

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E
INSTRUCCIÓN Nº 07 DE COLLADO
VILLALBA**

Plaza de los Belgas, 1 , Planta 1 - 28400

Tfno: 918561810 Fax: 918561817

42020310

NIG: 28.047.00.2-2016/0003471

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 516/2016

Demandante: ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN)

PROCURADOR D./Dña. RAMON VALENTIN IGLESIAS ARAUZO

Demandado: BANKINTER SA

PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO ABAJO ABRIL

En nombre de S.M El Rey

SENTENCIA Nº 94/2017

En Collado Villalba, a 28 de julio de dos mil diecisiete.

La Sra. Dª Inés María Sánchez Caballero, Magistrada-Juez sustituto del Juzgado nº 7 de Primera Instancia de Collado Villalba, habiendo visto los presentes autos de juicio ordinario nº 516/2016, promovidos por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Valentín Iglesias Arauzo, en nombre y representación de ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS (ASUFIN), quien a su vez actúa en nombre e interés de su asociado, D. [REDACTED] asistida por la Letrada Dª María José Lunas Díaz, contra BANKINTER, S.A., representado por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Abajo Abril y asistido por la Letrada Dª María Paz Barrera Vargas, sobre nulidad contractual, procede a dictar la presente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador de los Tribunales D. Ramón Valentín Iglesias Arauzo , en nombre y representación de la parte actora presentó demanda de juicio ordinario frente a la entidad BANKINTER, S.A en la que pretendía que: 1) se declare la nulidad o anulabilidad de la cláusula u opción multidivisa del préstamo hipotecario multidivisa suscrito con los asociados en cuyo interés se actúa en estos autos , bien sea por el incumplimiento de normas imperativas o prohibitivas , bien sea por el dolo con que operó la entidad o el error en que

incurrieron los consumidores en la suscripción de este producto, o por la declaración de abusividad o falta de transparencia de dichas cláusulas , en los términos descritos en la presente demanda. Asimismo se declare la nulidad o no incorporación del resto de cláusulas abusivas o poco transparentes insertas en el contrato en los términos expuestos en la presente demanda o que de oficio sean apreciadas por el Juzgador . 2) Condene a la entidad demandada a eliminar de su contrato dicha condición general sobre la opción multidivisa y sus accesorias o cualquier otra que, con independencia de los términos en que esté redactada y el nombre que se le dé, produzca el mismo efecto y a prohibir su utilización futura. Idénticamente se condene a eliminar del contrato el resto de cláusulas consideradas abusivas. 3) Se condene a la entidad demandada a recalcular el importe pendiente de amortizar a través de un cuadro de amortización en euros, referenciado al tipo de interés y diferencial previsto para este supuesto en el contrato, así como a devolver a la prestataria las cantidades que se hubiesen cobrado en exceso en virtud de la aplicación de la cláusula/s declarada/s nula/s, actualizado con los intereses legales correspondientes. A tal fin se condenará a la entidad a estar y pasar por esta declaración , adoptando al efecto las medidas necesarias para esta adaptación , como la elaboración de la tabla comparativa entre lo efectivamente abonado por todos los conceptos y lo que tendría que haber abonado y corriendo con todos los gastos que se deriven del cumplimiento del fallo. 4) Se dicte mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia estimatoria en el mismo . 5) Se condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento.

Subsidiariamente, se declare el incumplimiento de la demandada de las obligaciones contractuales que le son inherentes , entre otras las relativas a la información durante todo el contrato y, en consecuencia , se condene a la entidad, a indemnizar al cliente en los daños y perjuicios producidos, con expresa condena en costas y demás consecuencias legales.

Subsidiariamente , para el caso de que se considere conforme a derecho el contrato litigioso y se considere que la entidad demandada no podía prever el cambio radical y sobrevenido de las circunstancias económicas que habían dado lugar a la suscripción del producto, se aplique la cláusula “ rebus sic stantibus”, reduciendo la deuda pendiente de pago en relación con la hipoteca/s multidivisa/s que el consumidor aquí representado tienen suscrita/s con la demandada, según las pautas indicadas anteriormente. Todo ello con expresa condena en costas.

SEGUNDO.-Admitida a trámite la demanda se dio traslado de la misma junto con los documentos que acompañaba a la parte demandada para que se personara y contestase a la demanda dentro del plazo lo que verificó en el plazo. A continuación se citó a las partes para la celebración de la preceptiva Audiencia Previa.

TERCERO.- Llegados el día y horas señalados comparecieron las partes debidamente representadas , previo intento de acuerdo sin resultado positivo, posteriormente la parte actora en cuanto a la cuestión previa de falta de concreción de la demanda solicitó un plazo para contestar , oponiéndose a la cuestión previa de caducidad planteada, concediéndose dicho plazo ,dando traslado a la parte demandada ,ratificándose ambas partes en sus escritos, fijaron los hechos controvertidos y aquellos sobres los que no existía discrepancia. Por las partes se propuso documental, testifical y pericial . Los medios de prueba propuestos, previa declaración de pertinencia fueron admitidos, en la forma que consta en soporte de grabación , finalizando la vista a continuación.

CUARTO.- Llegados el día y hora señalados se procedió a la celebración de la vista, practicándose la prueba admitida, y evacuado por las partes alegaciones el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos para dictar sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La actora pretende la nulidad parcial del préstamo hipotecario multidivisa suscrito por las partes con fecha 12 de septiembre de 2005 en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa y por consiguiente al recálculo de la tabla de amortización como si de un préstamo tradicional en euros se tratase, en primer lugar por error del consentimiento al amparo de los artículos 1265, 1266 del Código Civil, de forma subsidiaria la resolución del contrato por incumplimiento de la demandada de sus obligaciones de trasladar al prestatario una información transparente y veraz, así como de los estándares de buena fe y diligencia en aplicación de los artículos 1124 y 1258 del Código Civil , finalmente se pretende la nulidad parcial del clausulado multidivisa al entender que es abusivo con invocación 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, en relación con los artículos 1 , 2 y 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación, y 1300 y 1303 del Código Civil.

Sostiene la parte actora que concurrió error al contratar la hipoteca que viciaría su consentimiento pues ni de forma previa ni al tiempo de la contratación se informó al cliente de los riesgos y características del producto. Se alega que la demandada incumplió de forma esencial su deber de información porque no existió entrega de folleto informativo, oferta vinculante previa, oferta de producto de cobertura del riesgo de tipo de interés, simulaciones con los escenarios posibles de riesgos, realización de test de conveniencia y de idoneidad, así como que la información oral sobre el producto fue deficiente al no informarse sobre los riesgos, que el contrato contiene cláusulas con falta de claridad y transparencia con el que se describen los efectos y consecuencias de la operación en divisa extranjera, cláusulas abusivas que reservan a la entidad facultades de interpretación o ejecución unilaterales, de vencimiento anticipado, intereses moratorios por encima del tipo de referencia en cada momento y que superan los límites legales previstos , comisiones de tipo de cambio vendedor/ comprador .

Frente a dicha pretensión se opuso la demandada que invocó la caducidad de la acción de anulabilidad por vicio del consentimiento al haber transcurrido 4 años desde que el actor fue conocedor del error. Añade que aún cuando en el momento de la contratación la parte actora no fuera consciente de los riesgos que implica operar en divisas, el préstamo habría sido confirmado respecto de ese supuesto vicio del consentimiento en cualquiera de los siguientes momentos: 1.Cuando recibió los Francos Suizos al inicio del préstamo .2. Cuando se percató de la subida del tipo de cambio de los cuales era informado mensualmente mediante los extractos. 3. Cuando realizó los cambios de divisa pasando a configurar la deuda en Yenes Japoneses, Euros y nuevamente en Francos Suizos. 4. Cuando abrió una cuenta en Yenes Japoneses para amortizar las cuotas del préstamo . 5. Cuando suscribió un seguro de cambio. Que la documentación que se entregó al cliente era la preceptiva, no siendo previsible por el banco la evolución del Euro/Franco.

SEGUNDO.- En cuanto a la cuestión previa alegada por la parte demandada de falta de concreción en la demanda de forma genérica , habiendo presentado la actora escrito de fecha 13 de marzo de 2017, concretando las cláusulas de las cuales se pretende anotación preventiva en el Registro de Condiciones Generales , dando traslado a la parte demandada . El defecto ha sido subsanado y se ha puesto a disposición de la parte demandada para que hiciera

alegaciones, aunque la parte demandada no ha hecho alegación alguna.

En cuanto a la caducidad de la acción de anulabilidad total o parcial del contrato, por transcurso del plazo de 4 años para ejercitarla, cabe señalar ,en cuanto al ejercicio de dicha acción de anulabilidad de productos financieros, que la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 16 de Septiembre de 2015, estableció que “el ejercicio de la acción está sometida al plazo previsto en el art. 1301 del Código Civil , conforme al cual « la acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: [...] En los [casos] de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato [...]»». (...)Ahora bien, lleva razón la demandante cuando, en su recurso de casación, alega que el momento inicial del cómputo de ese plazo de ejercicio de la acción no es el declarado por la sentencia de la Audiencia Provincial, según la cual la fecha inicial sería la de celebración del contrato, lo que determinaría que la acción de anulación por error vicio del consentimiento estuviera caducada. En la sentencia núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015, declaramos:«Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a « la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas» , tal como establece el art. 3 del Código Civil .La redacción original del artículo 1301 del Código Civil, que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los « contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente », quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción. La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica

el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113). En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento. Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error».

La Audiencia Provincial de Burgos en su sentencia de 30-11-2016, a la hora de interpretar esta doctrina, en un supuesto como el presente de préstamo concertado en el año 2008, donde la divisa en que se había realizado el préstamo había sufrido oscilaciones entendió que “conforme a esta doctrina jurisprudencial que sigue esta misma Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª de 1.9.2014 y 3ª de 25.2.2015), el recurso debe ser desestimado. El dies a quo del comienzo del plazo de caducidad no puede fijarse sino cuando los prestatarios se aperciben de las consecuencias de haberse endeudado en francos suizos, que es cuando pasa un plazo de tiempo suficientemente largo para saber que la depreciación del euro es imparable y que la ecuación de cambio no va a alcanzar los niveles del año 2008, que es cuando se firmó el préstamo. En ese momento los prestatarios ya no se pueden decidir por la opción de la conversión, por los efectos indeseables que esta tendría para su endeudamiento, y es entonces cuando solo les queda como alternativa solicitar la nulidad.”

En este caso en el que la divisa según el cuadro aportado en el dictamen pericial, aunque impugnado ha sido ratificado en el acto del juicio, ha sufrido diversas oscilaciones al alza y a la baja que podían hacer creer al cliente que podía volverse a la cotización existente al tiempo de la contratación, por lo que no puede entenderse, que haya transcurrido el plazo de caducidad. la consumación no se produce hasta el cumplimiento recíproco de la totalidad de las prestaciones pactadas, una vez determinada en este caso la suma total devolver en la divisa pactada, tras el recálculo derivado de la fluctuación de la moneda que finalmente se escoja por el prestatario, sin

haberse podido percatar antes del grave perjuicio derivado del contrato, en toda su extensión, al ser constante la variación que deriva de la fluctuación de la divisa que cabe además cambiar durante toda la vida del contrato.

Entender que la acción sólo podría ejercitarse desde el momento en que se formalizó el contrato por coincidir la consumación del contrato con la entrega del préstamo, sería olvidar una parte de las obligaciones contraídas, como es la devolución total al finalizar el préstamo del capital finalmente fijado por aplicación de la divisa elegida, tras las diversas fluctuaciones que determinan un constante recálculo de la cantidad debida y determinan que la acción para reclamar no esté caducada. Así para poder conocer el error, es preciso el transcurso de varios años desde la suscripción del contrato para que se evidencie por la importante cantidad ya desembolsada en el pago de las cuotas, que no se ha minorado el principal prestado conforme a lo previsible al contratar y que en un futuro es ya evidente el perjuicio final, cuestión que no puede identificarse con la fecha de la primera amortización desfavorable, como sostiene la demandada, y que no se ha establecido hasta el dictamen acompañado con la demanda, donde se liquidan las pérdidas por lo que este motivo debe decaer.

TERCERO.- Entrando a conocer de la acción de anulabilidad entablada en la contratación del préstamo multidivisa, El Tribunal Supremo, en su sentencia 323/2015 del 30 de junio 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 Offerd 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., 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 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.

Esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas "hipotecas multidivisa" se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos.”

Añade la sentencia en cuanto a los deberes de información de la entidad bancaria y la normativa aplicable “La determinación de la normativa aplicable a este tipo de negocio jurídico para determinar cuáles eran las obligaciones de información que incumbían a la entidad prestamista no es una cuestión pacífica.

La Sala considera que la "hipoteca multidivisa" es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por

cuanto 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 de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 de dicha ley . Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores , en relación al art. 2.2 de dicha ley .

La consecuencia de lo expresado es que la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y, en concreto, los del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores y el citado Real Decreto.

(...)8.- Como declaramos en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014 , y hemos reiterado en sentencias posteriores, 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.

Es decir con arreglo al 79 bis LMV, en la redacción vigente al tiempo de la contratación, que regulaba los deberes de información que recaen sobre las entidades financieras que presten servicios de inversión, la información dirigida a sus clientes debía ser imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), y debían proporcionarles, de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión, que deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o

estrategias.

Además, la entidad financiera debió valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información había de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de idoneidad.

Finalmente sienta la sentencia la consecuencia de dicho incumplimiento en el deber de información al sentar que:” La omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria, permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error.”

CUARTO.- Sentadas las características del contrato suscrito entre las partes sobre complejidad y riesgo, consta acreditado de la prueba practicada, que la parte actora, clientes minorista, sin conocimientos financieros, acudió a la entidad demandada en busca de un producto para lograr las mejores condiciones financieras para la financiación de la compraventa que tenía pensado realizar. A consecuencia de ello se les ofertó una hipoteca en francos suizos. No se informó debidamente al cliente del coste que supondría la adquisición de francos suizos y yenes para amortizar la deuda, ni consta que se hiciera simulación alguna sobre la evolución que el préstamo tendría en el que caso de que cambiara la cotización de la moneda, tampoco se informó al actor sobre las previsiones de las que disponía el banco sobre la evolución de la divisa contratada. La entidad demandada no ha acreditado la diligencia que se le exigía, pues sólo consta la declaración parcial del empleado de la entidad bancaria, contradictoria con el dictamen pericial, que no ha sido corroborada con documento informativo alguno suscrito por el actor, que no ha sido oído en el procedimiento. En todo caso el empleado que comercializó el producto reconoció que no sabía la formación del cliente, que por sentido común estimó que lo estaba entendiendo. A ello se suma el hecho de que el cliente no consta que fuese conocedor real del funcionamiento del producto, pues no han utilizado ninguno de los mecanismos que el contrato le confería para minimizar la cuota a pagar, por lo que debe descartarse el hecho de que se trate de consumidores experto en modo alguno.

QUINTO .- Sobre las consecuencias de la información incorrecta facilitada por la entidad bancaria en cuanto a las características y riesgos , ésta puede producir un consentimiento no informado y por tanto viciado por error, al no saber o comprender los prestatarios la causa de esta clausulado multidivisa y debe ser sancionado por mor del artículo 1265 del Código Civil con la nulidad parcial del contrato, pues dicho precepto establece que será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo.

Sobre el error excusable la STS de 26 de julio de 2000 en orden a la declaración de nulidad del contrato por error en el consentimiento, establece que han de concurrir los requisitos que el artículo 1266 y la Jurisprudencia (entre otras Sentencias 18 febrero 1994, 14 julio 1995, 28 septiembre 1996 y 6 febrero 1998) exigen al respecto: "recaer sobre la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones que principalmente hubieran dado lugar a su celebración, de modo que se revele paladinamente su esencialidad; que no sea imputable a quién lo padece; un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado, y 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 (Sentencias 14 y 18 febrero 1994, y 11 mayo 1998).

En el presente caso resulta acreditado que la parte actora contrató la opción multidivisa que le fue ofertada por el banco para la financiación de la compraventa que tenía pensado realizar, con un desconocimiento de lo que suponía y del riesgo que asumía al contratarla, por lo que procede acoger la pretensión ejercitada, declarar la nulidad del clausulado multidivisa por error y condenar a la demandada a recalcular el cuadro de amortización con la cantidad prestada en euros y aplicando el tipo de interés pactado en la escritura más el diferencial estipulado.

SEXTO.- Cláusulas abusivas .

Dispone el art. 6 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que “Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

En relación con este precepto, recoge la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de junio de 2012 una doctrina reiterada en muchas otras de sus resoluciones, anteriores y posteriores, al afirmar que “se trata de

una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas”. Asimismo, dispone esta Sentencia que “el Tribunal de Justicia ha subrayado ya en varias ocasiones que la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional sólo puede compensarse mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato”, y que “el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional”.

En cuanto a la legislación nacional, afirma el art. 82.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, que “Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”. Y se incluyen en el art. 85 una serie de cláusulas que se consideran abusivas por vincular el contrato a la voluntad del empresario, comprendiéndose entre otras “Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”.

Por tanto, debe el Juez nacional apreciar, incluso de oficio, la posible existencia de cláusulas abusivas, entre otros supuestos, cuando revistan tal carácter los intereses moratorios de una relación contractual.

Declaración de abusividad y efectos

En lo referente al margen de actuación de los Tribunales en la materia que nos ocupa, dispone la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de junio de 2012, que “del tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. Esta interpretación viene confirmada, además, por la finalidad y la sistemática de la

Directiva 93/13". Así, no están facultados los Tribunales para modificar el contenido de las cláusulas contractuales abusivas, debiendo proceder a la supresión de las que revistan tal carácter. Con ello, como dispone la misma Sentencia, se persigue a largo plazo poner fin al uso de cláusulas abusivas en los contratos entre profesionales y consumidores, algo que difícilmente se conseguiría si la única respuesta del juez nacional fuera moderar la cláusula.

En el caso que nos ocupa, el actor tiene la condición de consumidor, en los términos que describe el art. 3 de la citada Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, que dispone que "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". De este modo, son merecedores de una protección especial por la situación de inferioridad en la que se encuentran en este tipo de contratos, cuyas condiciones se imponen por la otra parte.

Intereses moratorios

Respecto de los intereses moratorios, de la STS 364/2016, de 3 de junio, en relación con la STS 265/2015, de 22 de abril, aplicables a los préstamos hipotecarios y personales, se deduce que:

a) es abusiva toda cláusula de intereses de demora que exceda del interés remuneratorio pactado incrementado en dos puntos, y

b) la consecuencia de la declaración de abusividad no da lugar a una "reducción conservativa" del incremento del tipo de interés que supone la cláusula de interés de demora considerada abusiva hasta el límite admisible, sino su eliminación total. Pero eso no supone suprimir el devengo del interés ordinario, que retribuye que el prestatario disponga del dinero. Lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no estaba aquejado de abusividad y que seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución.

Dado que en la Cláusula Sexta. Intereses de demora recoge el tipo aplicable de 9,50 puntos y considerando que dichos intereses son abusivos, al sobrepasar los límites establecidos en la legislación a que hemos hecho referencia, procede declarar nula la cláusula que los establece.

Tal declaración de abusividad, como se ha advertido, conlleva la nulidad de la cláusula, que deberá tenerse por no puestas. Sin embargo, y de acuerdo con la moderación de efectos de nulidad realizada en la antedicha STS 364/2016, de 3 de junio, procederá la aplicación del interés remuneratorio pactado.

Ello es de aplicación desde el mismo momento de la perfección del contrato que contenía la cláusula declarada abusiva. Y es que la nulidad tiene efectos *ex tunc*, ya que se basa en la existencia de un desequilibrio perjudicial para el consumidor existente en la cláusula desde la suscripción del contrato.

Gastos a cargo del prestatario

Finalmente procede analizar la Cláusula Quinta .- Gastos a cargo del prestatario , y la Cláusula Séptima .-Garantías personales ,contenidas en el contrato que nos ocupa.

STS nº 705/2015 (F.D. 5º, apartado g) afirma que *“la cláusula que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones contraviniendo normas legales con previsiones diferentes”* es una cláusula abusiva que contraviene el Art. 89.3 de la Ley General de Consumidores y Usuarios, según el cual, se califica como abusiva toda cláusula que transmita al consumidor las consecuencias económicas de gestión que no le sean imputables; la imposición de gastos de documentación y tramitación en la adquisición de viviendas que por ley corresponda al empresario; y derivación de impuestos que por ley vengan atribuidos al empresario como sujeto pasivo.

La Sentencia sólo analiza la nulidad de los gastos de notaría, registro de la propiedad, impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, gastos derivados de la contratación de un seguro de daños y gastos pre-procesales, procesales o de otra naturaleza.

Dado que en la Cláusula Quinta .- Gastos a cargo del prestatario y Cláusula Séptima.- Garantías Personales , se recogen los gastos referidos y considerando que dichos gastos son abusivos, al sobrepasar los límites establecidos en la legislación a que hemos hecho referencia, procede declarar nulas la cláusulas que los establece.

Así, al tratarse de una condición general de la contratación no negociada individualmente con el consumidor, impuesta por la Entidad Acreedora, se considera abusiva la Cláusula Quinta y Cláusula Séptima del contrato que nos

ocupa, en aplicación de los artículos 8.2 LCGC y 10 bis y DA 1ª de la LGDCU.

El efecto de tal declaración de abusividad es que dichas Cláusula Quinta y Séptima deben tenerse por no puesta.

En cuanto a la Cláusula Séptima Resolución del contrato- vencimiento anticipado - en tanto se resuelva por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la cuestión prejudicial formulada por la Sala Primera del Tribunal Supremo en auto de fecha 8 de febrero de 2017, no ha lugar a proveer, reservando la posibilidad de actuar en Derecho una vez resuelta la cuestión de prejudicialidad civil y todas sus consecuencias.

En relación al resto de Cláusulas del contrato se estará a la declaración de anulabilidad parcial del contrato de préstamo hipotecario en todos los contenidos referentes a la opción multidivisa, con todas las consecuencias inherentes .

En cuanto a la petición que se expida mandamiento por duplicado al Sr. Registrador de Condiciones Generales de la Contratación, para la anotación preventiva de la interposición de acción de nulidad de dicha condición general de la contratación instada por ASUFIN , en nombre e interés de sus asociados, contra la opción multidivisa y cláusulas anexas insertas en las condiciones generales de la contratación predispuestas por BANKINTER, S.A., en sus contratos de hipoteca multidivisa, no ha lugar, toda vez que lo que se solicita es una consecuencia de una sentencia sobre pretensiones colectivas y toda vez que en el presente proceso la Asociación actúa en representación de un interés individual , de acuerdo a lo dispuesto en el art. 11 de la L. E.C. no tiene legitimación.

SEPTIMO- Procede hacer expresa imposición de costas por aplicación del artículo 394.1 LEC a la parte demandada , al haberse estimado en lo principal la demanda.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que debo estimar y estimo la demanda planteada por el Procurador de los Tribunales D. Ramón Valentín Iglesias Arauzo , en nombre y representación de ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS (ASUFIN), quien a su vez actúa en nombre e interés de su asociado, D.

[REDACTED] asistida por la Letrada D^a María José Lunas Díaz , contra BANKINTER, S.A., representado por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Abajo Abril y asistido por la Letrada D^a María Paz Barrera Vargas y

- 1) Declaro la anulabilidad parcial del contrato de préstamo hipotecario en todos los contenidos referentes a la opción multidivisa, declarando la subsistencia del contrato como si el mismo se hubiese otorgado en euros ; con todas las consecuencias inherentes.
- 2) Condeno a la demandada a recalcular el cuadro de amortización con la cantidad prestada en euros y aplicando el tipo de interés pactado en la escritura más el diferencial estipulado, aplicando las cantidades satisfechas por el actor al mismo.
- 3) SE DECLARA el carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios(Cláusula Sexta) y en consecuencia SE DECLARA la nulidad de la misma, que deberá tenerse por no puesta, debiendo hacerse la liquidación de intereses conforme al interés remuneratorio pactado, vigente en el momento de su devengo.
- 4) SE DECLARA el carácter abusivo de la cláusula relativa a los gastos y garantías personales (Cláusula Quinta y Séptima :Garantías Personales) y en consecuencia se declara la nulidad de las mismas, que deberán tenerse por no puesta .

Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes en legal forma advirtiéndoles que no es firme, pudiendo interponer contra ella, ante este Juzgado y para la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, Recurso de Apelación dentro de los VEINTE DÍAS siguientes a su notificación. Así mismo para la interposición del citado recurso deberá constituirse depósito en cuantía de 50 euros, consignando dicho importe en la cuenta de depósitos y consignaciones abierta a nombre de este Juzgado, adjuntando resguardo de ingreso al escrito de preparación de recurso. Sin que proceda la admisión a trámite de recurso cuyo depósito no conste constituido (LO 1/09 Disposición Adicional 15^a).

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en esta primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN. La anterior sentencia ha sido leída y publicada en el día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrada que la suscribe estando constituido en audiencia pública. DOY FE.

Mensaje LexNET - Notificación

Mensaje

IdLexNet	201710164731379	
Asunto	Sentencia Proc. Ordinario (F.Resolucion 28/07/2017)	
Remitente	Órgano	JDO. 1A. INST. E INSTRUCCIÓN N. 7 de Collado Villalba, Madrid [2804741007]
	Tipo de órgano	JDO. PRIMERA INST./INSTRUCCIÓN
	Oficina de registro	OF. REGISTRO Y REPARTO [2804700001]
Destinatarios	ABAJO ABRIL, FRANCISCO DE SALES JOSE [325]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid
	IGLESIAS ARAUZO, RAMON VALENTIN [2025]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid
Fecha-hora envío	04/09/2017 19:54	
Documentos	4751438_2017_I_111176856.RTF(Principal) Hash del Documento: a01c4c6a263b71c8dba52cf9ef76607852661ccc	
	4751438_2017_E_11312255.ZIP(Anexo) Hash del Documento: f8f92c6f6cdc0a6f8bef3304a8287cad8a5c8c4e	
Datos del mensaje	Procedimiento destino	Sentencia Proc. Ordinario (F.Resolucion 28/07/2017 N° 0000516/2016)
	Detalle de acontecimiento	Sentencia Proc. Ordinario (F.Resolucion 28/07/2017)
	NIG	2804700220160003471

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
05/09/2017 11:43	IGLESIAS ARAUZO, RAMON VALENTIN [2025]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid	LO RECOGE	
05/09/2017 09:27	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid (Collado Villalba) (Collado Villalba)	LO REPARTE A	IGLESIAS ARAUZO, RAMON VALENTIN [2025]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid

(*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.