Administración de Justicia

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 67 DE MADRID
Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 7 - 28020
Tfno: 914932872
Fax: 914932876

(01) 30665878343

42020310
NIG: 28.079.00.2-2016/0092482
Procedimiento: Procedimiento Ordinario 664/2016
Materia: Contratos en general

Demandante: ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS
PROCURADOR D./Dña. RAMON VALENTIN IGLESIAS ARAUZO
Demandado: BANKINTER SA
PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

SENTENCIA Nº 317/2017

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. MARTA DÍEZ PEREZ-CABALLERO

En la ciudad de Madrid a 31 de julio del año dos mil diecisiete.

Vistos por la Sra. Dña. MARTA DÍEZ PÉREZ-CABALLERO, Magistrada-Juez de Primera Instancia del Juzgado número Sesenta y Siete de esta Ciudad y su partido, los presentes autos de Juicio Ordinario nº 664/2016, seguidos a instancias de la Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN), actuando en interés de su asociado, D. [redacted] representado por el Procurador D. Ramón Valentín Iglesias Arauzo, contra Bankinter S.A., representada por la procuradora Dª Rocío Sampere Meneses.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN), actuando en interés de su asociado, D. [redacted] representado por el Procurador D. Ramón Valentín Iglesias Arauzo, se formuló demanda de Juicio Ordinario contra Bankinter S.A., en la que, por medio de párrafos separados exponía los hechos en que fundaba su pretensión, acompañaba los documentos pertinentes y hacía alegación de los fundamentos de derecho que entendía aplicables al caso y finalizaba con la súplica de que, tras su legal tramitación se dictara Sentencia por la cual y estimando íntegramente sus pretensiones:

A) Con carácter principal:
- Se declare la nulidad o anulabilidad de la cláusula u opción multidivisa del préstamo hipotecario suscrito con el demandante, bien sea por incumplimiento de normas imperativas o prohibitivas, bien por el dolo con que operó la entidad o el error en que incurrieron los

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12221874882423371415 47

Madrid

consumidores en la suscripción del producto, o por la declaración de abusividad o falta de transparencia de dichas cláusulas, en los términos descritos en la demanda.

Asimismo que se declare la nulidad o no incorporación del resto de cláusulas abusivas o poco transparentes incorporados en el contrato, que de oficio sean apreciados por el Juzgador.

- En virtud de lo anterior, interesa la condena a la entidad demandada a eliminar de su contrato la citada condición general sobre la opción multidivisa y sus accesorias o cualquiera otras que, con independencia de los términos en que esté redactada y el nombre que se les dé, produzca el mismo efecto y a prohibir su utilización futura. Del mismo modo que se condene a eliminar del contrato el resto de las cláusulas consideradas abusivas.

- Interesando la condena de la 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 declarada nula, 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, como la elaboración de la tabla comparativa entre lo efectivamente abonado por todos los conceptos y lo que se tendría que haber abonado y corriendo con todos los gastos que se deriven del cumplimiento del fallo.

- Conforme a lo dispuesto en el artículo 22 LGCC, para el caso de estimarse la nulidad de las cláusulas en base a esta norma, que se dicte mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia estimatoria en el mismo.

- Todo ello con el pago de las costas causadas.

B) Con carácter subsidiario, interesa 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. Con expresa condena en costas.

C) En su defecto, para el caso de considerar 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 multidivisa que el consumidor tiene suscrita con la demandada, según las pautas indicadas anteriormente o el mejor criterio del Juzgado.

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

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte demandada, emplazándola por el término de veinte días para contestar, compareciendo dentro del plazo concedido, formulando oposición a las pretensiones de contrario, solicitando su desestimación. Alegando la excepción de caducidad de la acción de anulabilidad ejercitada.

TERCERO.- Convocados los litigantes para la celebración de la audiencia previa, el día señalado comparecieron ambas partes personadas, poniendo de manifiesto la subsistencia del litigio y la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre ambos.

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12221874882423371415 47

Continuando la celebración de la audiencia, una vez fijados los hechos controvertidos, se recibió el procedimiento a prueba, proponiéndose por la parte actora: documental, más documental, pericial y testifical. Por la parte demandada: documental, interrogatorio de parte y testifical. Siendo declarada pertinente en su integridad, si bien no se consideró necesaria la ratificación del perito de la demandante.

CUARTO.- Por Auto de 28 de febrero de 2017 se resolvió en relación con la medida cautelar solicitada, denegando la anotación preventiva de la demanda en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

QUINTO.- El día señalado para la celebración de vista se practicó la prueba declarada pertinente con el resultado que obra en autos, y previo informe de las partes quedaron las presentes actuaciones conclusas para dictar sentencia.

SEXTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han respetado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercitan en el presente caso sendas acciones en relación con la Escritura de Préstamo Hipotecario suscrito entre las partes el 29 de junio de 2007, en particular las cláusulas de opción multidivisa y cláusulas relacionadas con la misma, recogidas en el citado contrato.

1.- Con carácter principal interesa se declare la nulidad o anulabilidad de la cláusula u opción multidivisa del préstamo hipotecario suscrito con el demandante, bien sea por incumplimiento de normas imperativas o prohibitivas, bien por el dolo con que operó la entidad o el error en que incurrieron los consumidores en la suscripción del producto, o por la declaración de abusividad o falta de transparencia de dichas cláusulas, en los términos descritos en la demanda.

Interesando a su vez que se declare la nulidad o no incorporación del resto de cláusulas abusivas o poco transparentes incorporados en el contrato, que de oficio sean apreciados por el Juzgador.

En virtud de lo anterior, interesa la condena a la entidad demandada a eliminar de su contrato la citada condición general sobre la opción multidivisa y sus accesorias o cualquiera otras que, con independencia de los términos en que esté redactada y el nombre que se les dé, produzca el mismo efecto y a prohibir su utilización futura. Del mismo modo que se condene a eliminar del contrato el resto de las cláusulas consideradas abusivas.

Interesando la condena de la 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 declarada nula, actualizado con los intereses legales correspondientes. A tal fin se condenará a la entidad a

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12221874882423371415 47

estar y pasar por esta declaración, adoptando al efecto las medidas necesarias, como la elaboración de la tabla comparativa entre lo efectivamente abonado por todos los conceptos y lo que se tendría que haber abonado y corriendo con todos los gastos que se deriven del cumplimiento del fallo.

Además y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 LGCC, para el caso de estimarse la nulidad de las cláusulas en base a esta norma, que se dicte mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia estimatoria en el mismo.

- Todo ello con el pago de las costas causadas.

2.- Con carácter subsidiario, interesa 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 demandante los daños y perjuicios producidos, con expresa condena en costas y demás consecuencias legales.

3.- En su defecto, para el caso de considerar 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 multidivisa que el consumidor tiene suscrita con la demandada, según las pautas indicadas anteriormente o el mejor criterio del Juzgado.

Como fundamento de su pretensión sostiene la parte demandante que, a mediados del año 2007 tenía la intención de adquirir un inmueble para convertirlo en su vivienda habitual, por lo que se dirigió a la entidad demandada para solicitar la financiación necesaria. En ese momento, Bankinter tenía un acuerdo especial para trabajadores del sector aéreo, por lo que le ofrecieron la contratación de una hipoteca multidivisa, siendo informado que pagarían cuotas mensuales menores que con una hipoteca tradicional.

Añade que, a pesar de su perfil conservador y carencia de conocimientos financieros, en el momento de la contratación no recibió información alguna en relación con los riesgos de la operación, limitándose a exponer sus ventajas, indicando que la cuota a pagar sería inferior, al tener el LIBOR como índice de referencia, sin advertirle de las posibles consecuencias derivadas de la fluctuación de la moneda. Exponiendo las ventajas de contratar en Francos Suizos, al tratarse de una moneda fuerte, sin mostrar siquiera los posibles escenarios de su evolución. Por lo que se ofreció una información parcial y sesgada del producto.

En particular no fue advertido de la posibilidad, en el caso de no evolucionar la divisa en el sentido indicado, que podía encontrarse años después con una deuda superior a la solicitada inicialmente. Riesgo que, de haber sido conocido, hubiera implicado que no contratara la hipoteca.

Indica a su vez que no consta firmada la oferta vinculante (documento 2 de la demanda) y que, en el momento de la firma ante Notario no se realizó ningún tipo de advertencia especial sobre los riesgos del producto, incumpliendo las obligaciones de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia en los préstamos hipotecarios.

Además del indebido asesoramiento previo, añade que la información postcontractual fue muy deficiente, limitándose a remitir resúmenes informativos sobre la evolución del préstamo (documento 6).

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12221874882423371415 47

Administración de Justicia

Expone que Bankinter no le entregó información sobre sus previsiones internas, aportando un informe pericial para justificar que el producto ofrecido era complejo, apto únicamente para inversores cualificados (no minoristas), con elevados conocimientos en los mercados internacionales, política monetaria y economía, que admitan un alto grado de exposición al riesgo

El Banco demandado ha formulado expresa oposición a las pretensiones de contrario, solicitando su desestimación. Alegando con carácter previo la inviabilidad de las pretensiones formulada en la demanda, la nulidad parcial del acuerdo suscrito, además de carecer de la concreción necesaria que debe presidir cualquier solicitud de nulidad parcial.

Invocando a su vez la excepción de caducidad de la acción de anulabilidad ejercitada, al haber transcurrido más de cuatro años desde que pudo comprender las características y riesgos del contrato suscrito, en este caso del riesgo del tipo de cambio. Fijando el *dies a quo* en el momento en que la prestataria puedo constatar la materialización de los riesgos del cambio, hace más de cuatro años.

Sin perjuicio de lo cual sostiene que no se ha acreditado la existencia de error como vicio en el consentimiento determinante de nulidad, además de no reunir los requisitos de esencialidad e invencibilidad jurisprudencialmente exigidos.

Del mismo modo, considera inviable las pretensiones formuladas con carácter alternativo o subsidiario, al considerar que Bankinter no ha vulnerado normativa alguna que le pudiera ser exigible, además de no existir instrumento derivado alguno en el préstamo litigioso. Añadiendo que el resultado económico del préstamo ha venido motivado por la evolución de los tipos de cambio e interés, siendo variables completamente ajenas al control de la entidad bancaria.

Considera que tampoco concurren los incumplimientos normativos que se le atribuyen, no se ha acreditado el carácter abusivo de las cláusulas de la escritura relativas a divisas, no siendo posible la aplicación de la cláusula “rebus sic stantibus”.

SEGUNDO.- NATURALEZA DE LA HIPOTECA "MULTIDIVISA".

Se discute en el presente caso la eficacia de una cláusula inserta en una **Hipoteca multidivisa,** figura jurídica que, como desarrolla la Sentencia del Tribunal Supremo Pleno de 30 de junio de 2015, es una modalidad del **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).

Como expone la citada resolución, 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.

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12221874882423371415 47

Madrid

También se realiza en la citada resolución un exhaustivo estudio de esta modalidad de contrato, indicando que utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, esta modalidad de préstamo dificulta "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 prestatarios 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.

Según aclara la repetida Sentencia, **los riesgos de este tipo de préstamo exceden por tanto de los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros** pues, **al de variación del tipo de interés, se añade el de fluctuación de la moneda**. Riesgo este último que supone no únicamente que el importe en euros de la cuota de amortización periódica pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro, sino también que el prestatario pueda llegar a adeudar al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo. Porque las fluctuaciones de la moneda extranjera implican un recálculo constante del capital pendiente de amortización, al servir el tipo de cambio de la divisa para fijar su importe en euros.

De acuerdo con las citadas premisas, las "hipotecas multidivisas" han sido objeto de diferentes resoluciones judiciales que han destacado la considerable complejidad que las mismas entrañan para clientes minoristas sin la adecuada formación financiera, por cuanto es necesario conocer la operativa de referencias como el Libor (London Interbank Offerd Rate, o tasa de interés interbancaria del mercado de Londres), así como de los diversos factores que inciden en su variación, sobre los que el común de los ciudadanos carece de la necesaria información, siendo una de las cuestiones más controvertidas, si este tipo de hipotecas están o no sometidas a la normativa MIFID, como posible "derivado financiero".

En este sentido, aunque la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015 lo caracterizaba como un derivado financiero sujeto a la normativa MIFID, en Sentencia posterior del T.J.U.E. de 3 de diciembre de 2015 en el asunto C-312/14 se llega a conclusiones diametralmente opuestas, al plantearse la cuestión de si las operaciones efectuadas por una entidad de crédito, consistentes en la conversión en moneda nacional de importes expresados en divisas, para el cálculo de los importes de un préstamo y de sus reembolsos, conforme a las cláusulas de un contrato de préstamo relativas a los tipos de cambio, pueden calificarse de «servicios o de actividades de inversión» en el sentido de la Directiva 2004/39.

Considera el T.J.U.E. que, conforme a esta disposición, constituyen servicios y actividades de inversión cualquiera de los servicios y actividades enumerados en la sección A del anexo I de esta Directiva en relación con cualquiera de los instrumentos enumerados en la sección C del mismo anexo.

Precisando que, en la medida en que constituyen actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo denominado en divisas, las operaciones controvertidas no se encuentran comprendidas en dicha sección

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12221874882423371415 47

A. Añade que, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, estas operaciones 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).

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.

Por lo tanto, **las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato**, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste.

TERCERO.- INVOCACIÓN DE ERROR COMO VICIO DEL CONSENTIMIENTO.

En el presente caso la parte demandante interesa, entre otras pretensiones, la declaración de nulidad o anulabilidad, del clausulado de la opción multidivisa contenida en la escritura de préstamo hipotecario suscrito, alegando, entre otros extremos, que su consentimiento estaba viciado al concurrir error o dolo**,** al sostener que no había recibido una información veraz, suficiente, clara y no engañosa, en relación con el producto contratado, en particular sobre los riesgos que llevaba aparejado, aunque el perfil del actor distaba mucho de ser un experto bancario. Apreciando que la concurrencia de un posible vicio del consentimiento se vinculaba a su vez con el deber de información que correspondía a la entidad bancaria contratante.

Uno de los motivos que da lugar a la nulidad del contrato por defectos del consentimiento es el **error,** como establece expresamente el artículo 1261 del Código Civil, si bien para que el error invalide el consentimiento, según el artículo 1266 del mismo texto legal, es necesario que recaiga sobre la sustancia del objeto del contrato o sobre aquellas condiciones del mismo que principalmente hubieren dado lugar a su celebración.

En este sentido, viene sosteniendo la jurisprudencia que ha de derivar de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar (Sentencias de 10 de abril de 1999, 18 de abril de 1978, 16 octubre 1923 y 27 octubre 1964, de 1 julio 1915 y 26 diciembre), no ser imputable a quien lo padece (Sentencias de 21 octubre 1932 y 16 diciembre 1957) y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado (Sentencias de 14 junio 1943 y 21 mayo 1963).

Por otra parte, sostiene asimismo la jurisprudencia, para ser invalidante el error padecido en la formación del contrato, además de ser esencial ha de ser excusable, requisito que el Código no menciona expresamente y que se deduce del principio de buena fe, consagrado en el artículo 7 del Código Civil. Es inexcusable el error (Sentencias de 4 enero 1982, 18 febrero 1994, entre otras), cuando pudo ser evitado empleando una diligencia media o

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12221874882423371415 47

regular. De acuerdo con los postulados del principio de la buena fe, la diligencia ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso, incluso las personales, y no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante pues la función básica del requisito de la excusabilidad es impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, trasladando entonces la protección a la otra parte contratante, que la merece por la confianza infundida en la declaración.

La apreciación del error sustancial en los contratos ha de hacerse con criterio restrictivo cuando de ello dependa la existencia del negocio, apreciación que tiene un sentido excepcional muy acusado (Sentencias 30 mayo 1991, 8 mayo 1962 y 14 mayo 1968, entre otras), ya que el error implica un vicio del consentimiento y no una falta de él.

Habiendo sido **vinculado en este caso la concurrencia de error con la supuesta falta de información facilitada por la entidad bancaria demandada**, procede destacar a su vez, de acuerdo con la más reciente doctrina jurisprudencial, no cabe una equiparación sin matices entre uno y otro. Como expone la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2014, en criterio mantenido en posteriores resoluciones, 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. Precisando que **lo que vicia el consentimiento no es, propiamente, el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar sino la falta de conocimiento por el cliente** (como aquí, minorista) **del producto contratado y de sus riesgos** (en el caso analizado se trataba de un producto financiero complejo), por lo que en el caso examinado concluyó que cabía presumir el error -con los requisitos de esencial y excusable- ante la omisión de la imprescindible información previa.

Se insiste, por ello, en la importancia del deber de informar adecuadamente al cliente minorista, al que en principio se presupone que carece de conocimientos adecuados para comprender productos complejos y respecto del que, por lo general, existe una asimetría en la información en relación a la empresa con la que contrata. Pero **ha considerado infundadas las pretensiones de anulación por vicio de consentimiento en el caso de contratación de estos productos**, generalmente por importes elevados, **cuando el contratante, pese a tener la consideración legal de minorista, tiene el perfil de cliente experimentado y la información que se le ha suministrado, pese a que pudiera no ser suficiente para un cliente no experto, sí lo es para quien tiene experiencia y conocimientos financieros** (Sentencia de 23 de abril de 2015). Añadiendo que **lo relevante para decidir si ha existido error vicio no es, en sí mismo, si se cumplieron las**

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12221874882423371415 47

obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo (Sentencia del Pleno de 30 de junio de 2015).

En suma, 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.

CUARTO.- EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE ANULABILIDAD.

Con carácter previo a examinar la concurrencia de los presupuestos de la acción ejercitada debe valorarse si la misma se encontraba caducada, al mantener la parte demandada que habían transcurrido más de cuatro años desde la fecha en que se produce un evento que permite la comprensión real de las características y riesgos del contrato suscrito mediando un consentimiento viciado por error. Fecha que fija en el momento en que el contrato comienza a desplegar sus efectos y el incremento del contravalor en Euros como consecuencia de la apreciación del Franco Suizo comenzó a ser notable para el demandante, a finales del año 2008, como consta en los recibos aportados (documento 3 de la contestación).

Habiendo formulado oposición la parte demandante al considerar que se trataba de un contrato de tracto sucesivo, no extinguido en el momento de presentarse la demanda.

De conformidad con lo dispuesto en el 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 [...]".

Interpretando el citado precepto en relación con las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 se declaraba que 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 artículo 3 del Código Civil.

Añadiendo que, en la fecha en que el artículo 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

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12221874882423371415 47

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. Esta doctrina ha sido ratificada, entre otras, por STS de 7 de julio de 2.015, 25 de febrero y 29 de junio de 2016.

Con fundamento en esta doctrina, trasladada al supuesto del presente recurso, el "dies a quo" para el cómputo del plazo de cuatro años del artículo 1301 CC, lo ha de ser cuando la demandante conoció las circunstancias sobre las que versa el error vicio base de la anulación instada, es decir, cuando pudo despejar sus dudas sobre el verdadero alcance de la incidencia de la apreciación de la divisa sobre el capital debido.

En relación con esta cuestión se ha venido pronunciando la jurisprudencia menor, teniendo en cuenta la especial complejidad de este tipo de hipoteca, indicando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª de 10 de febrero de 2017, que aun cuando no pueda desconocerse que el aumento de la cuota mensual era algo evidente ello no deja de estar en el concepto que el actor pudiera tener, erróneamente, del funcionamiento de la multidivisa, en la que se podía convenir depender esas cuotas de las fluctuaciones de la moneda elegida en relación con el euro, lo que no tiene que ver con el error que se sustenta en el déficit de comprensión de las completas características del producto y su incidencia en el capital resultante, lo que se visualiza al pasar el actor de yenes a euros, para evitar el pernicioso efecto que veía soportando por la evolución del yen, y comprobar que pese a los años transcurridos el capital pendiente de amortizar resultaba ser muy superior al originalmente entregado al contratar la hipoteca, **sin que pueda interpretarse el inicio del cómputo para la caducidad en presunciones o valoraciones que puedan actuar en perjuicio del consumidor.**

Pronunciándose en términos análogos la misma sección en la Sentencia de 20 de febrero de 2017, al mantener que, si bien de la prueba practicada se desprendía que, a finales de 2008 el demandante era consciente del encarecimiento y la influencia del riesgo de cambio en la cuota, añadiendo que incluso la conocía, como hipótesis, en el momento de firmar, el riesgo de cambio no tenía sólo este componente. Añadiendo que **no se había acreditado que el demandante fuera consciente del riesgo de tipo de cambio en el capital vivo** lo que, además, se infiere (art. 386 LEC) de que pensaba que el cambio de divisa, según le dijeron, era mucho más sencillo y pensaba que así podría hacerlo en cualquier momento. Añadiendo que cualquier consumidor medio es consciente de que la referenciación a una divisa puede encarecer la hipoteca y debe advertirlo cuando una cuota supera a la anterior. Sin embargo, este mismo consumidor medio tiende a pensar que la opción de cambio de moneda le permite eliminar a voluntad el riesgo de cambio si decide cambiar a euros y, todo lo más, razona en euros y entiende que se encarece la cuota al cambio pero que la suma prestada no varía.

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12221874882423371415 47

Es más, para fijar el día inicial de cómputo de la caducidad, la doctrina específica sobre préstamos multidivisa de los tribunales provinciales interpreta que para **la «comprensión real del riesgo» (momento relevante en productos complejos) no es suficiente que la cuota suba** (lo que bien puede suceder en la mensualidad siguiente en la mitad de los casos), pues juzga la situación reversible, **sino que el plazo contará desde que el prestatario advierte que la conversión de moneda le va a resultar irrazonablemente onerosa por los efectos del tipo de cambio en la suma debida, que obligarían a un desembolso exorbitante para ponerse al día al momento de la conversión o a una actualización de la cuota inasumible en el futuro**. «Explican además los actores de forma verosímil que cuando preguntan a la entidad demandada siempre se les decían que no se preocuparan ya que cualquier fluctuación de la divisa era coyuntural en tanto que el préstamo era de larga duración siendo a largo plazo cuando se vería sus ventajas y bien funcionamiento» (SAP Valladolid 3ª 273/2016, 4.10). Es necesario llegar al punto en el que la conversión resulta irrazonablemente onerosa para el demandante, «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» (SAP Burgos 3ª 413/2016, 30.11).

De acuerdo con las premisas expuestas, en el presente caso la única prueba practicada en relación con este extremo ha sido el interrogatorio del actor, al no haber sido posible la declaración del agente externo del Banco al no aportarse por la demandada los datos necesarios para su citación. Habiendo indicado el Sr [redacted] que al suscribir la hipoteca únicamente le presentaron simulaciones que comparaban la cuota a pagar en las distintas divisas (documento 9 de la demanda), sin advertirle que el capital podía incrementarse. Limitándose a explicarle que suscribiendo la hipoteca en Francos iba a pagar menos cuota que en Euros y que sufriría menos fluctuaciones que en el caso de contratar con Yenes. Añadiendo que en todo momento confió en los expertos del Banco para realizar el seguimiento de la hipoteca y que no fue hasta finales del 2015 cuando y a través de los comentarios de un compañero que tenía una hipoteca similar, se percató del incremento experimentado por el capital. Por lo que decide llamar al Banco y al recibir respuestas evasivas, contacta con Asufin, siendo entonces cuando y al facilitarles la documentación de la hipoteca, descubre que debe 90.000 euros más, habiéndose incrementado el capital pendiente.

De acuerdo con la citada declaración y teniendo en cuenta que el déficit de prueba en la fijación del día inicial acerca de cuando la demandante fue consciente de la plenitud del riesgo perjudica a la parte que opone la excepción (art. 217.3 LEC), no puede admitirse que para la parte actora comenzare el plazo de caducidad desde el mismo momento en que firmó la escritura pública de préstamo, pues fue precisamente el error sobre las condiciones de tal préstamo el que le llevó a tal firma según expone, y no puede iniciarse el cómputo sino desde que fuera consciente del error sufrido, lo que necesariamente se vincula con el transcurso del tiempo y la advertencia de que el capital prestado se acomodaba a dicho cambio en claro perjuicio no deseado. Cuestiones todas ellas que han de llevar a entender que no pueda entenderse caducada la acción bajo el riesgo de hacer recaer sobre los consumidores la carga

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12221874882423371415 47

de acreditar cuándo fueron conscientes del error sufrido. Lo que conlleva en este caso a la desestimación de la excepción de caducidad ejercitada.

QUINTO.- CIRCUNSTANCIAS CONCRETAS DE LA CONTRATACIÓN.

Desestimada la excepción formulada y entrando en el examen de los presupuestos de la acción de anulabilidad ejercitada, debe indicarse que, aun cuando corresponde a la actora la carga de acreditar el invocado error en el consentimiento prestado, también compete a la entidad bancaria, en este caso Bankinter, acreditar que dio a la prestataria información clara, comprensible y adecuada previa a la contratación de la "hipoteca multidivisa" en orden a conocer el funcionamiento y los riesgos asociados.

Debiendo precisarse al respecto, como expone la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de mayo de 2016 que en estos supuestos: "**no se trata en puridad de falta de información en cuanto al funcionamiento del mecanismo de conversión de la divisa escogida por otra, ni tampoco de la propia elección de la moneda, ni de la fluctuación, en cuanto la divisa escogida por los prestatarios como inherente al funcionamiento de la modalidad multidivisa**. La cuestión estriba en determinar si el contratante-consumidor tuvo completo, cabal y suficiente conocimiento de las consecuencias económicas en la relación entre dicho mecanismo de la elección de la divisa y las otras cláusulas relativas a la entrega/devolución del préstamo. Eso es **si el contratante tuvo completo conocimiento, basado en criterios detallados y comprensibles, sobre las consecuencias económicas que derivan de la elección de la divisa extranjera, especialmente en cuanto a la relación del cambio de la divisa sobre el capital pendiente de amortizar del préstamo**.

De acuerdo con tales premisas, en el presente caso no se discute, como es usual en este tipo de operaciones, que fue el propio demandante quien acudió a la entidad Bancaria demandada, de la que no era cliente, con el fin de suscribir una hipoteca y financiar la compra de su vivienda. Debiendo valorarse, en todo caso, que previamente la demandada había realizado una campaña, dirigida a distintos profesionales del sector aéreo, entre los que se encontraban los controladores aéreos, en la que se incidía de forma especial en las hipotecas multidivisa. Suscribiendo finalmente el día 29 de junio de 2007, un préstamo multidivisa de 240.000 euros, por su contravalor en 400.226'64 Francos Suizos (documento 1 de la demanda).

1.- En primer lugar, **del análisis e interpretación del propio clausulado contenido en la escritura de suscripción del préstamo hipotecario multidivisa,** debe destacarse que se trata de una cláusula redactada por la entidad financiera sin intervención de la prestataria, y que ésta tiene la condición de consumidora con arreglo a la normativa entonces vigente.

La Cláusula multidivisa se refiere al objeto principal del contrato, por lo que cumple una función definitoria del mismo, y la referencia que se hace en el mismo al tipo de divisa o moneda concreta elegida (Euro por su contravalor en Francos Suizos) es clara y sencilla, ubicándose dentro de la cláusula financiera primera, reguladora del capital del préstamo, con tratamiento autónomo y diferenciado.

Sin embargo, a pesar de explicarse con sencillez en la estipulación 3.D), el mecanismo de cambio o de sustitución de la moneda elegida, y la forma en que podía hacerlo el prestatario en cualquier momento durante la duración del contrato, reflejando a tal efecto el Banco la

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12221874882423371415 47

liquidación correspondiente al cambio de la divisa que se sustituya al cambio comprador y la que se introduce al cambio vendedor. 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 en el importe del préstamo y sin embargo la afectación a los saldos pendientes de cambio parece indicar justamente lo contrario.

En este sentido, la Sentencia de la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de septiembre de 2016, indica que ya en el mismo Exponendo III de la escritura de préstamo se dice que "el prestatario reconoce que este préstamo esta formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del contrato exonerando al Banco de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en la divisa elegida pueda ser superior al límite pactado". El equívoco se patentiza también a continuación cuando se 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 de la divisa elegida sea superior al "límite pactado", "límite" que se ignora si se refiere solo al cubierto por la garantía hipotecaria o al de la deuda existente en ese momento. La redacción es también en este extremo confusa o poco clara.

Lo que en definitiva se trata de determinar es si cuando los prestatarios contrataron el producto financiero conocían, de modo comprensible y completo, el real alcance de los riesgos asociados a la fluctuación de la divisa en la paridad Yen o Franco Suizo/Euribor en toda su extensión. No evidentemente de la fluctuación inherente al tipo de cambio entre la divisa escogida y el Euro propio del mecanismo multidivisa, esto es las fluctuaciones lógicas que pueden experimentar los tipos de cambio de las distintas divisas, sino si al tiempo de celebrar el contrato, tuvieron la oportunidad real de conocer los riesgos inherentes al mecanismo multidivisa, y muy especialmente el riesgo de tipo de cambio y la posibilidad de sufrir una variación al alza del principal en caso de depreciación del Euro respecto del Yen o Franco Suizo, o apreciación Yen o Franco Suizo/Euro para el supuesto de que hiciese uso de la facultad conferida en la propia cláusula de cambio de divisa.

2.- Añadir a su vez que e**l actor no es un experto financiero y, al menos en el momento de la contratación carecía de los conocimientos precisos y cualificados** para contratar préstamos como el objeto de litigio.

En este sentido debe valorarse que, de acuerdo con la documental aportada con la contestación (documentos 4 a 8), la mayor parte de los productos contratados fueron suscritos en fecha posterior a la hipoteca objeto de litigio, siendo de distinta naturaleza que ésta, además de desconocerse la forma en que se llevó a cabo su contratación y la información prestada en ese momento. Habiendo sido impugnado el cuestionario de preferencias de inversión (documento 9), al aportarse de forma incompleta, además de no estar firmado y no tener fecha. Encontrándose fechado el 18 de julio de 2013, por lo tanto cinco años después de la firma del préstamo litigioso, la declaración de conocimientos y experiencias de inversión aportada en relación con unos Bonos de la entidad demandada (documento 10).

En todo caso y valorando la situación personal y perfil en el momento de la contratación, al tratarse de un cliente no profesional, sin experiencia en este tipo de producto, tal circunstancia exigía una clara y suficiente información precontractual por parte del Banco,

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12221874882423371415 47

que le permitiera alcanzar una cabal comprensión de las cláusulas financieras referidas a la divisa elegida y, de modo más concreto, al cálculo del valor la cuota de amortización periódica y a la repercusión del tipo de cambio en el capital del préstamo que, a resultas de sus fluctuaciones, podía experimentar un gravoso incremento.

Por otra parte, y sin perjuicio de indicar que el actor debía estar familiarizado con los riesgos derivados del tipo de cambio de moneda, al ser de general conocimiento, tal circunstancia no implica que fuera conocedor de los riesgos derivados del cambio de fluctuación de la moneda en cuanto a la carga económica y jurídica que asumía como prestatario y, en especial, a la repercusión del principal pendiente de amortizar. Debiendo reiterarse a estos efectos, que no consta que contara con formación o especial experiencia financiera en este tipo de productos.

Destacando, como precisa el informe pericial aportado con la demanda (documento 5), que la contratación de este producto había supuesto claros perjuicios al actor, de manera que, en el momento de emitirse el informe, a pesar de haber abonado 103.300'15 euros, debía al Banco más dinero que el recibido (272.590 euros, frente a los 240.000 prestados).

3.- En este mismo sentido, por lo que se refiere a la **información precontractual, no consta que se hubiera facilitado al demandante un folleto informativo del producto** contratado, que le hubiera permitido conocer su contenido y de modo especial aquéllas cláusulas financieras concernientes a la divisa elegida y, en su caso, solicitar las aclaraciones y explicaciones necesarias sobre los extremos dudosos o de difícil compresión.

No pudiendo considerarse como tal el documento aportado con la demanda (documento 11), al tratarse de una información genérica de los distintos productos que se ofrecían a los afiliados del Sindicato de Controladores aéreos, sin efectuar precisión alguna en relación con los riesgos de la hipoteca multidivisa.

Del mismo modo la **oferta vinculante del préstamo aportada** (documento 2 de la demanda), además de no constar firmada, se limita a recoger una advertencia genérica del riesgo de cambio que pudiera originarse durante la vida del contrato y una cláusula de exoneración de responsabilidad de la entidad bancaria, sin explicar, como se viene indicando, las consecuencias económicas que derivan de la elección de la divisa extranjera, especialmente en cuanto a la relación del cambio de la divisa sobre el capital pendiente de amortizar del préstamo.

Finalmente, tampoco consta que, con anterioridad a la firma de la escritura se pusiera a disposición del actor el proyecto o borrador de aquélla en la Notaría con la antelación que marca la Orden de 5 de mayo de 1994 (artículo 7), no reflejándose en la escritura advertencia suficiente sobre el riesgo que conllevaba la fluctuación del tipo de cambio, con indicación de sus efectos.

4.- Tampoco la **información verbal prestada** en el momento de la contratación parece suficiente habida cuenta de las circunstancias concurrentes.

Además de haber mantenido el actor en su interrogatorio que no recibió información en relación con los riesgos y que las únicas simulaciones realizadas se referían a las distintas cuotas a abonar en función de la divisa elegida (documento 9 de la demanda), procede reiterar que tampoco pudo ser localizado el testigo del actor, el Sr [redacted] agente externo de Bankinter e interlocutor del actor en relación con éste y otros productos contratados.

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12221874882423371415 47

Administración de Justicia

Apreciando que, precisamente por su vinculación con el Banco, debía disponer de datos suficientes para facilitar su localización.

Sin perjuicio de lo cual también debe tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial que sostiene no es posible reconocer la existencia de aquella información con la mera declaración de los empleados de la sucursal bancaria, dada la relación de dependencia, ante la falta de constatación objetiva (art. 376 LEC). Apreciando que no se da en su testimonio las condiciones objetivamente requeridas de fiabilidad al referirse a la información que se habría proporcionado al demandante.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 12 enero 2015 sostiene que "no es correcto que la prueba tomada en consideración con carácter principal para considerar probado que el Banco cumplió su obligación de información sea la testifical de sus propios empleados, obligados a facilitar tal información y, por tanto, responsables de la omisión en caso de no haberla facilitado".

SEXTO.- DECLARACIÓN DE NULIDAD PARCIAL.

De acuerdo con lo expuesto en los fundamentos precedentes, debe considerarse que el déficit de información ofrecida por el Banco demandado al prestatario resulta evidente. En particular no ofreció al demandante una información "clara, correcta, precisa, suficiente y entregada a tiempo" de esta hipoteca multidivisa, concretamente del alcance de la obligación de mantener la equivalencia entre la divisa prestada y el euro que se imponía en la escritura.

Del mismo modo, tampoco consta que hiciera especial incidencia en los riesgos asociados a la fluctuación de los tipos de cambio de los cuales, por ejemplo, podía haber tomado conocimiento el actor mediante la confección de simulaciones que atendiesen a los distintos escenarios que podría dar lugar esa evolución.

Precisando al respecto que no se exige a la entidad de crédito que informara al cliente de la previsión de evolución de los tipos de interés o de cambio, sino simplemente, como expone la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2015, que la entidad de crédito debía haber suministrado al cliente una información comprensible y adecuada sobre este producto que incluyera una advertencia sobre los concretos riesgos que asumía, y haberse cerciorado de que el cliente era capaz de comprender estos riesgos y de que, a la vista de su situación financiera y de los objetivos de inversión, este producto era el que más le convenía, lo que no ha sido cumplido en este caso.

Por ello, la entidad demandada incumplió la obligación de comportarse con diligencia y transparencia para con su cliente en cuanto a los concretos riesgos asociados a la elección de la divisa escogida, más en concreto en cuanto a las consecuencias derivadas del funcionamiento y riesgos derivados del tipo de cambio de la operación en la determinación del principal adeudado y las posibles modificaciones en cuanto a su cuantía a fin de que el consumidor pudiera evaluar con criterios claros, precisos, detallados y comprensibles las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

En suma, y sin perjuicio de no resultar de aplicación en este caso la normativa MIFID, teniendo en cuenta el nivel escaso de formación y conocimientos del actor sobre el funcionamiento de la cláusula discutida y el gran riesgo que comportaba, de la prueba practicada debe concluirse apreciando que, de haber sido debidamente informado, con claridad y sencillez sobre los grandes riesgos que asumía, no hubiera suscrito el contrato de préstamo objeto de litigio, que por ello queda viciado por error en el consentimiento prestado.

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12221874882423371415 47

Madrid

Consecuencia de lo expuesto, procede **declarar la nulidad parcial del préstamo hipotecario** objeto de litigio. Destacando a estos efecto, como viene reconociendo la jurisprudencia menor, que la referida petición no se encuentra exenta de dificultad pues, de entrada, la parte demandada se opone porque de existir el vicio del consentimiento que se alega, la nulidad del contrato pasa porque las partes se restituyan recíprocamente las prestaciones que fueron objeto del mismo conforme al artículo 1303 Código Civil, sin que pueda transformarse o configurarse un nuevo préstamo del agrado de la parte demandante, y muy reciente jurisprudencia, en materia de derivados financieros que forman parte del propio contrato de financiación, se muestra contraria a dicha posibilidad (SSTS de 2 febrero 2017; 14 febrero 2017 y 17 febrero 2017).

Añadiendo que, ciertamente y aun cuando la anulabilidad o nulidad parcial sea una imperfección menos enérgica que las que da lugar a la nulidad absoluta del contrato, cuando dicha acción se ejercita con éxito produce la destrucción del contrato con fuerza retroactiva de modo que, en principio, las partes deben reintegrarse las prestaciones recibidas (ex. articulos 1.303, 1.307 y 1.308 del Código civil).

En el caso de autos, el préstamo fue contratado en Francos Suizos y la nulidad del contrato obligaría a la parte prestataria a tener que devolver en principio la misma cantidad de Francos que le fue entregada, pero ello supondría olvidar que fue precisamente la desfavorable evolución de los tipos de cambio la que ha generado los perjuicios que ahora se reclaman.

Esta problemática ha sido resuelta por las Audiencias de distinta forma pero de forma mayoritaria se muestran favorables a reconocer la nulidad parcial pues entienden que, aun sin la parte afectada, el contrato puede subsistir al mantenerse el adecuado y suficiente equilibrio prestacional perseguido por las partes al contratar. Así, SAP Barcelona, Sección 14ª de 22 de marzo de 2017; la SAP de Valladolid, Sección 3, del 12 de enero de 2017; la SAP de Barcelona, Secc. 1ª, de 27 de noviembre de 2015; la SAP, Sección 1, de Zamora de 3 de enero de 2017; la SAP, Sección 2 de Huelva de 21 de diciembre de 2016; la SAP de Guadalajara, Sección 1, del 21 de diciembre de 2016; SAP Madrid, Sección 13, de 10 de marzo de 2017.

Como expone la última de las resoluciones citadas, la nulidad parcial conlleva que, aún sin la parte afectada, el contrato pueda subsistir siempre que los contenidos afectados sean divisibles o separables del resto y haya base para afirmar que aún sigan concurriendo los elementos esenciales para funcionar sin necesidad de una nueva voluntad. Concurriendo tales condiciones, el negocio puede por tanto subsistir, como se deduce de la doctrina plasmada en las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que entendió que la nulidad de las cláusulas suelo en el caso analizadas no había de comportar la de los contratos en los que se insertaban, por no imposibilitar "su subsistencia", y el TJUE de 30 de abril de 2014 -en relación, precisamente, a un préstamo hipotecario multidivisa - (en el mismo sentido, SSTS de 12 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 2013 y 12 de enero de 2015).

Como se ha indicado, la discutida cláusula multidivisa se refiere al objeto principal del contrato. Más no formando parte inescindible de su objeto y causa, no cabe concluir sin embargo que nos encontremos ante una condición esencial toda vez que con los precisos ajustes (como préstamo en euros y referenciado al Euribor), el negocio puede subsistir. No hay motivo, por tanto, para eludir la aplicación del principio de conservación del negocio jurídico, una de cuyas manifestaciones es la nulidad parcial.

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12221874882423371415 47

En consecuencia se tendrá por no puesta la cláusula multidivisa y el efecto de dicha nulidad parcial será la subsistencia del negocio y la consideración de que la cantidad adeudada sea el saldo resultante de la hipoteca si bien referenciada en Euros, operando por ello como un préstamo en Euros, referenciado al Euribor más 0'50 puntos.

De acuerdo con lo expuesto, procede estimar la pretensión formulada y declarar la nulidad parcial del acuerdo suscrito en el contrato de préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 29 de junio de 2007, en lo referido al contenido del llamado clausulado multidivisa, con todas las menciones a divisas de las cláusulas y otros que tuvieran relación con éste; integrando el resto del contrato y acordando que la cantidad debida en concepto de capital es la que resulte de deducir al capital solicitado el capital pagado, con los intereses correspondientes.

SÉPTIMO.- SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACIÓN.

Al declararse la nulidad parcial del contrato por vicio en el consentimiento, no procede acordar la publicación de la sentencia en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación, estimando a su vez que no concurren los presupuestos del artículo 22 de la Ley de 13 de abril de 1998.

La inscripción de las sentencias en el citado Registro General viene contemplado en el artículo 22, cuando establece que "en todo caso en que hubiera prosperado una acción colectiva o una acción individual de nulidad o no incorporación relativa a condiciones generales, el secretario judicial dirigirá mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de Contratación para la inscripción de la sentencia en el mismo".

Del tenor de dicha norma se desprende, en primer lugar, que se está ante un mandato imperativo, que ha de cumplirse incluso de oficio, pues ni prevé la necesidad de petición de parte, ni configura esa inscripción como una facultad del órgano jurisdiccional, sino, al contrario, como un deber que ha de cumplimentarse cuando se dé el supuesto que allí se dice. Y, en segundo término, que ese supuesto no se limita a las acciones colectivas y a las de no incorporación de una condición general, sino también a las acciones individuales de nulidad, tal y como expresamente señala dicho artículo 22.

Sin perjuicio de ello, y en orden a determinar el ámbito de aplicación del citado precepto, debe atenderse a su fundamento y finalidad. Destacando que la inscripción en el Registro responde a dotar a la sentencia que se dicte de eficacia frente a terceros, más allá de los propios litigantes, con el fin de proteger a otros potenciales consumidores frente a la cláusula que se considera abusiva. Así se desprende claramente de las consecuencias que el art. 84 de la Ley de Consumidores atribuye a la inscripción en ese Registro, disponiendo que "los Notarios y los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, en el ejercicio profesional de sus respectivas funciones públicas, no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en los que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación".

De acuerdo con las premisas expuestas, el mandato del artículo 22 LCG debe limitarse a aquellas cláusulas cuya nulidad venga determinada por su ilicitud o por ser objetivamente

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12221874882423371415 47

abusivas, lo que afectará por igual a toda clase de consumidores. Pero, por el contrario, no puede extenderse a aquellas otras que por su propia naturaleza sean lícitas, tal y como afirmó respecto a las cláusulas suelo la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013, y cuyo carácter abusivo, determinante de su nulidad, venga originado por no haberse superado en el caso concreto los controles de transparencia necesarios.

En este sentido se viene considerando contrario a la finalidad de los indicados preceptos (arts. 22 LCG y 84 Ley de Consumidores) que tenga acceso a ese Registro, con eficacia "erga omnes", la sentencia que declara la nulidad de una cláusula por cómo fue aplicada o comercializada en un caso concreto y no por la propia naturaleza de la misma, como ocurre en el caso objeto de litigio (Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, con sede en Oviedo, sección 4ª, de 7 de septiembre de 2016 y en términos similares la sentencia de la sección 6ª de 18 de noviembre de 2016).

OCTAVO.- PRETENSIÓN DE DECLARACIÓN DE NULIDAD DE OFICIO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS O NO TRANSPARENTES.

Por lo que se refiere a la pretensión formulada de forma subsidiaria, interesando se declare la nulidad o no incorporación del resto de cláusulas abusivas o poco transparentes incorporados en el contrato, que de oficio sean apreciados por el Juzgador, debe ponerse de manifiesto, con carácter previo, el carácter genérico e indeterminación de la citada pretensión, no habiendo sido precisado tampoco en la audiencia previa cuales de las cláusulas aplicadas no fueron negociadas y pudieran resultar abusivas.

Apreciando en el articulado del préstamo diversas estipulaciones cuya eficacia viene siendo objeto de amplia discusión doctrinal y jurisprudencial, como la cláusula de gastos a cargo del prestatario, intereses de demora y vencimiento anticipado por incumplimiento por la parte prestataria de cualquiera de sus obligaciones (cláusulas 5ª, 6ª y 7ª), entre otras. Por lo que pudieron ser identificadas en la demanda, en orden a garantizar el principio de contradicción.

En relación con esta cuestión es cierto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que desarrolla la Directiva 1993/13/CEE ha resaltado la importancia que en el sistema de Derecho comunitario tiene el control de abusividad de las cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores. La STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, ha declarado que el artículo 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE es una disposición de carácter imperativo, equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público, y que dicha Directiva en su totalidad constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta (apartados 43 y 44).

En este sentido, el cumplimiento de los fines perseguidos por la Directiva 93/13/CEE ha forjado como un principio de interés general del Derecho de la Unión la supresión de las cláusulas abusivas en el tráfico jurídico-económico, para conseguir un mercado libre de situaciones de desequilibrio contractual en perjuicio de los consumidores. Este interés general, situado en el terreno de los principios y por encima del interés particular de cada

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12221874882423371415 47

consumidor en cada caso concreto, es el que justifica la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas.

En los términos expuestos se pronuncia la Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo, de 22 de abril de 2015 respecto de las consecuencias de la nulidad declarada, citando la STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, destacando el papel que el Derecho de la Unión Europea atribuye al juez nacional que no se circunscribe a la mera facultad de pronunciarse sobre la naturaleza eventualmente abusiva de una cláusula contractual, sino que incluye asimismo la obligación de examinar de oficio esta cuestión tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello. Citando igualmente la STJUE de 4 de junio de 2009, asunto C-243/08, caso Pannon, párrafo 23, que «el objetivo perseguido por el artículo 6 de la Directiva no podría alcanzarse si los consumidores tuvieran que hacer frente a la obligación de plantear por sí mismos el carácter abusivo de una cláusula contractual y que sólo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula».

El Tribunal Supremo asume esta jurisprudencia comunitaria en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, declarando que el principio de efectividad del Derecho de la Unión no solo exige facultar al juez para intervenir de oficio, sino que impone a este el deber de intervenir, lo que resultaba obligado para todos los tribunales. La jurisprudencia del TS ha declarado igualmente que, aunque constituya una facultad excepcional, el tribunal de apelación puede apreciar la nulidad de las cláusulas contractuales cuando sean contrarias al orden público.

Partiendo de la jurisprudencia citada y de los principios que derivan del Derecho de la Unión es cierto que en esta materia, animada por la protección a un colectivo especialmente tutelado (art. 51 C.E.), los **principios de rogación y congruencia se modulan** disponiendo el juez de amplias facultades de control de oficio sobre la posible abusividad de las cláusulas insertas en los contratos suscritos por los consumidores con un profesional. Sin embargo, **para verificar cualquier pronunciamiento judicial es obligado respetar los principios de audiencia y contradicción** (arts. 24.1 C.E. y 552.1.II LECivil y SsTJUE de 21/2 y 30/5 de 2013). Apreciando que en otro caso se estaría causando indefensión a la parte demandada que se vería sorprendida por la declaración de nulidad de oficio sobre cláusulas contractuales que no constituían el objeto del proceso, debiendo **admitir que el consumidor, una vez alertado sobre la posible abusividad de una cláusula, puede aceptarla**.

La Sentencia del TJUE de 14 de abril de 2016, Sala 1ª, expresamente señala que: "la protección al consumidor comprende la facultad de renunciar a hacer valer sus derechos". Después de reconocer en párrafo 24 que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tomando en consideración, como exige el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas de ese contrato, o de otro contrato del que dependa (véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08. Añadiendo: "No obstante, en caso de que el juez nacional aprecie que una cláusula es abusiva, el derecho a una protección efectiva del consumidor comprende la facultad de renunciar a hacer valer sus derechos, de forma que el juez nacional debe tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12221874882423371415 47

consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, sin embargo, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula (véase la sentencia de 21 de febrero de 2013, Banif Plus Bank, C-472/11, apartado 35)". En el párrafo 34 aclara que en cada caso se valorarán si las disposiciones procesales nacionales hacen imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión y se tomarán en consideración los principios sobre los que se basa el sistema jurisdiccional nacional, tales como la seguridad jurídica y la fuerza de las resoluciones judiciales.

De acuerdo con lo expuesto, en el presente caso debe valorarse que no nos encontramos ante una reclamación formulada por una entidad bancaria contra un consumidor, situación en la que estaría más justificada la actuación de oficio en orden a evitar su indefensión ante la posible aplicación de condiciones abusivas. Por el contrario, la cuestión objeto de litigio se centraba en la pretendida nulidad del clausulado multidivisa del préstamo hipotecario suscrito. Cuestión planteada en un procedimiento ordinario, con amplitud de facultades de prueba y de análisis, lo que dependía de los términos en los que el consumidor formulaba la demanda. Apreciando además que en este caso ha comparecido asistido por una Asociación de Consumidores, ASUFIN, por lo que debía estar más familiarizada en este tipo de productos y conocer la normativa y jurisprudencia aplicable, debiendo haber identificado las cláusulas cuyo carácter abusivo discutía.

De este modo y a pesar de modularse en estos casos el principio de rogación, se entiende que no bastaba con una solicitud genérica de nulidad para entrar a examinar el posible carácter abusivo de todo el clausulado del contrato, siendo exigible una mayor precisión por parte del demandante. Del mismo modo que no se entiende garantizado el cumplimiento del principio de contradicción, al impedir a la contraparte articular de forma ordenada su defensa, ya que vendría obligado a justificar la validez de todo el clausulado del contrato.

NOVENO.- COSTAS.

Sin perjuicio de la estimación de la pretensión principal de las formuladas en la demanda, teniendo en cuenta que en este caso se discutía la falta de información en relación con un producto complejo y novedoso en el mercado, valorando la falta de uniformidad en la jurisprudencia en la resolución de casos como el que ahora nos ocupa, en particular en relación con la posibilidad de acordar la nulidad parcial del contrato, todo ello determina que se aprecie que este caso presentaba dudas de hecho o de derecho en orden a excluir la expresa imposición de costas (artículo 394 Ley de Enjuiciamiento Civil).

Vistas las disposiciones legales citadas y demás en general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando la demanda formulada por la Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN), actuando en interés de su asociado, D. [redacted] contra Bankinter S.A., debo:

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12221874882423371415 47

- Declarar la anulabilidad de la cláusula u opción multidivisa del préstamo hipotecario suscrito con el demandante, por el error del demandante la suscripción del producto.

- Condenar a la entidad demandada a eliminar de su contrato la citada condición general sobre la opción multidivisa y sus accesorias o cualquiera otra que, con independencia de los términos en que esté redactada y el nombre que se les dé, produzca el mismo efecto y a prohibir su utilización futura.

- Condenar a la 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 declarada nula, actualizado con los intereses legales correspondientes. Condenando a la entidad a estar y pasar por esta declaración, adoptando al efecto las medidas necesarias, como la elaboración de la tabla comparativa entre lo efectivamente abonado por todos los conceptos y lo que se tendría que haber abonado.

No procede hacer expresa imposición de costas, debiendo cada parte abonar las causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Contra la presente Sentencia cabe recurso de apelación ante este Juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a partir del siguiente a la notificación.

En el caso de formularse recurso de apelación por cualquiera de los litigantes, en el plazo legal previsto para su interposición, deberá constituirse el correspondiente depósito en la cuenta de consignaciones de este Juzgado por el importe de 50 euros.

Así por esta mi Sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Sra. Magistrada que la suscribe, estando celebrada audiencia pública, -doy fe.-

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: **12221874882423371415 47**

Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia Proc. Ordinario firmado electrónicamente por MARTA DÍEZ PEREZ-CABALLERO, GEMA FERNÁNDEZ DE VERA RUIZ

Mensaje LexNET - Notificación

Mensaje

IdLexNet	201710164742781	
Asunto	Sentencia Proc. Ordinario (F.Resolucion 31/07/2017)	
Remitente	**Órgano**	JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 67 de Madrid, Madrid [2807942067]
	Tipo de órgano	JDO. PRIMERA INSTANCIA
	Oficina de registro	OF. REGISTRO Y REPARTO PRIMERA INSTANCIA [2807900006]
Destinatarios	SAMPERE MENESES, MARIA ROCIO [519]	
	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 22:42	
Documentos	4749285_2017_I_111507816.PDF(Principal) Hash del Documento: 8df721469b07149161c468a622bd1e51aa440818	
Datos del mensaje	**Procedimiento destino**	Sentencia Proc. Ordinario (F.Resolucion 31/07/2017 Nº 0000664/2016
	Detalle de acontecimiento	Sentencia Proc. Ordinario (F.Resolucion 31/07/2017) A.G. NUM 2389/2016 JPG
	NIG	2807900220160092482

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 10:38	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid (Madrid)	LO REPARTE A	IGLESIAS ARAUZO, RAMON VALENTIN [2025]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid

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

Copia de la primera página del documento principal del mensaje enviado con IdLexNET: 201710164742781 y Fecha de Presentación: 04/09/2017 22:42

Administración de Justicia

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 67 DE MADRID
Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 7 - 28020
Tfno: 914932872
Fax: 914932876

(01) 30665878343

42020310
NIG: 28.079.00.2-2016/0092482
Procedimiento: Procedimiento Ordinario 664/2016
Materia: Contratos en general

Demandante: ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS
PROCURADOR D./Dña. RAMON VALENTIN IGLESIAS ARAUZO
Demandado: BANKINTER SA
PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

SENTENCIA Nº 317/2017

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. MARTA DÍEZ PEREZ-CABALLERO

En la ciudad de Madrid a 31 de julio del año dos mil diecisiete.

Vistos por la Sra. Dña. MARTA DÍEZ PÉREZ-CABALLERO, Magistrada-Juez de Primera Instancia del Juzgado número Sesenta y Siete de esta Ciudad y su partido, los presentes autos de Juicio Ordinario nº 664/2016, seguidos a instancias de la Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN), actuando en interés de su asociado, D. [redacted] representado por el Procurador D. Ramón Valentín Iglesias Arauzo, contra Bankinter S.A., representada por la procuradora Dª Rocío Sampere Meneses.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN), actuando en interés de su asociado, D. [redacted] representado por el Procurador D. Ramón Valentín Iglesias Arauzo, se formuló demanda de Juicio Ordinario contra Bankinter S.A., en la que, por medio de párrafos separados exponía los hechos en que fundaba su pretensión, acompañaba los documentos pertinentes y hacía alegación de los fundamentos de derecho que entendía aplicables al caso y finalizaba con la súplica de que, tras su legal tramitación se dictara Sentencia por la cual y estimando íntegramente sus pretensiones:

A) Con carácter principal:
- Se declare la nulidad o anulabilidad de la cláusula u opción multidivisa del préstamo hipotecario suscrito con el demandante, bien sea por incumplimiento de normas imperativas o prohibitivas, bien por el dolo con que operó la entidad o el error en que incurrieron los

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12221874882423371415 47

Madrid