

**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 4
GUADALAJARA**

SENTENCIA: 00051/2023

AVDA. MIRADOR DEL BALCONCILLO,19

Teléfono: , Fax:

Correo electrónico:

Equipo/usuario: S07

Modelo: N04390

N.I.G.: 19130 42 1 2020 0002110

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000157 /2020

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. MARIA TERESA LOPEZ MANRIQUE, MARIA TERESA LOPEZ MANRIQUE

Abogado/a Sr/a. MIGUEL MARTINEZ TRUCHAUD, MIGUEL MARTINEZ TRUCHAUD

DEMANDADO D/ña. BANKINTER, S.A.

Procurador/a Sr/a. ISABEL AFONSO RODRIGUEZ

Abogado/a Sr/a.

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Y DE LO MERCANTIL Nº 4 DE
GUADALAJARA.
CLAUSULAS**

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO 157/2020

SENTENCIA nº 51/2023

En Guadalajara a treinta y uno de enero de dos mil veintitrés.

Vistos por mí, Doña Ángela Sanz Rubio, Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia y de lo Mercantil nº 4 de Guadalajara y su Partido especializado de forma exclusiva pero no excluyente en los procedimientos sobre condiciones generales de la contratación incluidas en préstamo hipotecarios concertados con personas físicas, habiendo visto los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos en este Juzgado al número 157/2020 a instancia de DON [REDACTED] debidamente asistido y representado contra la entidad BANKINTER S.A debidamente asistida y representada, sobre NULIDAD DE CONDICIÓN GENERAL DE LA CONTRATACIÓN Y RECLAMACIÓN DE CANTIDAD en nombre de S.M, dicto la presente Sentencia con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de [REDACTED] y [REDACTED] se presentó demanda de juicio ordinario contra la entidad BANKINTER S.A solicitando en la que solicitaba se declare la nulidad parcial del préstamo de 2 de noviembre de 2007 y que se dicte sentencia con los siguientes pronunciamientos:

1.- Se declare la nulidad de pleno derecho del clausulado multidivisa de la escritura de préstamo hipotecario suscrito por [REDACTED] con número de protocolo [REDACTED], por abusividad, falta de claridad

y transparencia, conllevando como efecto propio de la nulidad, la declaración de que quede referenciado únicamente a euros, manteniendo el resto de pronunciamientos que no impliquen cláusulas multivisa y que en consecuencia se declare que la cantidad adeudada por la parte actora es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros resultante de disminuir al importe prestado de DOSCIENTOS MIL EUROS (200.000 €) la cantidad amortizada hasta la fecha que recaiga sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiéndose que el préstamo lo fue de DOSCIENTOS MIL EUROS (200.000 €) y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de intereses la misma referencia fijada en la escritura (Cláusula TERCERA B) para el euro (EURIBOR + 0,45 puntos).

Asimismo, se condene a la entidad demandada, BANKINTER, S.A., a restituir a los actores las cantidades que se hayan cobrado en exceso por la aplicación del citado clausulado multivisa, resultado de liquidar las restantes diferencias de cuotas, así como cualquier cantidad percibida por la entidad demandada en concepto de comisión de tipo de cambio, junto con sus intereses, de conformidad con los cálculos realizados en el informe pericial adjunto a la demanda y que se determinarán finalmente en ejecución de sentencia.

Todo ello con la consecuencia obligada de condena a BANKINTER, S.A., a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

2. – Se declare la nulidad de pleno derecho de la cláusula QUINTA – GASTOS A CARGO DE LA PRESTATARIA del préstamo hipotecario suscrito por [REDACTED], por abusiva, conllevando como efecto propio de la nulidad la condena a BANKINTER, S.A., a:

2.1.- Dejar de aplicar con efecto inmediato dicha cláusula de gastos y la condena a BANKINTER, S.A., a restituir a [REDACTED] el 50 % de las cantidades pagadas en concepto de notaría, gestoría y registro y que ascienden a QUINIENTOS SESENTA Y CINCO EUROS CON SETENTA Y SIETE CÉNTIMOS (565,77€) más los intereses legales devengados desde el momento de su pago, que se determinarán en ejecución de sentencia o, subsidiariamente,

2.2.- Dejar de aplicar con efecto inmediato dicha cláusula de gastos, sin devolución de cantidades.

3.- Subsidiariamente, para el caso de no estimarse la pretensión anterior relativa al clausulado multivisa, se declare la nulidad parcial del préstamo suscrito por DON [REDACTED], con número de protocolo 7.858, en todo lo relativo al clausulado multivisa, por vicio en el consentimiento de mis representados, conllevando como efecto propio de la nulidad, la declaración de que quede referenciado únicamente a euros, manteniendo el resto de pronunciamientos que no impliquen cláusulas multivisa y que, en consecuencia, se declare que la cantidad adeudada por la parte actora es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros resultante de disminuir al importe prestado de DOSCIENTOS MIL EUROS (200.000 €) la cantidad amortizada hasta la fecha que recaiga sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiéndose que el préstamo lo fue de DOSCIENTOS MIL EUROS (200.000 €) y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de intereses, la misma referencia fijada en la escritura (Cláusula TERCERA B) para el euro (EURIBOR + 0,45 puntos).

Asimismo, se condene a la entidad demandada, BANKINTER, S.A., a restituir a los

actores las cantidades que se hayan cobrado en exceso por la aplicación del citado clausulado multidivisa, resultado de liquidar las restantes diferencias de cuotas, así como cualquier cantidad percibida por la entidad demandada en concepto de comisión de tipo de cambio, junto con sus intereses, de conformidad con los cálculos realizados en el informe pericial adjunto a la demanda y que se determinarán finalmente en ejecución de sentencia.

Todo ello con la consecuencia obligada de condena a BANKINTER, S.A., a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

4.- Subsidiariamente, y para el caso de que no se estimaren los pedimentos anteriores relativos al clausulado multidivisa, se declare la resolución parcial por incumplimiento por parte de BANKINTER, S.A., de sus obligaciones legales y contractuales de diligencia, lealtad e información, siendo en consecuencia, responsable de los daños y perjuicios ocasionados a [REDACTED], consistentes en la pérdida sufrida por la aplicación del mecanismo multidivisa, que se cifra en el exceso percibido, en cada una de las cuotas y las devengadas en el futuro por dicho mecanismo, desde la suscripción del préstamo, según el cálculo efectuado en el informe pericial adjunto, incluyendo todas las comisiones y gastos indebidamente repercutidos a los actores, más el interés legal que se devenga de cada una de las cuotas, debiendo por tanto, declararse que la cantidad adeudada por la parte actora es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros resultante de disminuir al importe prestado de DOSCIENTOS MIL EUROS (200.000 €) la cantidad amortizada hasta la fecha que recaiga sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiéndose que el préstamo lo fue de DOSCIENTOS MIL EUROS (200.000 €) y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de intereses la misma referencia fijada en la escritura (Cláusula TERCERA B) para el euro (EURIBOR + 0,45 puntos).

Todo ello con la consecuencia obligada de condena a BANKINTER, S.A., a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

5.- Consecuentemente a la estimación de la demanda por cualquiera de los pedimentos anteriormente indicados, se imponga expresa condena en costas a la demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada que contestó oponiéndose a las pretensiones de la actora, alegando que la parte actora no ostenta la condición de consumidor; prescripción de la acción de restitución e impugnando la cuantía del procedimiento.

TERCERO.- En el día y hora fijados se celebró el acto de la Audiencia Previa compareciendo ambas partes debidamente asistidas y representadas.

Dada la palabra a la parte actora se ratificó en su escrito de demanda. En materia de documentos, impugnó los documentos presentados de contrario a efectos probatorios; en concreto del 3 al 6, 9,13,14,15 y 16. Como prueba solicitó la documental por reproducida y pericial.

Otorgada la palabra a la parte demandada se ratificó en su escrito de contestación a la demanda. En materia de documentos, impugnó los documentos presentados de contrario en concreto a efectos probatorios. Como prueba propuso la documental por reproducida, el interrogatorio de la parte actora y testifical.

Se acordó diferir a tasación de costas la determinación de la cuantía del procedimiento, mostrando ambas partes su conformidad.

Se fijaron los HECHOS CONTROVERTIDOS:

- Condición de consumidor de la parte actora.
- Prescripción de la acción de restitución.
- Nulidad del clausulado multidivisa contenido en la escritura de préstamo de 2 de noviembre de 2007.
- Nulidad de la cláusula de gastos contenida en la escritura de préstamo multidivisa de 2 de noviembre de 2007.
- Consecuencias de la declaración de nulidad.
- Costas.

Como prueba se admitió la propuesta por las partes y se citó para la celebración del acto del juicio el día 12 de diciembre de 2022 a las 10.45 horas.

CUARTO.- El día del juicio se practicó el interrogatorio de la parte actora y la pericial, ya que la entidad demandada había renunciado a la testifical, y tras las conclusiones de las direcciones letradas de las partes, quedaron las actuaciones pendientes de dictarse la presente resolución.

QUINTO.- En la sustanciación del procedimiento se han observado todas las prescripciones legales excepto el plazo para dictar la presente resolución habida cuenta la carga de trabajo que pesa sobre este juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como ya se ha indicado anteriormente la parte actora ejercita acción de nulidad de todas las cláusulas referidas a la opción de divisas recogidas en el préstamo, suscrito con la entidad demandada el 2 de noviembre de 2007, así como de la de la cláusula financiera quinta que regula los gastos hipotecarios.

La parte actora basa su demanda en los siguientes hechos: los actores en su condición de consumidores firmaron con la entidad demandada un préstamo hipotecario multidivisa, careciendo en el momento de la firma tanto de información suficiente para la comprensión de los riesgos como nivel financiero adecuado previo. Alega que la entidad demandada les informó que esta hipoteca minoraría el importe de la cuota mensual originando un importante ahorro al final de la vida del producto, les informó de las bondades del producto pero nunca de los elevados riesgo del préstamo multidivisa, entre ellos, el aumento de capital pendiente. La entidad demandada no entregó a los actores ningún tipo de información precontractual escrita. Es preciso destacar asimismo que la entidad tampoco realizó simulaciones con los diferentes escenarios potenciales para que los actores pudiesen tomar consciencia del riesgo que asumían y, en todo caso, en ningún momento se le realizó ni se les entregó ninguna simulación o un cuadro de amortización ejemplificativo que previese las fluctuaciones que el nominal de la deuda podía padecer en función del comportamiento de la moneda de referencia; esto es, que previese el supuesto concreto del aumento de capital pendiente de pago. Obviamente, de haber conocido esa posibilidad, los actores nunca habrían suscrito el préstamo multidivisa. Incide en que nunca se le explicó a los actores los riesgos asociados a la cláusula multidivisa. A continuación, realiza una serie de alegaciones sobre la nulidad de la cláusula de gastos.

En su escrito de contestación a la demanda la parte demandada niega la condición de consumidor del actor y alega la prescripción de la acción de restitución. En cuanto al fondo del asunto afirma que la iniciativa de la contratación partió en todo momento de la parte actora quien conocedora de las características y de los riesgos quiso la contratación de este producto. Manifiesta que los riesgos de la hipoteca fueron detalladamente explicados por los empleados de la entidad bancaria. Igualmente, las condiciones del préstamo le fueron explicada. Añade que los actores comprendían todo lo que firmaba y que en el momento de la firma le fueron explicados todos los pactos y términos del contrato. Igualmente aboga por la validez y legalidad de la cláusula de gastos.

SEGUNDO.- Antes de entrar a conocer la cuestión de fondo es necesario analizar la **condición de consumidor de la parte actora**, alegando la parte demandada que la parte actora no ostenta la condición de consumidor ya que se cancelaba un préstamo anterior y se adquiriría otra vivienda que no era su domicilio habitual.

Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado en reiteradas ocasiones nuestra Jurisprudencia pudiendo citar a modo de ejemplo la reciente *Sentencia del Tribunal Supremo de 7 Noviembre de 2017* en cuyo *Fundamento de Derecho Tercero* establece: "1.- Conforme al art. art. 3 del TRLGCU, «son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional». Como hemos dicho en diversas resoluciones (por ejemplo, sentencias 16/2017, de 16 de enero, o 224/2017, de 5 de abril, por citar solo algunas de las más recientes) este concepto de consumidor procede de las definiciones contenidas en las Directivas cuyas leyes de transposición se refunden en el TRLGCU, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y también en algunas otras Directivas cuyas leyes de transposición no han quedado incluidas en el texto de 2007.

Fruto de esta inspiración comunitaria, el TRLGCU abandonó el criterio del destino final de los bienes o servicios que se recogía en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, para adoptar el de la celebración del contrato en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

2.- *La jurisprudencia del TJUE (anteriormente, TJCE) sobre el concepto de consumidor ha evolucionado desde una concepción restrictiva hasta una posición más reciente que tiende a ampliar el concepto de consumidor, o por lo menos a contextualizarlo de una manera más abierta. En la fase inicial, la jurisprudencia comunitaria interpretó el concepto de consumidor de forma limitada, por ejemplo en las SSTJCE de 14 de marzo de 1991 (asunto di Pinto), o de 17 de marzo de 1998 (asunto Dietzinger, sobre un contrato de fianza concluido por un particular para garantizar la devolución de un préstamo para una finalidad empresarial ajena), en las que distinguía según el destino final de los bienes o servicios fuera el consumo privado o su aplicación a actividades profesionales o comerciales. Y así, en la STJCE de 3 de julio de 1997, asunto Benincasa, se indicó expresamente que el concepto de consumidor «debe interpretarse de forma restrictiva...pues cuando una persona celebra un contrato para usos relacionados con su actividad profesional debe considerarse que aquélla se encuentra en igualdad de condiciones con su co-contratante». Doctrina reiterada en la STJCE de 20 de enero de 2005, asunto Gruber.*

No obstante, en los últimos tiempos el TJUE ha hecho una interpretación más flexible del concepto de consumidor, sobre todo cuando se trata de aplicar la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

Así, la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14 (caso Costea) objetiva el concepto de consumidor, al poner el foco en el ámbito no profesional de la operación y no

en las condiciones subjetivas del contratante. En esta resolución el TJUE concluye que una persona física que ejerce la abogacía y celebra con un banco un contrato de crédito, sin que en él se precise el destino del crédito, puede considerarse «consumidor» con arreglo a la Directiva 93/13/CEE, de Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, cuando dicho contrato no esté vinculado a la actividad profesional del referido abogado.

A su vez, a los contratos con pluralidad de adherentes se refiere el ATJUE de 19 de noviembre de 2015 (asunto C-74/15, Tarcău), en el que se establece que la Directiva 93/13/CEE define los contratos a los que se aplica atendiendo a la condición de los contratantes, según actúen o no en el marco de su actividad profesional, como mecanismo para garantizar el sistema de protección establecido por la Directiva. Y en concreto, en un contrato de fianza, reconoce la condición legal de consumidor al fiador, si actúa en un ámbito ajeno a su actividad profesional o empresarial, aunque la operación afianzada sí tenga tal carácter, siempre que entre el garante y el garantizado no existan vínculos funcionales (por ejemplo, una sociedad y su administrador). Doctrina que se reitera en el ATJUE de 14 de septiembre de 2016 (asunto C-534/15, Dimitras).

En la misma línea, el ATJUE de 27 de abril de 2017 (asunto C-535/16, Bachman) se refiere a la condición de consumidor en caso de sucesión contractual (novación subjetiva). En el caso, se planteaba la aplicación de la Directiva 93/13/CEE a una relación bancaria establecida inicialmente entre un banco y una sociedad mercantil (por lo tanto excluida del concepto de consumidor) cuando la posición contractual de esa sociedad la ocupó posteriormente una persona física. A ésta se le reconoce por el Tribunal de Justicia la condición de consumidor, al decir su parte dispositiva:

«El artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que una persona física que, a raíz de una novación, ha asumido contractualmente, frente a una entidad de crédito, la obligación de devolver créditos inicialmente concedidos a una sociedad mercantil para el ejercicio de su actividad, puede considerarse consumidor, en el sentido de esta disposición, cuando dicha persona física carece de vinculación manifiesta con esa sociedad y actuó de ese modo por sus lazos con la persona que controlaba la citada sociedad así como con quienes suscribieron contratos accesorios a los contratos de crédito iniciales (contratos de fianza, de garantía inmobiliaria o de hipoteca)».

3.- Este mismo concepto de consumidor que utiliza el TJUE, referido al ámbito objetivo de la operación y no a la personalidad del contratante, es también el que ha tomado en consideración esta sala en sus últimas resoluciones, como por ejemplo las sentencias 149/2014, de 10 de marzo; 166/2014, de 7 de abril; 688/2015, de 15 de diciembre; 367/2016, de 3 de junio; 16/2017, de 16 de enero; y 224/2017, de 5 de abril".

Por su parte el artículo 2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, define qué se entiende por tales a los efectos de la propia Directiva:

" A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

a) «cláusulas abusivas»: las cláusulas de un contrato tal como quedan definidas en el artículo 3;

b) «consumidor»: toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional;

c) «profesional»: *toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada ."*

En el ámbito interno, el artículo 3 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, señalaba en la misma línea: *"A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional "*.

Y el artículo 4 del mismo Real Decreto Legislativo concretaba respecto al concepto de profesional o empresario: *"A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada "*.

La Ley 3/2014, de 27 de marzo, ha dado nueva redacción a ambos preceptos, pero manteniendo el acento en el hecho de que la actuación se desarrolle en el ámbito propio de la actividad profesional o empresarial o en un marco ajeno al mismo.

Así, el nuevo artículo 3 proclama con respecto al concepto de consumidor o usuario: *" A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.*

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. "

Y el artículo 4 insiste en el mismo concepto: *"A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión."*

En consecuencia, el concepto de consumidor va referido al ámbito objetivo de la operación y no a la personalidad del contratante, planteándose la cuestión de a quien corresponde la carga de probar la condición de consumidor de la parte actora.

Respecto de la carga de la prueba se puede citar, a modo de ejemplo, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid Sección 9ª de 29 de Septiembre de 2017 que con cita en otro 14 de Junio de 2017 de establece lo siguiente: *" En cuanto a cuál de las partes le corresponde la carga de la prueba si el demandado o ejecutado tiene o no la condición de consumidor, debe partirse de la regla general que establece el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , conforme al cual "corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición, correspondiendo por su parte al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior".*

Ni la Directiva 13/1993, ni el Real Decreto Legislativo 1/2007, establecen de forma clara y precisa quien tiene la carga de probar la condición de consumidor, toda vez que tanto el artículo 3 de la Directiva como el artículo 82,2 de la LGDCU , impone al empresario la carga de probar que una clausula ha sido negociada individualmente cuando lo afirme, pero

no dicen nada ninguna de dichas normas, en relación de a quien le corresponde la prueba de si la parte contratante tiene o no la condición de consumidor ."

También hacíamos mención al criterio mayoritario en el ámbito de las audiencias provinciales que entiende que corresponde al consumidor acreditar su condición de tal, siendo a estos efectos relevantes la SAP de La Coruña Secc. 4ª, nº 20/2017 de 24/01/2017, que señala (el resaltado es nuestro) " En la mayor parte de los casos en que una persona física interviene en un contrato con un profesional, la condición de consumidor o usuario de la primera o bien resulta ya de los términos del contrato, o bien no es puesta en duda o se deriva con naturalidad de las prestaciones comprometidas y de su destino normal. Pero cuando el contrato nada dice al respecto y el profesional demandado opone en su contestación a la demanda que el propósito con el que la contraparte intervino estaba ligado a su actividad profesional o empresarial, e ilustra su alegación con datos al menos indiciarios, las reglas sobre distribución de la carga probatoria (art. 217 de la L.E.C .) deben operar plenamente, de modo que si no queda finalmente demostrado que el demandante intervino en el contrato con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, el tribunal no podrá examinar la validez de la cláusula desde la perspectiva de las normas represoras de la abusividad de contenido de las condiciones generales o cláusulas predispuestas, ni del más específico control de transparencia de tales cláusulas en cuanto referidas a elementos esenciales del contrato.

Al menos en procesos declarativos -la conclusión no es tan clara en procesos de ejecución, en los que el profesional predisponente interviene como ejecutante e invoca para la efectividad de su derecho cláusulas predispuestas- incumbe al actor persona física la carga de demostrar que tiene, con relación al contrato litigioso, la condición de consumidor cuando ha quedado acreditado el aparente destino empresarial y mercantil del crédito objeto de la póliza, (en este sentido AAP Pontevedra, sección 1ª, de 3 diciembre 2015 o 21 enero 2016, o SAP Pontevedra, Secc. 1ª, de 19 enero 2016). Más tajante es la línea que al respecto mantiene la A.P. de Lugo en su sentencia de 13 de abril de 2016 , según la cual no puede presumirse la condición de consumidor, y la carga de la prueba al efecto correspondía a la parte apelante (en ese caso, el demandante persona física) en atención a la naturaleza de la acción ejercitada. Recordamos, en todo caso, que la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU) no contiene reglas especiales sobre distribución de la carga de la prueba de la condición misma de consumidor, y que las generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), siempre matizadas por los principios de disponibilidad y facilidad probatoria, sólo determinan cuál de los litigantes debe correr con las consecuencias negativas de que un hecho discutido -del que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda- quede finalmente indemostrado ". En este mismo sentido se pronuncia la SAP de Madrid Secc.8128/2017 de 23 de marzo de 2017 ; y el Auto de la AP de Córdoba Secc. 1 nº 87/2017 de 24 de febrero de 2017 .

En el presente caso, la entidad demandada no ha aportado indicios suficientes sobre la condición de no consumidor de la parte actora. Para que la parte actora tenga que acreditar su condición de consumidor, la entidad demandada tiene que aportar indicios suficientes de que la parte demandante no ostenta tal condición de consumidor y en este caso, dichos indicios, a criterio de esta Juzgadora, no existen.

Lo que marca la diferencia entre consumidor o no consumidor es el destino o la finalidad del préstamo, si el mismo está destinado a la actividad profesional o empresarial del prestatario carece de dicha condición, y en este caso, no hay ningún indicio de que la finalidad del préstamo esté relacionada con la actividad del demandante, demandante que según manifestó el propio actor en el acto del juicio es conductor.

Es cierto, que en el documento nº 7 de la contestación a la demanda que es el expediente de riesgos, se indica que el destino del préstamo es la cancelación de la actual hipoteca con La Caixa y la compra de una casa en [REDACTED]. Tanto [REDACTED] como [REDACTED] negaron haber adquirido casa alguna en [REDACTED] y en el caso que eso fuera cierto, que no se acredita ya que no se ha requerido ningún tipo de documentación sobre este extremo a los actores, no implicaría que no ostentaran la condición de consumidor, porque dicha adquisición no estaría relacionada con su actividad profesional, que en el caso de [REDACTED], como ya he indicado es conductor y en el caso de [REDACTED], es secretaria. Además, en el propio documento nº 7 de la contestación a la demanda se indica que [REDACTED] trabaja como conductor en una de las sociedades de la familia de [REDACTED].

[REDACTED], y con independencia de lo que se indica en el documento nº 11 de la contestación a la demanda, indicó que nunca ha sido administrador de ninguna sociedad mercantil, que sólo cuenta con estudios de bachillerato y que en la actualidad es camarero. Con independencia de la situación laboral del actor, como ya he dicho anteriormente, lo que es fundamental es el destino del préstamo y no la profesión del demandante, y no se acredita de ninguna forma que el destino del préstamo sea para su actividad profesional.

Resumiendo, la entidad demandada no aporta indicios suficientes que desplacen la carga de la prueba a la parte demandante.

Por todo lo anterior, se considera que la parte actora sí que ostenta la condición de consumidor.

TERCERO.- Igualmente, es necesario analizar la excepción procesal de **prescripción de la acción**.

La entidad demandada pone de manifiesto el importante lapso de tiempo transcurrido desde la firma del contrato y pretende la desestimación de la demanda sin entrar en el fondo del asunto, por estar prescrita la acción de nulidad que ejercita la actora.

La imprescriptibilidad de la acción para declarar la nulidad de pleno derecho, que es la que se ejercita en este procedimiento, es una cuestión pacífica en nuestra jurisprudencia. Como señala el Tribunal Supremo en su *STS 1080/2008, de 14 de noviembre* : "*En cuanto a la prescripción de la acción de nulidad baste señalar que el Artículo 1301 del Código Civil se refiere a los contratos meramente anulables -en que concurren los requisitos que expresa el Artículo 1261 , como refiere el Artículo 1300 - y no a aquellos que, como los simulados, quedan viciados de nulidad radical o absoluta, respecto de los cuales la acción para tal declaración es de carácter imprescriptible (sentencias de 4 noviembre 1996 , EDJ 7294, 14 marzo 2000 , EDJ 2512, 18 octubre 2005 , EDJ 165809, 22 febrero 2007, EDJ 8524 y 18 marzo 2008 , EDJ 48894, entre otras muchas)*". El vicio que puede motivar la declaración de nulidad de las cláusulas litigiosas no es un vicio del consentimiento, en el sentido del art. 1261 del Código Civil , que se refiere a la nulidad relativa o anulabilidad, respecto de aquellos contratos en los que concurren los elementos esenciales para su formación, esto es, consentimiento, objeto y causa. Por el contrario, la declaración de abusividad de una cláusula contractual conlleva la sanción de nulidad absoluta o de pleno derecho, de acuerdo con la normativa especial en esta materia, contenida en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el *Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* y otras leyes complementarias, cuyo artículo 83 establece que: "*las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas*". Así , sentado el carácter de nulidad absoluta en la sanción que puede imponerse a la cláusula impugnada, de ser declarada abusiva y, constituyendo doctrina jurisprudencial la

imprescriptibilidad de esta acción, procede desestimar las alegaciones de la demandada en relación con este extremo.

No obstante, cabe matizar que la acción por la que se solicita la restitución de una cantidad derivada de la declaración de nulidad de una cláusula no es independiente de esta última, sino que es su efecto propio establecido en la ley.

Con referencia a la prescripción, conviene señalar que el dies ad quo para la reclamación de cantidad de una cláusula declarada nula por una sentencia comenzará cuando la misma adquiera firmeza. En este sentido, reza el artículo 1971 del Código Civil que: *"El tiempo de la prescripción de las acciones para exigir el cumplimiento de obligaciones declaradas por sentencia, comienza desde que la sentencia quedó firme"*.

En consecuencia, los plazos de prescripción y caducidad comienzan cuando los titulares de la acción de restitución pueden conocer las consecuencias derivadas de dicha declaración de nulidad, que es a través de la sentencia una vez gane firmeza.

Es por todo ello, que no puede prosperar las alegaciones del demandado en cuanto a la prescripción se refiere, siendo en consecuencia, que las acciones ejercitadas por la parte demandante tienen plena vigencia.

CUARTO.- Como ya se ha indicado a lo largo de la presente resolución la parte demandante ejercita como acción principal la de nulidad radical pero parcial del préstamo hipotecario de 2 de noviembre de 2007 en todo lo referente a la opción multidivisa.

En cuanto a la naturaleza del préstamo multidivisa, la *Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 16 de Septiembre de 2015*, analiza este tipo de productos en los siguientes términos: *"lo que se ha venido en llamar coloquialmente "hipoteca multidivisa" es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank Offered Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres"*.

El atractivo de este tipo de instrumento financiero radica en utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario. Las divisas en las que con más frecuencia se han concertado estos instrumentos financieros son el yen japonés y el franco suizo. Como se ha dicho, con frecuencia se preveía la posibilidad de cambiar de una a otra divisa, e incluso al euro, como ocurría en el préstamo objeto de este recurso.

4.- Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si a la divisa elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como yen o el franco suizo no es solo una referencia para el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. 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". Que además es lo que ha pasado en este procedimiento.

En cuanto a la determinación de si constituye o no un producto complejo a efectos de la aplicación de la normativa MIFID, la STJUE de 3 de diciembre 2015 en el asunto C-312/14 y la STJUE de 20 de Septiembre de 2017 asunto C-186/16 Caso Andriciuc, han zanjado esta cuestión y han provocado el cambio de doctrina del Tribunal Supremo desde la Sentencia del Pleno de 15 de Noviembre de 2017 hasta las más recientes 559/2018 de 31 de octubre y 159/2019 de 14 de marzo. Así en su *Sentencia del Pleno de 15 de Noviembre de 2017* en el *Fundamento de Derecho Quinto* indica: "(...) El préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores. Cambio de doctrina y jurisprudencia establecida en *sentencia 323/2015 de 30 de junio*".

Tal y como indica dicha Sentencia en el mencionado *Fundamento de Derecho Quinto*:

"7.- Los Jueces y Tribunales deben aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 4.bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Dado que la cuestión de qué debe entenderse por instrumento financiero, producto o servicio de inversión a efectos de la aplicación de la normativa sobre el mercado de valores es una cuestión regulada por el Derecho de la Unión (en concreto, por la Directiva MiFID), este tribunal debe modificar la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio, del pleno de esta sala, y declarar que el préstamo hipotecario denominado en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores.

8.- Lo anterior supone que las entidades financieras que conceden estos préstamos no están obligadas a realizar las actividades de evaluación del cliente y de información prevista en la normativa del mercado de valores. Pero no excluye que estas entidades, cuando ofertan y conceden estos préstamos denominados, representados o vinculados a divisas, estén sujetas a las obligaciones que resultan del resto de normas aplicables, como son las de transparencia bancaria.

*Asimismo, cuando el prestatario tiene la consideración legal de consumidor, la operación está sujeta a la normativa de protección de consumidores y usuarios, y, en concreto, a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, Directiva sobre cláusulas abusivas). Así lo entendió el TJUE en los apartados 47 y 48 de la citada sentencia del caso *Banif Plus Bank*".*

En el presente procedimiento, la parte actora solicita la declaración de nulidad absoluta o radical parcial de la escritura de préstamo hipotecario de 22 de agosto de 2007 en todo lo referente a la opción multidivisa. Es cierto que no se aplica la directiva MiFID, pero sin perjuicio que al tener la parte actora la condición de consumidor, hecho ya acreditado, dicha operación sí que está sujeta a la normativa de protección de consumidores y usuarios y en concreto a la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril de 2013, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Debemos recordar en este punto que la parte actora ejercita acción de nulidad tanto por infracción de normas imperativas del derecho de consumo como por falta de transparencia y abusividad, por lo que se puede entrar a conocer de esta petición pese a que no sea de aplicación la directiva MiFID.

Por tanto, la *Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 15 de Noviembre de 2017*, al igual que lo hizo la STJUE del caso *Andriuc* declara, fundamento de derecho octavo punto 4 que: *"la procedencia de realizar el control de transparencia a las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, en los contratos de préstamo denominados en divisas"*.

Añadiendo en los apartados 10 y siguientes: **"10.- 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".*

QUINTO.- Por tanto y pese a la no aplicación de la normativa MiFID las cláusulas referidas a la opción de divisas recogidas en la escritura de préstamo hipotecario de 2 de noviembre de 2007 deben ser objeto de control de transparencia a través de la Directiva 93/13 y por tanto se puede declarar su nulidad, tal y como apunta la parte actora en su escrito de demanda, por infracción de la normativa en defensa de los consumidores.

Sobre esta cuestión, esta Juzgadora considera muy esclarecedora la reciente *Sentencia dictada por la Sección 15 de la Ilustrísima Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de mayo de 2019*, procediendo a transcribir algunos de sus razonamientos jurídicos que luego se aplicarán al caso concreto objeto de este procedimiento.

"CUARTO.-La cláusula multidivisa como cláusula que determina el objeto principal del contrato.

13. *La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 20 de septiembre de 2017 (Asunto Andriciuç) ha considerado que "el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de "objeto principal del contrato", en el sentido de esa disposición, comprende una cláusula contractual, como la del litigio principal, incluida en un contrato de préstamo denominado en divisa extranjera que no ha sido negociada individualmente y según la cual el préstamo deberá reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató, dado que esta cláusula regula una prestación esencial que caracteriza dicho contrato".*

14. *La STS de 15 de noviembre de 2017 sigue el mismo criterio del TJUE para identificar las cláusulas que definen el objeto principal del contrato: "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".

15. Partimos de la jurisprudencia del TJUE sobre el control que puede hacerse de las condiciones generales que determinan el objeto principal del contrato. Estas cláusulas no pueden considerarse abusivas si han sido redactadas de forma clara y comprensible (así, por ejemplo en el apartado 43 de la sentencia de 20 de septiembre de 2017 , en la que se citan sentencias anteriores en las que se afirma que "las cláusulas contempladas en esa disposición sólo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible (sentencia de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C 484/08 , apartado 32)").

16. El Tribunal proyecta la claridad y comprensibilidad de las cláusulas no sólo a sus aspectos formales (transparencia formal), sino que la extiende al denominado segundo control de transparencia, entendido como la "obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C 26/13, apartado 75, y de 23 de abril de 2015, Van Hove, C 96/14 , apartado 50)" (apartado 45 de la Sentencia de 20 de septiembre de 2017).

17. La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 se expresa en parecidos términos, al señalar que "no sólo 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"(apartado 11 del fundamento octavo)

QUINTO. Sobre el alcance del control de transparencia.

18. La STJUE de 20 de septiembre de 2017 se extiende de forma notable en interpretar la forma en la que debe llevarse a cabo el control de transparencia, así como la finalidad que el mismo persigue. En cuanto a esta última, expresa en el apartado 476 que " incumbe al juez nacional, (...) verificar que, en el asunto de que se trata, se comunicaron al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso ". Por consiguiente, el objetivo último del control de transparencia consiste en determinar si el consumidor se ha encontrado al contratar en situación de poder conocer y comprender adecuadamente todos aquellos elementos que tienen incidencia en las obligaciones asumidas. Ello incluye, en un contrato como es el préstamo multidivisa, los riesgos asociados al producto contratado.

19. La STJUE hace referencia, en el apartado 49, a la extraordinaria importancia de esos riesgos, a la que también nosotros nos referíamos en nuestra Sentencia de 26 de mayo de 2017 , con alusión a 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. Como justificación de dicha norma, el considerando cuarto de la Directiva 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 ", así como 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 ". En el

considerando trigésimo, la Directiva añade que "[d]ebido 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. El riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato de crédito, o bien mediante otros procedimientos. Entre tales procedimientos cabría, por ejemplo, incluir límites máximos o advertencias de riesgo, en caso de que las mismas sean suficientes para limitar el riesgo de tipo de cambio".

En los artículos 13.f) y 23 se contienen previsiones específicas para estos préstamos en moneda extranjera, que son sometidos a importantes limitaciones para reducir el riesgo de cambio de divisa que supone para los prestatarios, y a obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos para las entidades que los comercialicen.

20. *En suma, esa Directiva nos sirve para justificar que lo pactado no es algo corriente, al menos en las relaciones entre una entidad bancaria y un consumidor y menos aun cuando el consumidor se encuentra en una situación tan vulnerable como es la que se produce en el momento de la solicitud de financiación para la compra de su vivienda habitual. Por tanto, lo que pone de manifiesto esa Directiva es que en estas situaciones se produce una situación de vulnerabilidad extraordinaria del consumidor que hace precisa una intervención del legislador para remediarla, al menos hacia el futuro. Y, en cuanto al pasado, esto es, respecto de los contratos ya celebrados, la enseñanza de la Directiva 2014/17/UE sirve al juez para justificar la idea de que al contrato se asocia una importante situación de riesgo para el consumidor, lo que ha de conducir a extremar la interpretación de las garantías relativas a la forma en la que se produjo la prestación de su consentimiento contractual.*

21. *La doctrina que emana de la STJUE de 20 de septiembre es particularmente elocuente respecto de ese punto, al poner mucho énfasis en los deberes de lealtad y diligencia que pesan sobre el Banco, deberes que comportan unas especiales obligaciones de información que el Banco debe prestar al consumidor.*

22. *El alcance de ese derecho de información constituye uno de los pilares fundamentales (no el único, como veremos) de la doctrina que establece la STJUE de 20 de septiembre de 2017. En el apartado 47 se expresa que esa información debe permitir "... a un consumidor medio, a saber, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, evaluar" el coste total del préstamo, lo que incluye las consecuencias económicas adversas y desconocidas en el momento de contratar que se puedan derivar de la evolución de los mercados de divisas.*

23. *El deber de prestar información que pesa sobre el Banco se proyecta en una doble dirección: de una parte, como exigencia del deber de lealtad de quien se encuentra en clara posición de ventaja hacia quien está en clara posición de desventaja, implica que el Banco ponga en conocimiento del cliente toda aquella información relativa al conocimiento de los mercados de divisas a las que haya podido tener acceso de forma ordinaria, esto es, sin un especial esfuerzo o inversión de medios por su parte; de otra, ese deber de información se ha de acomodar a las concretas circunstancias de cada consumidor, a su grado de información y conocimiento de los mercados, para asegurarse (le entidad financiera) de que ambas partes prestan de forma efectiva el consentimiento sobre un mismo objeto, determinado previamente con la necesaria claridad.*

24. *La Sentencia Andriciuc expone en el apartado 48 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, apartado 44 , y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C 154/15 , C 307/15 y C 308/15 , apartado 50)".

25. Y se refiere al alcance de la información que deberá recibir el cliente (consumidor) en los siguientes términos: "...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 " (apartado 50 de la Sentencia de 20 de septiembre de 2017).

26. En el supuesto del denominado préstamo multdivisa el deber de información del predisponente tiene unos perfiles especiales ya que no sólo debe informarse al adherente sobre las condiciones del crédito, es decir, los intereses, comisiones y garantías a cargo del prestatario, de modo que el prestatario debe conocer y comprender con certeza " el crédito se reembolsará en la misma divisa extranjera en que se contrató [indicando] las razones de su inclusión en el contrato y su mecanismo de funcionamiento ". Sino que también se debe informar al adherente de " la posibilidad de apreciación o de depreciación de una moneda extranjera " (apartado 42 de la Sentencia Andriciuc).

27. El Tribunal Europeo, a modo de resumen sobre el alcance de ese deber de información, precisa en el apartado 51 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 ".

28. También la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 refleja con detalle el alcance de este deber cualificado de información cuando afirma en el apartado 48 que:

" Sólo 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 incremente progresivamente, si los cambios de moneda se realizan en el "pico" de mayor cotización respecto del euro de la divisa en que en cada momento esté representado el préstamo o en un momento cercano a esos "picos" de cotización" .

29. El Tribunal Supremo, en la citada Sentencia, fija algunas pautas para valorar el alcance de la información en el control de transparencia:

- a) *En este tipo de cláusulas el deber de transparencia en la incorporación es más intenso, es especial.*
- b) *Se traslada a la entidad financiera la obligación de probar que se ha facilitado esa información adicional, información cualificada.*
- c) *Las pautas de información exigidas para los contratos de préstamo multidivisa debe ser superior a la información que se facilita para otros tipos de préstamos con garantía hipotecaria.*
- d) *Al exigirse una información cualificada, es necesario que el empleado que informa a los clientes tenga una formación también cualificada.*
- e) *La información que debe evaluarse es la facilitada al consumidor antes de suscribir el contrato.*
- f) *Ni la intervención del notario, ni la inclusión en la escritura de cláusulas en las que se indica que el consumidor ha sido expresamente informado, o cláusulas de exención de responsabilidad a la entidad prestamista por la fluctuación de tipos de interés, son suficientes para acreditar que el consumidor ha sido suficientemente informado, o para convalidar posibles carencias de la información precontractual.*
- g) *El grado de conocimiento del consumidor medio sobre este tipo de cláusulas exige no sólo que conozca que la fluctuación de la divisa, con referencia al contravalor en euros, puede afectar al principal pactado, ha de ser consciente de que esa incidencia puede ser considerable.*

SEXO. Carácter abusivo de las cláusulas multidivisa.

30. *Ahora bien, para que pueda prosperar la acción de nulidad y conseguir el efecto práctico pretendido por el consumidor, esto es, la sustitución de un préstamo concedido en moneda extranjera por otro concedido en euros, no basta con constatar si ha existido o no una infracción del deber de información, sino que es preciso que las cláusulas puedan considerarse abusivas, esto es, 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. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017 , tras descartar en términos generales el control de contenido de las cláusulas que defina el objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida (artículo 4.2 de la Directiva 93/2013), admite como excepción el control de abusividad si la cláusula no es transparente.*

31. *De igual modo la Sentencia del TJUE en el asunto Andriuc dice al respecto lo siguiente (apartado 43), antes citado, que "las cláusulas contempladas en esa disposición (las que definen el precio) sólo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible (sentencia de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C 484/08 , apartado 32)."*

32. *La Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017, al dar respuesta a la primera cuestión prejudicial, referida el momento en que debe examinarse el desequilibrio que una cláusula abusiva causa en los derechos y obligaciones de las partes, tras indicar que debe examinarse en atención a las circunstancias existentes en el momento de la celebración del*

contrato, expone en los apartados 56 a 58 el alcance de ese análisis. Antes, en el apartado 54, se remite a las conclusiones del Abogado General señaladas en los puntos 78, 80 y 82. Estimamos conveniente, para valorar adecuadamente la posición del Tribunal, partir de las consideraciones del Abogado General. En este sentido, en el apartado 82 señala que "debe distinguirse el caso en el que una cláusula contractual entraña un desequilibrio entre las partes que sólo se manifiesta mientras se ejecuta el contrato de aquel otro en el que, aunque no existe una cláusula abusiva, las obligaciones que incumben al consumidor son percibidas por éste como más gravosas de resultas de una modificación de las circunstancias posterior a la celebración de un contrato y ajena la voluntad de las partes".

En los siguientes apartados dice lo siguiente:

"83. El primer supuesto, que se corresponde, en particular, con el que el Tribunal de Justicia examinó en el asunto que dio lugar a la sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb y que versaba sobre la posibilidad de que el profesional modificase unilateralmente, en virtud de la inclusión de una cláusula tipo, el precio de una prestación de servicios (suministro de gas), la "evolución posterior" al contrato en cuestión afectaba efectivamente a la aplicación de una cláusula contractual que era desde un primer momento abusiva por entrañar un desequilibrio importante entre las partes.

84. El segundo supuesto en cambio, a saber, aquel en el que no existiendo una cláusula abusiva, en virtud de la evolución de las circunstancias el consumidor percibe las obligaciones que le incumben como excesivas, no queda comprendido en la protección que confiere la Directiva 93/13.

85. Considero que este último es el caso de la cláusula que, en el supuesto de un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, obliga a abonar las cuotas mensuales de reembolso del préstamo en esta misma divisa y, por consiguiente, "hace que recaiga" sobre el consumidor el riesgo de tipo de cambio en caso de devaluación de la moneda nacional respecto a esta misma divisa.

86. No me parece que tal cláusula entrañe, como tal, un desequilibrio. En efecto, ha de hacerse constar que la variación del tipo de cambio que, recuérdese, puede darse tanto al alza como a la baja, es una circunstancia que no depende de la voluntad de una de las partes del contrato de préstamo. El hecho de que la prestación debida por el prestatario haya devenido, como consecuencia de la evolución de los tipos de cambio, gravosa al convertirla a la moneda extranjera no puede llevar a trasladar al prestamista el riesgo de tipo de cambio.

87. Por otro lado, para que se compruebe la existencia de un desequilibrio importante habría de acreditarse una diferencia entre el importe prestado y el importe reembolsado. Pues bien, tal diferencia no existe: la entidad bancaria ha prestado un cierto número de unidades monetarias y tiene derecho a obtener la restitución de este mismo número de unidades.

88. Dicho con otras palabras, el hecho de hacer recaer sobre el consumidor un riesgo de tipo de cambio no crea, por sí mismo, un desequilibrio importante, puesto que el profesional (en el presente asunto, el banco) no tiene el control sobre el tipo de cambio que estará vigente tras la celebración del contrato.

89. Tratándose de acontecimientos producidos durante la vigencia del contrato, no podría decirse lo mismo si la existencia de un desequilibrio importante debiera apreciarse en relación con acontecimientos que el profesional acreedor conocía o podía prever en el momento de la celebración del contrato, y ello al margen de la voluntad de las partes".

33. *Expuestas las consideraciones del Abogado General, a las que, como hemos dicho, se remite la Sentencia, esta aborda el posible desequilibrio de la cláusula en contra de las exigencias de la buena fe en sus apartados 56 a 58, que reproducimos a continuación:*

" 56. A este respecto, 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, en primer lugar, el posible incumplimiento de la exigencia de buena fe y, en segundo lugar, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 .

57. En efecto, 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).

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".

34. *La Sentencia del TS de 15 de noviembre de 2017 aborda la cuestión relativa al desequilibrio de la siguiente manera (apartado 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".

35. *Teniendo en cuentas las anteriores consideraciones y valorando, fundamentalmente, la obligación a la que alude el TJUE del juez nacional de "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", estimamos que a lo que en realidad se está refiriendo el Tribunal es, más que al perjuicio de la estipulación entendido en sentido propio, a si la voluntad del consumidor se conformó de la manera adecuada, esto es, aceptando todos los riesgos del contrato. Contemplada desde la perspectiva del contrato, esto es, en sí misma considerada, la cláusula no es ni perjudicial ni beneficiosa para el consumidor, pues tanto puede resultar perjudicado como favorecido por la evolución de los tipos de cambio. Lo que puede resultar perjudicial para el consumidor es que el Banco predisponente, incumpliendo la exigencia de la buena fe contractual, se reserve para sí la información de que disponga por su carácter de profesional sobre la evolución del tipo de cambio y no haga partícipe de ella al consumidor, determinando con ello que su voluntad no se determine de forma correcta.*

36. *Para llevar a cabo ese juicio de hecho habremos de atender a todas las concretas circunstancias de hecho del caso que nos resulten conocidas de forma concreta y que enmarquen la decisión del consumidor. Esto es, circunstancias tales como su perfil (prudente o arriesgado, previamente informado o no, que solicita el producto a la entidad bancaria o al que le es ofrecido, relacionado con las monedas del préstamo o no, con razones objetivas para querer contratar en una moneda distinta a la suya o no, etc.). Todas ellas son cuestiones de puro hecho, puramente circunstanciales (esto es, ninguna en sí misma definitiva) pero que nos pueden ayudar en cada caso a representarnos con la mejor aproximación posible ese juicio de pronóstico al que hemos hecho referencia.*

37. *Y en ese sentido, obvio es decirlo, ocupa un lugar muy destacado, como no puede ser menos, el grado de información sobre los riesgos inherentes al producto recibido por el consumidor en el momento de contratar. Caso de resultar acreditado un alto grado de información, el mismo podría resultar muy determinante para representarnos que el consumidor conoció bien los riesgos y que por tanto su voluntad para contratar se prestó de forma adecuada, lo que no nos permitiría deducir o presumir que su decisión hubiera sido otra en la situación ideal a que nos hemos referido. Y, al contrario, si el grado de información hubiera sido escaso o no hubiera resultado acreditado por el Banco, ello también podría constituir un elemento trascendente en el juicio de hecho a que nos referimos. Si bien debemos insistir en que la ausencia de información, o de su prueba, no debe constituir el único elemento determinante, y en algún caso ni siquiera el más determinante.*

38. *La conexión que hemos visto que existe en este caso entre la falta de transparencia y los vicios de la voluntad impide que al hacer el enjuiciamiento nos podamos quedar con criterios completamente preestablecidos, esto es, criterios exclusivamente propios del consumidor medio. Sin despreciar la trascendencia de los mismos, el enjuiciamiento debe ir, al menos en el caso de cláusulas multdivisa, más allá, en la medida en que lo permita el conocimiento de hecho sobre las concretas circunstancias del consumidor que en cada caso ha firmado el contrato que contenga la estipulación cuestionada. Por esa razón hemos de insistir en el carácter esencialmente fáctico del juicio que en cada caso es preciso hacer, a partir de todas las circunstancias del caso.*

La referencia al consumidor medio puede servir como punto de partida, para evaluar los riesgos del contrato, pero no así para concluir cuál hubiera sido en cada caso la decisión del consumidor, que insistimos es el aspecto determinante del juicio.

39 . *En definitiva y a modo de resumen, procederá la nulidad de las cláusulas multidivisa si se llega a la conclusión que el consumidor, atendidas las circunstancias concurrentes, no hubiera contratado o no hubiera aceptado este tipo de cláusulas de haber sido informado leal y completamente de la incidencia de las mismas en las obligaciones previstas en el contrato. Es preciso, por tanto, un requisito añadido al déficit de información, como es el de la trascendencia, esto es, que ese déficit de información y, en general, la actuación del Banco haya resultado relevante para la adecuada formación de la voluntad del consumidor.*

SEXTO.- Aplicada la anterior doctrina al caso concreto hemos de considerar acreditado en primer lugar, que fue la parte actora, quien tomó la iniciativa de contratar el préstamo multidivisa.

En el acto del juicio el Sr. Rubio explicó que conocía este préstamo por un amigo que pagaba menos que él, y fue a informarse. Acudió a BANKINTER solicitando información. Buscaba mejores condiciones, que sólo fue a BANKINTER.

No obstante, es indiferente quien tomara la iniciativa de la contratación del préstamo multidivisa siendo lo importante que la parte actora haya recibido información precontractual suficiente para entender las características y riesgos del producto, información, que no se proporcionó adecuadamente, como ahora examinaré, ni de forma oral ni de forma escrita.

En cuanto a la información precontractual escrita, la entidad demandada aporta diversos documentos, si bien ninguno de ellos se refiere a la información precontractual. Todos son documentos que o bien no se encuentran firmados por la parte actora, o bien son posteriores a la contratación del préstamo hipotecario, como las comunicaciones que se adjuntan como documento nº 6, información fiscal que se aporta como documento nº 5 o las conexiones del actor a la página web del banco que se aporta como documento nº 15, todos ellos de la contestación a la demanda. Como documento nº 8 de la contestación a la demanda es la solicitud de financiación, pero en ella sólo se hace referencia, se marca con una X, que se va a concertar un préstamo hipotecario multidivisa, pero en dicho documento no aparecen ni los riesgos del mismo, ni su funcionamiento.

En cuanto a la información precontractual verbal, el ██████ manifestó en el acto del juicio, que no le hablaron de la posibilidad de varias divisas, le ofrecieron el YEN porque era más favorable para él. Manifestó que le dijeron que él tenía que pagar en euros. Que lo único que le explicaron es lo que iba a pagar y que las cuotas podían variar algo como en cualquier préstamo hipotecario. No le explicaron nada sobre el tipo de cambio, ni nada relativo a que el capital podía aumentar ya que sino no hubiera contratado el préstamo. Que no le dieron nada de información, que tampoco le explicaron por qué iba a pagar menos. Que tampoco le explicaron que podía cambiar de divisa, que tampoco le dijeron que podía aumentar la deuda, que no le dijeron que tuviera riesgo. Que no han podido hacer frente al pago de sus cuotas y pidieron una carencia, Que sólo estuvo reunido con la entidad bancaria un par de veces y que su mujer no participó.

██████ intervino en el acto del juicio, manifestando que nunca fue a la entidad bancaria, que sólo fue al Notario a firmar.

Igualmente, la perito Sra. García Pascual se ratificó en su informe pericial, manifestando que no le consta la existencia de ningún documento sobre los riesgos y que a fecha 6 de enero de 2020 los demandantes habían sufrido un perjuicio económico de 77.905,93€.

En consecuencia, de la prueba practicada se puede concluir que no existió información precontractual que explicara a la parte actora de forma precisa y suficiente las características y consecuencias de este producto.

En consecuencia, se debe concluir la falta absoluta de información precontractual tanto escrita como verbal.

Nos encontramos ante un préstamo más complejo que el convencional en euros, por lo que se le debe exigir a la entidad demandada un plus de información, tanto escrita como verbal, que en el presente caso no se cumple, teniendo en cuenta ya no que la parte demandante sea consumidor sino que el ████████ era conductor, con estudios de Bachillerato y Doña ████████ es secretaria, lo que denota falta absoluta de conocimiento de los mercados financieros.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se puede concluir que la entidad bancaria no podía estimar razonable que, tratando de manera leal y equitativa con la parte demandante, ésta hubiera aceptado las cláusulas multidivisa en una negociación individual.

Por todo ello procede apreciar la nulidad radical por falta de transparencia y por infracción de la normativa en materia de protección de consumidores de todas las cláusulas referidas a la opción de divisas recogidas en el préstamo hipotecario de 2 de noviembre de 2007.

Estimada la acción principal, no procede el análisis de las acciones subsidiarias.

SÉPTIMO.- Como ya se indicó en el Fundamento de Derecho Primero de la presente resolución la parte actora también solicita la nulidad de la **cláusula financiera quinta del préstamo hipotecario, relativa a los gastos.**

La cláusula quinta del contrato de préstamo hipotecario multidivisa de 2 de noviembre de 2007 tiene el siguiente tenor literal: : *"Serán a cargo de la parte acreditada cuantos gastos se deriven del otorgamiento de esta escritura, así como los que puedan producirse, en su caso, a consecuencia de la cancelación, modificación y ejecución de la hipoteca, así como los gastos extrajudiciales que se ocasionen a la entidad prestamista y costas judiciales que se ocasionen al Banco.*

En consecuencia, serán de cuenta y cargo de la parte prestataria, los gastos ya devengados o que puedan devengarse en el futuro, por los siguientes conceptos:

- a) Gastos de tasación del inmueble y de comprobación registral de la finca.*
- b) Aranceles notariales y registrales relativos a la constitución, modificación o cancelación de la hipoteca, incluidos los de primera copia de la presente escritura para la Entidad prestamista.*
- c) Impuestos.*
- d) Gastos de tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y oficina liquidadora de impuestos, así como de las escrituras y documentos cuya inscripción sea previa a la presente, a través de la gestoría asignada al efectos, concediendo la parte prestataria su autorización expresa en orden a la citada tramitación.*
- e) Los derivados de la conservación del inmueble hipotecado, así como del seguro de daños del mismo.*

f) Los derivados del seguro de amortización del préstamo o, en caso de suscribirlo, de la vida del prestatario.

g) Gastos extrajudiciales y costas judiciales que se ocasionen al banco derivados del incumplimiento de la obligación contractuales por parte del prestatario.

h) Cualquier gasto correspondiente a la efectiva prestación de un servicio relacionado con esta operación, que no sea inherente a la actividad del Banco, y que esté dirigida a la concesión y administración del préstamo."

Teniendo en cuenta el contenido de las cláusulas impugnadas debe traerse a colación lo indicado por el *Tribunal Supremo, Sala Primera, en su reciente Sentencia de 25 de Abril de 2017* en la que indica que: *"A la vista de la naturaleza de esta cláusula, en la sentencia 483/2016, de 14 de julio, razonamos que el control sobre la falta de transparencia tiene sentido respecto de las cláusulas que versan sobre el objeto principal del contrato y la adecuación entre las contraprestaciones, en la medida en que están excluidas del control de abusividad (de contenido) mientras estén redactadas de manera clara y comprensible (art. 4.2 Directiva). Respecto del resto de las cláusulas, cumplidas las exigencias de transparencia del control de inclusión, «el posible carácter abusivo de la cláusula no dependerá de la información previa o de cómo se haya presentado, sino de su carácter objetivamente desequilibrado en perjuicio del consumidor"*.

Antes de analizar cada una de las obligaciones y gastos que conforman la cláusula quinta del préstamo hipotecario objeto de este procedimiento, es necesario indicar que no existe prueba alguna que acredite la existencia de negociación de dicha cláusula entre la entidad bancaria y los actores, correspondiendo dicha prueba a la entidad demandada ya que es esta la que tiene que acreditar que ha cumplido con sus obligaciones de negociación. Junto con el escrito de contestación a la demanda se aportan diversos documentos, pero ninguno de ellos acredita la existencia de negociación respecto de la cláusula de gastos. Además, ninguna pregunta se formuló al actor durante el acto del juicio sobre dicha cláusula y su negociación.

Esta Juzgadora no duda que la entidad bancaria haya informado al actor de los gastos que tenía que pagar a fin de obtener el préstamo hipotecario que necesitaba, pero lo que también está claro que se trata de una obligación impuesta a la parte actora, no negociada y ahí, junto con el desequilibrio que causa a las partes, es donde radica su nulidad.

Es necesario tener en cuenta que la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 llama la atención sobre la generalidad y extensión de una cláusula semejante a la que es objeto de este procedimiento, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la contratación, declarándola nula por abusiva pues llega a suplir y en ocasiones a contravenir, las normas legales que contienen concretas previsiones al respecto. Además recientemente el Tribunal Supremo en fecha 15 de marzo de 2018, ha dictado dos sentencias sobre esta cuestión, en las que, partiendo de la falta de negociación individualizada, declaró abusiva la cláusula que carga sobre el consumidor gastos e impuestos que, conforme a las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación.

Debe recordarse que el control de abusividad viene a implicar una análisis doble, por un lado ha de comprobarse si estamos en presencia de una cláusula de las previstas en la lista de cláusulas abusivas de la disposición adicional primera de LGDCU , hoy art. 85 a 90 del TRDCU y, sea o no sea el caso, debe procederse igualmente a efectuar un control de

equidad, esto es, una valoración de las consecuencias de la aplicación de la cláusula a efectos de detectar un eventual desequilibrio importante de derechos y obligaciones entre las partes según las circunstancias del supuesto; control éste que, a su vez, conlleva una indagación de contraste entre la situación que crea la cláusula frente al equilibrio que presupone querido por la norma legal supletoria.

En relación a dicho control de equidad el TJUE, ofrece cuales son las claves del concepto de "desequilibrio importante" siendo de destacar que el desequilibrio no lo es en las prestaciones esenciales en sí sino en los "derechos y Obligaciones". Conforme a la doctrina Jurisprudencial de TJUE resulta básico proceder a un análisis de las normas nacionales aplicables en defecto de pacto para determinar si el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el derecho nacional vigente, debiendo comprobarse si el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, podía estimar razonablemente que éste aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual (sentencia TJUE de 13 marzo de 2013).

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

Analizando la cláusula quinta y personal sexta del contrato suscrito por las partes, de la dicción de las cláusulas se deduce, sin dificultad alguna, que mediante las mismas se atribuye al prestatario la totalidad de los gastos que la operación de préstamo con hipoteca y la de novación y ampliación llevan consigo. No sólo los previos a la constitución de la garantía hipotecaria (gastos de tasación de inmueble) y los generados como consecuencia del otorgamiento de la Escritura Pública de Préstamo y Constitución e inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad(Notaria, Registro, Gestoría) sino también todo eventual gasto futuro, los llamados gastos procesales, en tanto en cuanto esta cláusula seguiría desplegando sus efectos al atribuir al prestatario, sin salvedad de ningún tipo, cualquier gasto que surgiera durante la vida del contrato hasta su cancelación, incluidos los generados por esa misma.

La generalización de las cláusulas es tal que permite imputar al prestatario todo tipo de arancel y también todo tipo de impuesto o tributo futuros que puedan devengarse tanto en caso de eventuales modificaciones o novaciones como hasta la definitiva amortización del préstamo y cancelación registral de la hipoteca, además de cualquier otro coste.

El carácter omnicomprensivo de la cláusula- el banco no asume ningún gasto y todos los gastos habidos y por haber los ha de pagar el prestatario impide entender que el profesional hubiera podido razonablemente esperar que, en un trato leal y equitativo con su cliente en el marco de una negociación individualizada, éste hubiera aceptado la cláusula en su integridad. La cláusula es nula en su totalidad.

Ratificando lo ya analizado en este fundamento de derecho, en su reciente *Sentencia 46/2019 de 23 de Enero, el Pleno del Tribunal Supremo*, indica: "*Bajo tales parámetros resulta claro que, si de no existir la cláusula abusiva, el consumidor no tendría que pagar todos los gastos e impuestos de la operación, puesto que en virtud de las disposiciones de*

Derecho español aplicables (Arancel de los notarios, Arancel de los Registradores, Código Civil, etc.) no le corresponde al prestatario en todo caso el abono de la totalidad de tales gastos y tributos, la introducción de dicha estipulación implica un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato. Máxime teniendo en cuenta la naturaleza del servicio objeto del contrato, que es la financiación de la adquisición de un bien de primera necesidad como es la vivienda habitual".

OCTAVO.- En la acción individual que es la que aquí se ejercita, a diferencia de la acción colectiva, no solo se pretende un control abstracto de la cláusula desde la perspectiva de su posible nulidad como condición general de la contratación, sino también la consecuencia de la declaración de nulidad en forma de restitución de todas las prestaciones por el predisponente en aplicación de la misma, de modo que una cosa es el control de la cláusula en cuestión y su expulsión de la norma del contrato, y otra las condiciones concretas en que se hayan determinado las obligaciones de las partes en cada relación contractual, de forma que en relación a esta obligación de reintegro, habrá de estarse en relación al concreto gasto a lo que establezca el derecho positivo respecto de quién debe soportarlo.

Por tanto, cuestión distinta es que, como señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018, la abusividad de toda la cláusula y su consiguiente nulidad, suponga que todos los gastos e impuestos derivados de ese contrato de préstamo con garantía hipotecaria deban ser asumidos por la entidad bancaria, debiendo decidir como han de distribuirse entre las partes. Pero eso no afecta a la nulidad en sí de la cláusula contractual examinada, sino a las consecuencias de dicha nulidad.

Dicho lo anterior comenzaremos el examen detallado de cada una de los gastos y obligaciones contenidos en la cláusula quinta de la escritura de préstamo de 2 de noviembre de 2007.

En consecuencia y en primer lugar la citada cláusula atribuye a la parte prestataria la obligación de pago de **todos los gastos ocasionados por el otorgamiento de la escrituras**, incluyéndose dentro de dichos los gastos notariales, registrales y de gestión, que son los reclamados por la actora.

Por lo que concierne a los **gastos notariales**, el artículo 63 del Reglamento del Notariado establece que *la retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por el Arancel notarial.*

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

En este sentido, es conveniente matizar que no nos encontramos ante la existencia de un único negocio, sino que dicha unidad ha de romperse a favor de considerar la existencia de dos negocios jurídicos distintos. Así, tal distinción resulta relevante a efectos de determinar qué gastos se derivan de cada uno de estos negocios, y a quién le corresponde su pago. Esta línea argumental es la que ha seguido la SAP de las Palmas de Gran Canaria 932/2017 de 6 de julio de 2017 que establece que, *las escrituras de préstamo hipotecario formalizan dos negocios jurídicos de distinta naturaleza y que gozan de autonomía sustantiva, el contrato de préstamo y el negocio constitutivo de un derecho real de hipoteca. Pero esta diversidad negocial no se traduce arancelariamente en una pluralidad de conceptos minutables, el préstamo, por su cuantía, y la hipoteca, por el importe que*

garantiza. Prevalece, por el contrario, la consideración unitaria del conjunto negocial y de ella se deriva el que se aplique el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario. La base inmutable en el préstamo hipotecario se determina de conformidad con la legislación fiscal, a la que se remiten directamente los aranceles (norma 4.2º), atendiendo al importe global de las obligaciones que asume el prestatario y que resultan garantizadas con hipoteca, esto es, a la cifra de la responsabilidad".

Así, por tanto, cuestión indispensable resulta determinar quién debe considerarse el requirente a efectos del pago de los gastos del notario, para lo cual, deberemos estar a lo dispuesto en el RD 1426/1989. De acuerdo con el artículo 147 III, es el banco quien presenta la minuta para que sea redactada por el notario, de acuerdo con el Reglamento notarial. Asimismo, el concepto de interesado en los términos del RD 1426/1989 es la propia entidad bancaria puesto que la celebración de un préstamo, que es lo que realmente interesa al prestatario no requiere de escritura pública (1258CC), y sobre la base de que la constitución de la hipoteca -motivo por el que se formaliza escritura pública (con sus gastos) y que la misma se inscriba en el Registro de la propiedad (con sus gastos)-, a quien beneficia es al prestamista. Ello porque le permite obtener un derecho o garantía de poder vender el inmueble hipotecado para pagar la deuda en caso de incumplimiento de la obligación por parte del prestatario (1858CC), obtiene un crédito preferente (1923.3ºCC), en caso de concurso de acreedores, el crédito garantizado con hipoteca tiene un privilegio especial (90.1.1º Ley Concursal), porque el crédito es ejecutivo (art. 517 LEC y 130 LH), y finalmente porque el interesado sería el propio prestamista no solo de acuerdo con la legislación especial hipotecaria (233 Reglamento del Notariado), sino también de acuerdo con las normas fiscales.

No obstante lo anterior, y siendo cierto que un préstamo no requiere de escritura pública, también lo es que el préstamo hipotecario que es el que solicita la parte prestataria sí que requiere ser formalizado en instrumento público. No debemos olvidar que la elección del préstamo hipotecario tiene una serie de ventajas también para el prestatario, en cuanto que el tipo de interés es más bajo que en los préstamos personales y el plazo de amortización del préstamo le va a permitir ajustar el pago de las cuotas a su capacidad económica.

La sentencia de Pleno del TS de 23 de diciembre de 2015 determina que *"si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, tampoco puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista, de modo que el principal interesado en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (art. 1875 del Cc . y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC)."*

Y continúa razonando el Alto Tribunal *"la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista."*; así pues el Tribunal Supremo se ciñe al concepto de interesado referido por el Arancel de los Notarios entendiendo que el consumidor es el interesado en la celebración del préstamo, el interesado, pero, por el contrario, a quien interesa la constitución de la garantía hipotecaria es al prestamista.

Ello ha quedado solventado por las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 que, refiriéndose a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2016, señalan que, *"en cuanto a los gastos de constitución, al*

constituir el préstamo hipotecario una realidad inescindible en las que están interesados tanto el consumidor - en el préstamo-, como el profesional -en la hipoteca- existe la posibilidad de pactar la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral".

Por tanto, esta Juzgadora considera conveniente cambiar el criterio que mantenía hasta este momento en virtud del cual consideraba que era la parte prestamista o entidad bancaria la que tenía que asumir la totalidad de los gastos o aranceles notariales pero el sentado por la *Ilustrísima Audiencia Provincial de Guadalajara*, por ejemplo en sus *Sentencias 107/2018, 116/2018, 91/2018*, entre otras, en las que dispone: *"Pues bien, concluyendo que de la intervención notarial se benefician tanto la entidad prestamista como los consumidores-prestatarios en plano de igualdad, declarada la nulidad de la cláusula que imponía íntegramente el abono de los gastos derivados de dicha intervención al consumidor, y sin que podemos olvidar que el efecto de la cláusula declarada nula supone "el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula" (S. TJUE de 21 de diciembre de 2016), consideramos, pues, que ambas partes deben asumir por partes iguales el abono de los aranceles notariales. El hecho de expulsar la estipulación nula del contrato no significa atribuir necesariamente al predisponente el pago de los concretos gastos reclamados en el pleito, como alega la parte actora.*

Así, los aranceles notariales que forman parte de la actuación ordinaria del Notario en la formalización de esta clase de operaciones serán satisfechos por las partes, por mitad. Por otra parte, el importe de las copias por quien lo solicite, y si no consta, deberán ser abonadas por mitad. Quedan exceptuados los importes abonados por el timbre de la matriz que son a cargo de los prestatarios, siendo a cargo de quien lo solicite el timbre de las copias".

Esta postura es la mantenida por el *Pleno del Tribunal Supremo* en sus recientes sentencias 46,47,48 y 49 de 23 de Enero de 2019 al establecer: "**TERCERO.- Gastos notariales**
1.- En lo que respecta a los gastos de notaría, el art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel.

En primer lugar, la diversidad de negocios jurídicos –préstamo e hipoteca- plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

A su vez, la norma Sexta del Anexo II, del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone:

«La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las 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».

Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4ª LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria.

Es decir, como la normativa notarial habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor –por la obtención del préstamo a un interés generalmente inferior al que pagaría

en un contrato sin garantía real-, como el prestamista –por la garantía hipotecaria–, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento".

Este criterio no ha resultado desvirtuado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020, en la medida que en nuestro derecho interno existe una norma que regula el pago de los aranceles notariales.

NOVENO.- Con respecto a los **gastos registrales**, el RD 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 que, *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 le soliciten.*

Quien hace la solicitud de inscripción en el registro de la Propiedad es el Banco, siendo por tanto este, quien deberá abonar los derechos del Registro, de conformidad con lo expuesto anteriormente.

Como indica la *Ilustrísima Audiencia Provincial de Guadalajara* en su *Sentencia 107/2018* de 11 de junio: *"La interpretación de estas normas muestra que la inscripción en el Registro de la Propiedad de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria tiene lugar a favor del prestamista, que es el titular del derecho de crédito garantizado por el derecho real, de suerte que en caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte del prestatario puede ejecutar la garantía. Por otra parte es también, es también el banco quien tiene interés en asegurar el derecho que se inscribe, pues la falta de inscripción no es que dificulte o impida la ejecución de la garantía, es que al ser constitutiva del derecho la inscripción registral, si falta no llega a nacer la hipoteca".* Por tanto como es la entidad bancaria la que tiene interés en que nazca el derecho real de hipoteca es a ella a la que le corresponde el pago de los aranceles registrales.

Sobre esta cuestión y pese a lo indicado por la *Ilustrísima Audiencia Provincial de Guadalajara* en sus recientes sentencia del mes de junio de 2018 esta Juzgadora considera que, con absoluto respeto al criterio de dicho órgano, no debe variar el suyo.

Siguiendo el argumento muy acertado de la SAP de las Palmas de Gran Canaria 932/2017, *lo que le interesa al prestatario es el préstamo, no la hipoteca, y no puede inferirse un interés en la hipoteca por el solo hecho de adherirse al conjunto negocial.*

Por lo expuesto, quien debe asumir el pago de los aranceles registrales, es la propia entidad demandada, habiéndose confirmado esta decisión con las *Sentencias del Pleno del Tribunal Supremo 46, 47, 48 y 49 de 23 de enero de 2019* en las que se indica: **"CUARTO.- Gastos de registro de la propiedad**

1.- *En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1.º, que:*

«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».

Con arreglo a estos apartados del art. 6 LH, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (c).

A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquél a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

2.- Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario".

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

Así, dicha cláusula aparece expresamente prevista en la ley como abusiva, y concretamente recogida en el art. 89.3 TRLGCU que establece que será nula *"la imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario"*.

La conclusión de esta Juzgadora sigue las pautas jurisprudenciales de nuestro Alto Tribunal, que en *Sentencia de 23 de Diciembre de 2015 estableció en su Fundamento de Derecho Quinto: "Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU)".*

Este criterio no ha resultado desvirtuado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de julio de 2020, en la medida que en nuestro derecho interno existe una norma que regula el pago de los aranceles registrales. No obstante, en el suplico de su demanda la parte actora sólo solicita la devolución del 50% de los aranceles registrales, razón por la cual no se le puede conceder más de lo solicitado.

DÉCIMO.- Respecto de los **gastos de gestoría** el Tribunal Supremo ha dictado Sentencia 555/2020 de 26 de octubre, recurso 474/2018 en la que indica: *“5. Respecto de los gastos de gestoría por la tramitación de la escritura ante el Registro de la Propiedad y la oficina liquidadora del impuesto, en la sentencia 49/2019, de 23 de enero, entendimos que como “cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad”.*

Este criterio no se acomoda bien a doctrina contenida en la STJUE de 16 de julio de 2020, porque con anterioridad a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, de Contratos de Crédito Inmobiliario, no existía ninguna previsión normativa sobre cómo debían abonarse esos gastos de gestoría. En esa situación, ante la falta de una norma nacional aplicable en defecto de pacto que impusiera al prestatario el pago de la totalidad o de una parte de esos gastos, no cabía negar al consumidor la devolución de las cantidades abonadas en virtud de la cláusula que se ha declarado abusiva. Razón por la cual, estimamos también en este extremo el recurso de casación”.

En consecuencia, la entidad demandada debe abonar el 100% de los gastos de gestoría. No obstante, en el suplico de su demanda la parte actora sólo solicita la devolución del 50% de los gastos de gestoría, razón por la cual no se le puede conceder más de lo solicitado.

DÉCIMO PRIMERO.- En cuanto a las consecuencias de la declaración de nulidad establece el artículo 9.2 LCGC que la sentencia que declare nulidad debe aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. Dice el artículo 10.1 LCGC que *“la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia”.*

La eliminación de todas las cláusulas referidas a la opción de divisas recogidas en el préstamo de 2 de noviembre de 2007 no impide que el contrato surta efecto, y lo que procede es la restitución del préstamo hipotecario sin tener en cuenta tales cláusulas, referenciando el préstamo a moneda EUROS y al tipo de interés determinado por el Índice EURIBOR más el diferencial pactado (0,45), practicando la consiguiente liquidación y recalculando así el préstamo con determinación del saldo vivo, comprensivo del importe pendiente, resultante de deducir al principal prestado en euros (200.000€) las cantidades pagadas hasta la fecha por los actores en concepto de principal e intereses, también en euros y debiendo correr la demandada con todos los gastos que de tales cambios se deriven.

Igualmente, se debe condenar a la entidad demandada a restituir a la parte actora las cantidades abonadas en exceso como consecuencia de la aplicación del clausulado multidivisa con sus intereses legales y las comisiones y gastos correspondientes, esto es, la diferencia entre lo que pagó en concepto de amortización de principal e intereses aplicando el clausulado multidivisa (es decir, referenciado el préstamo en yenes y aplicando LIBOR mensual más el diferencial correspondiente) y lo que debería haber abonado en concepto de amortización de principal e intereses de haberse referenciado el préstamo en euros y aplicando como tipo de interés variable el Euribor mensual más el diferencial correspondiente, con los intereses legales devengados desde cada uno de los pagos y los gastos y comisiones correspondientes.

Respecto a los efectos de la apreciación de nulidad las SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera) de 14 de Junio de 2010, asunto 618/10, se opone cuando se declare la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor a la facultad de integrar dicho contrato modificado en el contenido de la cláusula abusiva. Doctrina consolidada por medio de STJUE de 30 de Mayo de 2013 en cuanto establece que no debe de moderarse el contenido de la cláusula abusiva, debiendo subsistir el contrato *"...sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas"*. En este mismo orden de cosas es de señalar el efecto directo y de primacía del Derecho Comunitario de obligado cumplimiento para el juez nacional. La STJUE de 26 de Febrero de 2013 en el asunto C-617/2010 decreta que: *"Por lo que respecta, en segundo lugar, a las consecuencias que debe deducir un juez nacional en caso de conflicto entre las disposiciones de derecho interno y los derechos garantizados por la Carta, según jurisprudencia reiterada, el órgano jurisdiccional nacional encargado de aplicar, en el marco de su competencia, las disposiciones del Derecho de la Unión, está obligado a garantizar la plena eficacia de estas normas dejando inaplicada de oficio, en caso de necesidad, cualquier disposición contraria de la legislación nacional, incluso posterior, sin solicitar ni esperar su previa derogación por el legislador o mediante cualquier otro procedimiento constitucional (sentencias de 9 de marzo de 1978, Simmenthal 106/77 Rec.p.629 apartados 21 y 24; 19 de Noviembre de 2009, Filipiak C-314/08, Rec.p I-11049 apartado 81 y de 22 de Junio de 2010, Melki y Abdeli, C-188/10 y C-189/10, Rec.p I-5667, apartado 43"*. En este mismo sentido se ha pronunciado la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 265/2015 de 22 de Abril al decir 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 artículo 1258 del Código Civil, salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor"*. En el mismo sentido se pronuncia la STJUE de 26 de Enero de 2017.

A la vista del artículo 22 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, que lo ordena incluso tratándose el ejercicio de acciones individuales de nulidad o no incorporación de condiciones generales, procede acordar la remisión al Registro de Condiciones Generales de la Contratación mandamiento para la inscripción de esta sentencia si alcanza firmeza.

Tales declaraciones, aunque no hayan sido pedidas por la parte demandante, son obligadas por disposición de los mencionados artículos 9.2 y 22 LCGC, por lo que han de incluirse en el fallo aunque no haya solicitud expresa, sin que ello suponga incongruencia *extra petita* pues se trata del cumplimiento de deberes legales dispuesto de forma imperativa.

Respecto de la declaración de **nulidad de la cláusula de gastos** y como efecto de dicha declaración de nulidad la entidad demandada deberá reintegrar lo indebidamente abonado por aplicar dicha cláusula, su interés legal desde su abono conforme a los artículos 1100 y 1108 del Código Civil hasta la fecha de esta sentencia. Además el total que resulte de sumar ambas cantidades, devengará interés legal elevado en dos puntos desde hoy hasta la completa satisfacción de los demandantes conforme al artículo 576.1 LEC.

En este sentido, la consecuencia inmediata es, con respecto de aquéllas cláusulas que no hayan originado ningún desembolso por el prestatario, la eliminación de las mismas por la entidad financiera lo que impediría que pudiera hacer uso de ellas en un futuro. Y con respecto a las cláusulas declaradas nulas que sí hayan originado algún desembolso al prestatario, además de la eliminación de las mismas por la entidad financiera, llevarán

consigo como efecto inherente, la devolución de las cantidades desembolsadas por el prestatario, siempre que dicho desembolso haya sido acreditado.

Efectivamente, en relación con estas últimas, su expulsión del contrato responde a una finalidad restitutoria, consistente en el restablecimiento de la situación inmediatamente anterior a dicha cláusula eliminando así cualquier escenario de desequilibrio existente entre las partes. El artículo 1303 CC regula las consecuencias de la institución de la nulidad al establecer que, *"declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses"*. Conviene destacar que dicha obligación de restituir es el efecto propio de la declaración de nulidad que, en el caso que nos ocupa, habría de efectuarse incluso de oficio por tratarse de una relación de consumo. De la misma forma que el examen de la posible abusividad de las cláusulas contractuales debe llevarse a cabo de oficio por el órgano judicial, las consecuencias de la declaración de nulidad de pleno derecho de tales cláusulas, en cuanto derivadas de la Ley, han de ser también aplicadas por el órgano judicial, con independencia que en el suplico de la demanda no se haya formulado reclamación de cantidad por este concepto.

Así, podría considerarse la imposibilidad material de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 1303 CC, tal y como alega la parte demandada en su escrito de contestación a la demanda, dado que los gastos desembolsados por la parte actora no han sido percibidos por la entidad bancaria sino por otros profesionales. La hipotética aceptación de la tesis, se configuraría como una suerte de hecho de naturaleza impeditiva, que supondría otorgar carta de naturaleza a la vulneración oblicua del mandato del legislador. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.1 CC, se contemplan distintos criterios interpretativos con la finalidad última de que la voluntad del legislador no pueda verse vulnerada como consecuencia de análisis demasados formalistas.

En este caso en concreto, se trata de dilucidar si los gastos efectuados por el prestatario por la aplicación de la cláusula impugnada debieron hacerse; es decir, si esa minoración sufrida en el patrimonio del prestatario era ajustada a derecho, o si por el contrario, dio lugar a un correlativo enriquecimiento injusto del patrimonio de la entidad financiera. La consecuencia lógico-jurídico inmediata que se produce como consecuencia de una eventual declaración judicial de nulidad es la restitución de las esferas patrimoniales a su situación inicial y el medio más idóneo para ello, directo, conciso y respetuoso con los postulados del legislador y con una arraigada interpretación jurisprudencial, es la devolución por parte del demandado de las cantidades establecidas. Por tanto, en el caso de declaración judicial de nulidad y consiguiente devolución de cantidades, la entidad financiera no estaría, sino, devolviendo aquéllas cantidades que debió satisfacer en su momento y que fueron desembolsadas por el prestatario, volviendo ambas esferas patrimoniales a aquélla situación de hecho inicial que no debió verse alterada por la aplicación de una determinada cláusula que era nula.

Los gastos sufragados por la parte actora derivados de la escritura préstamo hipotecario de 2 de noviembre de 2007 y que deben ser reembolsados por la parte demandada ascienden a las siguientes cantidades.

- 339,88€ del 50% de los aranceles notariales, documento nº 15 de la demanda.
- 100,88€ del 50% de los aranceles registrales, documento nº 15 de la demanda.
- 125€ del 50% de los gastos de gestión, documento nº 15 de la demanda.
- Total: 565,77€.

Por tanto, tales cantidades deberán ser abonados por la entidad demandada a la parte actora cantidad y se verán incrementada con los intereses legales que correspondan desde su abono conforme a los artículos 1100 y 1108 del Código Civil hasta la fecha de esta sentencia. Además, el total que resulte de sumar ambas cantidades, devengará interés legal elevado en dos puntos desde hoy hasta la completa satisfacción de los demandantes conforme al artículo 576.1 LEC.

DÉCIMO SEGUNDO. En materia de costas es de aplicación el principio de vencimiento objetivo regulado en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por lo que ante la estimación íntegra de la demanda, ya que se ha apreciado la nulidad de todas las cláusulas impugnadas, procede imponer las costas a la parte demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación:

FALLO

1.- No se realiza pronunciamiento alguno sobre la cuantía del procedimiento, quedando diferida su determinación dentro del ámbito de la tasación de costas, en su caso.

2.- ESTIMAR íntegramente la demanda formulada por la representación procesal de [REDACTED] contra la entidad BANKINTER S.A.

3.- DECLARAR la nulidad por falta de transparencia de todas las cláusulas referidas a la opción de divisas recogidas en la Escritura de Préstamo Hipotecario de fecha 2 de noviembre de 2007.

4.- CONDENAR a la entidad demandada a eliminar tales cláusulas en lo que se refiere a la modalidad multimonedada o multidivisa y a la restitución del préstamo hipotecario sin tener en cuenta tales cláusulas, referenciando el préstamo a moneda EUROS y al tipo de interés determinado por el Índice EURIBOR más el diferencial pactado (0,45), recalculando así el préstamo, con determinación del saldo vivo, comprensivo del importe pendiente, resultante de detraer al principal prestado en euros (200.000€) las cantidades pagadas hasta la fecha por los actores en concepto de principal e intereses, también en euros.

5.- CONDENAR a la entidad demandada a restituir a la parte actora las cantidades abonadas en exceso como consecuencia de la aplicación del clausulado multidivisa con sus intereses legales y las comisiones y gastos correspondientes, esto es, la diferencia entre lo que pagó en concepto de amortización de principal e intereses aplicando el clausulado multidivisa (es decir, referenciado el préstamo en yenes y aplicando LIBOR mensual más el diferencial pactado) y lo que debería haber abonado en concepto de amortización de principal e intereses de haberse referenciado el préstamo en euros y aplicando como tipo de interés variable el Euribor mensual más más el diferencial pactado (0,45), con los intereses legales devengados desde cada uno de los pagos y los gastos y comisiones correspondientes. Lo anterior será calculado en ejecución de sentencia.

6.- CONDENAR a la entidad demandada a estar y pasar por las declaraciones anteriores y soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

7.- DECLARAR la nulidad por abusiva de la cláusula financiera quinta del contrato de préstamo hipotecario de 2 de noviembre de 2007.

8.- CONDENAR a la entidad demandada a eliminar la cláusula quinta y a devolver a la actora la cantidad de QUINIENTOS SESENTA Y CINCO EUROS CON SETENTA Y SIETE CÉNTIMOS DE EURO (565,77€), más los intereses legales desde el momento en que se efectuó el pago de dichas cantidades por la prestataria. Asimismo, dicha cantidad, devengará, desde el momento del dictado de esta sentencia, un interés anual igual al interés legal del dinero incrementado en dos puntos.

9.- CONDENAR en costas a la parte demandada.

Una vez firme la presente resolución remítase mandamiento al Registro de Condiciones Generales para la inscripción de esta sentencia.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Por medio de recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de Guadalajara (artículo 455.1 LEC). El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, debiendo exponer las alegaciones en que se base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos impugnados (artículo 458.2 LEC).

Para interponer el recurso será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** el recurso (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Así por ésta mi sentencia, que se notificará las partes en legal forma, lo pronuncio, mando y firmo.

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

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.