

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA N° 03 DE MÓSTOLES

C/ Luís Jiménez de Asúa, s/n , Planta 5 - 28931

Tfno: 916647305

Fax: 916188004

42020310



(01) 31238132318

NIG: 28.092.00.2-2017/0001321

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 141/2017

Materia: Contratos bancarios

NEGOCIADO M

Demandante: D./Dña.

PROCURADOR D./Dña. SARA NAVAS ZOYA

Demandado: BANKINTER, S.A.

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

SENTENCIA N° 234/2017

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. FRANCISCO JOSÉ LÓPEZ ORTEGA

Lugar: Móstoles

Fecha: treinta y uno de octubre de dos mil diecisiete

El Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JOSE LOPEZ ORTEGA, Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia número TRES de Móstoles, ha visto los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 141/17 a instancias de representados por la Procuradora DOÑA SARA NAVAS ZOYA y asistidos por el Letrado DON CARLOS NÚÑEZ GARCÍA, contra BANKINTER, S.A, representada por la Procuradora DOÑA MARÍA ROCÍO SAMPERE MENESES y asistida por el Letrado DON JUAN AGUADO DOMINGO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la meritada representación de la parte actora se formuló demanda en la que después de alegar los hechos y los fundamentos de derecho que consideró aplicables al supuesto de autos terminó suplicando se dictara sentencia por la que: 1.- Se declare la nulidad parcial del préstamo en divisas suscrito por , con número de protocolo , en todo lo relativo al clausulado multidivisa 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 multidivisa 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 QUINCE MIL OCHOCIENTOS EUROS (215.800,00 €) la cantidad amortizada hasta la fecha que recaiga sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiendo que el préstamo lo fue DOSCIENTOS QUINCE MIL OCHOCIENTOS EUROS (215.800,00 €) 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; 2.- Subsidiariamente, para el caso de no estimarse la pretensión anterior, se declare la nulidad de pleno derecho del clausulado multidivisa del préstamo suscrito por _____ con número de protocolo _____, por 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 multidivisa 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 QUINCE MIL OCHOCIENTOS EUROS (215.800,00 €) la cantidad amortizada hasta la fecha que recaiga sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiendo que el préstamo lo fue de DOSCIENTOS QUINCE MIL OCHOCIENTOS EUROS (215.800,00 €) 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; 3.- Subsidiariamente, y para el caso de que no

se estimaren los pedimentos anteriores, 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, 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 QUINCE MIL OCHOCIENTOS EUROS (215.800,00 €) 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 CIENTO DOSCIENTOS QUINCE MIL OCHOCIENTOS EUROS (215.800,00 €) 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; 4.- 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 dispuso el emplazamiento de la parte demandada, para que, en término legal, compareciere en autos asistida de Abogado y representada por Procurador y contestase a la demanda lo cual verificó oponiéndose a la pretensión de la actora.

TERCERO.- Convocada la celebración de la Audiencia Previa, las partes se ratificaron en sus escritos de demanda y contestación y solicitado el recibimiento del pleito a prueba,

por la parte actora se propuso documental, testifical y pericial. La parte demandada propuso documental y testifical.

CUARTO.- En el juicio se practicó la prueba propuesta y declarada pertinente y formuladas las conclusiones, quedaron los autos vistos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado los requisitos legales en vigor, habiéndose grabado la vista de conformidad con lo dispuesto en el artículo 147 de la ley de Enjuiciamiento Civil.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La parte actora plantea demanda contra Bankinter, S.A alegando que no tienen conocimientos financieros o bancarios de ningún tipo, ni sobre derivados financieros, ni productos especulativos, más allá de los que puede tener cualquier ciudadano que contrata con su banco de confianza un contrato de cuenta corriente y un préstamo hipotecario normal, ejerciendo ambos la profesión de policías municipales. Se trata de personas con estudios básicos, con un perfil de inversión absolutamente conservador y sin conocimiento alguno de los mercados financieros o bancarios. Los actores acudieron a las oficinas de Bankinter, S.A., con la intención de adquirir un préstamo hipotecario para la financiación de su vivienda habitual y la cancelación del préstamo que tenía suscrito con la entidad Caja de Ahorros de Asturias, un préstamo tradicional, en euros. Los empleados de Bankinter, S.A., teniendo toda esta información por parte de los actores, les aconsejaron insistentemente la contratación de un préstamo hipotecario multdivisa, debido a la baja cuota hipotecaria, que según les indicaron los comerciales, pagarían. Ninguna explicación se les realizó acerca de la posibilidad de una bajada de la divisa referenciada y de cómo dicha fluctuación podría afectar tanto a la cuota mensual como al

propio capital pendiente que se recalcularía constantemente en función de dicha fluctuación. La recomendación y asesoramiento en la contratación de este producto financiero es manifiesta, toda vez que, los actores conocieron la existencia de la hipoteca multidivisa a través de la red comercial de la entidad y la publicidad que ofrecía Bankinter, S.A., al colectivo de policías municipales. La contratación del préstamo se realizó el 1 de febrero de 2008. En la reunión mantenida con los empleados de la entidad demandada no se les explicó a los demandantes las condiciones particulares del préstamo, ni la evolución- previsión del Libor, ni cómo funcionaba el pago de las cuotas mensuales, ni el efecto que el tipo de cambio podría tener en la cuota mensual, ni mucho menos en el capital pendiente de amortizar, ni la diferencia entre tipo de cambio comprador y vendedor, ni las diferentes divisas por las que podrían optar los prestatarios, ni la evolución previsión de la divisa referenciada, ni de un largo etcétera de riesgos y particularidades específicas que contiene la cláusula multidivisa. La contratación del préstamo hipotecario multidivisa se realizó sin ofrecer a los clientes ningún tipo de folleto informativo, ni de oferta vinculante, ni de borrador resumen de la escritura pública de préstamo hipotecario con la suficiente antelación, ni tan siquiera de un documento informativo de riesgos o de comparación de diferentes escenarios alternativos. La única información facilitada a los clientes consistió en un papel realizado a mano por el propio comercial de la entidad demandada en el que se comparaban las cuotas a pagar entre un préstamo en Euros (muy elevadas como consecuencia del Euribor) y un préstamo en yenes japoneses (notablemente inferiores como consecuencia del Libor) y que complementaban la "información" publicitaria ofrecida por Bankinter, S.A. Estas carencias en la información, se aprecian en todo el proceso de contratación (pre-contractual, contractual y post-contractual) y suponen una vulneración de la normativa de protección a consumidores y usuarios, de la normativa bancaria y del mercado financiero así como las normas reguladores de las condiciones generales de contratación. Tanto por la inexistente documentación precontractual como el propio clausulado multidivisa no puede considerarse que por el propio contenido del contrato, los prestatarios puedan conocer con

sencillez la carga económica que realmente se puede suponer del contrato celebrado (la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener) ni la carga jurídica del mismo.

La entidad demandada presentó escrito de contestación a la demanda en la que se oponía a la pretensión de los demandantes alegando la inviabilidad de las pretensiones ejercitadas por la parte actora así como la caducidad de la acción de nulidad por vicio del consentimiento. No fue la demandada quien ofreció a los actores la hipoteca multidivisa, sino que la iniciativa para su contratación partió de la parte demandante. Los demandantes eligieron igualmente por propia iniciativa el yen japonés como moneda de endeudamiento inicial, a pesar de que se podían haber decantado por otra divisa como el franco suizo o incluso endeudarse inicialmente en euros, tal y como había hecho con anterioridad con otra entidad bancaria. La parte actora no solicitó a Bankinter información sobre financiación en general sino sobre la hipoteca multidivisa en particular, con objeto de endeudarse en moneda extranjera. Precisamente, fue la posibilidad del préstamo de pagar en una moneda extranjera lo que movió al prestatario a contratar en abril de 2008 un préstamo multidivisa, evitando así pagar el Euribor, que alcanzó sus máximos históricos en el año 2008 y 2009. La parte actora conocía de antemano el funcionamiento del préstamo en divisas y los riesgos inherentes al mismo. Bankinter advirtió expresamente a la parte actora de que como consecuencia de la apreciación de la divisa frente al euro podía encarecerse el contravalor en euros de la cuota mensual en moneda extranjera y, en consecuencia, también el del capital pendiente. Por parte de Bankinter se facilitó a la parte demandante verbalmente y por escrito una información veraz y completa sobre el funcionamiento del producto y sobre los riesgos que entrañaba su contratación (fluctuación de los tipos de interés, como en cualquier préstamo a interés variable, y fluctuación de los tipos de cambio), así como sobre las consecuencias que dicha fluctuación, en el caso de producirse una apreciación de la divisa de endeudamiento frente al euro, podría tener tanto sobre el contravalor en euros de la cuota del préstamo como sobre el capital pendiente de amortizar. No

se trató de una contratación sorpresiva pues tanto la solicitud de financiación como el documento de primera disposición, están fechados el 8 de noviembre de 2007, cuando el cliente confirma su voluntad de solicitar financiación y se inicia el estudio de viabilidad económica que realiza el correspondiente Departamento de riesgos, y no es hasta tres meses después que se suscribe el préstamo litigioso, en febrero de 2008. La propia escritura del préstamo contiene repetidas advertencias sobre la posibilidad de que pueda producirse un aumento del importe del préstamo pendiente de devolución en su equivalente en euros como consecuencia de la evolución de los tipos de cambio. Del mismo modo, de una simple lectura de las cláusulas de la escritura puede comprenderse fácilmente la mecánica del préstamo.

SEGUNDO.- Los demandantes acumulan varias acciones contra la entidad demandada y así, solicitan expresamente, con carácter principal, que se declare la nulidad parcial del préstamo, en todo lo relativo al clausulado multidivisa, por vicio en el consentimiento; subsidiariamente, que se declare la nulidad de pleno derecho del clausulado multidivisa, por falta de claridad y transparencia; y de forma subsidiaria a todo lo anterior, que se declare la resolución parcial por incumplimiento de obligaciones legales y contractuales.

La parte demandante ejerce la acción de nulidad por vicio del consentimiento, habiéndose invocado por la entidad demandada la caducidad de dicha acción.

Efectivamente, debemos señalar que conforme al artículo 1301 del Código Civil, *"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 [...]"*.

Según la entidad demandada la acción de nulidad ha caducado pues la parte actora con su comportamiento desplegado a lo largo de la vigencia del préstamo, ha reconocido expresamente la validez del mismo y porque ha transcurrido

sobradamente el plazo legalmente previsto para solicitar la nulidad con fundamento en vicios del consentimiento, computando dicho plazo desde que la actora pudo constatar la materialización de los riesgos de cambio.

La problemática que se plantea siempre en estos casos es la de determinar el "dies a quo" y, en este sentido, debemos tener en cuenta la tan nombrada STS de 12 de enero de 2015 que, interpretando el artículo 1301 Código Civil, declaraba:

"Al interpretar hoy el art. 1301 CC 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 CC. »(...) En la fecha en que el art. 1301 CC fue redactado, la 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».

Conforme a esta doctrina, que fue posteriormente ratificada en STS de 7 de julio de 2.015, deviniendo en jurisprudencia, el comienzo del plazo de ejercicio de la acción de anulación por vicio en el consentimiento no podía computarse sino desde que la parte demandante conoció o debió conocer la circunstancia sobre la que versa el error vicio que invoca como motivo de anulación.

En el presente supuesto, aplicando la anterior doctrina nos encontramos con que la acción está caducada. Efectivamente, la parte actora no puede alegar desconocimiento del producto cuando habiendo suscrito el 1 de febrero de 2.008 el préstamo multidivisa con garantía hipotecaria en yenes japoneses ya pudo percatarse de la apreciación del yen respecto del euro en el mismo año 2.008 con reflejo en las cuotas del préstamo. Como señala la entidad demandada y así resulta de la documentación obrante en autos, el recibo del mes de julio de 2008 ascendió a un contravalor en euros de 814,15 €, mientras que ya en diciembre de ese mismo año 2008 ascendió hasta los 1.140,12 euros, alcanzando incluso, en febrero de 2009, los 1.177,85 euros. En consecuencia, los demandantes, a finales del año 2008, tuvieron que percatarse del supuesto error en el que incurrieron.

El cómputo de los cuatro años para el ejercicio de la acción de caducidad (artículo 1.301 Código Civil) comenzaría a producirse cuando se ponen de manifiesto datos objetivos a través de los cuales el prestatario que dice haber sufrido el error puede inferir de modo lógico y utilizando una diligencia media que se ha producido el error, y en caso de la hipoteca

en divisas cuando descubre que se ha materializado un riesgo del que en principio no era consciente, en concreto cuando las cuotas de amortización se ven incrementadas de forma sustancial como consecuencia de la depreciación del euro respecto a la divisa en la que el prestatario se ha endeudado y obligado a pagar las cuotas de amortización. Si este aumento sustancial de las cuotas se comenzó a vislumbrar ya a finales del año 2.008 o primeros del 2.009, es lo cierto que al haberse interpuesto la demanda el 1 de febrero de 2.017 han transcurrido sobradamente los cuatro años por lo que debe entenderse caducada la acción de nulidad por vicio del consentimiento.

TERCERO.- Habiendo sido descartada la acción de nulidad parcial del contrato de préstamo multidivisa con garantía hipotecaria por vicio del consentimiento al haber caducado dicha acción, debemos proceder a analizar la pretendida nulidad por falta de claridad y transparencia lo que conecta esta invocación con la pretendida solicitud de nulidad de pleno derecho de la cláusula multidivisa como condición general de la contratación.

Para un adecuado análisis de la acción que se está ejerciendo, debemos comenzar por exponer la naturaleza del producto objeto de las presentes actuaciones tal y como se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2.015. Efectivamente, la referida sentencia declara 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).*"

En cuanto a la normativa aplicable la STS de 30 de junio de 2015 analiza las características del préstamo para concluir

que es un producto financiero complejo al que resulta de aplicación los deberes regulados en la LMV por trasposición de la directiva MiFID.

Así afirma: "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". (...)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 del cliente"

Sin embargo, esta posición adoptada por el Tribunal Supremo en la conocida Sentencia de fecha 30 de junio de 2.015 no ha sido compartida por la posterior sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de diciembre de 2.015 de la que se deriva que no cabe la aplicación de los deberes de información impuestos por la Ley de Mercado de Valores en relación a productos complejos a los préstamos multidivisas.

Según esta Sentencia C-312/14, asunto Banif Plus Bank en § 53 y ss, una hipoteca denominada en divisas, en *"- la medida en que constituyen actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo- no se encuentran comprendidas en dicha sección A"* (§55), es decir, entre los servicios y actividades de inversión cualquiera de los servicios y actividades enumerados en la sección A del anexo I mencionado por el art. 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo. El TJUE entiende en § 56 que operaciones como las que describe el préstamo con garantía hipotecaria de autos *"- se limitan a la conversión, sobre la base del tipo de cambio de compra o de venta de la divisa considerada, de los importes del préstamo y de las mensualidades expresadas en esta divisa (moneda de cuenta) a la moneda nacional (moneda de pago)"*, y en §57 que *"Tales operaciones no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, a saber, la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital más los intereses por el prestatario. La finalidad de estas operaciones no es llevar a cabo una inversión, ya que el consumidor únicamente pretende obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio y no, por ejemplo, gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio"*

de una divisa".

Concluye en su fallo declarando que: *"El artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad"*.

Cierta es la contradicción de las dos resoluciones referidas, pero debe tenerse en cuenta que conforme al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la UE la competencia para interpretar el derecho comunitario corresponde la TJUE y el propio artículo 4 bis. 1 LOPJ establece que *"Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea."* (Artículo 4 bis introducido por el apartado dos del artículo único de la L.O. 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial («B.O.E.» 22 julio).

En consecuencia, entiende el Juzgador que no cabe la aplicación a los llamados préstamos multidivisas de los deberes de información regulados en la Ley del Mercado de Valores en su redacción tras la entrada en vigor de la Ley 47/2007 por la que se transponía al derecho español la directiva MiFID Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril.

CUARTO.- Sentada la naturaleza del producto contratado con arreglo a la jurisprudencia emanada por el TJUE, y descartada la nulidad por vicio del consentimiento, debemos entrar a valorar la invocada nulidad de la cláusula multidivisa desde el punto de vista de la abusividad por la falta de transparencia.

Como bien es sabido, el artículo 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, establece que *"la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible"*.

Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen 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, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación. Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio.

El artículo 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad (*«la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible»*), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor,

consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

El Tribunal Supremo en la conocida Sentencia de 9 de mayo de 2013, citando otras tales como la STS 861/2010 o 406/2012, señaló que el hecho de que las cláusulas se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que estas se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo. Así, nuestra legislación define las Condiciones Generales de la Contratación como *"cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos"* (art. 1 LCGC).

Asimismo, como segunda premisa, la precitada Sentencia puso de manifiesto que el conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, sin perjuicio de otras posibles consecuencias - singularmente para el imponente- no obligaría a ninguna de las partes, así como que no excluye la naturaleza de condición general de la contratación el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.

La cláusula objeto de las presentes actuaciones es parte inescindible del precio lo que como, norma general, impediría un control de abusividad (artículo 4.2 de la Directiva 93/13). Ahora bien, como señala el Tribunal Supremo, ello no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia que seguidamente se expone.

Dicha sentencia indicaba que dentro de nuestro derecho nacional "las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC-"[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez"-, 7 LCGC-"[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]"

Además del filtro de incorporación, conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la "carga jurídica" del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

Continuaba argumentando la referida Sentencia que la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación de un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas.

En el presente supuesto, una detenida lectura de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria lleva a la conclusión de que no existe dificultad alguna en la comprensión de los términos gramaticales en los que está

redactada la escritura por lo que debemos entender que la cláusula multidivisa supera el control de incorporación a que anteriormente nos referíamos por lo que la problemática se desplaza a determinar si supera el control de transparencia en el sentido de que el consumidor llegara a tener un cabal conocimiento de las consecuencias económicas y jurídicas del contrato suscrito con la entidad demandada al amparo de la información que le fue suministrada.

Analizando la prueba practicada en autos, nos encontramos con que los demandantes suscribieron una escritura pública de préstamo hipotecario el 1 de febrero de 2.008, préstamo que fue concedido por un principal de 34.557.241 yenes atendiendo al tipo de cambio del segundo día hábil anterior a la fecha de contratación, lo que determinó que ese importe de yenes representara en el momento de suscripción del préstamo multidivisa la cantidad de 215.800 euros, recogiendo el cálculo del tipo de interés aplicable a los préstamos en divisas en la Cláusula 3ª, apartado a.2, en el que se indica que *"el tipo de interés aplicable a este préstamo se determinará mediante la adición de dos sumandos: el tipo de referencia constituido por el LIBOR y el diferencial"* para, a continuación, exponer que el LIBOR es el tipo de referencia del Mercado Interbancario de Londres y que *"en cada período de amortización o liquidación de intereses, el tipo de interés variará conforme cambie el tipo de referencia LIBOR"*. En el Exponendo III de la escritura se recoge expresamente que: *"Los prestatarios conocen y aceptan que la sustitución de la divisa utilizada no supondrá la elevación del límite pactado inicialmente ni reducción del riesgo en vigor, salvo en caso de efectiva amortización. Por tanto, el prestatario reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del contrato, exonerando a BANKINTER, S.A. de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en EUROS pueda ser superior al límite pactado."*

Los demandantes, tenían
concertado, con anterioridad al préstamo objeto de las

presentes actuaciones, otro préstamo con la entidad "Caja de Ahorros de Asturias", según resulta de la propia escritura de préstamo con garantía hipotecaria por lo que, en principio, no necesitaban acudir a la entidad bancaria demandada y si lo hicieron fue por considerar más ventajosa la operación que iban a realizar.

Siendo esto así, no cabe duda de que el Juzgador debe hacer un examen de la prueba practicada en autos para determinar si, en el concreto supuesto de autos, existe la transparencia exigida legalmente para no calificar a una cláusula como abusiva. Esto es, debemos examinar si los demandantes llegaron a tener un cabal conocimiento del real alcance económico y jurídico de la cláusula que estaban suscribiendo una vez que ya hemos hecho un examen positivo del control de incorporación al resultar la cláusula clara y sencilla de entender, aunque no en todos sus extremos.

Ciertamente que, de la lectura del contrato de préstamo suscrito con Bankinter, S.A, podemos llegar a la conclusión de que, en principio, las cláusulas que fijan el importe del préstamo en euros y su equivalente en la divisa elegida que fue el yen japonés, su devolución, el tipo de interés que se obtendría aplicando al índice de referencia que era el Libor, para el caso de que se fijara en divisas, un diferencial, la fecha en que se hacía el cálculo en divisas al tipo de cambio vendedor e incluso la posibilidad de modificar la divisa al finalizar cada periodo de amortización cumplen los requisitos exigidos en el artículo 5 de la LCGC; y tiene una redacción clara y comprensible.

Sin embargo, como se expone en la ST de la sección 13ª de la AP de Madrid de 12 de septiembre de 2016 analizando un préstamo hipotecario multidivisas, también de Bankinter, aunque se explica con sencillez el mecanismo de cambio o sustitución de la divisa elegida, y la forma en que pueden hacerlo, las cláusulas que se refieren no ya al cambio de moneda, sino a la forma de calcular los intereses que se devengan en dichos supuestos son complicadas y oscuras, pues parece de una parte que el referido cambio de divisa no va a suponer ninguna

elevación del préstamo y, sin embargo, la afectación a los saldos pendientes de cambio parece indicar justamente lo contrario. En el mismo Exponendo de la escritura se dice que *"el prestatario reconoce que este préstamo está formalizado en divisas por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del contrato exonerando a Bankinter S.A. de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en la divisa elegida pueda ser superior al límite pactado"* y el equívoco se patentiza cuando a continuación sigue diciendo que *"si se produjera dicho exceso, el Banco podrá ejercer la facultad de resolución recogida en la cláusula 7ª de las financieras"* de forma que el Banco puede resolver el contrato cuando el contravalor en la divisa elegida sea superior al "límite pactado", "límite" que se ignora si se refiere solo al cubierto por garantía hipotecaria o al de la deuda existente en ese momento. La redacción es también en este extremo confusa o poco clara.

No obstante lo anteriormente expuesto, debemos determinar si los actores como consumidores al tiempo de celebrar el contrato conocían todos los riesgos asociados al tipo de cambio.

Este Juzgador ya ha tenido ocasión de examinar otras reclamaciones derivadas de cláusulas multidivisas en contratos de préstamos con garantía hipotecaria y, generalmente, lo ha hecho en el sentido de desestimar las referidas demandadas atendiendo a las concretas circunstancias que concurrían en los referidos casos. Con ello quiero significar que el hecho de plantear una demanda referida a un préstamo con cláusula multidivisa no determina necesariamente su desestimación pues el éxito de la pretensión entablada va a depender no solo de la clase de acción que se ejercite, sino sobre todo de la prueba practicada en autos que lleve a la convicción del Juzgador que nos encontramos ante una cláusula que supera el control de transparencia al haber recibido el consumidor información suficiente sobre el alcance económico y jurídico de la operación financiera que se está contratando o que, por el contrario, no se haya recibido esa información. Como señala la

reciente sentencia del TJUE de fecha 20 de septiembre de 2017 (asunto C-186/16) "por lo que respecta a los préstamos en divisas como los controvertidos en el litigio principal, es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistémico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1) (DO 2011, C 342, p. 1), que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero (Recomendación A- Conciencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1)."

Para poder determinar si los demandantes recibieron una información adecuada al tipo de producto que estaban contratando debemos atender a la normativa aplicable al supuesto de autos que, como hemos indicado anteriormente, no contempla la normativa MIFID según las últimas resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero si otra normativa como 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; la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (artículos 1,2,5,6,7,8; la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (artículo 48.2), modificado por las Leyes 44/2002, de 22 de noviembre y 41/2007, de 7 de febrero. En el referido artículo se dispone que los contratos entre las entidades de crédito y la clientela se formalizarán por escrito debiendo reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y sus derechos ante las eventualidades propias de cada clase de operación, en especial las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras (a); imponer la entrega al cliente de un ejemplar del contrato debidamente suscrito por la entidad de crédito (b); efectuar la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las

entidades de crédito a préstamos a intereses variables (c); determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, tal información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si se ajustan a sus necesidades y cuando puede verse afectada su situación financiera (d) y la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de condiciones de los préstamos hipotecarios, que complementa la de 12 de diciembre de 1989, cuya finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes conciertan préstamos hipotecarios, exigiendo a las entidades de crédito la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos, cuyo contenido mínimo será el establecido en el Anexo I de dicha Orden -artículo 3-. Así como efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo -artículo 5-. En el artículo 6 se especifica el contenido al que deben sujetarse las cláusulas financieras, que no pueden desvirtuarse en perjuicio del prestatario, remitiéndose al Anexo II. Si el préstamo está denominado en divisas el notario deberá advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio, explicándolo materialmente de un modo comprensible para el prestatario, el cual tiene derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento (artículo 7).

No cabe duda de que cualquier ciudadano medio conoce los riesgos de fluctuación de las divisas y que el tipo de cambio entre la divisa escogida y el euro puede variar y ello se va a reflejar en su cuota de amortización. Sin embargo, existen otros riesgos que deben ser valorados cuando los ingresos del consumidor se perciben en euros, y no en la divisa en la que se ha fijado el préstamo, y entre ellos el recálculo permanente del capital pendiente y que puede dar lugar, como en este caso,

que tras varios años de vigencia del contrato a pesar de las cuotas abonadas, el valor en euros del capital pendiente haya aumentado. Debe examinarse, por lo tanto, si los consumidores conocieron el alcance y carga económica que implicaba el préstamo en divisas contratado.

En el presente supuesto nos encontramos con que no consta que a los demandantes se les entregara oferta previa vinculante que les hubiera permitido buscar asesoramiento de terceros sobre la conveniencia de sustituir la hipoteca tradicional que tenía en euros por una hipoteca multdivisa para lograr un abaratamiento en las cuotas.

Tampoco consta que se diera a los actores una información verbal suficiente. El testigo, , agente de Bankinter, comercializó este producto habiendo manifestado en el acto del juicio que se asesoró a los demandantes pero este testimonio carece de la credibilidad suficiente para llegar a la conclusión de que la información recibida por los demandantes fuera suficiente. El testigo, como agente de Bankinter, tiene un cierto interés en la causa al haber comercializado el producto. Este testigo reconoció, además, que se trataba de un producto de riesgo y que Bankinter tenía unas condiciones especiales para algún colectivo como el de Policías Municipales o bomberos. No obstante, cuando se le han hecho preguntas concretas sobre la contratación objeto de las actuaciones, no ha sabido precisar y así al mostrársele el folleto de publicidad para el colectivo de policías, no ha recordado dicha publicidad, como tampoco ha sabido precisar el tipo de información que se proporcionó atendiendo a los años transcurridos desde la contratación. Preguntado sobre el documento número 8 de la demanda, ha reconocido que se trata de una simulación favorable aunque también ha añadido que "probablemente" tenga también otra desfavorable, no habiendo precisado tampoco si se entregaba oferta vinculante o el folleto informativo a que se refiere el artículo 3 de la Orden de 1.994.

No consta que se les hicieran a los demandantes simulaciones con diversos escenarios, no sólo favorables, sino

también adversos para que pudieran valorar el impacto de la fluctuación del tipo de cambio no sólo en la cuota, sino también y lo que es más importante en el capital. Como señala la parte demandante, la única información facilitada consistió en un papel en el que se comparaban las cuotas a pagar entre un préstamo en Euros (muy elevadas como consecuencia del Euríbor) y un préstamo en yenes japoneses (notablemente inferiores como consecuencia del Libor) y que complementaban la "información" publicitaria ofrecida por Bankinter, S.A, (documentos nº7 y nº8). En relación con esta cuestión se ha incidido por Bankinter en el juicio en que es un préstamo en divisas y que se abona en la misma divisa, y que el capital prestado va disminuyendo en esa divisa. Ese argumento podría ser válido para quien obtiene sus ingresos en la divisa en la cual se ha fijado el préstamo, pero es evidente que si el consumidor percibe sus ingresos en euros, y en este caso, no se ha probado lo contrario, la carga real económica se conoce cuando se fija el equivalente en euros, y en este caso, por más que se afirme que el capital ha disminuido, lo cierto es que actualmente adeudan un importe superior en euros que cuando se inició el contrato.

En el presente supuesto, en la escritura pública tampoco se subsanó este déficit de información pues el notario se limita a advertir sobre el riesgo del tipo de cambio, pero no basta con indicar que existe un riesgo de tipo de cambio, sino que el mismo ha de ser cuantificado con simulaciones sobre su efecto tanto en el nominal del préstamo como en la cuota mensual. La identificación de un riesgo de forma genérica sin la valoración de su impacto cuantitativo no sirve de nada al cliente bancario quien no puede estimarlo sin la cooperación activa de su entidad financiera.

En este caso, tampoco consta que los clientes acudieran a la entidad con asesoramiento externo pues la intervención de no dejó de ser la de un agente comercial de la entidad demandada. Por otra parte, el hecho de que la iniciativa para contratar partiera de los propios clientes no exonera al Banco de prestar toda la información necesaria para que el cliente pueda tener un conocimiento de la carga financiera que asume y

de los riesgos del préstamo. No podemos olvidar la existencia de una publicidad dirigida al cuerpo de policía (doc.2 aportado en la audiencia previa) en el que se presentan los préstamos multidivisas como una alternativa al préstamo hipotecario tradicional, asumiendo el riesgo de cambio para beneficiarse de las ventajas de una moneda con un tipo de interés sensiblemente inferior al euro, pero sin especificar los riesgos y, además, encabezando la publicidad poniendo de manifiesto la posibilidad de pagar 323 euros menos que su cuota actual para una hipoteca de 200.000 euros. La entidad demandada desplazó el foco de atención de los consumidores sobre elementos secundarios como era la momentánea bajada de la mensualidad.

Los actores, por sus profesiones, policías locales, no se les presupone una especial formación financiera y por ello la información recibida sobre el préstamo que iban a contratar era fundamental para percibir la carga financiera que asumían.

Tampoco consta acreditado que se les informase que el cambio de divisa, supone una consolidación de las pérdidas acumuladas como consecuencia de la apreciación de la divisa frente al euro.

La entidad demandada, única que podía hacerlo, no solicitó el interrogatorio de los demandantes hurtando así al Juzgador de la posibilidad de averiguar cuál fue el verdadero alcance de la información suministrada por la entidad bancaria y, sobre todo, si los actores llegaron a hacerse una representación real del alcance económico y jurídico de la cláusula multidivisa. En definitiva, puede concluirse que, de la prueba practicada en autos se llega a la conclusión de que pese a que nos encontramos ante una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, se le dio un tratamiento inapropiado, lo que pudo implicar que los demandantes no percibieran la verdadera relevancia y riesgo que podía tener en el funcionamiento ordinario del contrato, ni se les explico los riesgos y forma de funcionamiento de la cláusula multidivisa.

Por otra parte, el pago de las cuotas o los cambios de divisa no son actos confirmatorios del contrato. Según la SAP

Burgos, sección 2, del 05 de abril de 2017: "los pagos realizados por el ahora actor desde la celebración del contrato y el cambio de divisa realizado [...] no reúnen los requisitos que la jurisprudencia pone para poder ser tenido como acto propio vinculante, es decir expresivo del consentimiento, pues los mismos han de realizarse con el firme propósito de crear, modificar o extinguir algún derecho, definiendo unilateralmente la situación y posición jurídica del autor de los actos, que necesariamente deber ser concluyentes e indubitados, respondiendo a una conducta convincente para definir inalterablemente la situación jurídica de que sí los emite [...] La realización de los pagos y el cambio de divisa (en menos de una año del inicio del contrato) constituye un mero intento de rebaja del importe de las cuotas a satisfacer por el préstamo como intento en definitiva de evitar la posible ejecución por la entidad bancaria de la hipoteca, con el consiguiente perjuicio del prestatario, por lo que en modo alguno esos actos suponen ni la confirmación del contrato, ni la realización de actos inequívocos que permitan aplicar la doctrina de los actos propios [...]. Y en similar sentido se pronuncia la SAP Zamora, sección 1, del 10 de abril de 2017.

Por ello y al no superar el doble control de transparencia procede declarar la nulidad por abusividad del clausulado multidivisa, estimando, en consecuencia, la acción que con carácter subsidiario entabló la parte actora.

QUINTO.- Como se señala en la sentencia de la sección 9ª de la AP de Madrid de 18 de mayo de 2017 la nulidad de las cláusulas multidivisas no debe comportar necesariamente la nulidad total del préstamo hipotecario con restitución recíproca de las prestaciones, sino tan sólo la nulidad de las referidas cláusulas, pues sin necesidad de "reintegrar" el contrato (proscrito por la jurisprudencia Europeo salvo sustitución por disposición supletoria nacional), basta simplemente con acudir a las propias previsiones contractuales"

En este caso procederá la aplicación de la normativa prevista en el propio contrato para su funcionamiento en euros. Así se expone también en la SAP de Madrid sección 12ª de fecha

24 de mayo de 2017 según la cual "la escindibilidad de las cláusulas de divisa en casos como el presente es evidente, pues las partes (a través de las cláusulas predisuestas por la demandada) previeron también el funcionamiento del préstamo en euros, conteniendo, al respecto, todos los elementos (principal, interés remuneratorio y de demora, plazo, etc.) precisos para que pudiera ejecutarse el contrato si se optara por esa moneda, siendo, además, una opción reconocida al deudor, de modo que se ha de suponer que al acreedor le era indiferente (y de ahí las reiteradas protestas de la demandada de no ganar nada por la concesión del préstamo en divisa) que el préstamo siguiera nominado en una u otra moneda, por lo que no cabe considerar concurrente ningún supuesto de enriquecimiento injusto. Con ello, en fin, no se hace un contrato "a la carta", sino un contrato que respeta la normativa aplicable, y que en su misma redacción lleva consigo la posibilidad de que se hubiera pactado en la moneda de curso legal en nuestro País, de modo que basta con que se active, de manera retroactiva (artículo 1.303 del Código Civil) esa posibilidad de nominación del contrato en euros, y con referencia al euríbor. Siguen esta misma solución, entre otras, las Sentencias de esta Audiencia de la Sección 11ª, de 26 de septiembre, la de la Sección 13ª, de 12 de septiembre de 2.016 o de la Sección 9ª, de 3 de junio de 2.016."

Procede, pues, estimar la demanda en cuanto solicita la nulidad parcial con la consecuencia de nueva liquidación del préstamo como si desde un principio hubiera funcionando en euros, con las condiciones pactadas para tal contingencia, (el EURIBOR con un diferencial de 0'45) con la devolución, si así resultara, del saldo o exceso al prestatario.

SEXTO.- Las costas se impondrán de conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLO

Que, estimando, íntegramente, la demanda interpuesta por la Procuradora Doña Sara Navas Zoya, en nombre y representación de declaro la nulidad de pleno derecho del clausulado multidivisa del préstamo suscrito por los demandantes el 1 de febrero de 2.008 ante el Notario por falta de claridad y transparencia, conllevando como efecto propio de la nulidad, la declaración de que queda referenciado únicamente a euros, manteniendo el resto de pronunciamientos que no implican cláusulas multidivisa, declarando 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 QUINCE MIL OCHOCIENTOS EUROS (215.800,00 €) la cantidad amortizada hasta la fecha de la sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiendo que el préstamo lo fue de DOSCIENTOS QUINCE MIL OCHOCIENTOS EUROS (215.800,00 €) 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 imposición a la demandada de las costas procesales causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes, cuyo original quedará registrado en el Libro de Sentencias quedando testimonio de la misma en estos autos.

Esta sentencia no es firme y contra la misma podrá interponerse, en este Juzgado, recurso de apelación que deberá plantearse ante este Juzgado en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación.

De conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial añadida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, para poder interponer el recurso de apelación contra

la presente sentencia deberá acreditarse, al tiempo de interponerse el recurso, la constitución de un **depósito de CINCUENTA EUROS (50 €)** en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado con apercibimiento de que, de no acreditarlo, se procederá a la inadmisión del recurso. Solo quedan exentos de la constitución de este depósito el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales y Organismos autónomos dependientes de todos ellos así como todas aquellas personas que tengan reconocido el beneficio de justicia gratuita.

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

PUBLICACION.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública. Doy fe.