

SENTENCIA N° 8/18

En Jaén a 15 de enero de 2018.

Don Antonio Uceda Molina, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia num.1 de esta ciudad y su Partido Judicial, ha examinado los autos de JUICIO ORDINARIO, seguidos en este Juzgado bajo el núm.276/2017, entre partes, de una y como demandante _____, representado por el Procurador de los Tribunales Don José Antonio Beltrán López y defendido técnicamente por Doña Magdalena Rico Palao contra la entidad Bankinter S.A. representada por el Procurador de los Tribunales _____ y defendida técnicamente por _____

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 2 de marzo de 2017, _____, representado por el Procurador de los Tribunales Don José Antonio Beltrán López, interpuso demanda de juicio ordinario interesando la nulidad parcial del contrato de préstamo multidivisa concertado entre partes, en lo que a la referencia a las divisas extranjeras se refiere integrándose el contrato con la referencia Euribor y el diferencial de 0,5 puntos, condenado a la demandada a recalcular el préstamo tomando como capital 235.000 euros y el resto de condiciones cómo sí se tratase de un préstamo concertado y concedido en euros, fijando la cantidad adeudada conforme al saldo vivo en euros resultante de aminorar el importe prestado por la cantidad amortizada en concepto de capital e intereses, convertidos a euros, debiéndose realizar las amortizaciones futuras en euros tomando como tipo de interés el de Euribor más 0,5 puntos, condenando a la demandada a la devolución de las cantidades cobradas en exceso como consecuencia de aplicación de las cláusulas multidivisas, con deducción de gastos y comisiones de cambio abonados por el actor durante la vida del préstamo. De igual forma se solicita que se anule la cláusula de interés de demora y se fije como tal el remuneratorio más dos puntos y que se anule la cláusula de imposición de gastos, con restitución de las cantidades abonadas por el actor en concepto de gastos notariales, registrales, Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y gastos de gestión.

Admitida a trámite por Decreto de 13 de marzo de 2017, se dio traslado a la demandada para contestar, la cual a través de su representación procesal contestó el día 11 de mayo de 2017, interesando la desestimación de la demanda.

SEGUNDO.- Por Decreto se procede a señalar fecha para la celebración de la Audiencia Previa el día 20 de julio de 2017. Tal día se celebró la misma, con comparecencia de las partes, en ella se ratificaron en su demanda y contestación señalándose día para la celebración del juicio el 10 de enero de 2018. Tal día se celebró el juicio también con la comparecencia de las partes, en él se practicó la prueba admitida, finalizando con las conclusiones orales de las partes, quedando las actuaciones vistas para sentencia.





FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora interesa la nulidad parcial del contrato de préstamo multidivisa concertado entre partes, en lo que a la referencia a las divisas extranjeras se refiere integrándose el contrato con la referencia Euribor y el diferencial de 0,5 puntos, condenado a la demandada a recalcular el préstamo tomando como capital 235.000 euros y el resto de condiciones cómo sí se tratase de un préstamo concertado y concedido en euros, fijando la cantidad adeudada conforme al saldo vivo en euros resultante de aminorar el importe prestado por la cantidad amortizada en concepto de capital e intereses, convertidos a euros, debiéndose realizar las amortizaciones futuras en euros tomando como tipo de interés el de Euribor más 0,5 puntos, condenando a la demandada a la devolución de las cantidades cobradas en exceso como consecuencia de aplicación de las cláusulas multidivisas, con deducción de gastos y comisiones de cambio abonados por el actor durante la vida del préstamo. Y ello ante el incumplimiento por parte de la entidad demandada de los deberes de información que le eran exigibles, generándose al actor error en el consentimiento respecto a las características del producto contrato, y en especial de los riesgos que asumía con la operación, que han dado lugar que tras diez años de pago de cuotas hipotecarias el débito en capital sea prácticamente idéntico que al principio de la vida del préstamo, no siendo consciente de los riesgos que el préstamo concedido en yenes y calculadas las amortizaciones de capital e intereses atendiendo a los tipos de cambio y fórmulas fijadas en escritura le pudieran suponer.

De igual forma se solicita que se anule la cláusula de interés de demora por considerarla abusiva y generadora de desequilibrio entre partes y se fije como tal el remuneratorio más dos puntos.

Así mismo interesa la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula de imposición de gastos, en virtud del desequilibrio generador entre partes, con restitución de las cantidades abonadas en concepto de gastos notariales, registrales, impositivos y de gestoría.

Frente a ello la entidad demandada se opone a que se proceda a la declaración de nulidad parcial pretendida, en primer lugar porque el hecho que existiera vicio en el consentimiento supondría la nulidad radical del contrato y no la parcial con restitución de las prestaciones entre partes, lo que no ha sido solicitado. En segundo lugar porque entiende que el tipo de contrato alcanzado entre partes es un producto de fácil comprensión y equilibrado para las partes, siendo informado el actor en todo momento de la naturaleza y características del contrato, no existiendo error o vicio alguno en su consentimiento, más al contrario se trató de fórmula de financiación a la que optó voluntariamente siéndole más beneficiosa.

En relación con las cláusulas de interés de demora y de imposición de gastos, entiende cláusulas válidas ajustadas a la legalidad y a la doctrina jurisprudencial vigente, oponiéndose en todo caso a los efectos restitutivos pretendidos

SEGUNDO.- Tras diferentes pronunciamiento de los Tribunales nacionales sobre la validez del contrato de préstamo multidivisa y las necesidades o exigencia de





información a la entidad concedente de estos tipos de préstamo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal Supremo han dado luz y han fijado con claridad los parámetros que han de guiar el análisis del clausulado de éste tipo de productos.

Por razones de evidente seguridad jurídica, este Juzgador habrá de seguir los parámetros fijados por el Tribunal Supremo, analizando el supuesto objeto del proceso, partiendo que el actor ampara su pretensión de nulidad en error o vicio en el consentimiento al desconocer la naturaleza y características del producto financiero concertado, y especialmente los riesgos que el condicionado multdivisa le generaban y su repercusión en las amortizaciones de capital mediante el pago de las cuotas.

Y para ello, hemos de partir de *la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017*, en la misma tras aceptar, cómo no podía ser de otra manera, la no consideración de productos financiero de riesgo del tipo de contrato de préstamo multdivisa a raíz de la jurisprudencia del TJUE, sí valora el clausulado multdivisa como condición general de la contratación, y en concreto el carácter abusivo o no de las cláusulas de tal tipo, fijando con nitidez los deberes de transparencia que deben superar las mismas para no ser reputadas como tales.

En este sentido, dice el Alto Tribunal: “Las cláusulas cuestionadas en la demanda, que fijan la moneda nominal y la moneda funcional del contrato, así como los mecanismos para el cálculo de la equivalencia entre una y otra, y determinan el tipo de cambio de la divisa en que esté representado el capital pendiente de amortizar, configuran tanto la obligación de pago del capital prestado por parte del prestamista como las obligaciones de reembolso del prestatario, ya sean las cuotas periódicas de amortización del capital con sus intereses por parte del prestatario, ya sea la devolución en un único pago del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado del contrato. Por tal razón, son cláusulas que definen el objeto principal del contrato, sobre las que existe un especial deber de transparencia por parte del predisponente cuando se trata de contratos celebrados con consumidores.

11.-De acuerdo con estas sentencias del TJUE, no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas.

12.-En concreto, el apartado segundo del fallo de la STJUE del caso Andriuc, declara respecto de la exigencia de transparencia que se deriva del art. 4.2 de la Directiva con relación a un préstamo denominado en divisas:

«El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un





consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras».

13.- La jurisprudencia de esta sala, 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.

14.- 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.

15.- 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.

16.- 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.

17.- En nuestra sentencia 323/2015, de 30 de junio, hemos explicado por qué los riesgos de tipo de préstamo hipotecario exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Dijimos en esa sentencia:





«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 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».

18.- También declaramos en esa sentencia, como confirmación del carácter complejo de este tipo de contrato por la existencia de riesgos necesitados de una explicación clara, que 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.

19.-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 Andriciuc, 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 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).

20.-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».

21.-En el presente caso, 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, puesto que no se les entregó ninguna información por escrito con anterioridad a la suscripción del préstamo y la comercial de Barclays que les atendió carecía de la formación necesaria para poder explicar adecuadamente esos extremos del contrato.

22.-No es admisible la tesis sostenida por Barclays de que no le era exigible el cumplimiento de las obligaciones de información impuestas por la Orden de 5 de mayo de 1994 porque la reforma operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, en el art. 48.2 de la Ley 26/1988, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, que establecía que «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», solo sería aplicable en futuras normas sobre transparencia bancaria, que no se dictaron hasta varios años más tarde.

Dado que las obligaciones de información relativa a los préstamos hipotecarios en que la hipoteca recae sobre vivienda estaban ya desarrolladas por la Orden de 5 de mayo de 1994, la modificación legal significó que, desde su entrada en vigor, esa normativa sobre transparencia pasaba a ser exigible en cualquier préstamo hipotecario en que la hipoteca recayera sobre una vivienda, sin que hubiera que esperar a que se dictara una nueva normativa sobre transparencia en los préstamos hipotecarios, como pretende Barclays.

23.-Para determinar la información que Barclays debió suministrar a los demandantes tiene especial relevancia 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 los demandantes el importe del préstamo y se pagaron por estos las cuotas mensuales, el euro, que podemos llamar «moneda funcional». En la cláusula en la que se especificaba, denominada en divisa, el capital prestado, se fijaba también su equivalencia en euros.

24.-Los demandantes solicitaron el préstamo para hacer el pago de una cantidad de dinero determinada en euros, concretamente la cantidad necesaria para cancelar anteriores préstamos denominados en euros, cuyas condiciones consideraban más desfavorables que el préstamo denominado en divisas que Barclays les ofreció a un interés más bajo.

La escritura pública de préstamo hipotecario preveía que el ingreso del capital prestado en la cuenta de los prestatarios se haría, como se hizo, en euros, y fijaba el tipo de cambio aplicado para hallar la equivalencia del capital denominado en divisa (yen





japonés) con el capital que se entregó efectivamente en euros, que era el tipo de cambio de venta de esa divisa que tenía fijado el banco. Por tanto, el importe del capital del préstamo denominado en la divisa inicial, el yen japonés, era la equivalencia, al tipo de cambio fijado, del importe que los prestatarios necesitaban en euros.

La valoración del bien hipotecado contenida en la escritura se hizo en euros y la fijación de la extensión de la garantía hipotecaria se hizo también en euros.

Los prestatarios tenían sus ingresos en euros. Aunque el clausulado predispuesto por Barclays preveía la posibilidad de hacer los pagos de las amortizaciones en divisas o en euros y establecía en este último caso el tipo de cambio aplicable (tipo de cambio de compra de la divisa fijado por el banco en un determinado momento), esta segunda opción era la única que podía cumplirse de forma efectiva en la ejecución del contrato puesto que los prestatarios obtenían sus ingresos en euros.

Los apuntes en la cuenta de los prestatarios, en la que el banco ingresó el capital prestado y los prestatarios ingresaban las cuotas de amortización, se hacían en euros.

Ante el impago de las cuotas, el banco dio por vencido anticipadamente el préstamo y fijó el saldo adeudado en euros. La cantidad en euros que Barclays reclamó en concepto de capital pendiente de amortizar, después de que los prestatarios hubieran estado pagando las cuotas mensuales de amortización durante varios años, superaba la cantidad de euros que fue ingresada en la cuenta de los prestatarios al concederles el préstamo.

Asimismo, el banco solicitó la ejecución de la hipoteca en euros, pese a que en nuestro ordenamiento es posible el despacho de ejecución en moneda extranjera (art. 577 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

25.-Lo expuesto muestra que era exigible a Barclays que hubiera informado a los demandantes 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, el pago efectivo por estos de las cuotas mensuales de amortización y la reclamación por el banco del capital pendiente de amortizar cuando se dio por vencido anticipadamente el préstamo, mediante un procedimiento de ejecución hipotecaria).

26.-En concreto, Barclays no explicó 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 los prestatarios pudieran 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 Andriuciuc, en sus apartados 49 y 50.

Barclays no solo no les dio esa información, sino que la cláusula financiera 2.^a.II.g de la escritura de préstamo hipotecario distorsionaba la comprensión de ese riesgo, pues





establecía que de no modificarse el tipo de interés, la cantidad a pagar comprensiva de la amortización de capital e intereses no sufriría variación alguna.

Sobre esta cuestión, es relevante el hecho de que al concertarse el préstamo, en cuyo momento el interés aplicable era del 1,47% anual, los prestatarios pagaran una primera cuota mensual de 1019,66 euros mientras que en junio de 2012, pese a que el tipo de interés había bajado hasta el 0,96% anual, el importe de la cuota mensual ascendiera hasta 1540,95 euros.

27.- 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 Andriciuc, 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.

28.- Barclays tampoco informó a los demandantes 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 incrementa significativamente la equivalencia en esa moneda del importe en divisa del capital pendiente de amortizar.

En relación con este riesgo, es significativo que mientras que la equivalencia en euros del capital prestado, fijado en la escritura de préstamo otorgada el 31 de julio de 2008, fue de 260.755 euros, esa cifra ascendía a 404.323,04 euros en agosto de 2012, pese a que los prestatarios habían abonado las cuotas de amortización del préstamo, comprensivas de capital e intereses, durante casi cuatro años.

Este riesgo afecta a la obligación del prestatario de devolver en un solo pago la totalidad del capital pendiente de amortizar, bien porque el banco haga uso de la facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo cuando concurra alguna de las causas previstas en el contrato (entre las que se encuentran algunas no imputables al prestatario y asociadas al riesgo de fluctuación de la divisa, como veremos más adelante), bien porque el prestatario quiera pagar anticipadamente el préstamo para cancelar la hipoteca y enajenar su vivienda libre de cargas.

29.- En el caso objeto del recurso, la materialización de este riesgo ha determinado que pese a que los prestatarios han pagado durante varios años las cuotas de amortización mensuales, al haberse devaluado considerablemente el euro frente al yen en el momento en que el banco ejerció su facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo, los prestatarios adeudan al prestamista un capital en euros significativamente mayor que el que les fue entregado al concertar el préstamo.





30.-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 a los demandantes. Tales riesgos estaban relacionados con la facultad que se otorgaba al banco prestamista de resolver anticipadamente el préstamo y exigir el pago del capital pendiente de amortizar si, como consecuencia de la fluctuación de la divisa, el valor de tasación de la finca llegaba a ser inferior al 125% del contravalor en euros del principal del préstamo garantizado pendiente de amortizar en cada momento y la parte deudora no aumentaba la garantía en el plazo de dos meses o si el contravalor calculado en euros del capital pendiente de amortización se elevaba por encima de ciertos límites, salvo que el prestatario reembolsase la diferencia o, para cubrir la misma, ampliara la hipoteca

31.-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 como el que es objeto de este recurso, 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.

El consumidor medio tampoco puede prever, sin la oportuna información, que pese a pagar las cuotas del préstamo y pese a que el bien sobre el que está constituida la hipoteca conserve su valor, el banco puede dar por vencido anticipadamente el préstamo como consecuencia de la fluctuación de la divisa.

32.-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.

33.-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.

34.-En el caso objeto del recurso, algunos de los riesgos sobre los que no se informó adecuadamente a los demandantes se han materializado y les han causado un grave perjuicio. Los prestatarios no solo han tenido que abonar cuotas de amortización superiores en aproximadamente un 50% al importe de la cuota inicial, pese a la bajada del tipo de interés, y han llegado a un punto en el que no han podido seguir haciendo frente a las cuotas de amortización, sino que además, al haber hecho uso del banco de la facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo por el impago de las cuotas, la cantidad que ha reclamado a los prestatarios, en euros, como capital pendiente de amortizar, en el proceso de ejecución hipotecaria, supera significativamente la cantidad que les fue ingresada en su cuenta en euros por la concesión del préstamo.

35.-La información omitida era fundamental para que los demandantes hubieran optado por una u otra modalidad de préstamo mediante la comparación de sus respectivas ventajas e inconvenientes. O incluso para que hubieran decidido no suscribir un nuevo préstamo para cancelar los anteriores, y hubieran optado por seguir pagando esos préstamos que tenían concertados anteriormente, a un tipo de interés superior al que inicialmente tuvo el préstamo multdivisa pero en los que no existía ese riesgo de fluctuación de la divisa. Además, de haber mantenido los anteriores préstamos, se hubieran ahorrado los gastos en que incurrieron al concertar el nuevo préstamo hipotecario.

No debe olvidarse que el préstamo en divisas se solicitó justamente para cancelar esos préstamos anteriores, porque con la escasa información de que disponían los prestatarios, el préstamo en divisas aparecía como más favorable para sus intereses que los préstamos preexistentes.

36.-Barclays alega que la escritura de préstamo se otorgó ante notario y que contenía información adecuada sobre la naturaleza del préstamo y los riesgos asociados al mismo. También alega que la escritura contenía una cláusula en la que los prestatarios manifestaron conocer los riesgos de cambio de moneda que conllevaba el préstamo, asumían los riesgos derivados de estar representado el préstamo en divisa y reconocían haber recibido de Barclays la información necesaria para la evaluación de dichos riesgos, por lo que exoneraban a Barclays de cualquier responsabilidad al respecto.

37.-En la sentencia 464/2013, de 8 de septiembre, declaramos 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.

38.-En el caso objeto del recurso, ha quedado fijado en la instancia que Barclays no hizo entrega a los prestatarios del folleto informativo y la oferta vinculante exigidos en la Orden de 5 de mayo de 1994. Por tanto, que en la escritura se afirme por el notario «que he examinado la oferta vinculante relativa a este préstamo y no he encontrado discrepancia entre sus condiciones financieras y las cláusulas financieras de esta escritura» solo puede significar que Barclays exhibió al notario una oferta vinculante que no había entregado a los prestatarios, como ha reconocido en este litigio, en el que ha negado incluso que tuviera obligación de entregarla.





39.-En la sentencia 138/2015, de 24 de marzo, llamamos 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 sentencia 171/2017, de 9 de marzo, dijimos 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 sentencia 367/2017, de 8 de junio, afirmamos 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 predisuestas por el empresario o profesional.

40.-Además de lo expuesto, en la escritura tampoco se informa sobre la naturaleza de los riesgos asociados a la denominación en divisas del préstamo. Barclays predispuso una condición general en la que los prestatarios afirmaban que conocían los riesgos de cambio de moneda que conllevaba el préstamo, sin precisar siquiera en qué consistían tales riesgos.

Tal afirmación, como ha resultado probado en el proceso, no se ajustaba a la realidad pues Barclays no entregó a los demandantes ninguna información por escrito con anterioridad a la suscripción del préstamo y la comercial de Barclays que les atendió carecía de la formación adecuada sobre el producto que le permitiera informar sobre su naturaleza y riesgos.

41.-Ya hemos afirmado en ocasiones anteriores la ineficacia de las menciones predisuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predisuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. Así lo ha declarado esta sala en numerosas sentencias, desde la 244/2013, de 18 abril, hasta la 335/2017, de 25 de mayo, y todas las que han mediado entre una y otra.

42.-También el TJUE, en el ámbito del crédito al consumo y con relación a las obligaciones de información de la entidad de crédito para con sus clientes previstas en la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, ha declarado en su sentencia de 18 de diciembre de 2014, asunto 449/13, caso Bakkaus , apartados 31 y 32, que si una cláusula predisuesta por el empresario en la que el consumidor reconoce haber recibido la información sobre el contrato significara, en virtud del Derecho nacional, el





reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista, originaría como consecuencia una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones que podría perjudicar la efectividad de los derechos reconocidos al consumidor por la Directiva, por lo que las disposiciones de esta se oponen a que, en razón de una cláusula tipo, el juez deba considerar que el consumidor ha reconocido el pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales que incumben al prestamista, de modo que esa cláusula origine así una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones que pueda perjudicar la efectividad de los derechos reconocidos por la Directiva.

43.- La falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no pudo comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos, o con la opción de mantener los préstamos que ya tenían concedidos y que fueron cancelados con lo obtenido con el préstamo multidivisa, que originó nuevos gastos a los prestatarios, a cuyo pago se destinó parte del importe obtenido con el nuevo préstamo.

La situación económica de los prestatarios se agravó severamente cuando el riesgo de fluctuación se materializó, de modo que no solo las cuotas periódicas de reembolso se incrementaron drásticamente, sino que la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se incrementó en vez de disminuir a medida que iban pagando cuotas periódicas, lo que les resultó perjudicial cuando el banco ejerció su facultad de dar por vencido el préstamo anticipadamente y exigir el capital pendiente de amortizar en un proceso de ejecución hipotecaria, que resultó ser superior al que habían recibido del prestamista al concertar el préstamo.

También se agravó su situación jurídica, puesto que concurrieron causas de vencimiento anticipado del préstamo previstas para el caso de depreciación del euro frente a la divisa en que se denominó el préstamo, por más que la causa de vencimiento anticipado que empleó Barclays para hacer uso de su facultad fuera el impago de las cuotas.

44.- También alega la recurrida, al hilo de lo declarado por la Audiencia Provincial en su sentencia, que la cláusula que permitía al prestatario cambiar de divisa en la denominación del préstamo (la cláusula habla de cambio de la moneda en que esté «representado» el principal del préstamo) eliminaba el riesgo derivado de la fluctuación de la divisa.

45.- 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 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».

46.- 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 y además debe pagar una comisión por hacer uso de esta posibilidad, pues así lo prevé la escritura.

El prestatario no puede realizar ese cambio en cualquier momento, sino solo al inicio de cada nuevo «periodo de mantenimiento de moneda e interés» en que se divide la vida del préstamo. En este caso, esos periodos eran mensuales. Pero una devaluación significativa de la moneda funcional respecto de la divisa puede producirse en cuestión de semanas.

47.- 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.

48.-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 riesgo de ir consolidando sucesivas cifras elevadas de capital pendiente de amortizar cuya equivalencia en euros se incrementa 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.

En este caso, cuando los prestatarios tuvieron dificultades para hacer frente al pago de las cuotas por el incremento en su importe (julio de 2012), si hubieran cambiado la divisa al euro para «protegerse», hubieran consolidado una deuda por capital pendiente de amortizar de aproximadamente 400.000 euros (el contravalor a 24 de agosto de 2012 era de 404.323,94 euros), superior en un 55% al capital inicial en euros, pese al pago de las cuotas de amortización durante cuatro años. La operación habría sido perjudicial para los prestatarios porque habrían consolidado un capital de unos 400.000 euros y un año después, de no haber hecho la conversión, la equivalencia en euros de ese capital pendiente de amortizar habría bajado de los 300.000 euros

49.-Por tanto, 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...

52.- Por tales razones, el recurso debe ser estimado puesto que ha concurrido la infracción legal denunciada. La sentencia de la Audiencia Provincial debe ser casada, debe desestimarse el recurso de apelación y confirmarse la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

53.-En esta 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 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 perjudicarlo 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.

54.-Lo realizado en esta sentencia constituye, en realidad, 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.

55.-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.”.

Aplicando la jurisprudencia del Pleno del Tribunal Supremo al supuesto de autos, lo que es perfectamente posible en tanto fija los cánones de transparencia que se deberán exigir en el tipo de contratos de préstamo multidivisas, no incidiendo, como pretende la parte demandada, las particularidades entre el supuesto analizado por el Tribunal Supremo y el presente, en tanto se trata de fijación de cánones que se habrán de cumplir en la totalidad de contratos del tipo dicho.

El primer requisito de transparencia es que el consumidor tenga información suficiente del producto y de los riesgos que ello podían acarrearle. En el presente supuesto ninguna prueba de esa información ha aportado la parte demandada, sobre quién recae la carga, no proponiendo testifical de la persona que ofreció el producto, negoció e informó al actor de las características del mismo, lo que hubiese sido de importancia trascendental para conocer qué información le fue suministrada. Tampoco puede deducirse de la documental aportada, donde no consta la entrega de folleto informativo comprensible para el actor o de cualquier otra documentación por él recepcionada y que





permitiese comprender la naturaleza del producto y los riesgos que la operación le iba a suponer, señalando el actor, únicamente, que sabía que el capital fue pedido en euros y que se “iban a hacer cambios en yenes” porque ello, le informaron, era más beneficioso para sus intereses, ignorando los riesgos de la operación, el modo de realizarse el cambio, conociendo a posteriori la existencia de los riesgos cuando ha comprobado que tras diez años de pago de cuotas hipotecarias el capital pendiente de amortización es prácticamente idéntico al total del préstamo concedido.

Tal falta de acreditación de información al actor, supone de por sí considerar no acreditado el cumplimiento de los deberes de transparencia que le eran exigibles a la entidad demandada. Cómo señala el Tribunal Supremo era de naturaleza esencial que “se le informase de 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 los demandantes el importe del préstamo y se pagaron por estos las cuotas mensuales, el euro, que podemos llamar «moneda funcional». En la cláusula en la que se especificaba, denominada en divisa, el capital prestado, se fijaba también su equivalencia en euros.”, lo que no consta fue realizado al actor, o que “era exigible a Barclays que hubiera informado a los demandantes 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”, lo que tampoco consta acreditado. De igual forma, sigue diciendo el Tribunal Supremo como exigencia de transparencia: “no explicó 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 los prestatarios pudieran 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”. Circunstancia o información que en el presente caso tampoco se acredita, y es que cómo señala el Alto Tribunal un consumidor medio, cómo es el actor (Ingeniero Agrónomo de profesión) puede conoer que el valor de moneda fluctúa pero no tiene porqué saber la incidencia en su producto bancario y menos aún que como consecuencia de las fluctuaciones haya visto la ausencia de amortización de capital tras diez años de pago de préstamo con el evidente perjuicio que ello le puede suponer.

Y ello sin que pueda ser suplida la falta de información precontractual por la intervención de fedatario público, en tanto sigue diciendo el Tribunal Supremo: “Pero en la sentencia 367/2017, de 8 de junio, afirmamos 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.”.





Tal falta de información, en el presente caso, implica un desequilibrio, en tanto como señala el Alto Tribunal: “sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no pudo comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos, o con la opción de mantener los préstamos que ya tenían concedidos y que fueron cancelados con lo obtenido con el préstamo multidivisa, que originó nuevos gastos a los prestatarios, a cuyo pago se destinó parte del importe obtenido con el nuevo préstamo.”, corroborado criterio por la sentencia de 20 de septiembre de 2017 del TJUE, que obliga a analizar el desequilibrio al amparo de los siguientes criterios: “ para saber si una cláusula como la controvertida en el litigio principal causa en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el juez nacional debe verificar 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 (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartados 68 y 69).”, en el presente caso, el actor ha declarado que de conocer los riesgos de la operación no la hubiese asumido, y sigue diciendo el TJUE: “58 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio principal, y teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional, en este caso el banco, en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido de esa disposición.”, es ilógico que la entidad bancaria no conociese al tiempo de la firma del contrato las previsiones o situación económica de la que derivase la minoración del valor del euros, y en todo caso, debía haber expuesto al consumidor los escenarios posibles de así ocurrir aún cuando entendiéndose una posibilidad remota, lo que tampoco hizo.

Tal falta de información, impide que la posibilidad de cambio de divisa establecida en la escritura de préstamo y, aún no acreditándose por la demandada, en las notificaciones on-line que dice realizó al actor, no suponen que cesen los deberes de información o que la cláusula deje de no ser transparente, porque cómo señala el Tribunal Supremo: “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 riesgo de ir consolidando sucesivas cifras elevadas de





capital pendiente de amortizar cuya equivalencia en euros se incrementa 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.”.

Pero es más, de la lectura de la escritura en nada se salva la falta de transparencia de las referencias a divisas contenidas en el clausulado, siendo extremadamente difícil y de muy compleja comprensión el modo en el que se va a desarrollar el contrato, los mecanismos de amortización, cálculos de cantidades a amortizar en concepto de capital e intereses, lo que hacen imposible para cualquier persona media comprender de la simple lectura de la escritura el funcionamiento real del contrato y, especialmente, los riesgos que en su desarrollo pueden afectar a su capital, riesgos que de facto se han generado suponiéndole un evidente perjuicio sí atendemos a los cuadros de amortización aportados junto con la demanda.

Por lo expuesto, procede estimar la demanda en lo que a nulidad de las referencias contractuales de divisas, desarrollándose el contrato entre partes atendiendo a préstamo realizado en moneda tipo euro, realizándose los cálculos de amortización desde el inicio de la vigencia del préstamo partiendo de dicha consideración y aplicando el interés remuneratorio de Euribor más 0,5 puntos previsto en la escritura, debiendo la demandada realizar el recálculo de las amortizaciones, y abonar a la parte actora las cantidades cobradas de forma indebida en aplicación de las cláusulas de divisas fijadas en escritura, así como restituir las comisiones y gastos de cambio soportados por el actor.

TERCERO.- En cuanto a la cláusula de imposición de gastos y efectos restitutorios, los diferentes Juzgados de Primera Instancia de la provincia de Jaén e incluso del propio partido judicial de Jaén, venían manteniendo criterios diferenciados lo que suponía un ataque a la seguridad jurídica de las partes. Tal circunstancia ha sido salvada por la sentencia de la *Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Jaén de 15 de noviembre de 2017*, en la que fija criterio en relación con dicha cuestión, y que coincide con el que hasta el momento venía sosteniendo y resolviendo este Juzgado.

Ante ello, por razones de seguridad jurídica y economía procesal, impidiendo la interposición de recursos de apelación innecesarios una vez conocido el criterio de la Ilma. Audiencia Provincial, debe seguirse el referido criterio.

Y en este sentido, la Ilma Audiencia Provincial de Jaén, dice: “Iniciando el estudio de la cláusula de gastos, el artículo 82.1 del Texto Refundido de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios define como cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

En los siguientes artículos se van concretando los supuestos en que determinadas cláusulas deben de considerarse como abusivas y así:

- Se consideran como tales aquellas previsiones contractuales que supongan "la transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables." (89.2 TRLGDCU)

- La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación





que por ley corresponda al empresario (art. 89.3) y con relación a la compraventa de viviendas, art. 89.3 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 (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación)" y "la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario" (art. 89.3, letra c)

.- Es igualmente abusiva la imposición al consumidor y usuario de bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados" (art. 89.4 TRLGDCU) 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)

Debe tenerse presente como la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 que determinó por primera vez la nulidad de esta cláusula, declara como la financiación para la compraventa de la vivienda es una faceta o fase de dicha adquisición.

Séptimo.- En referencia a la cláusula en cuestión, en el presente préstamo hipotecario destaca la generalidad e imputación indiscriminada al prestatario de cada una de las partidas de gastos que se recogen en la cláusula cuya nulidad se pretende: no solamente los gastos de notario y registro (constitución y cancelación), sino tasación, impuestos (de toda clase), conservación, seguros, ejecución judicial o extrajudicial, gastos por subsanación o aclaración de la escritura, gestoría, incluso copias que hayan de expedirse a favor de la Caja.... Si bien en el supuesto de autos únicamente se discute los gastos referentes a inscripción en el Registro de la Propiedad, arancel del Notario y el importe del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

Por tanto, la cláusula discutida no contiene ninguna reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia del otorgamiento de la escritura, constitución de hipoteca y concesión del préstamo, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, sea cual sea y sea el tipo de gasto y en beneficio de quien sea (prestamista o prestatario), lo cual evidencia un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor que debe de asumirlos todos en aplicación de una condición general predispuesta por la entidad que redactó la cláusula la cual no se hace cargo de ninguno.

Esta falta de reciprocidad y en aplicación de la legislación antes mencionada motivó la declaración de nulidad por parte del Tribunal Supremo, en la conocida sentencia de pleno de 23 de diciembre de 2015, de una condición similar a la presente, que determinaba "Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación -incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía- y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños,..."

Y así indica la referida sentencia que esta imputación única de los gastos al prestatario determina su nulidad y ello a pesar de que la aplicación de la normativa 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 [recte, 89.3] TRLGCU). En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 01-06-2000 (rec.2158/1995) 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 (STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 23-12-2015 (rec. 2658/2013).

Octavo.- Esta nulidad que declaramos es hoy asumida por los tribunales en aplicación de la sentencia de 23 de diciembre de 2015. La cuestión fundamental, y respecto de la cual encontramos posiciones divergentes en las diferentes resoluciones judiciales, son las consecuencias de dicha declaración. Es pacífico que la nulidad de la cláusula de gastos no incidirá, sin embargo, en la eficacia del Contrato dado que puede, perfectamente, subsistir sin esa previsión (art. 6.1 de la Directiva de Cláusulas Abusivas, 10.1 LCGC y art. 83 TRLGDCU). La cuestión es si aún declarada nula la condición, el prestatario ha de asumir alguno de los gastos de preparación, formalización, registro, tributos...derivados del préstamo hipotecario.

Ciertamente la sentencia de pleno mencionada al declarar la nulidad imputa la totalidad de los gastos a la entidad financiera. Este tribunal no puede desconocer tal doctrina y la vinculación a la jurisprudencia del Supremo, pero tampoco puede obviar que la jurisprudencia no es fuente del derecho aunque complemente el ordenamiento jurídico (art. 1.6 del Código Civil) y en su actuación independiente, los tribunales pueden apartarse de la misma siempre que razone adecuadamente el porqué de dicha desviación de la doctrina del Supremo. Tampoco se puede obviar que la citada sentencia es en la actualidad objeto de discusión siendo diferentes las soluciones que han dado los tribunales a las consecuencias de la declaración de nulidad.

Noveno.- Debemos pues diferenciar cada uno de los gastos discutidos para determinar la consecuencia de la nulidad de la cláusula.

Iniciando con lo referente a los gastos de inscripción, 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".

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 inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente: a) Por el que adquiera el derecho" (art. 6 LH). La respuesta es sencilla y es suficiente remitirse a la doctrina del Tribunal Supremo a este respecto. Téngase en cuenta que al prestatario le interesa el préstamo, no la hipoteca y no puede inferirse un interés en la hipoteca por el solo hecho de adherirse al conjunto negocial.

Décimo.- En cuanto a gastos notariales, el Tribunal Supremo tiene declarado en la sentencia de 2015: "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





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

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)". Con relación a este punto la jurisprudencia menor se encuentra dividida entre quienes entienden que la nulidad de la cláusula supone imputar el gasto al prestamista y quienes sostienen que debe dividirse entre los contratantes el importe de los gastos.

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".

La SAP La Rioja de 31 de octubre de 2017, estudia profundamente este artículo y llega al convencimiento de que se establece un criterio de subsidiariedad en lo referente a la determinación del sujeto obligado: en primer lugar será quienes requirieron la intervención del notario, y en su defecto, serán los interesados, pues de otra forma podría dar lugar a contradicciones insostenibles. Entendemos que desde luego que tal interpretación del artículo es correcta pero creemos que debe tenerse en cuenta un matiz fundamental: quien requiere la intervención del notario es quien tiene interés en su intervención. Si una persona insta al notario para elevar a público o formalizar en escritura pública un contrato lo hace porque tiene interés (mayor o menor) en su intervención pues no se va a realizar un gasto si se considera en todo punto superfluo. Lo cierto es que en el supuesto de autos (y en la generalidad de ellos) no nos consta quien ha requerido la intervención del notario por lo que podría esquivarse el problema entendiendo que son los dos y distribuir al cincuenta por ciento los gastos; pero también es cierto (como indica la sentencia de La Rioja) que quien redacta y remite el borrador de la escritura es la entidad financiera y ello al menos es un indicio de quien es el requirente.

Se ha sostenido igualmente que el interés es de ambos contratantes y así el prestamista se ve protegido en caso de incumplimiento por el prestatario e igualmente éste se ve mejorado por la escritura pública (plazo, tipo de interés..., por ej.); por ello se deberían de abonar los honorarios al cincuenta por ciento.

Pero no estamos conformes con esta interpretación. El fundamental interesado en la intervención del notario es la entidad prestamista, y así lo indica claramente la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, pues la formalización del documento privado es imprescindible para poder acceder al Registro de la Propiedad e inscribir la hipoteca (requisitos ad solemnitatem necesarios para el nacimiento de la garantía) y además le confiere un título ejecutivo que facilita el cobro de la deuda ante el incumplimiento del prestatario. Éste en cambio tendría un interés mucho más limitado en la formalización de la escritura pública como hemos indicado, dado que las mismas garantías tiene con la suscripción del documento privado; los elementos del préstamo que determinan las obligaciones del prestamista y prestatario ya aparecen reflejadas y su posición no se ve reforzada como si lo hace la del prestamista.

Por tanto, consideramos que el verdadero interesado es la entidad prestamista y por ello, independientemente de quien requiriese la intervención del Notario o incluso si lo fueron los dos contratantes en conjunto, al ser sólo uno de ellos el interesado conforme a la doctrina que antes hemos expuesto debe ser quien pague con tal gasto. No podemos obviar además que la cláusula es nula y no es dable al tribunal moderar la consecuencia de la nulidad, ni proceder a distribuir los aranceles del notario lo cual no hace la norma (pues lo que indica es la solidaridad de la obligación frente al notario, no las relaciones internas entre los contratantes) sino que determinando que el acreedor que busca





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

reforzar su posición es el principal interesado, imputar a éste los gastos derivados de la constitución de la hipoteca.

Reseñar finalmente que el caso objeto de examen es únicamente una escritura de préstamo hipotecario pues evidentemente en el caso de elevación a público de un contrato de compraventa con constitución (o subrogación) de hipoteca la solución sería diferente.

Undécimo.- La mayor polémica se centra sin embargo en la consecuencia de la nulidad declarada respecto del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. En el caso que nos ocupa, dado que estamos ante hipotecas que se constituyen para garantizar préstamos concedidos por entidades bancarias no es posible su tributación en la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, ya que el artículo 7.5 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, establece la no sujeción a dicha modalidad de las operaciones realizadas por empresarios o profesionales en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional y, en cualquier caso, cuando constituyan entregas de bienes o prestaciones de servicios sujetas al impuesto sobre el valor añadido (IVA). Por el contrario, sí tributan en la modalidad de actos jurídicos documentados, de conformidad con lo dispuesto en el art. 27 y siguientes de la citada Ley.

Pues bien esta Audiencia se alinea en el sentido de que el pago del impuesto en la constitución de préstamos con garantía hipotecaria corresponde al prestatario y no a la entidad financiera prestamista (en sentido contrario encontramos las SSAP de Cáceres 13/9/17 y Málaga 17/4/17, entre otras, si bien la mayoría de las Audiencias siguen el sentir de imputarlo al prestatario así la mencionada sentencia de La Rioja 31/10/17 o A Coruña 25/9/17). Ello es así atendiendo tanto a la normativa vigente como a la jurisprudencia existente:

- El art. 29 del Real Decreto Legislativo 1/1993, determina que "Será sujeto pasivo 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". Esta norma es objeto de desarrollo reglamentario por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que dispone en el art. 68 "Será sujeto pasivo 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. Cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario".

El hecho de que el impuesta sea a cargo del prestatario no ha sido objetado por el Tribunal Constitucional: «es una opción de política legislativa válida desde el punto de vista constitucional que el sujeto pasivo de la modalidad de "actos jurídicos documentados" lo sea el mismo que se erige como sujeto pasivo del negocio jurídico principal (Autos del Pleno del Tribunal Constitucional Auto nº 24/2005, de 18 de enero, y Auto nº 223/2005, de 24 de mayo, que no han admitido las respectivas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas sobre ello). Reseñar como la primera de ellas confirma el ajuste de tal imputación a lo dispuesto en el art. 31.1 de la Constitución (lo cual cuestiona la sentencia de instancia) ajustándose al principio de capacidad económica que prevé tal precepto pues "debe precisarse que la capacidad de endeudarse es una manifestación de riqueza potencial y, por tanto, de capacidad económica susceptible de gravamen, pues sólo quien tiene capacidad de pago, esto es, quien tiene aptitud para generar riqueza con la que hacer frente a la amortización de un préstamo o de una deuda puede convertirse en titular del mismo".

El RD 828/1995, que aprueba el Reglamento determina en su art. 34 el contribuyente





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

obligado al pago del impuesto de transmisiones patrimoniales, con idéntico contenido al del art. 8 de la Ley. Es en la regulación del impuesto sobre los actos jurídicos documentados (que como hemos indicado es en este caso por el que se tributa) donde se observa una regulación diferente a la contenida en la Ley. En concreto, el art. 68 ya reproducido. Si la disposición contenida en el Reglamento contraviniera lo dispuesto en la Ley, el juez, en cumplimiento del control sobre la potestad reglamentaria que tiene atribuido, debería inaplicar aquella norma por contravención de la superior. Sin embargo, no existe una consideración de que el art. 68 del Reglamento del Impuesto vaya en contra de lo dispuesto en el art. 29 de la Ley, de igual forma que no va en contra de la Constitución, sino que, por el contrario y de acuerdo con su naturaleza reglamentaria, especifica y detalla la regulación contenida en la norma de rango superior, sin que por tanto pueda considerarse contrario a lo establecido en dicha Ley, ni en la Ley de Defensa de los Consumidores, ni incurra en vicio alguno de inconstitucionalidad como ya se ha analizado.

- Por su parte la Sala III del Tribunal Supremo, del orden Contencioso Administrativo, en reiterada jurisprudencia ha declarado que el sujeto pasivo de dicho Impuesto es el deudor hipotecario. En este sentido se ha pronunciado también la SAP de Asturias Sección 4º de 24 de marzo de 2017 al señalar que, así lo ha venido entendiendo reiteradamente la sala tercera del Tribunal Supremo (sentencias de 27 de marzo y 31 de octubre de 2006), que, partiendo de la unidad del hecho imponible, argumenta que el término de adquirente del bien o derecho (utilizado en el art. 29 de la ley y 68 del reglamento) ha de entenderse referido al derecho derivado del préstamo reflejado en el documento notarial; y que el único sujeto pasivo posible es el prestatario. Asimismo, este es el criterio que también ha seguido el TSJ de Madrid, concretamente en sus sentencias de 23 de noviembre de 2001, 24 de junio de 2012, 30 de julio de 2013, y más recientemente, de 9 de junio de 2016.

Aunque se trate de una cuestión ajena a la jurisdicción civil, nada impide a los tribunales aplicar esta normativa puesto que son cuestiones accesorias íntimamente ligadas con la cuestión principal; en efecto, el conocimiento de las controversias entre particulares acerca del cumplimiento de obligaciones dimanantes de relaciones contractuales compete al orden jurisdiccional civil, al que, según el artículo 9.1 LOPJ, le incumbe el conocimiento de los conflictos entre particulares y este principio alcanza también a aquellos supuestos en que la procedencia de la obligación entre particulares tiene un presupuesto de carácter administrativo-tributario, como el devengo de un determinado tributo a cargo de un obligado tributario (SSTS de 10 de noviembre de 2008, 2 de abril de 2009, o 18 de mayo de 2016). Y en tal sentido, debemos seguir la jurisprudencia del Supremo sentada por la Sala primera pero no debemos obviar que esta jurisdicción resuelve a los solos efectos prejudiciales pues son asuntos que están atribuidos a los tribunales de los órdenes contencioso-administrativo por lo que deberemos de considerar como doctrina aplicable la jurisprudencia que sobre esta materia se ha dictado por la Sala III del Tribunal Supremo.

La conclusión sería que aunque podemos considerar la nulidad de la citada cláusula por infringir lo dispuesto en el art. 89 TRLGCU, dada su generalidad en atribuir todos los gastos al prestatario; la expulsión del contrato de la misma no implica sino actuar como si no se hubiera incluido en él, por tanto, de no existir es obvio que el Impuesto lo hubiera pagado también el prestatario a la Hacienda pública (SAP de Pontevedra 28 de marzo de 2017), de forma que la nulidad sólo debe afectar al pacto que pueda modificar el régimen de atribución del derecho positivo, pero no a este aspecto de atribución del pago del impuesto que se ajusta a lo legalmente previsto por lo que no podrá condenarse a la entidad demandada a devolver su importe.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

La síntesis de lo anterior determina que la demandada apelante estará obligada a devolver el importe de gastos de Registro y Notario, y no los del impuesto, siendo el importe el de 559'61 euros.”.

Siguiendo el referido criterio, procede declarar la nulidad de la cláusula de imposición de gastos en tanto la cláusula discutida no contiene ninguna reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia del otorgamiento de la escritura, constitución de hipoteca y concesión del préstamo, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante sea cual sea y sea el tipo de gasto y en beneficio de quien sea (prestamista o prestatario), lo cual evidencia un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor que debe de asumirlos todos en aplicación de una condición general predispuesta por la entidad que redactó la cláusula la cual no se hace cargo de ninguno.

Y en cuanto a los efectos restitutorios, de los analizados por la Ilma. Audiencia Provincial únicamente cabrá condenar a la demandada a abonar a los actores los gastos registrales y notariales, ascendiendo los notariales a la cantidad de 936,79 euros y los Registrales a 329,31 euros, no así a lo abonado por Impuesto de Actos Jurídicos Documentados.

En relación a los gastos **de tramitación o gestoría**, la Ilma. Audiencia Provincial de Jaén no ha hecho aún pronunciamiento al respecto, ante ello, hemos de acoger el fijado por este Juzgador en el sentido que sigue.- **La sentencia de la Ilma. Audiencia Provincial de Asturias, Sección Quinta de 8 de mayo de 2017**, establece: “Por ultimo en lo que se refiere a los gastos de gestoría por tramitación ante cualquier oficina pública.

La cláusula no limita la autonomía del consumidor privándole de su derecho a gestionar personalmente el pago de los tributos antes mencionados e inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad pues simplemente dice que el coste de dichas gestiones será soportado por el prestatario.

En lo demás reiteraremos que la liquidación y pago del impuesto sobre los Actos Jurídicos Documentados es obligación que incumbe al consumidor por lo que, de encomendar tales gestiones a tercero, a él corresponde la remuneración de dichos servicios; por el contrario, como acabamos de decir, la constitución de la hipoteca solo redundará en beneficio del acreedor, de manera que los servicios prestados a tal fin deberían ser remunerados por el prestamista.

Es por ello que en este caso, en relación a este gasto de gestoría, dado que el mismo comprendía no solo la inscripción sino el pago previo del impuesto, de acuerdo con la doctrina del TS tan citada, ha de estimarse que el coste del servicio debería ser repartido entre los dos interesados; en consecuencia procede limitar la procedencia de reintegro acordado en la recurrida, exclusivamente de la mitad de su importe.”

Acogiendo lo en ella dispuesto y siendo congruente con el contenido de la totalidad de la resolución, únicamente serán repercutibles los gastos de gestoría derivados de tramitación ante el Registro de la Propiedad y Notaría de constitución de hipoteca, no así los que comprenden la liquidación del Impuesto de Actos Jurídicos





Documentados. No concretándose la cantidad cobrada por cada uno de los conceptos, se hará división por cada uno de los servicios prestados, repercutiendo los gastos de gestión en Notaría y Registro, es decir dos terceras partes de lo interesado, en concreto la cantidad de 166,67 euros.

CUARTO.- En relación a la abusividad de la cláusula de intereses moratorios, señalar que tras las diferentes respuestas de los órganos judiciales *el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha dado luz, creando doctrina al respecto, unificando criterio en sentencia de 22 de abril de 2015*, que establece: “1.- Una vez justificado el carácter abusivo de las cláusulas no negociadas en contratos concertados con consumidores que establezcan un interés de demora excesivo, en tanto constituya una indemnización desproporcionadamente alta al incumplimiento contractual del consumidor que se retrasa en el pago de las cuotas de amortización del préstamo, procede analizar las razones que han llevado a Banco Santander a impugnar la decisión de la Audiencia Provincial.

El recurrente consideró que la adición de diez puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio (del 11,8% al 21,8% anual) del préstamo personal concertado con el consumidor demandado no era excesivo, teniendo en cuenta perjuicios tales como los derivados del ejercicio de la acción judicial. Y alegó asimismo que los criterios de referencia utilizados por la sentencia recurrida, como el de dos veces y media el interés legal establecido en el art. 19.4, actualmente en el art. 20.4 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, no son adecuados porque están previstos para otras situaciones.

En España, a diferencia de lo que ocurre con otros Estados miembros de la Unión Europea, no existe una limitación legal a los intereses de demora establecidos en préstamos personales concertados con consumidores. Ello obliga a este tribunal a realizar una ponderación con base en las cláusulas generales establecidas en la normativa de protección de los consumidores y usuarios y en los criterios establecidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El objeto de esta resolución se ciñe a la abusividad del interés de demora en los préstamos personales puesto que los préstamos hipotecarios tienen un tratamiento distinto y presenta unos problemas específicos, como resulta de la redacción del nuevo párrafo tercero del art. 114 de la Ley Hipotecaria , añadido por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, y de la doctrina que al respecto resulta de la STJUE de 21 de enero de 2005 , asuntos acumulados C-482/13 , C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank.

Aunque dicha ponderación podría detenerse en el establecimiento de unos principios generales, al hilo de lo declarado por el TJUE, la Sala entiende necesario descender a la fijación de una regla más precisa, a efectos de evitar la existencia de criterios dispares entre los órganos judiciales que puedan llevar consigo una elevada dosis de inseguridad jurídica.

2.- Es abusiva la cláusula que pese a las exigencias de la buena fe, causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato (art. 3.1 de la Directiva 1993/13/CEE y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios). Dado que esta materia ha sido regulada por una Directiva comunitaria, y que es dicha



Directiva la que establece el concepto de abusividad así como las consecuencias que deben derivarse de la apreciación de abusividad de una cláusula, cobra especial importancia la jurisprudencia del TJUE, puesto que «según reiterada jurisprudencia, tanto de las exigencias de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición de Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate (véase, en particular, la sentencia *Fish Legal y Shirley*, C-279/12, EU:C:2013:853, apartado 42) » (STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso *Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai* , párrafo 37).

3.- En primer lugar, para decidir si una cláusula es abusiva, el TJUE ha declarado que deben tenerse en cuenta las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Mediante un análisis comparativo de ese tipo, dice el TJUE, 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. En cuanto a la cláusula relativa a la fijación de los intereses de demora, el TJUE afirma que el juez nacional debe comprobar en particular, por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos (STJUE de 14 marzo 2013, asunto C-415/11, caso *Mohamed Aziz* , párrafos 68 y 74).

4.- El TJUE ha establecido otro criterio para determinar en qué circunstancias se causa un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes pese a las exigencias de la buena fe. Consiste en que el juez nacional debe comprobar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual (STJUE de 14 marzo 2013, asunto C- 415/11, caso *Mohamed Aziz* , párrafo 69).

Con base en este criterio, habría que hacer el pronóstico de cuál sería el interés de demora que, en una negociación individual, aceptaría un consumidor que admitiera que su demora en el pago de las cuotas de un préstamo personal supone un quebranto patrimonial para el prestamista que debe ser indemnizado, y que admitiera que tiene que existir una conminación a que pague en plazo porque no hacerlo le suponga un mayor coste que hacerlo.

5.- A fin de aplicar estos criterios jurisprudenciales, es pertinente observar que el art. 1108 del Código Civil establece como interés de demora para el caso de que no exista pacto entre las partes el interés legal, que en la década anterior a la concertación del contrato osciló entre el 3,75% y el 5,5%, y en el año en que se concertó el préstamo era del 5%.





En materia de crédito al consumo, el art. 20.4 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Crédito al Consumo (como en la fecha del contrato hacía el art. 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo), establece para los descubiertos en cuenta corriente en contratos concertados con consumidores un interés máximo consistente en una tasa anual equivalente de dos veces y media el interés legal, por lo que en el año en que se concertó el préstamo era del 12,5% anual.

El nuevo párrafo tercero del art. 114 de la Ley Hipotecaria, añadido por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, prevé que « 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 ».

El art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro prevé como interés de demora para las compañías aseguradoras el consistente en incrementar en un cincuenta por ciento el tipo del interés legal, que pasados dos años no puede ser inferior al 20% anual.

El art. 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, dispone un interés de demora de 7 puntos porcentuales por encima del tipo de interés del BCE, por lo que en los últimos 10 años, el interés previsto en este precepto legal ha variado entre el 7,75 y el 11,20% anual.

Por último, el art. 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a falta de pacto de las partes o de disposición especial de la ley, establece como interés de mora procesal el resultante de adicionar dos puntos porcentuales al interés legal del dinero.

Ciertamente cada una de estas normas tiene su propio ámbito de aplicación, con sus propias peculiaridades. Pero todas ellas tratan, en mayor o menor medida, el problema de cómo indemnizar proporcionadamente al acreedor por el retraso en el cumplimiento del deudor, incentivando asimismo el cumplimiento en plazo, sin establecer un interés desproporcionado.

En el caso de los contratos de préstamo sin garantía real celebrados por negociación, las máximas de experiencia nos muestran que el interés de demora se establece por la adición de un pequeño porcentaje adicional sobre el interés remuneratorio pactado.

Utilizando las enseñanzas que se extraen de los criterios expuestos, en el caso de los préstamos personales, el interés de demora establecido en cláusulas no negociadas debe consistir, para no resultar abusivo, en un porcentaje adicional que no debe ser muy elevado por cuanto que la ausencia de garantías reales determina que el interés remuneratorio ya sea elevado (en el caso enjuiciado, era de un 11,8% anual, TAE 14,23%), por lo que la adición de un porcentaje excesivo conllevaría un alejamiento injustificado de los porcentajes que la legislación nacional establece para los supuestos de ausencia de pacto, incluso en aquellos casos en los que el deudor es un profesional, como ocurre con las previsiones ya comentadas de la Ley del Contrato de Seguro, durante los dos primeros años de demora, y de la Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.





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

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

La adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de la aplicación de las normas nacionales a que se ha hecho referencia.

Con base en los criterios expresados, la Sala considera abusivo un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado en un préstamo personal.

En consecuencia, el interés de demora establecido en la póliza de préstamo personal objeto del litigio es claramente abusivo porque consistía en la adición de diez puntos porcentuales al interés remuneratorio, hasta alcanzar el 21,8%.

SEXTO.- Decisión de la Sala. Las consecuencias de la nulidad de la cláusula que fija un interés de demora abusivo.

1.- 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 Caixabank, apartado 28.

El TJUE ha inferido esta solución de la previsión del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE , en relación con su vigésimo cuarto considerando, que impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces « para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores », al considerar que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en dicho precepto, pues el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Por esa razón, el TJUE, en el fallo de la sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010 , declaró que « el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del 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 , que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva ».

2.- 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 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 Caixabank, párrafo 33.

3.- El TJUE también ha resuelto sobre la improcedencia de la integración del contrato en el caso de que la cláusula abusiva sea la que establece el interés de demora en un contrato de préstamo, pues le fue planteada una cuestión prejudicial con este objeto por un tribunal español. En la sentencia que resolvió esta cuestión, la de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13 , C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank, párrafo 29, con cita de la sentencia de 30 de mayo de 2013, asunto C488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, párrafo 59, el TJUE declaró que el art. 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena





convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a este de la referida cláusula. Y en el apartado

34 añadió que en los litigios principales (procedimientos de ejecución hipotecaria) la anulación de las cláusulas que establecían el interés de demora no podía acarrear consecuencias negativas para el consumidor (que era la única justificación para que se integrara el contrato mediante la aplicación supletoria de normas de Derecho dispositivo, para evitar la nulidad total del contrato en perjuicio del consumidor), ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas.

4.- 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, lo que no es el caso de las cláusulas que establecen el interés de demora, cuya supresión solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario.

5.- El recurrente alega que esta solución es contraria a lo previsto en el art. 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 10.bis . 2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, vigentes cuando se celebró el contrato, que establecían la integración judicial del contrato cuando se apreciara la abusividad de una cláusula y su consiguiente nulidad de pleno Derecho.

El TJUE ha declarado que en un litigio entre particulares, una Directiva comunitaria que no haya sido adecuadamente transpuesta no permite al juez adoptar una decisión que sea contraria al Derecho interno. Pero que el juez está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta.

En este caso, es posible realizar esta interpretación del Derecho nacional conforme a la Directiva comunitaria, de modo que la previsión de integración de la parte del contrato afectada por la nulidad que se contiene en el art. 10.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, cuando se esté en el caso de un contrato concertado con consumidores, y la que en el mismo sentido contenían los arts. 10.bis.2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 83.2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, antes de la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, son aplicables cuando la integración reconstructiva del contrato, tras la supresión de la cláusula abusiva, fuera necesaria para que el contrato subsistiera, en beneficio del consumidor. En los casos en que no fuera así, cuando el contrato puede subsistir simplemente con la supresión de la cláusula abusiva, sin causar perjuicio al consumidor, una interpretación del Derecho interno





conforme con la Directiva exige que la cláusula abusiva sea suprimida y el contrato no sea integrado.

6.- La cláusula que establece el interés de demora supone la adición de determinados puntos al tipo de interés ordinario. En el caso enjuiciado, la cláusula del interés de demora supone la adición de diez puntos porcentuales al tipo de interés ordinario (de 11,8% anual a 21,8% anual).

Mientras el interés ordinario retribuye la entrega del dinero prestado durante el tiempo que está a disposición del prestatario, el interés de demora supone un incremento destinado a indemnizar los daños y perjuicios causados por el incumplimiento por el prestatario de los plazos estipulados para el pago de las cuotas de amortización del préstamo, con la función añadida de disuadir al prestatario de retrasarse en el cumplimiento de sus obligaciones.

La abusividad de la cláusula del interés de demora implica la supresión de la misma y, por tanto, la supresión de los puntos porcentuales de incremento que supone el interés de demora respecto del interés remuneratorio. Este se seguirá devengando porque persiste la causa que motivó su devengo, la entrega del dinero al prestatario y la disposición por este de la suma entregada, y la cláusula del interés remuneratorio no resulta afectada por la abusividad del interés de demora. Pero el incremento del tipo de interés en que consiste el interés de demora ha de ser suprimido, de un modo completo, y no simplemente reducido a magnitudes que excluyan su abusividad.

No es obstáculo a lo dicho que Banco Santander haya hecho uso de la facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo, puesto que ello solo significó, en su momento, que fuera exigible el pago del capital y los intereses sin esperar al transcurso de los plazos inicialmente previstos y que procediera el devengo del interés de demora sin necesidad de esperar a que fuera venciendo cada uno de los plazos en que se había fraccionado la amortización del préstamo. Una vez apreciada la abusividad de la cláusula que establece el interés de demora, la consecuencia es que el capital pendiente de amortizar solo devengará el interés ordinario, siendo por tanto irrelevante que Banco Santander haya hecho uso de la facultad de vencimiento anticipado.

Por consiguiente, en el supuesto objeto del recurso, la consecuencia de la apreciación de la abusividad del interés de demora no debe ser, como pretende el recurrente, la moderación de dicho interés hasta un porcentaje que se considere aceptable (que sería lo que se ha dado en llamar "reducción conservadora de la validez"), pero tampoco el cese en el devengo de cualquier interés, ni la aplicación de la norma de Derecho supletorio que prevé el devengo del interés legal. Es, simplemente, 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. En tanto que esta solución es más favorable a Banco Santander que la acordada por la Audiencia Provincial, ha de considerarse que el recurso de casación ha sido estimado en parte, a efectos del pronunciamiento sobre costas y depósito.”.

Acogiendo la doctrina fijada por el Pleno de la Sala de lo Civil del tribunal Supremo, no sólo por entenderla la más ajustada a derecho y por eliminar la





discrepancia existente hasta el momento, sino también por razones de seguridad jurídica principio informador del ordenamiento jurídico y cuyo cumplimiento es exigido de forma reiterada por la jurisprudencia del TJUE, procede aplicar tal doctrina al supuesto de autos.

En este sentido, fijado el interés de demora en adicionar 9,50 puntos al interés remuneratorio, excede en dos puntos del interés remuneratorio, se considera abusiva, y en consecuencia declararla nula teniéndola por no puesta, no pudiendo devengar el préstamo como interés de demora más que el remuneratorio hasta la totalidad del pago.

QUINTO.- En relación con la petición de intereses legales, serán de aplicación los artículos 1.101, 1.108 y 1.109 de Cc, en ellos se establece que los obligados al pago de una cantidad de dinero, la indemnización de daños y perjuicios consistirá, salvo pacto en contrario, en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal, que se devengará desde la fecha de la reclamación judicial.

SEXTO.- Siendo estimada sustancialmente la demanda, únicamente rechazando la pretensión de devolución de lo abonado en concepto de Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y parcialmente los de gestoría, conforme al Art.394 Lec procede condenar en costas a la demandada.

FALLO

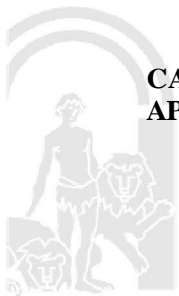
Debo **ESTIMAR Y ESTIMO SUSTANCIALMENTE** la demanda interpuesta por _____, representado por el Procurador de los Tribunales Don José Antonio Beltrán López contra la entidad Bankinter S.A.y en consecuencia:

DECLARAR Y DECLARO LA NULIDAD PARCIAL DEL CONTRATO DE PRESTAMO HIPOTECARIO FIRMADO ENTRE PARTES, ANULANDO LA REFERENCIA A LAS DIVISAS EXTRANJERAS, INTEGRÁNDOSE EL CONTRATO CON LA REFERENCIA EURIBOR Y EL DIFERENCIAL DE 0,5 PUNTOS.

CONDENO A LA DEMANDADA A RECALCULAR EL PRÉSTAMO TOMANDO COMO CAPITAL 235.000 EUROS Y EL RESTO DE CONDICIONES CÓMO SÍ SE TRATASE DE UN PRÉSTAMO CONCERTADO Y CONCEDIDO EN EUROS, FIJANDO LA CANTIDAD ADEUDADA CONFORME AL SALDO VIVO EN EUROS RESULTANTE DE AMINORAR EL

IMPORTE PRESTADO POR LA CANTIDAD AMORTIZADA EN CONCEPTO DE CAPITAL E INTERESES, CONVERTIDOS A EUROS, DEBIÉNDOSE REALIZAR LAS AMORTIZACIONES FUTURAS EN EUROS TOMANDO COMO TIPO DE INTERÉS EL DE EURIBOR MÁS 0,5 PUNTOS.

CONDENO A LA DEMANDADA A LA DEVOLUCIÓN DE LAS CANTIDADES COBRADAS EN EXCESO COMO CONSECUENCIA DE APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS MULTIDIVISAS, CON DEDUCCIÓN DE



GASTOS Y COMISIONES DE CAMBIO ABONADOS POR EL ACTOR DURANTE LA VIDA DEL PRÉSTAMO.

DECLARAR Y DECLARO LA NULIDAD DE LA CLAUSULA DE IMPOSICION DE GASTOS DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO ALA CTOR, CONDENANDO A LA DEMANDADA A RESTITUIR AL ACTOR LA CANTIDAD DE 1.432,77 EUROS.

DECLARAR Y DECLARO LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA DE INTERÉS DE DEMORA DE ADICIÓN DE 9,5 PUNTOS AL INTERÉS REMUNERATORIO, TENIÉNDOLA POR NO PUESTA, DEVENGANDO EL PRÉSTAMO, EN EXCLUSIVA, EL INTERÉS REMUNERATORIO HASTA SU PLENA SATISFACCIÓN.

A LAS CANTIDADES QUE LA DEMANDADA DEBE RESTITUIR SE LE ADICIONARÁN EL INTERÉS LEGAL DESDE LA FECHA DE LA RECLAMACIÓN JUDICIAL.

Todo ello, con expresa condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Jaén que se interpondrá en el plazo de veinte días desde su notificación.

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a las actuaciones y juzgando en primera instancia, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACION.- Leida y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Don Antonio Uceda Molina, de lo que como Letrado de la Administración de Justicia, certifico.

