplió esta obligación esencial de velar porque la actora tuviera un completo conocimiento de lo que implicaba el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.**

**Existe, por tanto, una deficiencia sustancial informativa a los efectos establecidos en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y el clausulado multidivisa no supera el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de las cláusulas predispuestas, cuando esas condiciones generales se refieren a elementos esenciales del contrato.**



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que las mismas contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieren un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



**Procede, por tanto, declarar la nulidad de todos los contenidos relativos a la opción multidivisa de la escritura pública objeto de litis, por no haber superado el control de transparencia.**

DÉCIMO.- BANKINTER, S.A., alega que la escritura de préstamo se otorgó ante **Notario** y que, de conformidad con los artículos 17 bis de la Ley de 28 de mayo de 1862 del Notariado (la "Ley del Notariado") y 147 del Reglamento del Notariado, el Notario da fe que el consentimiento ha sido prestado por las partes libremente y que responde a su voluntad debidamente informada. Además, concluye, los instrumentos públicos gozan de una presunción de veracidad e integridad.

Sobre esta cuestión, la STS, Civil, de 15 de noviembre de 2017 [ROJ: STS 3893/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3893] recuerda que la STS 464/2013, de 8 de septiembre declara que 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 el cumplimiento del deber de transparencia.

Y en la Sentencia 138/2015, de 24 de marzo, el Tribunal Supremo llama la atención sobre el momento en que se produce la intervención del notario, al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, que no parece la más adecuada para que el prestatario revoque su decisión de concertar el préstamo.

Ciertamente, en la STS 171/2017, de 9 de marzo, dice 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 en la STS 367/2017, de 8 de junio, afirma el Alto Tribunal que tal declaración 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. Cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual, que la jurisprudencia del TJUE ha considerado fundamental para que el consumidor pueda comprender las cargas económicas y la situación jurídica que para él resultan de las cláusulas predispuestas por el empresario o profesional.

**En el presente, se ha declarado probado que BANKINTER, S.A. no hizo entrega al prestatario de información escrita suficiente ni de oferta vinculante. Por tanto, la intervención del Sr. Notario no es suficiente para considerar acreditada la necesaria información, ni para superar el control de transparencia.**

En conclusión, siguiendo lo que establece la STS, Civil, de 15 de noviembre de 2017 [ROJ: STS 3893/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3893], se declara la nulidad parcial del contrato, que supone la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



La nulidad total del contrato préstamo supone un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicarle más que al predisponente (sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13, apartados 83 y 84).

Si se eliminara por completo la cláusula en la que aparece el importe del capital del préstamo, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio cuando las cuotas se abonan en euros, el contrato no podría subsistir, porque para la ejecución del contrato es necesaria la denominación en una moneda determinada tanto de la cantidad que fue prestada por el banco como la de las cuotas mensuales que se pagaron por los prestatarios, que determina la amortización que debe realizarse del capital pendiente.

**Procede, por tanto, la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que establece la posibilidad de que el capital esté denominado en euros) y que responde a las exigencias de una disposición nacional, como la contenida en preceptos como los arts. 1170 del Código Civil y 312 del Código de Comercio, que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, lo cual es un requisito inherente a las obligaciones dinerarias.**

No existe problema alguno de separabilidad del contenido inválido del contrato de préstamo.

Esta sustitución de régimen contractual es posible cuando se trata de evitar la nulidad total del contrato en el que se contienen las cláusulas abusivas, para no perjudicar al consumidor, puesto que, de otro modo, se estaría contrariando la finalidad de la Directiva sobre cláusulas abusivas.

Así lo ha declarado el TJUE en la sentencia de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13), apartados 76 a 85.

Se utiliza la misma fórmula del fallo de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 84 de Madrid (SJPI, Civil sección 84 del 12 de mayo de 2014 [ROJ: SJPI 48/2014 - ECLI:ES:JPI:2014:48], que confirma la STS, Civil, de 15 de noviembre de 2017 [ROJ: STS 3893/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3893].

La inaplicación de los contenidos multidivisa es perfectamente posible en la práctica, porque el contrato permite entender que el préstamo lo fue de 340.000 EUROS y las partes pactaron como una de las posibilidades de ejecución del contrato que las amortizaciones pudieran realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura para préstamo en euros (interés anual resultante de adicionar al tipo EURIBOR) un diferencial de un punto neto en los términos expresados en la escritura objeto de litis.

Además, procede la condena a la demandada, BANKINTER S.A., para el caso de que los actores hayan abonado una cantidad superior en concepto de capital e intereses a la que habrían pagado de haber operado desde el principio en euros, se reintegre en metálico dicho exceso a los actores como efecto inherente a la nulidad instada, incluyendo cualesquiera otros costes, gastos y comisiones abonadas por razón de la constitución de la opción multidivisa, junto con sus intereses.

**QUINTO.- Gastos**



La parte actora ejercita, con carácter principal, la acción de nulidad de la cláusula relativa a la imposición de gastos al prestatario hipotecante por abusividad y vulneración de la normativa, con todos los efectos legales inherentes a dicha nulidad y el abono de cantidades a consecuencia de la misma (cláusula QUINTA).

Por lo que respecta a dicho control de abusividad, debe partirse del art. 82 del TRLGDCU que define como cláusula abusiva, de conformidad con la Directiva 93/13/CEE, toda aquella estipulación no negociada individualmente y toda aquella práctica no consentida expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe cause, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Por consiguiente, los requisitos que se integran en la conformación del concepto de cláusula abusiva son tres:

- Debe tratarse de una estipulación no negociada individualmente,
- Ha de ser contraria a las exigencias de la buena fe contractual.
- Debe generar un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio del consumidor o usuario.

En primer lugar, la parte demandada alega que la cláusula QUINTA de la escritura de préstamo hipotecario, ha sido negociada individualmente, por lo que no puede realizarse control de abusividad.

El TS, en su conocida sentencia de 9 de mayo de 2013, expuso sobre esta cuestión (**negociación individual**) que:

*"a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.*

*b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.*

*c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.*

*d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario".*

Corresponde, pues, probar al empresario que afirma que una determinada cláusula que figura en un contrato propio de su actividad y celebrado con un consumidor ha sido objeto de negociación individual.

Cabe añadir la STS 265/2015, de 22 de abril, en la que se consolida el criterio antes expuesto, indicando que *"Para que una cláusula de un contrato concertado con un consumidor pueda considerarse "no negociada" y por tanto le sea aplicable la Directiva 1993/13/CEE y la*



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



normativa nacional que la desarrolla (en particular, la Ley y posteriormente el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios), basta con que esté predispuesta e impuesta, en el sentido de que su incorporación al contrato sea atribuible al profesional o empresario. Tales requisitos se recogen en el art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE cuando establece que « se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión ».

Como afirmamos en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, la exégesis de dicha norma lleva a concluir que el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio. Cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a la cual vea rechazado su intento de negociar. Tampoco es obstáculo a la aplicación del régimen jurídico de las condiciones generales que existan varios empresarios o profesionales que oferten los servicios o productos demandados por el consumidor, porque no es preciso que exista una posición monopolística del predisponente para que las cláusulas de los contratos que celebra con los consumidores puedan ser consideradas como no negociadas.

Esta "imposición del contenido" del contrato no puede identificarse con la "imposición del contrato" en el sentido de "obligar a contratar". Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quién, de entre las diversas empresas y profesionales que actúan en el mercado, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre (ahí es donde incide la garantía de la intervención notarial) y otra identificar tal consentimiento, aun intervenido notarialmente, en el contenido del contrato con la previa existencia de negociación individualizada del mismo.

3.- Es un hecho notorio que en determinados sectores de la contratación con los consumidores, en especial los bienes y servicios de uso común a que hace referencia el art. 9 TRLCU, entre los que se encuentran los servicios bancarios, los profesionales o empresarios utilizan contratos integrados por condiciones generales de la contratación. De ahí que tanto la Directiva (art. 3.2) como la norma nacional que la desarrolla (art. 82.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) prevean que el profesional o empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba de esa negociación. Así lo recuerda la STJUE de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12, caso Constructora Principado, en su párrafo 19.

Para que se considere que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, no basta con incluir en el contrato predispuesto un epígrafe de "condiciones particulares" o menciones estereotipadas y predispuestas que afirmen su carácter negociado (sobre la ineficacia de este tipo de menciones predispuestas, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, nos hemos pronunciado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015) ni con afirmar sin más en el litigio que la cláusula fue negociada individualmente. Para que la cláusula quede excluida del control de abusividad es preciso que





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que le llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y acorde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas adecuadamente, la alegación de que ha existido negociación es solo una fórmula retórica carente de contenido real, y supone identificar contratación voluntaria y prestación de consentimiento libre en documento intervenido notarialmente con negociación contractual. Tal ecuación no es correcta.

En definitiva, el sector bancario se caracteriza porque la contratación con consumidores se realiza mediante cláusulas predispuestas e impuestas por la entidad bancaria, y por tanto, no negociadas individualmente con el consumidor, lo que determina la procedencia del control de abusividad previsto en la Directiva 1993/13/CEE y en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, salvo que se pruebe el supuesto excepcional de que el contrato ha sido negociado y el consumidor ha obtenido contrapartidas apreciables a la inserción de cláusulas beneficiosas para el predisponente."

En el presente caso, la parte demandada se limita a afirmar que la cláusula de gastos fue negociada individualmente con la parte demandante, pero sin aportar prueba alguna acreditativa de dicha negociación. Así pues, de lo afirmado por el demandado no es posible deducir que el prestatario tuviera la oportunidad de influir en la supresión o en el contenido de la cláusula relativa al abono de dichos gastos. A mayor abundamiento, la entidad demandada tampoco justifica las razones excepcionales que llevaron a negociarla individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que es habitual en estos sectores de la contratación, ni ha probado la existencia de tal negociación ni las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional.

Por todo lo anteriormente expuesto, no puede considerarse negociada individualmente la cláusula objeto de este procedimiento y sí que puede entrarse en el control de abusividad de la referida cláusula.

Una vez fijado que nos encontramos ante una **cláusula no negociada individualmente**, procede seguir con el control de abusividad de la cláusula QUINTA de la referida escritura.

Por tanto, procede abordar los otros dos requisitos que se integran en la conformación del concepto de cláusula abusiva, el juicio de buena fe y el desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de la partes.

Para ello conviene citar, en primer lugar, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 14 de marzo de 2013, que en lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio **«pese a las exigencias de la buena fe»**, declara que *el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual*. En idéntico sentido se pronuncia el TJUE en su Sentencia de 26 de enero de 2017.

La buena fe, por tanto, debe entenderse como una regla de conducta, como un deber de tratar de manera leal y equitativa con la otra parte, es decir, como un juicio del comportamiento del



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieren un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



predisponente.

En cuanto al último de los requisitos, relativos al **desequilibrio importante** de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, se hace necesario señalar la STJUE de 14 de marzo de 2013 que establece que *deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, el juez nacional podrá valorar si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas.*

Asimismo, conviene indicar la STJUE de 16 de enero de 2014 en la que se declara que *"la existencia de un desequilibrio importante no requiere necesariamente que los costes puestos a cargo del consumidor por una cláusula contractual tengan una incidencia económica importante para éste en relación con el importe de la operación de que se trate, sino que puede resultar del solo hecho de una lesión suficientemente grave de la situación jurídica en la que ese consumidor se encuentra, como parte en el contrato, en virtud de las disposiciones nacionales aplicables, ya sea en forma de una restricción del contenido de los derechos que, según esas disposiciones, le confiere ese contrato, o bien de un obstáculo al ejercicio de éstos, o también de que se le imponga una obligación adicional no prevista por las normas nacionales".*

Sobre una cláusula análoga a la de autos, ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su conocida sentencia nº 705/2015 de 23 de diciembre de 2015, así como en la STS 4 de junio de 2015, declarando lo siguiente:

*"1.- En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones [como veremos] contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto.*

*El art. 89.3 TRLGCU (LA LEY 11922/2007) califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º).*



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieren un especial deber de tutela o a la garantía de del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



2.- Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC (LA LEY 58/2000)), constituye la garantía real (arts. 1875 CC (LA LEY 1/1889) y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC (LA LEY 58/2000)).

En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU (LA LEY 11922/2007)).

En la sentencia 550/2000, de 1 de junio (LA LEY 9195/2000), esta Sala estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso.

3.- En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (LA LEY 3423/1993) dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU (LA LEY 11922/2007), que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho.

Ya dijimos en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre (LA LEY 233431/2011), si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, 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, por lo que la condición general que contuviese dicha previsión debía ser reputada nula.

5.- En cuanto a los gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza, derivados del incumplimiento por la parte prestataria de su obligación de pago, y los derechos de procurador y honorarios de abogado contratados por la entidad prestamista, hemos de advertir en primer lugar que los gastos del proceso están sometidos a una estricta regulación legal, recogida en los arts. 394 (LA LEY 58/2000) y 398 LEC (LA LEY 58/2000), para los procesos declarativos, y en los arts. 559 y 561 de la misma Ley, para los procesos de ejecución. Tales normas se fundan básicamente en el principio del vencimiento, y en el caso concreto de la ejecución, las costas se impondrán al ejecutado cuando continúe adelante el despacho de ejecución; pero también podrán imponerse al ejecutante cuando se aprecie algún defecto procesal no subsanable o que no se haya subsanado en el plazo concedido al efecto ( art. 559.2 LEC (LA LEY 58/2000) ), o cuando se estime algún motivo de oposición respecto del fondo ( art. 561.2 LEC (LA LEY 58/2000) ); y cuando la estimación sea parcial, cada parte deberá hacer frente a las costas devengadas a su instancia. Por consiguiente, la atribución al prestatario en todo caso de las costas procesales no solo infringe normas procesales de orden público, lo que comportaría sin más su nulidad ex art. 86 TRLCU y art. 8 LCGC (LA LEY 1490/1998), sino que introduce un evidente desequilibrio en la posición de las partes, al hacer recaer a todo trance las consecuencias de un proceso sobre una de ellas, sin tener en cuenta ni la procedencia legal de la reclamación o de la oposición a la reclamación, ni las facultades de moderación que la ley reconoce al Tribunal cuando aprecie serias dudas de hecho o de derecho.

Respecto a la imputación al cliente de los honorarios de abogado y aranceles de procurador de los que se haya servido el prestamista, incluso cuando su intervención no sea preceptiva, la estipulación contraviene de plano el art. 32.5 LEC (LA LEY 58/2000), que excluye tales gastos de la eventual condena en costas, salvo que el tribunal aprecie temeridad o que el domicilio de la parte representada o defendida en juicio esté en un lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio. Por lo que, además de la falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones de las partes y la dificultad para el consumidor de valorar las consecuencias por desconocer en el momento de la firma del contrato el cúmulo de actuaciones en las que eventualmente podría valerse la entidad contratante de tales profesionales sin ser preceptivo



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



(actos de conciliación, procedimiento monitorio, juicio verbal en reclamación de cantidad inferior a la establecida legalmente...), lo que de por sí sería suficiente para considerar la cláusula como abusiva, resulta correcta la declaración de nulidad de la misma, conforme a los arts. 86 TRLCU y 8 LCGC (LA LEY 1490/1998)."

La cláusula de gastos impugnada en los presentes autos guarda una gran similitud con la que fue objeto de análisis en la sentencia 705/2015 del Alto Tribunal recién expuesta. De facto, los conceptos relativos a gastos figuran también en la cláusula que el Tribunal Supremo consideró abusiva.

El TS declaró la abusividad de las cláusulas de gastos incluidas en las condiciones generales por entender que trasladaban al consumidor gastos que, por naturaleza, correspondían al prestamista. En particular, declaró la abusividad de la repercusión al consumidor de, entre otros, los gastos notariales y registrales, así como del impuesto sobre actos jurídicos documentados.

A continuación, analizaremos la situación normativa en la que se encuentra cada uno de los gastos reclamados, para así, poder efectuar el juicio de buena fe y analizar el posible desequilibrio causado, requisitos necesarios para poder abordar el control de abusividad.

#### **a) gastos notariales y registrales.**

Por lo que respecta a los **gastos notariales**, el artículo 63 del Reglamento del Notariado, comienza: "*La retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por el Arancel notarial*".

El Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone en el Anexo II, norma SEXTA: "*La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente*".

En cuanto a los **gastos registrales**, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, dispone en el Anexo II, norma Octava: "*1. Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado. 2. Los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten*".

El citado art. 6 LH establece que "*La inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente:*

- a) *Por el que adquiera el derecho.*
- b) *Por el que lo transmita.*
- c) *Por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir.*
- d) *Por quien tenga la representación de cualquiera de ellos.*"

Tomando como base lo previsto en la normativa reseñada, cabe concluir que tanto el arancel



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y, según ha declarado nuestro Alto Tribunal, quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC).

En consecuencia, tras el análisis efectuado en relación con la normativa nacional de los gastos notariales y registrales reclamados por la parte actora, cabe afirmar que la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Todo ello conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89 TRLGCU).

Destacar la SAP Las Palmas de 6 de julio de 2017 (Pte: Juan José Cobo Plana) que destacó que *"si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente, y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la **garantía** se adopta en beneficio del prestamista"*.

En este mismo sentido la SAP Las Palmas de 20 de abril de 2018 (Pte: Juan José Cobo Plana) estableció que *"Las escrituras de préstamo hipotecario formalizan dos negocios jurídicos de distinta naturaleza y que gozan de autonomía sustantiva, el contrato de préstamo y el negocio constitutivo de un derecho real de hipoteca. Pero esa diversidad negocial no se traduce arancelariamente en una pluralidad de conceptos minutables, el préstamo, por su cuantía, y la hipoteca, por el importe que garantiza. Prevalece, por el contrario, la consideración unitaria del conjunto negocial y de ella se deriva el que se aplique el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario."*

*La base minutable en el préstamo hipotecario se determina, de conformidad con la legislación fiscal, a la que se remiten directamente los aranceles (norma 4ª.2), atendiendo al importe global de las obligaciones que asume el prestatario y que resultan garantizadas con hipoteca, esto es, a la cifra de responsabilidad.*

*La obligación de pago se imputa, por tanto, al sujeto requirente o, alternativamente, al sujeto interesado.*

*Existe una diferencia sustancial entre la obligación del requirente y la del interesado.*

*El requirente debe pagar todos los conceptos minutables; mientras que el interesado, o beneficiario del derecho que se inscribe, solo el concepto minutable en el que esté interesado o correspondiente al derecho que le beneficia.*

*Para la determinación del "sujeto requirente", en este caso, hay que valerse de presunciones.*



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía de del anonimato de las víctimas o perjudicados. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Las presunciones judiciales son un método para fijar la certeza de ciertos hechos (Exposición de Motivos LEC). "A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano" (art. 386.1 I LEC). Las máximas de experiencia, también llamadas en el derecho anglosajón estándares de actuación, son juicios hipotéticos de contenido general independientes del caso concreto a decidir en el proceso, y que han sido adquiridos mediante la verificación de su reiteración en el tiempo aunque son autónomos de los casos singulares de cuya observación se infieren. Vienen a ser un juicio lógico obtenido del examen de casos semejantes, y que tienen el valor de juicios, reglas o normas de comportamiento que tienen un valor complementario pudiendo ser utilizadas por el Juez. Obviamente no son verdades urbi et orbe aplicables al caso concreto, pero sí tienen el valor de ser un criterio de interpretación que con carácter auxiliar pueden ayudar al Juez en la toma de su decisión teniendo el valor de corroborar la decisión adoptada por el Juez en el caso concreto.

Pues bien, conforme a una elemental máxima de experiencia, la intervención notarial se solicita en la generalidad de los casos por la entidad de crédito, quien envía la minuta en virtud de la cual el notario redactará la escritura del préstamo hipotecario.

El artículo 147 III del Reglamento del Notariado prescribe: "En el texto del documento, el notario consignará, en su caso, que aquél ha sido redactado conforme a minuta y si le constare, la parte de quien procede ésta y si la misma obedece a condiciones generales de su contratación".

En la escritura que examinamos, consta que la escritura ha sido redactada conforme a la minuta escrita presentada por el Banco.

Por otra parte, es "**interesado**" aquél al que beneficie la actuación notarial.

Según las propias normas sustantivas, el interesado en la garantía hipotecaria es, sin duda alguna, el Banco prestamista. Así, tenemos:

**A).** La celebración de un préstamo, que lo que realmente interesa al prestatario, no requiere escritura pública, siendo perfectamente válido el préstamo otorgado en escritura privada.

Dice el artículo 1258 del Código Civil que "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley."

**B).** Por el contrario, el artículo 145 de la Ley Hipotecaria exige para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas:

1º. Que se hayan constituido en escritura pública.

2º. Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad.

**C).** La constitución de la hipoteca, que es el motivo por el que se formaliza de escritura pública (con sus gastos) y que la misma se inscriba en el Registro de la Propiedad (con sus gastos), al único a quien beneficia, obviamente, es al Banco prestamista. Y ello por lo siguiente:

1º. Obtiene el derecho o la garantía de poder vender el inmueble hipotecado para pagar la deuda en caso de incumplimiento de la obligación por parte del prestatario (artículo 1858 del



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Código Civil).

2º. *El crédito es preferente. Dice el artículo 1923-3º del Código Civil: "Con relación a determinados bienes inmuebles ..., gozan de preferencia: 3.º Los créditos hipotecarios ..., inscritos en el Registro de la Propiedad, sobre los bienes hipotecados ..."*

3º. *En caso de concurso de acreedores, el crédito garantizado con hipoteca es privilegiado, con privilegio especial (art. 90.1-1º de la Ley Concursal).*

4º. *El crédito, finalmente, es ejecutivo.*

*Dice el artículo 517.2-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil: "1. La acción ejecutiva deberá fundarse en un título que tenga aparejada ejecución. 2. Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: ... 4.º Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes."*

*Y el artículo 130 de la Ley Hipotecaria señala: "El procedimiento de ejecución directa contra los bienes hipotecados sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo".*

*D). La propia legislación especial hipotecaria contempla como interesado en la garantía al acreedor. Así resulta del art. 233 Reglamento del Notariado que dice: "A los efectos del artículo 517.2.4.º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se considera título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se le expida con tal carácter".*

*E). El interesado según las normas fiscales sería también el prestamista (en la actual interpretación de la Sala 1ª del Tribunal Supremo), lo que no contradice la jurisprudencia de lo Contencioso, que grava con el impuesto al prestatario sobre la base de considerarlo "adquirente", no "interesado".*

*En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues **si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista.***

*Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).*

*En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, esta Sala estableció que la repercusión al comprador/ consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso".*

*Conforme a todo lo que se acaba de exponer, la cláusula aquí examinada es abusiva por*





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía de del anonimato de las víctimas o perjudicados. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes



atribución de todos los gastos notariales al prestatario.

### 3.2. Gastos registrales.

El Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, dispone en el Anexo II, norma Octava:

"1. Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado. 2. Los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten".

Dice el artículo 6 de la Ley Hipotecaria: «La inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente: a) Por el que adquiera el derecho».

Conforme a lo anterior, la hipoteca se inscribe a favor del Banco por lo que es el Banco quien debe abonar los derechos de registro.

La respuesta es sencilla y es suficiente remitirse a la doctrina del Tribunal Supremo a este respecto.

La cuestión no debe enturbiarse con el argumento falaz del interés del prestatario en obtener la financiación.

Lo que le interesa al prestatario es el préstamo, no la hipoteca, y no puede inferirse un interés en la hipoteca por el solo hecho de adherirse al conjunto negocial.

### 3.3. Sobre las consecuencias de la nulidad de la cláusula por la que se atribuye al prestamista los gastos notariales y de registro.

Dado que, como antes se ha puesto de manifiesto, tanto la formalización de la escritura pública ante Notario como la inscripción de la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad se efectúan en el exclusivo interés del Banco prestamista, es éste quien debe correr con dichos gastos, por lo que habrá de proceder a reintegrar al prestamista los que éste haya acreditado haber abonado en aplicación de la cláusula declarada nula.

Respecto al pago de las copias emitidas por el Notario, no habiéndose acreditado en el procedimiento que fueran solicitadas expresamente por el Cliente y siendo evidente que al menos una tuvo que ser interesada por el Banco para proceder a la inscripción de la Hipoteca, deben reintegrarse igualmente.

Dado que la devolución se produce como consecuencia de la nulidad de la cláusula, con reintegro de las respectivas prestaciones, las sumas a devolver devengarán el interés legal desde la fecha de pago por parte del prestatario hasta su reintegro por parte de la entidad financiera."

#### b) Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

En cuanto al impuesto sobre actos jurídicos documentados, Sostiene la parte demandada que el sujeto pasivo del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados en los préstamos



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



hipotecarios es el deudor hipotecario. La STS analizada dispone que "El art. 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el art. 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el art. 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el art. 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho.

Ya dijimos en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, 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, por lo que la condición general que contuviese dicha previsión debía ser reputada nula."

Si a lo expuesto se une, de un lado, que nos hallamos ante normas que generalmente tienen carácter imperativo, lo que determina la nulidad de cualesquiera pactos que las contravengan al no determinarse otra consecuencia para el caso de infracción, y de otro lado, el tenor del art.89.3 c) TRLCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, forzoso es declarar la nulidad de la cláusula analizada, tanto por vulnerar normas de carácter imperativo como ser palmariamente abusiva al descargar toda la carga tributaria, con independencia del hecho desencadenante del impuesto y de la identidad del beneficiado por dicho hecho, sobre una de las partes del contrato. Esta es la interpretación acogida mayoritariamente por las audiencias provinciales. (SAP Barcelona 17 de octubre de 2016, SAP Tarragona de 22 de septiembre del 2016).

En definitiva, tanto porque contraviene normas que, en determinados aspectos, tienen carácter imperativo, como por la generalidad con la que está redactada –la misma habla de los impuestos en general, sin concretar-, así como porque infringe el art. 89.3 c) TRLGCU, que



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, procede declarar que la citada cláusula, en lo que se refiere al pago del impuesto, es abusiva y, por ende, nula.

### c) Gastos de gestión

estos incluyen la tramitación en el Registro de la Propiedad y en la Oficina liquidadora de impuestos. Con respecto a tales gastos, cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4ª, de 24 de marzo de 2017: *"Se trata de una cláusula habitual en los préstamos hipotecarios que responde, por una parte, a asegurar la debida inscripción en el Registro, necesaria como se ha dicho para la válida constitución de la hipoteca, evitando el riesgo que supone la entrega del importe del préstamo antes de que se lleve a cabo esa inscripción; y, por otra, a facilitar al prestatario-hipotecante la realización de esos trámites que pueden abarcar otros como sucede en este caso. Es decir, su inclusión obedece a los intereses de ambas partes y a ambas beneficia..."*

Se trata, por tanto, de una cláusula accesorias respecto a unas actuaciones necesarias para la formalización del préstamo hipotecario y su abono debe estar coligado al pago de tales actuaciones, por lo que si éstas son asumidas por ambas partes, los gastos de gestión deberán ser abonados por ambos. Tales gastos incluyen la tramitación en el Registro de la Propiedad y en la Oficina liquidadora de impuestos, por lo que su pago debería corresponder a quienes satisfacen tales actuaciones y no imponerse directamente al prestatario, tal y como se efectúa a través de la cláusula litigiosa.

En este mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Valencia en su Sentencia nº 684/2017 de fecha 14 de diciembre de 2017, la cual, concretamente en el fundamento de derecho cuarto de la indicada resolución, declara que *"Esta cuestión presenta mayor complejidad porque no existe norma, en defecto de pacto, que atribuya el pago de este gasto a una parte en concreto. Por ello, habrá de estarse, en analogía con los gastos analizados en el Fundamento Jurídico anterior, a los beneficiados por su actuación. (...) La lectura de tales actividades lleva a la conclusión que la actuación de la gestoría fue en beneficio e interés de ambas partes, pues se encargó de los pagos y abonos derivados del préstamo hipotecario, así como la recogida de documentación, que correspondían a ambas partes, pues entre ellos abonó el impuesto. (...)"*

La SAP de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 20 de abril de 2018 dispone que *"La intervención de una gestoría supone la participación de otro profesional en la tramitación del contrato y su tarea facilita el negocio del Banco, especialmente en cuanto a la presentación de los documentos en el Registro de la Propiedad.*

*Entendemos que se ha cobrado al Cliente otro servicio complementario, realizado por un tercero (la Gestoría). Establece el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: Artículo 89. Cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato. En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: [...] 4. La imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados.*



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



No constando que el Cliente solicitase ese servicio complementario, ni tuviera la posibilidad de elegir a otro profesional (a diferencia del derecho reconocido a libre elección de Notario), procede la íntegra devolución de esos importes.

Dado que la devolución se produce como consecuencia de la nulidad de la cláusula, con reintegro de las respectivas prestaciones, las sumas a devolver devengarán el interés legal desde la fecha de pago por parte del prestatario hasta su reintegro por parte de la entidad financiera”.

#### d) Gastos de tasación

El artículo 86 de la Ley de Consumidores comienza: “En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas”. Adviértase que “las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, estarán obligadas a aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que, sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la presente Ley y no esté caducada según lo dispuesto legalmente, y ello, sin perjuicio de que la entidad de crédito pueda realizar las comprobaciones que estime pertinentes, de las que en ningún caso podrá repercutir su coste al cliente que aporte la certificación” (art. Tercero bis I LMH). Sin embargo, en este caso, al menos directamente, no se ha privado al consumidor del derecho de aportar su tasación (v. SAP Pontevedra 1ª 175/2014, 14.5 y ss.).

Ciertamente, la tasación de la finca, a efectos de la ejecución, no es un servicio necesario. De no haber tasación extrajudicial, se practicará por perito tasador designado por el Letrado de la Administración de Justicia (arts. 691.4, 666.1 y 638.3 LEC) que, en último término, puede someterse a control del Letrado y del tribunal (art. 246.3 LEC). Además, la tasación de la finca se efectúa, parcialmente, en interés del Banco. “El informe de tasación es el instrumento utilizado por las entidades prestatarias para, mediante la aplicación de un determinado porcentaje sobre el valor de tasación de la finca objeto de garantía, calcular el límite máximo del importe del préstamo que la entidad está dispuesta a conceder” (Memoria del Servicio de Reclamaciones del Banco de España 2015, 66). Además, “para que un crédito hipotecario pueda ser movilizado mediante la emisión de los títulos regulados en esta Ley, los bienes hipotecados deberán haber sido tasados por los servicios de tasación de las Entidades a que se refiere el artículo segundo, o bien por otros servicios de tasación que cumplan los requisitos que reglamentariamente se establecerán” (art. Séptimo.Uno LMH).

No obstante, la tasación también interesa al cliente ya que permite fijar el tipo mínimo de subasta en el caso de venta extrajudicial ( art. 129.2 a) LH) o de ejecución hipotecaria (art. 682.2-1º LEC) y sirve para poner los suelos al precio de adjudicación (art. 670 LEC). Definitivamente, la Directiva 2014/17 considera: “También es importante garantizar que el bien inmueble de uso residencial sea objeto de una tasación adecuada antes de la celebración del contrato de crédito y, en particular cuando la tasación afecte a la obligación residual del consumidor, en caso de impago” (considerando [26]). La Directiva asume su validez porque el coste de “valoración del bien” se incluye en el “coste total del crédito para el consumidor”, “cuando dicha valoración sea necesaria para obtener el crédito” ( art. 4 13) Directiva 2014/17). Cuestión distinta es que el consumidor medio, normalmente, desconoce el derecho a presentar su propia tasación y acepta el servicio de tasación sin opción real de exclusión. El remedio a esta situación es imponer a la entidad financiera un deber precontractual de información y reconocer al cliente un derecho de reembolso.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes



Precisamente, el *artículo 60 de la Ley de Consumidores* relativo a la información previa al contrato declara: "Serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y cualesquiera otras que resulten de aplicación y, además: [...] c) [...] En toda información al consumidor y usuario sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio total, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios [...]". Con efectos interpretativos, el *artículo 15 sobre tasación del bien y otros servicios accesorios de la Ley 2/2009*, comienza en su apartado 1: "Cuando la empresa concierte o efectúe directamente la prestación de los servicios preparatorios de la operación, cuyo gasto sea por cuenta del consumidor, deberá indicar a éste la identidad de los profesionales o entidades seleccionados al efecto, así como de las tarifas de los honorarios aplicables, [...]". "En particular, deberá indicarse si resulta exigible la tasación del inmueble y a cargo de quién serán los gastos de la misma. También se indicará que la entidad está obligada a aceptar cualquier tasación aportada por el cliente, siempre que esté certificada por un tasador homologado y no haya caducado, no pudiendo cargar ningún gasto adicional por las comprobaciones que, en su caso, realice sobre dicha tasación" (Ficha de Información Precontractual [FIPRE] Orden de Transparencia).

Las consecuencias de no ofrecer la posibilidad de rechazar el servicio accesorio son dos. (1ª) El *artículo 89.4 de la Ley de Consumidores* considera en todo caso cláusulas abusivas: "Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación". (2ª) El derecho de reembolso del pago. El *artículo 60 bis de la Ley de Consumidores "Pagos adicionales"* (añadido por Ley 3/2014) dispone: "1. Antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por cualquier contrato u oferta, el empresario deberá obtener su consentimiento expreso para todo pago adicional a la remuneración acordada para la obligación contractual principal del empresario. Estos suplementos opcionales se comunicarán de una manera clara y comprensible y su aceptación por el consumidor y usuario se realizará sobre una base de opción de inclusión. Si el empresario no ha obtenido el consentimiento expreso del consumidor y usuario, pero lo ha deducido utilizando opciones por defecto que éste debe rechazar para evitar el pago adicional, el consumidor y usuario tendrá derecho al reembolso de dicho pago. 2. Corresponde al empresario probar el cumplimiento de las obligaciones a que este artículo se refiere".

Por los motivos esgrimidos con anterioridad no cabe sino concluir que la imposición al prestatario de los gastos de tasación del inmueble es abusiva, contraria a lo dispuesto en el artículo 89.3 del TR-LGDCU y, en consecuencia, se declara la nulidad del apartado en el que consta dicha cláusula.

La SAP de Las Palmas de 3 de abril de 2018 dispone en relación al gasto de tasación que " *El mismo razonamiento (el de los gastos de gestoría) es aplicable a los honorarios de la entidad que se ha encargado de realizar la necesaria tasación del finca objeto de hipoteca. Su intervención está estrictamente regulada por la normativa bancaria y es obligatoria para comprobar que la garantía cubre al menos una parte de los riesgos asumidos por el*



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

prestamista. Es un gasto accesorio de la constitución del derecho de hipoteca, cuyo máximo interesado hemos razonado que es el Banco. No habiéndose demostrado que fue el Cliente quien eligió la empresa tasadora o aportó una tasación emitida anteriormente por su cuenta, procede también la devolución.

Dado que la devolución se produce como consecuencia de la nulidad de la cláusula, con reintegro de las respectivas prestaciones, las sumas a devolver devengarán el interés legal desde la fecha de pago por parte del prestatario hasta su reintegro por parte de la entidad

Por todo lo anteriormente razonado, **procede declarar la nulidad por abusividad de determinadas referencias contenidas en la cláusula QUINTA de la escritura de préstamo hipotecario.**

Y ello, al cumplirse los 3 requisitos que conforman el concepto de cláusula abusiva: i) se trata de una estipulación no negociada individualmente, como ya se ha declarado anteriormente; ii) causa un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes, lo cual se ha podido verificar tras el análisis comparativo efectuado entre la situación del prestatario con base en el contrato y la prevista por el Derecho nacional vigente, pudiéndose afirmar que el contrato deja al prestatario en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional; y, por último, iii) se causa ese desequilibrio pese a las exigencias de la buena fe, ya que, tras lo expuesto, considera esta juzgadora que el profesional no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el prestatario, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.

#### **SEXTO.- Consecuencias de la declaración de nulidad de la cláusula QUINTA**

Una vez declarada nula por abusividad de parte de la cláusula QUINTA, en los términos indicados en el fundamento anterior, procede abordar la cuestión relativa a los efectos de esa declaración de nulidad.

El TJUE ha deducido de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE, que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. Así lo ha afirmado en las *sentencias de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, caso Banesto, apartado 65, de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, apartado 57, y 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y BBVA, S.A., apartado 28.*

En cuanto a la posibilidad de aplicar de modo supletorio una disposición de Derecho dispositivo de Derecho nacional, una vez declarada la nulidad de la cláusula abusiva y la no vinculación a la misma del consumidor, el TJUE solo ha admitido esta posibilidad cuando sea necesario para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, para evitar que el juez se viera obligado a anular el contrato en su totalidad, y el consumidor quedara expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización. Así resulta de lo declarado en sus *sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, párrafos 80 y*





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



siguientes y de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y BBVA, S.A., párrafo 33.

La conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el art. 1258 del Código Civil, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor.

Asimismo, conforme a lo señalado en la STJUE de 21 de diciembre de 2016, el alcance de la declaración de nulidad comporta la restitución al consumidor de los gastos que hubiera satisfecho en aplicación de dicha cláusula y que, según la normativa vigente, correspondiera asumir al empresario, así como la imposibilidad de devengo de nuevos gastos en aplicación de la cláusula declarada abusiva. Efecto de la nulidad, previsto en el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, y que, en este concreto caso, implica que el consumidor no debe hacer frente a todos los gastos que se estipulan en dicha cláusula. Ahora bien, ello no significa que sea la entidad demandada la que tenga que cargar con la totalidad de los gastos.

A la vista de lo solicitado por la parte actora, atendiendo a la legislación nacional vigente aplicable, sin que sea posible integrar sino atender al justo equilibrio de intereses respecto de los gastos y tratando de evitar que se ocasione enriquecimiento injusto por ninguna de las partes, procede acordar lo siguiente:

**1.- En cuanto a los aranceles notariales acogiendo la línea seguida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 (STS 46/2019) "Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria. Es decir, como la normativa notarial habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor -por la obtención del préstamo a un interés generalmente inferior al que pagaría en un contrato sin garantía real-, como el prestamista -por la garantía hipotecaria-, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento. 2.- Esta misma solución debe predicarse respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación. 3.- En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto. 4.- Por último, respecto de las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario, deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés". Por ello, corresponde a la entidad bancaria satisfacer la mitad de los gastos notariales.**

**2.- Por lo que hace a los aranceles de registrador y, con base en el Real Decreto 1427/1989, en su anexo II Regla Octava que dispone que los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, procede que sea la entidad financiera quien los abone en su integridad, puesto que el derecho de hipoteca se**



inscribe a favor de la entidad demandada, teniendo, además, un especial interés en la inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC (LA LEY 58/2000)), constituye la garantía real (arts. 1875 CC (LA LEY 1/1889) y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC (LA LEY 58/2000)). Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 (STS 46/2019) dispone en este sentido que "A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

**2.- Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario.** 3.- En cuanto a la inscripción de la escritura de cancelación, ésta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto". **Debe, por tanto, la entidad bancaria satisfacer la totalidad del arancel del Registrador de la Propiedad.**

**3-** En lo referente al impuesto de actos jurídicos documentados, establece la STS 148/2018 de 15 de marzo de 2018 " 2.- Respecto del hecho imponible del impuesto de transmisiones patrimoniales consistente en la constitución del préstamo hipotecario (art. 7.1.B LITPAJD), ya hemos visto que el art. 8 LITPAJD, a efectos de la determinación del sujeto pasivo, contiene dos reglas que, en apariencia, pueden resultar contradictorias. Así el apartado c) dispone que «en la constitución de derechos reales» es sujeto pasivo del impuesto aquél a cuyo favor se realice el acto; y el apartado d) prevé que, «en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza», lo será el prestatario. De manera que si atendemos exclusivamente a la garantía (la hipoteca), el sujeto pasivo sería la entidad acreedora hipotecaria, puesto que la garantía se constituye a su favor; mientras que, si atendemos exclusivamente al préstamo, el sujeto pasivo sería el prestatario (el cliente consumidor). Sin embargo, dicha aparente antinomia queda aclarada por el art. 15.1 de la misma Ley, que dispone: «La constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo». 3.- La jurisprudencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de este Tribunal Supremo ha interpretado tales preceptos en el sentido de que, tanto en préstamos como en créditos con garantía hipotecaria, el sujeto pasivo del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario (sentencias de 19 de noviembre de 2001 [RC 2196/1996]; 20 de enero de 2004 [RC 158/2002]; 14 de mayo de 2004 [RC 4075/1999]; 20 de enero de 2006 [RC 693/2001]; 27 de marzo de 2006 [RC 1839/2001]; 20 de junio de 2006 [RC 2794/2001]; 31 de octubre de 2006 [RC 4593/2001]; 6 de mayo de 2015 [RC 3018/2013]; y 22 de noviembre de 2017 [RC 3142/2016]). En tales resoluciones se indica que la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible sea el prestatario, de conformidad con lo establecido en el art. 8 d), en relación con el 15.1, LITPAJD. En su virtud, respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, en armonía con la jurisprudencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo, debemos concluir que el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario". La STS de 23 de enero de 2019 (48/2019) dispone en su fundamento de derecho tercero " **5.- Desde este punto de vista, este motivo de casación también debe ser desestimado, si bien la resolución recurrida debe ser matizada o aclarada conforme a lo resuelto por esta sala en las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, cuando dijimos:**





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía a del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



«En lo que afecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados habrá que estar a las siguientes reglas: »a) Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, **el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario.** »b) En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, **será sujeto pasivo el prestatario.** »c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite. »d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad «Actos Jurídicos Documentados» que grava los documentos notariales». Estas consideraciones han sido reafirmadas por las conclusiones de las sentencias del pleno de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre, que mantienen la anterior jurisprudencia de esa Sala, a la que nos habíamos remitido en nuestras citadas sentencias de 15 de marzo de 2018. Y no quedan cuestionadas por el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (convalidado por el Congreso de los Diputados el 22 de noviembre siguiente), puesto que dicha norma, conforme a su propia previsión de entrada en vigor, solamente es aplicable a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con posterioridad a su vigencia y no contiene regulación retroactiva alguna.»

Conforme a la jurisprudencia citada, y teniendo en cuenta que la doctrina del Alto Tribunal establece que el obligado al pago del Impuesto del Acto Jurídico Documentado es el prestatario no procede restituir al actor cantidad alguna por este concepto.

4.- En cuanto a los gastos de **gestoría**, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2019 (STS 46/2019) establece que “1.- En cuanto a los gastos de gestión o gestión, no existe norma legal que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. En la práctica, se trata de una serie de *gestiones derivadas de la formalización del préstamo hipotecario*: la llevanza al notario de la documentación para la confección de la escritura, su presentación en el registro de la propiedad o su presentación ante la Agencia Tributaria para el pago del impuesto de actos jurídicos documentados. Estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el propio banco o por el propio cliente. Sin embargo, el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios da por supuesta la prestación de este servicio en su art. 40, que establece la *obligación de ponerse acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo del art. 48 de la Ley 26/ 1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito. 2.- Ante esta realidad y dado que, cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de*



ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad.

5.- En relación a los gastos de tasación del inmueble, pese a que la STS 46/2019 de 23 de enero no cita explícitamente este gasto, esta juzgadora entiende que se debe recoger el mismo criterio expuesto para los gastos de gestoría, ya que la tasación del inmueble también se realiza en beneficio e interés de ambas partes, debiendo por tanto satisfacer este concepto por mitad.

En definitiva, teniendo en cuenta las cantidades solicitadas en el escrito de demanda, las facturas aportadas como documental y en base a toda la fundamentación expuesta, se condena a la entidad bancaria a abonar al consumidor 533,00 euros por los siguientes importes:

- 296,03 € por la factura de Notario.
- 236,97 € por la factura del Registrador de la Propiedad.

Dichas cantidades devengarán los intereses legales desde la fecha del pago.

#### **SÉPTIMO.- Interés de demora.**

La parte actora solicita que se declare la nulidad de la CLÁUSULA SEXTA que establece un interés de demora del 9,5%.

La cláusula relativa a los intereses de demora es una cláusula predispuesta, no negociada individualmente, a la que resulta de aplicación la LCU y cuya carácter abusivo cabe enjuiciar con base en el artículo 82 y, en particular, el artículo 85.6 LCU ("Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes: 6. Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones").

Como recuerda el ATS de 22 de febrero de 2017, las STS de 23 de diciembre de 2015, 18 de febrero de 2016 y 3 de junio de 2016 fijaron el criterio de considerar abusiva la cláusula de intereses de demora que exceda en dos puntos porcentuales el interés remuneratorio, en el caso de préstamos hipotecarios concertados con consumidores.

Las Sentencias del Tribunal Supremo nº 469/2015, de 8 de septiembre, y nº 265/2015, de 22 de abril, ofrecen una extensa exposición jurídica referida al juicio de abusividad, en el ámbito de la aplicación de la legislación protectora de consumidores y usuarios, de las cláusulas no negociadas individualmente que fijan el tipo de intereses de demora. Si bien en aquellos casos el control de abusividad se refiere a cláusulas insertas en contratos de préstamo personales, sin garantía real, son trasladables al presente supuesto (préstamo con garantía real) las pautas generales pertinentes que han de guiar el ejercicio de control jurisdiccional sobre este tipo de cláusulas. En aquella sentencia la Audiencia Provincial expone el juicio de comparación que se debe realizar para concluir si el interés pactado era o no abusivo, así indica "La aplicación al presente caso de los criterios expuestos determina una valoración favorable al juicio de abusividad. Estimamos que un interés lineal del 18% como interés de demora era abusivo en el momento de la celebración del contrato y que en una negociación leal y equitativa el consumidor no la habría aceptado. El tipo de interés de demora pactado supera el triple del interés legal del dinero vigente en aquel momento. También es tres veces superior al interés



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía de anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



*remuneratorio para un préstamo con un plazo de amortización de 40 años. Al concretarse el interés de demora a un porcentaje fijo y muy elevado, el carácter desproporcionado de la sanción se evidencia en aquellas coyunturas, como la presente, de bajos tipos de interés. Y, lógicamente, al incorporarse la cláusula en el contrato ha de considerarse que el interés pactado puede fluctuar a la baja."*

En el caso que nos ocupa atendidas las circunstancias concurrentes en el momento en el que se concertó el préstamo hipotecario se considera que el 9,50% de intereses moratorios es desproporcionadamente alto, tanto si se toma como parámetro de comparación el artículo 1.108 del Código Civil ("si la obligación consiste en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal") como si se acude al criterio que establece el artículo 114 LH, tras la modificación operada por el artículo 3.2 de la citada Ley 1/2013 ("los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil").

La STS de 3 de junio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2041), tras reiterar la doctrina sentada en Sentencias anteriores, como la de 22 de abril de 2015, sobre el carácter abusivo de las cláusulas que fijan un interés de demora en los préstamos personales que impongan un recargo superior a dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio, extiende el mismo criterio al préstamo hipotecario sobre vivienda habitual y considera abusivo el interés de demora pactado en aquel caso del 8'5 puntos sobre el interés remuneratorio pactado.

En cuanto a los efectos de la nulidad de la cláusula, la STS 469/2015 recuerda que, conforme a la jurisprudencia del TJUE en interpretación del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE, los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. Así lo ha afirmado en las sentencias de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, caso Banesto, apartado 65, de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, apartado 57, y 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13, caso Unicaja y CAIXABANK, apartado 28.

Ahora bien, como la declaración de abusividad de una cláusula de intereses moratorios no debe conducir al efecto de equiparar al deudor cumplidor con el moroso, la consecuencia, ante la imposibilidad de efectuar una integración moderadora de una cláusula abusiva, debe de ser la establecida en Sentencia dictada por el Pleno del Tribunal Supremo el día 22 de abril de 2015 (ROJ STS 1723/2015) y reiterada en la de 3 de junio de 2016, que no supone suprimir el devengo del interés ordinario, que retribuye o compensa que el prestatario disponga del dinero, puesto que lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía de del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no estaba aquejado de abusividad y que seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución. Por consiguiente, la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora debe ser la supresión del incremento del tipo de interés que supone el interés de demora pactado, y la continuación del devengo del interés remuneratorio hasta que se produzca el reintegro de la suma prestada.

#### **OCTAVO.- Vencimiento anticipado.**

La STS 16 de diciembre de 2009 proclama la validez de estas cláusulas de vencimiento anticipado, con base en el principio de libertad de pactos del art. 1255 CC, si bien precisando que solo serán de aplicación cuando concurra justa causa, entendiendo por tal la objetivamente manifiesta y verdadera dejación de las obligaciones de carácter esencial, es decir la insolvencia sobrevenida del deudor o claro peligro de que no pueda atender la prestación principal, como sucede cuando el número de cuotas impagadas es tan elevado y reiterado en el tiempo que cabe deducir que el deudor no va a pagar ninguna cuota más, es decir, que nunca va a devolver el préstamo, citando al respecto las sentencias del mismo Tribunal de 7 de febrero de 2000, 9 de marzo de 2001, 4 de julio de 2008 y 12 de diciembre de 2008.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 14 marzo 2013 (ECLI:EU:C:2013:164) aborda la cuestión, concretando los parámetros que ha de valorar el juez nacional ante este tipo de cláusulas en los siguientes términos: *"En particular, por lo que respecta, en primer lugar, a la cláusula relativa al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un período limitado, corresponde al juez remitente comprobar especialmente, como señaló la Abogado General en los puntos 77 y 78 de sus conclusiones, si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo"* (Aptdo. 73).

La doctrina establecida en esa sentencia ha sido incorporada a nuestro Ordenamiento por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que modifica el artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, exigiendo el impago *de al menos tres mensualidades* para que pueda instarse la ejecución hipotecaria.

En este sentido, los acreedores que no modifican la cláusula de vencimiento anticipado por impago de una cuota en hipotecas inscritas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, sufren el riesgo de que la declaración de nulidad por abusiva les impide la ejecución directa en las hipotecas que adolezcan de ese vicio, debiendo reclamar su deuda por el procedimiento ordinario de ejecución o por el declarativo que corresponda. Además las costas de la ejecución directa serán de cuenta del acreedor responsable del sobreseimiento, incluidas las costas de cancelación de la nota marginal de expedición de la certificación de cargas. La presencia de la cláusula de vencimiento anticipado por impago de alguna cuota en la escritura y en la inscripción impide admitir el vencimiento anticipado cuando se incumplan tres o más





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



cuotas pues ello supondría un caso de integración del contrato en beneficio del predisponente que está prohibido como dispone el art. 65 TRLGDCU, y ha declarado la STJUE de 14 junio 2012.

La Sala Primera del TS ha dictado una sentencia de fecha **23 de diciembre de 2015** (sentencia número 705/2015, ponente: señor Vela Torres), en que la reitera y aclara su doctrina sobre la declaración de nulidad de las cláusulas de los préstamos hipotecarios consideradas abusivas. Entre otras cosas, la Sala sostiene que la validez general de las cláusulas de vencimiento anticipado no excluye la posibilidad de que sean consideradas abusivas, y por tanto, nulas, atendiendo a las circunstancias del caso, en la forma explicada por el TJUE en la sentencia de 14 de marzo de 2013 (asunto Aziz). Por ello estima que la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado prevista por uno de dichos contratos, al no superar los estándares exigibles, pues no modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, no permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación y posibilita la resolución del préstamo por el incumplimiento de un solo plazo, incluso parcial.

En este mismo sentido se ha pronunciado de nuevo el TJUE en su Sentencia de 26 de enero de 2017 (JUR 2017, 26895) en la que recoge que *"incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar, en particular, si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo está supeditada al incumplimiento por parte del consumidor de una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate, si esa facultad está prevista para los casos en los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo, si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas y si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartado 73). 71. Por lo que se refiere a las consecuencias que deben extraerse del eventual carácter abusivo de una cláusula de esa índole, es preciso recordar que resulta de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 que el juez nacional está obligado únicamente a dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva para que no surta efectos vinculantes respecto del consumidor, sin que esté facultado para variar su contenido. En efecto, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (véanse, en particular, las sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65; de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 57, y de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y BBVA, S.A., C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 28). 73. (...) el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la 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 esa Directiva— 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 (...)"*.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía de los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

En el presente caso, a diferencia del incidente de oposición a la ejecución del artículo 695 de la LEC, en el que se puede valorar las circunstancias concretas del incumplimiento y la forma en que se ha ejercitado la resolución, el carácter abusivo de la cláusula lo hemos de analizar en abstracto. Pues bien, la cláusula impugnada permite a la entidad de crédito dar por vencido el crédito a partir de un incumplimiento que en ningún caso podríamos considerar grave o esencial, en atención a la cuantía y duración del préstamo, como es el impago de una sola cuota. La respuesta al incumplimiento –el vencimiento anticipado y la pérdida del plazo- es desproporcionada y, en consecuencia, la cláusula es abusiva conforme a lo dispuesto en el artículo 82.1º y 85.4º del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, por lo que procede declararla nula.

#### **NOVENO.- Costas.**

Procede imponer las costas a la parte demandada al haber estimado sustancialmente la demanda (art. 394 L.E.C. 1/2000).

**VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,**

#### **FALLO**

Que **ESTIMANDO sustancialmente la demanda** interpuesta por la representación procesal de D. \_\_\_\_\_ contra la entidad BANKINTER, S.A.,

- 1.- **DECLARO LA NULIDAD PARCIAL del préstamo suscrito por las partes en la escritura pública de fecha 1/2/2007 de préstamo hipotecario otorgada por el \_\_\_\_\_ en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa.**
- 2.- DECLARO que el efecto de la nulidad parcial conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por el demandante es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros en cada uno de ellos, en concepto de principal e intereses y que los contratos deben subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiéndose que el préstamo lo fue de **340.000€** y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma **referencia fijada en la escritura para préstamo en euros.**
- 3.- CONDENO a la demandada, BANKINTER, S.A., para el caso de que el demandante hayan abonado una cantidad superior en concepto de capital e intereses a la que habrían pagado de haber operado desde el principio en euros, se reintegre en metálico dicho exceso como efecto inherente a la nulidad instada, incluyendo cualesquiera otros costes, gastos y comisiones abonadas por razón de la constitución de la opción multidivisa, junto con sus intereses devengados desde las respectivas fechas de cobro hasta su completa devolución.
- 4.- **DECLARO la nulidad de pleno derecho por ser abusiva de la CLÁUSULA QUINTA (Gastos) del préstamo hipotecario.**
- 5.- CONDENO a la entidad demandada a eliminar dichas cláusulas y a restituir a la actora la cantidad de 533 euros más el interés legal devengado desde su pago.
- 6.- **DECLARO la nulidad de pleno derecho por ser abusiva de la CLÁUSULA SEXTA (Interés de demora) del préstamo hipotecario.**





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos conllevan y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieren un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



7.-DECLARO la nulidad de pleno derecho por ser abusiva de la CLÁUSULA FINANCIERA SÉPTIMA (Vencimiento anticipado) del préstamo hipotecario.

8.- CONDENO a la entidad demandada a la eliminación de dichas cláusulas.

9.- CONDENO a la demandada al pago de las costas procesales.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme, sino que es susceptible de recurso de apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Las Palmas, que se interpondrá ante este órgano judicial en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, previo depósito de la cantidad de 50 euros en la cuenta de este Juzgado.

**Así por esta mi Sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.**

LA JUEZ

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:

YANIRA DEL CARMEN GONZÁLEZ SOSA - Magistrado-Juez

29/10/2019 - 15:49:31

