

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E
INSTRUCCIÓN Nº 06 DE ALCORCÓN**

C/ Carballino, s/n, esq. C/ Timanfaya , Planta 2 -
28925

Tfno: 917741520

Fax: 917741517

42020310

NIG: 28.007.00.2-2016/0000671

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 85/2016

Materia: Otros asuntos de parte general

NEGOCIADO 3

Demandante:: D./Dña.

y D./Dña.

PROCURADOR D./Dña. JOSE ANDRES CAYUELA CASTILLEJO

Demandado:: BANKINTER SA

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

SENTENCIA Nº 240/2016

En Alcorcón, a 30 de noviembre de 2016.

Vistos por mí, Mª del Mar Tomás Corpa, Magistrado-Juez del Juzgado de primera instancia nº6 de los de esta ciudad, los presentes autos de Juicio Declarativo Ordinario nº 85/2016, a instancia de D.

representados procesalmente por D. José A. Cayuela Castillejo y asistido jurídicamente por D. César De Vega Ruiz frente a BANKINTER S.A representada procesalmente por Dña. Rocío Sampere Meneses y asistida jurídicamente por Dña. Patricia Borrás Cebrián y aludiendo a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: En fecha 11 de febrero0 de 2016 tuvo entrada en este Juzgado demanda de Juicio Ordinario por la representación procesal de la parte actora en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que se tuvieron por conveniente se formuló el suplico en los términos que constan en dicho escrito que se dan por reproducidos.

SEGUNDO: Por Decreto de fecha 15 de febrero de 2016 se dictó Decreto de admisión a trámite de la demanda y se dio traslado de la misma a la parte demandada concediéndole el término de 20 días hábiles para contestar a la misma.

TERCERO: En fecha 31 de marzo de 2016 se presentó escrito de contestación a la demanda en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que se tuvieron por conveniente se formuló el suplico en los términos que constan en dicho escrito que se dan por reproducidos.

CUARTO: En fecha 4 de abril de 2016 se dictó diligencia de Ordenación teniendo por contestada la demanda y citando a las partes procesales a la celebración de la Audiencia Previa. En el día y hora señalados al efecto se procedió a la celebración de la Audiencia Previa en la que comparecieron ambas partes procesales y en la que tras la falta de acuerdo se procedió a la proposición de la prueba con el resultado que obra en la grabación audiovisual del citado acto, señalándose día y hora para la celebración de la vista. En el día y hora señalados al efecto se procedió a la práctica de las prueba y tras las conclusiones de la actora, quedaron los autos conclusos para Sentencia.

QUINTO: En el presente procedimiento se han cumplido todas las prescripciones legales vigentes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

PRIMERO: Sostiene la parte actora que dada la relación de confianza con el personal de la sucursal bancaria y, a propuesta de éste, suscribieron un contrato préstamo hipotecario(hipoteca multidivisa) con la entidad BANKINTER S.A en fecha 20 de octubre

de 2006, estando destinada dicha hipoteca a financiar la adquisición de la vivienda familiar de los actores.

La parte demandante considera que se trataba de un producto complejo y de riesgo no destinado al perfil de consumidor minorista de los actores. Que la contratación se produjo de forma verbal y se centró en destacar las ventajas sin explicar los inconvenientes que podría conllevar. Se limitó a manifestarles que las cuotas que abonarían serían muy inferiores a las correspondientes a un préstamo hipotecario normal por el tipo de interés que se aplicaba. Que durante toda la contratación se les informó que se trataba de un producto seguro y que si se encarecía la cuota sólo tendrían que cambiar a otra moneda con un tipo de cambio menor. Es decir, se les explicó que se trataba de una hipoteca normal pero a la que se añadía la posibilidad de variar la moneda en la que se devolverían las cuotas a fin de optar por una cuyo cambio fuera más beneficioso respecto del euro.

Incide igualmente la parte actora que en la escritura pública (EXPONEN I y Cláusula financiera primera) se expresa de forma confusa la cantidad de principal objeto del préstamo(que parece concretarse a un suma cierta euros). También es insuficiente la explicación de los riesgos del producto en dicho documento puesto que se hacen únicamente dos menciones poco claras relativas a la variación debida al cambio de moneda (Cláusula financiera 3ª). Por último, entienden que la Cláusula financiera 3ª D regula de forma confusa la opción de cambio de moneda, es decir, la opción multidivisa. Por último, sostiene la parte actora que la forma en que se regula en la escritura pública el cambio de divisa hace que los clientes no sepan el tipo de cambio de la divisa por la que optan cuando hacen la petición puesto que éste se determina en un momento indeterminado de los días siguientes a su petición.

Todo ello conllevó, por el propio devenir del producto que los actores a fecha 30 de diciembre de 2015 debieran de principal la suma de 272.555,87 euros, es decir, más que el capital inicialmente concedido.

A ello se opone la parte demandada quien esgrime, en primer lugar, que no cabe la integración del contrato de préstamo hipotecario comúnmente llamado multidivisa y que la parte actora debería haber designado expresamente las cláusulas cuya nulidad se solicita y aquellas que han de tener validez y que lo que se pretende con la pretensión de nulidad parcial es evitar la consecuencia inherente a la nulidad total del contrato que no es otra que la restitución de una sola vez a su mandante de la cantidad resultante de restar al importe íntegro en divisa prestado por la entidad al actor el importe íntegro de las cuotas pagadas en cada momento con arreglo a la divisa correspondiente. Argumenta la parte demandada que no cabe la integración pretendida consistente en la conversión del contrato litigioso en un producto totalmente nuevo desde su origen, un préstamo en euros sin posibilidad de variar la moneda de endeudamiento dado su carácter esencial dentro del conjunto del negocio jurídico celebrado entre las partes procesales. En definitiva sostiene que no cabe convertir el préstamo multidivisa en un préstamo hipotecario en euros con efecto retroactivo a su momento inicial y, por tanto, tampoco cabe sin suprimir el negocio jurídico celebrado que se recalcule el capital adeudado a fecha actual, una vez descontadas las amortizaciones e intereses pagados como si el préstamo hubiera liquidado en euros durante toda su vigencia, puesto que ello constituye la transformación del negocio jurídico celebrado en otro nuevo. Entiende que la supresión de cualquiera de las cláusulas relacionadas con las divisas anularía la esencia del préstamo y comportaría la desnaturalización del negocio jurídico.

Por otro lado, sostiene la parte actora que no concurre vicio alguno de consentimiento. En primer lugar, la iniciativa para la contratación del producto partió de los actores puesto que además con anterioridad los actores no eran ni siquiera clientes de Bankinter. En segundo lugar, los actores conocían de antemano el funcionamiento del préstamo en divisas y los riesgos inherentes al mismo(el correspondiente a la fluctuación del tipo de interés, común a cualquier préstamo en euros a interés variable y el de fluctuación de los tipos de cambio). Entiende la actora que es un hecho comúnmente

conocido sin necesidad de poseer conocimientos financieros específicos que el contravalor en euros de la cuota mensual y del capital pendiente se puede encarecer al apreciarse la divisa de endeudamiento frente al euro, por la sencilla razón de que en ese supuesto se necesita mayor cantidad de euros para adquirir la concreta cantidad de divisa con la que pagar la cuota mensual y con la que amortizar el capital pendiente. Considera la demandada que si los demandantes eran conscientes de que como consecuencia del cambio de la cotización entre monedas, podría encarecerse la cuota mensual, obviamente no podían desconocer que el mismo efecto tendría sobre el capital pendiente. En tercer lugar, sostiene la parte actora que Bankinter facilitó a los actores verbalmente y por escrito una información veraz y completa sobre el funcionamiento del préstamo y los riesgos que entrañaba su contratación y las cláusulas de la escritura son claras y advierten de los riesgos de cambio. En cuarto lugar, sostiene que Bankinter no está obligada a realizar una labor de asesoramiento sino de mera información de los riesgos inherentes al contrato, dado que no resulta de aplicación la normativa del mercado de valores ni la normativa MIFID, información que se suministró cumplida y detalladamente. En quinto lugar, sostiene que no se pueden hacer previsiones con garantía de certeza sobre la evolución de los tipos de cambio y, mucho menos, a medio o corto plazo dado que se trata de un elemento aleatorio cuya evolución no puede predecirse con exactitud al igual que ocurre con la evolución de los tipos de interés. En sexto lugar, Bankinter puso a disposición de los actores tanto presencialmente en la sucursal, por correo y a través de su página web y del servicio de banca telefónica, datos en tiempo real sobre la evolución de los tipos de cambio e interés e informes estimativos realizados por sus analistas con periodicidad mensual de la tendencia del precio de las divisas en el corto plazo y sujetos a ajustes. Por último, los actores han contravenido sus propios actos al presentar la demanda más de nueve 9 años después de la suscripción del préstamo y después de haber constatado o sufrido la materialización del riesgo de cambio a través del incremento del contravalor en euros de sus cuotas desde hacía varios

años, siendo buena prueba de ello que lo actores ordenaran el cambio de divisa de francos a yenes japoneses en abril de 2008 y la contratación con de un periodo de carencia a través de otra escritura aportada como documento nº 14, entendiendo la parte demandada que la acción ha de entenderse caducada puesto que han transcurrido más de 4 años desde dichas actuaciones sin que se haya formulado reclamación alguna a la entidad bancaria.

SEGUNDO: Procede, en primer lugar, resolver si concurre o no la caducidad de la acción esgrimida por la parte demandada.

Cabe diferenciar la acción ejercitada por la parte actora de los supuestos en los que se pretende la nulidad absoluta(ACCIÓN DE NULIDAD) por incapacidad para contratar o falta total de consentimiento(así: contratos financieros celebrados con analfabetos, personas con demencia senil, o celebrados por la entidad bancaria sin consentimiento de la otra parte), supuestos de nulidad absoluta o plena y no sujetos a plazo de caducidad o prescripción alguno.

La pretensión de la actora(ACCIÓN DE ANULABILIDAD prevista en los artículos 1300 y 1.301 del código Civil) es que se aprecie la existencia de error invalidante del consentimiento al haber celebrado los contratos objeto de esta litis sin haber recibido de la entidad bancaria demandada información suficiente acerca de los riesgos que su contratación conllevaba.

El art. 1.301 del código Civil establece que” La acción de nulidad sólo durará cuatro años”. Aun cuando es discutida la naturaleza jurídica del plazo de 4 años indicado en el art. 1.301 del Código Civil, la Doctrina y la Jurisprudencia mayoritaria se decantan por considerarlo un plazo de caducidad con lo que ello conlleva, es decir, sería apreciable de oficio, no susceptible de suspensión o interrupción y que conllevaría la pérdida de la acción. Dicho plazo de caducidad se contempla para los supuestos de intimidación o violencia computándose desde el día en que hubieren cesado; para los supuestos de contratos celebrados por menores o incapacitados

computándose desde que alcanzaran la mayoría de edad o salieren de tutela; para los supuestos de actos o contratos celebrados por un cónyuge sin consentimiento del otro cuando fuere necesario computándose desde que se tuvo conocimiento suficiente del acto o contrato o, en su defecto, desde la disolución de la sociedad conyugal o matrimonio; y para los supuestos -como el que nos ocupa- de error, dolo o falsedad de la causa computándose desde la consumación del contrato.

A este respecto, el del inicio del cómputo del plazo de caducidad, la Jurisprudencia mayoritaria entiende que en los contratos de tracto sucesivo como el de autos, ha de computarse desde la consumación del contrato -tal como establece el propio precepto art. 1.301 del Código Civil- entendiendo por tal desde que se realizan todas las obligaciones, se cumplen todas las prestaciones a que las partes procesales vienen obligadas por razón del contrato impugnado o ha transcurrido el plazo durante el cual se concertó, sin que pueda confundirse dicho plazo con el de la perfección del contrato(firma del contrato). A este respecto debe aclararse que ello no significa que el derecho a la acción nazca a partir del momento de la consumación del contrato sino que no puede ejercitarse hasta que no transcurra el plazo de cuatro años desde la consumación del contrato que establece el art. 1.301 del Código Civil.

Así mientras dure la contratación litigiosa , como sucede en el supuesto objeto de autos, la entidad financiera deberá cumplir con sus obligaciones informativas sobre la evolución del cambio de divisa y la fluctuación de las cuotas hipotecarias y del capital del préstamo y, la parte prestataria habrá de seguir satisfaciendo las cuotas hipotecarias, por lo que el contrato sigue generando obligaciones para ambas partes y por ese motivo no podrá entenderse caducada la acción.

TERCERO: Es preciso determinar la naturaleza jurídica del contrato objeto de autos. El TS en Sentencia de 30 de junio de 2015

STS325/2015 establece que “ 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.

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 la divisa elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar 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. “

CUARTO: No cabe duda de que los actores actuaron como consumidores minoristas buscando en la entidad bancaria la financiación de la que carecían, no para actividades profesionales o empresariales (art. 3 de la Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios) sino para la adquisición de su residencia habitual, no habiéndose acreditado lo contrario. Aclarado el perfil de los actores y la naturaleza jurídica del contrato suscrito, procede determinar la normativa jurídica aplicable al mismo y las obligaciones de información que correspondían a la entidad bancaria. Por tener la condición de consumidores resultaría de aplicación el art. 8 y art. 80 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que enlazan con los arts. 8 y 10 bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, el art. 5.4 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 1.a de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al no haberse ofrecido a los actores la información suficiente del producto contratado y de sus riesgos de forma clara y precisa.

Entiende quien suscribe la presente resolución y así se explicó por la perito que depuso en el acto del juicio oral y consta en las conclusiones de su informe que la "hipoteca multidivisa" era un producto financiero complejo en el que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende no solo del tipo de interés sino también de del tipo de cambio o divisa extranjera. Tal como sostiene la Sentencia del Tribunal Supremo 325/2015 de 30 de junio, en tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, le resulta de aplicación la Ley del Mercado de Valores, por aplicación del artículo 2.2 LMV y, en consecuencia, la entidad financiera está obligada a cumplir con los deberes de información que le impone el artículo 79 bis de la LMV y el RD 217/2008. Además, si bien es cierto que no resultaría de aplicación la normativa MIFID puesto que el contrato se celebró con anterioridad al 1 de noviembre de 2007 lo cierto es que los actores cambiaron de divisa con posterioridad a dicha fecha sin que conste se les facilitase la información requerida por la normativa MIFID a fin de que tomaran conocimiento de las consecuencias que podría conllevar. Además tal como se estableció en la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 y se recoge en la STS 325/2015 estos deberes de información responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 del Código Civil y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el art. 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información.

acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar.

QUINTO: Procede, a continuación, la valoración probatoria a fin de determinar si se proporcionó a los demandantes la información exigida por la normativa antes expuesta y adaptada a su perfil financiero.

Entiende quien suscribe la presente resolución, de conformidad a dicha normativa, que la entidad financiera incumplió las obligaciones que le son impuestas por el art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores, en concreto las relativas a informar a los clientes, de manera comprensible, sobre la naturaleza y riesgos del instrumento financiero derivado y complejo que estaban contratando. No se desprende claramente de las cláusulas del contrato el elevado riesgo que asumían y, en concreto, la diferencia de dicha hipoteca con relación a una hipoteca normal. No se les explicó correctamente que cuando se suscribe un préstamo hipotecario en euros con interés variable la aletoriedad del mismo se limita a las variaciones del tipo de interés, pero la cantidad adeudada permanece inalterable durante toda la vida del préstamo, es decir, irá descendiendo a medida que se amortice capital mediante el pago de cuotas; sin embargo, cuando el préstamo es en divisas, tanto el valor en euros del capital prestado como la cuota de amortización mensual varían en función del activo subyacente, la divisa extranjera. Tal como indicó la perito en su informe y se desprende de la documentación obrante en autos, no se entregó a los actores una oferta vinculante previa a la firma de la escritura pública en la notaría donde se explicase claramente el producto y principalmente los riesgos de la sujeción a divisa. Al contrario, tal como consta en el folio 12 del informe pericial, la escritura pública inducía a confusión tanto en la moneda e importe por el que se concedía el préstamo como no advirtiéndoles que el cambio de moneda llevaba asociada una variación en la cuantía de la deuda pendiente. No se acreditó en el acto de la vista que los actores hubieran operado con productos semejantes y, tal como aclaró la perito propuesta por la parte actora, no se les entregó ninguna

simulación o documento que les permitiera ver los riesgos de dicho producto en escenarios menos favorables al del momento de la firma.

Por otro lado, ni el hecho de que fueran los actores quienes acudieran a la entidad demandando el producto, tal como sostuvo la testigo o empleada del banco que comercializó el producto, ni que con posterioridad los actores hayan dado debido cumplimiento al contrato pagando puntualmente las cuotas hipotecarias, ni tan siquiera el haber optado por el cambio de divisa exime a la entidad bancaria de su obligación de informar adecuadamente del producto contratado y sus riesgos.

Es difícil pensar que los actores, de haber comprendido perfectamente la naturaleza jurídica de la hipoteca multidivisa hubieran acudido a dicho producto, que tiene un componente especulativo sobre el tipo de cambio y que la convierte en un producto de inversión, para garantizar la financiación de su vivienda familiar. Dificilmente con sus conocimientos financieros hubieran contratado un producto en el que cabía la posibilidad de que, como así sucedió, tras 7 años de amortización del préstamo hipotecario únicamente hubieran reducido en un 1,89 % el capital pendiente, ni que el capital actual pendiente fuese de más de 55.611 euros que el que le restaría por abonar de haber optado por un préstamo hipotecario tradicional, ni que tomando como fecha diciembre de 2015 podrían haber abonado 14.286, 63 euros más por optar por la hipoteca multidivisa que de haber optado por un préstamo hipotecario. Sin embargo, en el folio 18 del informe pericial se hace constar que en el mercado financiero al tiempo de la firma del contrato ya se esperaba una apreciación del franco suizo con respecto al euro, lo que iba a dar lugar a que la deuda del préstamo hipotecario fuera en aumento en lugar de reducirse, riesgo que era desconocido para los actores pero conocido y anticipado por Bankinter quien no advirtió al cliente de dichas expectativas. En consecuencia, existía un evidente conflicto de interés entre las partes procesales.

SEXTO: Procede, a continuación, determinar si esa falta de información pudo provocar un vicio en el consentimiento de los actores.

Atendiendo a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sede de ineficacia de los contratos, resultan perfectamente diferenciables los conceptos de inexistencia o nulidad radical, de una parte, y de nulidad relativa o anulabilidad, de otra. En el primer concepto se comprenden los supuestos en los que falta alguno de los elementos esenciales del contrato previstos en el art. 1261 del Código Civil(Consentimiento de los contratantes, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca) o el mismo se ha celebrado vulnerando una norma imperativa o prohibitiva. El segundo se reserva para aquellos otros en que en la formación del consentimiento de los otorgantes se ha incurrido en cualquiera de los denominados vicios de la voluntad recogidos en el art. 1.265 del Código civil(error, violencia, intimidación o dolo).

Determina el art. 1265 del código Civil que “Será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo” y el art. 1266 del código Civil dispone que “ Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo”.

De conformidad a lo dispuesto en el art. 1266 del Código Civil y la interpretación Jurisprudencial del citado precepto, para que el error invalide en consentimiento y , por tanto, invalide el contrato se requiere, en primer lugar, que recaiga sobre la cosa que constituya su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad, que el error, por tanto, sea esencial y, en segundo lugar, que no sea imputable a quien lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía con el negocio jurídico concertado y, en tercer y último lugar, que sea excusable, en el sentido de que sea inevitable, no habiendo podido ser evitado por el que lo padeció empleando una diligencia media o regular, valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las

personales, tanto del que ha padecido el error, como las del otro contratante, pues la función básica del requisito es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error, cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente.

El Tribunal Supremo exige para apreciar la concurrencia del citado error en el consentimiento contractual, que exista por parte del contratante que lo alega el desconocimiento de algún dato sustancial, determinante de la voluntad, de tal suerte que desvíe el objeto del contrato y que no hubiera podido salvarse con una diligencia normal al tiempo de prestar el consentimiento, debiendo aplicarse un criterio restrictivo para su apreciación cuando de ello dependa la existencia del contrato.

La prueba del error corresponde a quien alega los mencionados vicios del consentimiento.

La existencia o no de estos requisitos y su constatación es una facultad o cuestión de hecho que corresponde a Jueces y Tribunales.

Es reiteradísima la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, según la cuál, la invocación de un vicio del consentimiento sólo puede ser apreciable en juicio si existe prueba cumplida de su existencia y realidad, prueba que lógicamente incumbe, a la parte que lo alega, y al ser un concepto jurídico, ha de resultar de los hechos, conductas y circunstancias que conformen la base fáctica.

En atención a lo expuesto en el presente fundamentos de derecho y al resultado de la valoración probatoria realizada en el fundamento de derecho anterior cabe entender que BANKINTER S.A no informó adecuadamente a los actores del producto y sus riesgos, lo que les indujo a un evidente error que vició su consentimiento.

SÉPTIMO: La siguiente cuestión que hay que resolver es la relativa a cuáles deben ser las consecuencias de esta infracción del deber de información a los actores del producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo y del consiguiente error en que incurrieron los demandantes.

La consecuencia de la pretensión ejercitada por la parte actora, en caso de prosperar, es la invalidez del contrato o su anulabilidad que no es sino un tipo de ineficacia menos enérgica que la nulidad dado que depende exclusivamente de que sea ejercitada por el titular del interés protegido para que produzca sus efectos. A diferencia de la nulidad un contrato es anulable cuando el ordenamiento otorga a una de las partes la facultad de impugnarlo antes de transcurrir el plazo de caducidad o prescripción- o de confirmarlo, en el primer caso, si tiene éxito la impugnación judicial el contrato será tenido por nulo y en el otro caso el contrato será tenido por válido desde el momento de su perfección.

De estimarse la pretensión de la acción de anulabilidad se produciría la retroactividad de la anulabilidad, es decir, desde la firmeza de la Sentencia en que así se declarase dichos contratos dejarían producir sus efectos como si desde un principio no hubieran existido, es decir, dicha declaración judicial tendría idénticas consecuencias a las de un contrato absolutamente nulo, aplicándose el mismo régimen de restitución de prestaciones de los arts. 1.303 y siguientes.

No obstante, entiende quien suscribe la presente resolución que cabe mitigar el rigor del art. 1.303 y siguientes del Código Civil y que cabe la integración del contrato y, así lo estableció la STS 241/2013 de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que admitió la nulidad parcial del contrato con cláusula suelo a pesar de reconocer que las cláusulas consideradas abusivas son cláusulas esenciales del contrato y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014(asunto C-26/13).

Dado que nuestro ordenamiento jurídico no regula la nulidad parcial de los contratos se ha de integrar el contrato por aplicación del principio de favor negotii recogido en sentencias tales como (STS488/210 de 16 de julio o la STS 261/2011 de 20 de abril). y a aquella que ante una infracción de normativa imperativa y ante la declaración de nulidad del contrato impone una consecuencia. Tal como expone la STS de 9 de mayo de 2013, el art. 10.4 de la Ley de

consumidores y usuarios, en su redacción original, admitió que la nulidad de alguna o alguna de sus cláusulas no negociadas individualmente no era determinante de la nulidad del contrato.

La nulidad total del contrato sería contraria al carácter tuitivo de la Jurisprudencia del TJUE y a la protección de los consumidores.

Si bien en el Derecho de la Comunidad Europea (art. 7 de la Directiva 93/13) se ha negado la posibilidad al Juez Nacional de integrar los contratos con cláusulas abusivas cuando se declare la nulidad de las mismas a fin de disuadir a los profesionales de imponer cláusulas abusivas en la contratación que realicen con particulares a sabiendas de que de declararse su nulidad podrán ser integradas por el Juez, en el presente supuesto, la protección al consumidor exige la integración del contrato puesto que en otro caso los profesionales podrían concertar este tipo de contratos con consumidores a sabiendas de que los mismos no demandarían la protección judicial que merecen puesto que las consecuencias de la nulidad total del contrato(las restitución íntegra y de una vez del capital prestado) les resultaría del todo imposible al quebrar totalmente la economía familiar. Con ello no sólo se resolvería a espaldas de la protección al consumidor que exige la normativa correspondiente sino que se estaría vedando a los consumidores el acceso a la tutela judicial efectiva puesto que ésta ante la infracción del deber de información que impone la normativa imperativa aplicable y ante la consideración de la existencia de cláusulas abusivas impone al perjudicado una consecuencia que lejos de reportarle reparación del daño causado le deja sumido en una situación de precariedad económica. La nulidad total del contrato sería contraria a la finalidad de protección de los consumidores que consagra, como cuestión de interés público, la Directiva 93/13/CEE y l TRLGDCU, ya que produciría un efecto mucho más perjudicial para los demandantes-consumidores que para la entidad bancaria demandada-profesional, al verse obligados a devolver de una sola vez la totalidad de un préstamo cuya devolución estaba programada para muchísimos años.

Expuesto lo anterior, cabría aplicando los principios del derecho contractual y principios expuestos suprimir la cláusula abusiva y reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real.

Por consiguiente, procede la estimación parcial de la demanda y, en consecuencia, procede declarar la nulidad parcial del PRÉSTAMO HIPOTECARIO suscrito por D.

y Dña. _____ con la entidad BANKINTER S.A , en fecha 20 de octubre de 2006, constando en escritura pública otorgada por el Notario D. _____, con el número

_____ de su protocolo, en concreto, la CLÁUSULA TERCERA A) y todo aquello referido a la opción multidivisa, debiendo subsistir el contrato sin los contenidos declarados nulos entendiendo que el préstamo lo fue por un principal de 267.500 euros y que las amortizaciones han de realizarse en euros, utilizando como tipo de interés el fijado en la CLÁUSULA TERCERA B), es decir, Euribor más un diferencial de 0,50.

No obstante, no puede pretender la parte actora deducir sin más del principal del préstamo por importe de 267.500 euros(Cláusula Financiera PRIMERA) descontar la cantidad amortizada en euros no solo como principal sino también como intereses, sino que lo pertinente es la realización de un nuevo cuadro de amortizaciones tomando como principal 267.500 euros de principal y como interés aplicable el Euribor más 0,50 desde la fecha del otorgamiento de la escritura del préstamo hipotecario, respetando el periodo de 24 meses de carencia pactado en escritura pública de fecha 9 de octubre de 2012, deduciendo entonces el importe total de las amortizaciones realizadas en concepto de principal e intereses.

TERCERO: Dada la estimación parcial de la demanda y, de conformidad al art. 394 de la LEC1/2000, cada parte procesal abonará las costas procesales causadas a su instancia y las comunes por mitad.

FALLO

Debo ESTIMAR Y ESTIMO PARCIALMENTE la demanda presentada por la representación procesal de d.

_____ y Dña. _____ y, en consecuencia, debo ACORDAR Y ACUERDO:

1.-La nulidad parcial del PRÉSTAMO HIPOTECARIO suscrito por D.

_____ con la entidad BANKINTER S.Á en fecha 20 de octubre de 2006, constando en escritura pública otorgada por el Notario D.

_____, con el número _____ de su protocolo, en concreto, la CLÁUSULA TERCERA A) y todo aquello referido a la opción multidivisa, debiendo subsistir el contrato sin los contenidos declarados nulos entendiendo que el préstamo lo fue por un principal de 267.500 euros y que las amortizaciones han de realizarse en euros, utilizando como tipo de interés el fijado en la CLÁUSULA TERCERA B), es decir, Euribor más un diferencial de 0,50. A tal efecto la entidad BANKINTER S.A habrá de realizar un nuevo cuadro de amortizaciones tomando como principal 267.500 euros de principal y como interés aplicable el Euribor más 0,50 desde la fecha del otorgamiento de la escritura del préstamo hipotecario objeto de las presentes actuaciones, respetando el periodo de 24 meses de carencia pactado en escritura pública de fecha 9 de octubre de 2012, deduciendo entonces el importe total de las amortizaciones realizadas por los actores en concepto de principal e intereses.

2.-Cada parte procesal abonará las costas procesales acusadas a su instancia y las comunes por mitad.

Contra esta resolución cabe recurso de apelación .

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio , mando y firmo.-----

PUBLICACIÓN: Dada, leída y publicada fue la anterior resolución.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.