

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 86 DE MADRID

C/ María de Molina, 42 , Planta 7/8 - 28006

Tfno: 914930895/96,914930946/48

Fax: 914930900

42020310

NIG: 28.079.00.2-2017/0064873

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 356/2017

Materia: Contratos en general



(01) 31286156194

Demandante: D./Dña. [REDACTED]

D./Dña. [REDACTED] ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS

PROCURADOR D./Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON

Demandado: BANKINTER, S.A.

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

SENTENCIA Nº 345/2017

EL MAGISTRADO- JUEZ: D. IGNACIO DE TORRES GUAJARDO

Lugar: Madrid

Fecha: cuatro de diciembre de dos mil diecisiete

Vistos por mí Ignacio de Torres Guajardo, Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 86 de Madrid, los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO núm. 356/ 2.017**, seguidos a instancia de ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN), representada por el Procurador Sharon Rodríguez de Castro Rincón y defendida por el Letrado Alejandro Robles Pombo y Jaime de Carvajal Escalada contra BANKINTER S.A., representada por el Procurador Rocío Sempere Meneses y defendida por el Letrado Juan Aguado Domingo, en los que aparecen y son de aplicación los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se ejercitó acción en reclamación de cantidad y nulidad de contrato contra la mercantil BANKINTER S.A., y tras ser contestada por la demandada, se convocó a las partes a audiencia previa.

SEGUNDO.- Convocadas las partes para la celebración de la correspondiente audiencia previa, tuvo lugar con la asistencia de ambas partes, proponiendo prueba documental y testifical. Admitiéndose únicamente prueba documental, los autos quedaron vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la parte demandante acción por la que pretende que se declare la nulidad de la cláusula del contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado con la demandada, elevado a escritura pública el 14 de febrero de 2008, en el que se establece un mecanismo multidivisa, reclamando igualmente la cantidad que se deriva de tal declaración de nulidad. En concreto se solicita:

I.- Declare que es parcialmente nulo el contrato suscrito por Don [REDACTED] y Doña [REDACTED] con BANKINTER, S.A. objeto de la presente demanda, declarando la nulidad absoluta, radical y de pleno derecho y, por tanto, la ineficacia plena o falta de todo efecto del clausulado multidivisa que en el mismo se contienen (Expositivos I y III.- y Clausulas Financieras PRIMERA.-, SEGUNDA.- TERCERA.- CUARTA.- , DECIMA.- y UNDECIMA en todo lo que en ellas consta en relación a la multidivisa) por cualesquiera de las razones señaladas en el Fundamento de Derecho IX apartado C) de este escrito condenando a BANKINTER, S.A. a estar y pasar por dicha declaración.

Teniendo en cuenta que la declaración de nulidad del clausulado "multidivisa" conlleva las consecuencias señaladas en el apartado C) del Fundamento de Derecho IX solicitamos:

a) Que se condene a BANKINTER, S.A. a eliminar de la Escritura de Préstamo Hipotecario objeto de esta demanda, el clausulado "multidivisa" que haya sido declarado nulo y que se condene a BANKINTER, S.A. a realizar, en base a la sentencia que se dicte, a su costa, todas las gestiones y actuaciones que sean necesarias al objeto de que, en la matriz de la escritura que se adjunta como DOCUMENTO nº 6, se haga constar tal eliminación, y al objeto de que en la hoja abierta en el Registro de la Propiedad nº 22 de Madrid respecto a la vivienda hipotecada por dicha escritura identificada en sus páginas 51 y ss., se haga constar que ha tenido lugar la eliminación del señalado clausulado "multidivisa".

b) Que se declare la inmediata inaplicación del clausulado "multidivisa" que haya sido declarado nulo, condenando a BANKINTER, S.A. a estar y pasar por dicha declaración.

c) Que se condene a BANKINTER, S.A. a recalcular las cuotas (por principal e intereses) devengadas y abonadas por Don [REDACTED] y por Doña [REDACTED] en razón al préstamo objeto de la presente demanda, sin considerar el clausulado "multidivisa" declarado nulo y, consecuentemente, considerando el préstamo como si se hubiese concertado y funcionado únicamente en EUROS, y por tanto, sin referenciarlo a YENES, fijando en EUROS el capital pendiente de amortización de dicho préstamo a la fecha de la sentencia y el importe de las cuotas que se devenguen con posterioridad a la misma.

d) Que se condene a BANKINTER, S.A. a restituir, a Don [REDACTED] y a Doña [REDACTED] las cantidades percibidas en exceso por el mismo (por principal e intereses) desde la concertación del préstamo que nos ocupa, hasta la completa ejecución de la sentencia que se dicte, que resulten de la supresión del clausulado "multidivisa", con sus correspondientes intereses devengados desde la concertación del préstamo que nos ocupa hasta la total restitución de dicho exceso, calculado, mes a mes, desde el primero en que se produzca tal exceso y ello al tipo legal vigente en cada momento, incrementado en dos

puntos porcentuales desde la fecha de la sentencia que se dicte.

e) Que se condene a BANKINTER, S.A. a restituir a Don [REDACTED] y a Doña [REDACTED] las cantidades percibidas por el mismo en concepto de comisiones por cambio de EUROS a YENES, con sus correspondientes intereses devengados desde la concertación del préstamo que nos ocupa hasta la total restitución de dichas comisiones, calculados, mes a mes, y ello al tipo legal vigente en cada momento, incrementado en dos puntos porcentuales desde la fecha de la Sentencia que se dicte.

f) Que se condene a BANKINTER, S.A. a soportar todos los gastos y tributos que pudieran derivarse del efectivo cumplimiento de la Sentencia que se dicte.

Y solicitando también que se condene en costas a BANKINTER, S.A.

II.- Subsidiariamente a la pretensión planteada en el apartado I.- anterior que se declare parcialmente anulable el contrato de Préstamo Hipotecario con Clausulado "multidivisa" objeto de la demanda (Expositivos I y III.- y Clausulas Financieras PRIMERA.-, SEGUNDA.- TERCERA.- CUARTA.- DECIMA.- y UNDECIMA.- en todo lo que en ellas consta en relación a la "multidivisa"), y consiguientemente que se anule tal clausulado, con efectos retroactivos a la fecha de concertación del préstamo, por haberse concertado por Don [REDACTED] y Doña [REDACTED] prestando un consentimiento viciado por haberse concertado mediando dolo y/o con error, condenando a BANKINTER, S.A. a estar y pasar por dicha declaración y consiguiente anulación.

Teniendo en cuenta que la declaración de anulabilidad del clausulado "multidivisa" y su anulación conlleva las consecuencias señaladas en el apartado D) del Fundamento de Derecho IX, como consecuencia de la anulación de tal clausulado solicitamos:

a) Que se condene a BANKINTER, S.A. a eliminar de la Escritura de Préstamo Hipotecario objeto de esta demanda, el clausulado "multidivisa" que haya sido anulado y condene a BANKINTER, S.A. a realizar, en base a la sentencia que se dicte, a su costa, todas las gestiones y actuaciones que sean necesarias al objeto de que, en la matriz de la escritura que se adjunta como DOCUMENTO nº 6, se haga constar tal eliminación, y al objeto de que en la hoja abierta en el Registro de la Propiedad nº 22 de Madrid respecto a la vivienda hipotecada por dicha escritura identificada en sus páginas 51 y ss., se haga constar que ha tenido lugar la eliminación del señalado clausulado "multidivisa".

b) Que se declare la inmediata inaplicación del clausulado "multidivisa" que haya sido anulado, condenando a BANKINTER, S.A. a estar y pasar por dicha declaración.

c) Que se condene a BANKINTER, S.A. a recalcular las cuotas (por principal e intereses) devengadas y abonadas por Don [REDACTED] y Doña [REDACTED] en razón al préstamo objeto de la presente demanda, sin considerar el clausulado "multidivisa" anulado y, consecuentemente, considerando el préstamo como si se hubiese concertado y funcionado únicamente en EUROS, y por tanto, sin referenciarlo a YENES, fijando en EUROS el capital pendiente de amortización de dicho préstamo a la fecha de la sentencia y el importe de las cuotas que se devenguen con posterioridad a la misma.

d) Que se condene a BANKINTER, S.A. a restituir a Don [REDACTED] y Doña [REDACTED] las cantidades percibidas en exceso por la misma (por principal e intereses) desde la concertación del préstamo que nos ocupa, hasta la ejecución de la Sentencia que se dicte, que resulten de la supresión del clausulado "multidivisa", con sus correspondientes intereses devengados desde la concertación del préstamo que nos ocupa hasta la total restitución de dicho exceso, calculado, mes a mes, desde el primero en que se produzca tal exceso, y ello al tipo legal vigente en cada momento, incrementado en dos puntos porcentuales desde la fecha de la sentencia que se dicte.

e) *Que se condene a BANKINTER, S.A. a restituir a Don [REDACTED] y a Doña [REDACTED] las cantidades percibidas por el mismo en concepto de comisiones por cambio de EUROS a YENES, con sus correspondientes intereses devengados desde la concertación del préstamo que nos ocupa hasta la total restitución de dichas comisiones, calculadas, mes a mes, y ello al tipo legal vigente en cada momento, incrementado en dos puntos porcentuales desde la fecha de la sentencia que se dicte.*

f) *Que se condene a BANKINTER, S.A. a soportar todos los gastos y tributos que pudieran derivarse del efectivo cumplimiento de la Sentencia que se dicte.*

*Y solicitando también que se condene en costas a BANKINTER, S.A. Apoya en síntesis la demandante su pretensión, en el hecho de haber celebrado sus representados un contrato de préstamo con garantía hipotecaria para la adquisición de una vivienda, habiendo prestado su consentimiento de forma viciada al no tener cabal conocimiento de las consecuencias de introducir una cláusula de las conocidas como multidivisa, cláusula que considera nula por abusiva. Por la demandada se invoca la improcedencia de la pretensión ejercitada, sosteniendo que no cabe predicar la nulidad de la cláusula, toda vez que fue el actor el que tomo la iniciativa para la contratación de este producto. Considera que se pretende modificar una parte esencial del contrato y que ello conlleva la imposibilidad de conservar parte de su validez, pues se anularía la esencia del negocio jurídico. Sostiene además que el actor mantuvo de manera consciente su intención de referenciar la hipoteca a euros, con la perspectiva de una coyuntura más favorable a sus intereses. Finalmente planteó la caducidad de la acción. En este sentido, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo 12 de enero de 2015 que señala que **“No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil, con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio, que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce « la realización de todas las obligaciones »** (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), **«cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes »** (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando **«se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó »** (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983). Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003: **«Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que “el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo”. De modo que siguiendo dicha doctrina el contrato litigioso se perfecciona en el momento de otorgar la escritura pública el 14 de septiembre de 2007 pero no se consuma hasta que se produzca la liquidación definitiva, es decir, una vez cumplidas las obligaciones de reintegro de los prestatarios”**. No desconoce este juzgador la doctrina de la Sala I del Tribunal Supremo en relación al inicio del cómputo del plazo de caducidad en los productos bancarios, tan pronto como existan hechos externos que evidencien la toma de conocimiento de error por parte del consumidor. Sin embargo la forma de operar de la hipoteca multidivisa, la variabilidad de las liquidaciones, y la incertidumbre que se mantiene durante toda la vida del préstamo, llevan a presumir que el conocimiento cabal sobre la trascendencia del posible error vicio, no se produce hasta la extinción definitiva del préstamo. En consecuencia, la acción de nulidad relativa o anulabilidad que se ejercita antes de los 4 años siguientes a la liquidación definitiva del contrato no está caducada, por lo que debe*

desestimarse esta excepción procesal.

SEGUNDO.- Antes de entrar a valorar las cuestiones planteadas y reflejadas en el debate configurado por la posición de cada parte definida en el anterior fundamento, resulta adecuado analizar las características del producto financiero contratado por los demandantes, comúnmente conocido como hipoteca multidivisa. El Tribunal Supremo, en su sentencia 608/2017 del 15 de noviembre analiza este tipo de productos variando los criterios previos, fijados en la sentencia 323/2015, concluyendo que el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores, en sintonía con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank. Señala el Tribunal Supremo sin embargo que *En nuestra sentencia 323/2015, de 30 de junio, hemos explicado por qué los riesgos de tipo de préstamo hipotecario exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Dijimos en esa sentencia: «Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. [...] El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo. »Esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas "hipotecas multidivisa" se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos»*

TERCERO.- Partiendo de tal configuración, y teniendo en cuenta que el mecanismo multidivisa afecta al objeto principal del contrato, condicionando su precio, lo que unido al carácter complejo del producto, exige un deber de información reforzado por parte de la entidad bancaria, debiendo asegurarse de que quien contrata un préstamo de estas características es perfectamente conocedor de los riesgos que ello implica. En la sentencia de 15 de noviembre de 2017 el Tribunal Supremo señala que *como confirmación del carácter complejo de este tipo de contrato por la existencia de riesgos necesitados de una explicación*

clara, que la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, en su considerando cuarto, hace referencia a los problemas existentes «en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado» y que «algunos de los problemas observados se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban». El considerando trigésimo de la Directiva añade que «debido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito [...]». Por esas razones, los arts. 11.1.j, 13.f y 25.6 de la Directiva imponen determinadas obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos asociados a la denominación del préstamo en una moneda extranjera. Esta Directiva no es aplicable al presente caso, por razones temporales, pero su regulación muestra los problemas existentes en la contratación de préstamos en moneda extranjera y la necesidad de que el prestatario reciba una información suficiente sobre el juego de la moneda extranjera en la economía del contrato y en su posición jurídica y sobre los riesgos inherentes a ese tipo de préstamos. La obligación de transparencia en la contratación de estos préstamos es preexistente a la entrada en vigor de esta Directiva puesto que deriva de la regulación de la Directiva sobre cláusulas abusivas. La novedad que en esta materia supone la Directiva 2014/17/UE consiste en establecer una regulación detallada de la información a facilitar y en protocolizar la documentación en la que tal información ha de prestarse así como la forma concreta en la que debe suministrarse. 19.- La jurisprudencia del TJUE, en aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, ha declarado la importancia que para el cumplimiento de la exigencia de transparencia en la contratación con los consumidores mediante condiciones generales tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. En este sentido se pronunciaron las sentencias del TJUE de 21 de marzo de 2013 , asunto C- 92/11 , caso RWE Vertrieb , párrafos 44 y 49 a 51, y de 30 de abril de 2014, caso Kásler y Káslerné Rábai , asunto C-26/13 , párrafo 70. También lo hace la STJUE del caso Andriciuc , cuyo apartado 48 declara: «Por lo demás, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencias de 21 de marzo de 2013 , RWE Vertrieb, C 92/11 , EU:C:2013:180 , apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C 154/15, C 307/15 y C 308/15, EU:C:2016:980 , apartado 50).

CUARTO.- Procede por tanto entrar a valorar la existencia del consentimiento prestado por los prestatarios, y si éste lo fue, derivado de la falta de transparencia del contrato, pues el control sobre el carácter abusivo de una cláusula predispuesta, en última instancia, no supone sino valorar la libertad de consentimiento en la contratación, de suerte que si aquella se aprecia, con los parámetros legal y jurisprudencialmente fijados, la consecuencia será la

expulsión de la cláusula del contrato. Según se defiende el error viene motivado por el desconocimiento sobre la posición que asumían en el contrato de préstamo, al introducirse el mecanismo multidivisa sin una previa información suficiente a los clientes que permitiera celebrar el contrato en igualdad de conocimientos con la demandada. Volviendo al análisis de la sentencia del Tribunal Supremo, antes citada, con cita en diversas resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, señala que *el prestatario deberá estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto el banco, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa. En consecuencia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar que el profesional comunicó a los consumidores afectados toda la información pertinente que les permitiera valorar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal sobre sus obligaciones financieras*». Entiende por ello el Tribunal Supremo que la entidad bancaria debe informar de manera suficiente a los prestatarios de que *las fluctuaciones en la cotización de la divisa extranjera respecto del euro no solo podían provocar oscilaciones en el importe de las cuotas del préstamo, sino que el incremento de su importe podía llegar a ser tan considerable que pusiera en riesgo su capacidad de afrontar el pago en caso de una fuerte depreciación del euro respecto de la divisa. Esa información era necesaria para que los prestatarios pudieran haber adoptado una decisión fundada y prudente y pudieran haber comprendido los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda en la que recibían sus ingresos. Así lo declara la STJUE del caso Andriuc , en sus apartados 49 y 50.*

Es por tanto desde esta perspectiva desde donde han de analizarse las posiciones de las partes al celebrar el contrato, y la posible concurrencia de abusividad, derivada de la falta de cumplimiento por la demandada de los deberes que le incumben.

QUINTO.- No debe olvidarse que nos encontramos ante un contrato celebrado entre un banco y un consumidor, en el que ab initio cabe presumir una posición de prevalencia por parte de la entidad bancaria, que opera dentro de su ámbito profesional y técnico, con la consiguiente situación de alteración de la posición con la que cada una de las partes se aproxima a la conclusión de un contrato en el ámbito financiero propio de la entidad prestamista. Ello juega un importante papel en orden al control del cumplimiento de la normativa genérica en materia de protección de consumidores y usuarios, en lo que se refiere al control de transparencia, especialmente a la luz de lo que ha venido perfilando el TJUE al interpretar la Directiva 93/13. La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, que sintetiza el estado de la cuestión hasta la fecha, señala: *«Como recordamos en la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo , ya dijimos en la previa 241/2013 que este doble control consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, «conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala 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». Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, «la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a 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. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato». Trasladando la anterior doctrina al presente supuesto, como hace la sentencia de 15 de noviembre de 2017, la lectura de la escritura de préstamo hipotecario pone de manifiesto la imposibilidad de tener por superado este control de transparencia desde la perspectiva reforzada que establece el Tribunal Supremo, pues la complejidad del producto derivado, supone presumir la falta de comprensión suficiente por parte del consumidor contratante de la verdadera carga financiera que está asumiendo con la celebración de un contrato de tales características, siendo carga de la entidad bancaria justificar haber obrado en cumplimiento de las obligaciones que para ella se derivan de la legislación del sector en el que opera, no solo para lograr el pleno conocimiento por parte del consumidor de la verdadera carga económica y jurídica de su posición en el contrato, sino para disuadirlo de la contratación de un contrato complejo si su perfil inversor no lo aconseja. Debe igualmente tenerse en cuenta lo declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 20 de septiembre de 2017 en la que se señala: "En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

1) El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «objeto principal del contrato», en el sentido de esa disposición, comprende una cláusula contractual, como la del litigio principal, incluida en un contrato de préstamo denominado en divisa extranjera que no ha sido negociada individualmente y según la cual el préstamo deberá reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató, dado que esta cláusula regula una prestación esencial que caracteriza dicho contrato. Por consiguiente, esta cláusula no puede considerarse abusiva, siempre que esté redactada de forma clara y comprensible.

2) El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino

también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto.

3) *El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio principal, y teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional, en este caso el banco, en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido de esa disposición."*

La sentencia de 15 de noviembre de 2017 señala, analizando los deberes de información de la entidad bancaria que (...) *es esencial que la información que el banco dé al cliente verse sobre la carga económica que en caso de fluctuación de la divisa le podría suponer, en euros, tanto el pago de las cuotas de amortización como el pago del capital pendiente de amortizar al que debería hacer frente en caso de vencimiento anticipado del préstamo. También debe ser informado de la trascendencia que para el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado del préstamo por parte del banco tiene la devaluación, por encima de ciertos límites, del euro frente a la divisa extranjera, porque supone también un serio riesgo para el consumidor que, pese a no haber incurrido en incumplimiento contractual, se vería obligado a devolver de una sola vez todo el capital pendiente de amortizar. No puede afirmarse que la demandada haya cumplido con la carga de probar que suministró de manera suficiente al consumidor todos los elementos de juicio suficientes para formar en él la voluntad de forma libre pudiendo conocer cabalmente los riesgos y la posición que asumía en la contratación de una hipoteca de estas características. De la documental aportada por la entidad no puede inferirse el cumplimiento de tales obligaciones. Pese a que se afirma que se dio cumplida información sobre los riesgos del producto, tanto verbal como por escrito, lo cierto es que de la documental aportada no puede llegarse a tal conclusión. El cumplimiento de la obligación que compete a la entidad bancaria debe dejar un rastro documental suficiente, que permita de manera objetiva comprobar que el cliente ha sido informado de forma detallada de su posición en el contrato. Las consecuencias de incumplir el deber de información, se concretan en la apreciación de la falta de transparencia del clausulado multidivisa, y en consecuencia su carácter nulo.*

SEXTO.- La supresión de las cláusulas multidivisa, acordando la nulidad parcial del contrato en la parte en la que se ve afectado por dicho mecanismo, comporta necesariamente la aplicación de las condiciones previstas en el propio contrato de préstamo hipotecario para el supuesto de funcionamiento de la operativa en euros, dando como resultado lo así solicitado con carácter principal en el suplico de la demanda, difiriendo para ejecución de sentencia la reliquidación del préstamos concertado. Pese a que efectivamente, la declaración de nulidad de una cláusula comporta su expulsión del contrato sin posibilidad de integración, no debe perderse de vista que este efecto busca dotar de una total protección al consumidor, sin que se vea perjudicado aun de forma atenuada, por la inclusión de una

cláusula abusiva, mediante la disminución de sus efectos. La finalidad del veto a la integración de la cláusula abusiva encuentra su fundamento en la necesaria protección del consumidor en el particular contrato en el que se declara tal nulidad, y en el efecto preventivo para otros consumidores ante la penalización que sufre el predisponente, que le conmina a la no inclusión de tal cláusula en otros contratos. Podemos citar en tal sentido la sentencia del TJUE de 21 de abril de 2016, cuyos razonamientos 97 y 98 indican *El Tribunal de Justicia ha recordado que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe poder subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, ese mantenimiento del contrato sea jurídicamente posible (sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 28 y jurisprudencia que allí se cita).*

Corroboran asimismo esta interpretación la finalidad y la sistemática de la Directiva 93/13. A este respecto, habida cuenta de la naturaleza y la importancia del interés público en el que se basa la protección garantizada a los consumidores, dicha Directiva impone a los Estados miembros, como se desprende de su artículo 7, apartado 1, la obligación de brindar medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores». Ahora bien, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, esa facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo mencionado en el artículo 7 de la Directiva, ya que tal facultad debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales la inaplicación pura y simple de tales cláusulas abusivas a los consumidores (sentencia de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y de Man Garabito, C-488/11, EU:C:2013:341, apartado 58 y jurisprudencia que allí se cita).

El principio que inspira la prohibición de integración es el de la protección del consumidor, por lo que ese veto a la integración se ve alterado en aquellos supuestos en los que ésta es necesaria para salvaguardar los derechos del consumidor, que pudiera verse perjudicado por una nulidad radical del contrato, de expulsarse la cláusula declarada abusiva. La STJUE 30 abril 2014 (**Asunto C-26/13**), **fija esta doctrina, que supone la compatibilidad de declaración de nulidad de las cláusulas que afectan al denominado sistema multdivisa, cuya nulidad resulta procedente, debiendo integrarse el contrato en la forma solicitada por el demandante.**

SÉPTIMO.- De conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se impone a la demandada el pago de las costas causadas en el presente procedimiento, aplicando el criterio del vencimiento objetivo.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda formulada por la representación procesal de ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN), contra BANKINTER S.A., resultan adecuados los siguientes pronunciamientos:

I.- Declaro que es parcialmente nulo el contrato suscrito por Don [REDACTED] y Doña [REDACTED] con BANKINTER, S.A. y declaro la nulidad absoluta, o falta de todo efecto del clausulado multidivisa que en el mismo se contienen (Expositivos I y III.- y Clausulas Financieras PRIMERA.-, SEGUNDA.- TERCERA.- CUARTA.- , DECIMA.- y UNDECIMA en todo lo que en ellas consta en relación a la multidivisa) por cualesquiera de las razones señaladas en el Fundamento de Derecho IX apartado C) de este escrito condenando a BANKINTER, S.A. a estar y pasar por dicha declaración, y en consecuencia:

a) Condeno a BANKINTER, S.A. a eliminar de la Escritura de Préstamo Hipotecario objeto de esta demanda, el clausulado “multidivisa” y a realizar, a su costa, todas las gestiones y actuaciones que sean necesarias al objeto de que, en la matriz de la escritura que se adjunta como DOCUMENTO nº 6 de la demanda que dio origen al procedimiento, se haga constar tal eliminación, y al objeto de que en la hoja abierta en el Registro de la Propiedad nº 22 de Madrid respecto a la vivienda hipotecada por dicha escritura identificada en sus páginas 51 y ss., se haga constar que ha tenido lugar la eliminación del señalado clausulado “multidivisa”.

b) Condeno a la demandada a la inmediata inaplicación del clausulado “multidivisa”

c) Condeno a BANKINTER, S.A. a recalcular las cuotas (por principal e intereses) devengadas y abonadas por los demandantes en razón al préstamo objeto de la presente demanda, sin considerar el clausulado “multidivisa” declarado nulo y, consecuentemente, considerando el préstamo como si se hubiese concertado y funcionado únicamente en EUROS, y por tanto, sin referenciarlo a YENES, fijando en EUROS el capital pendiente de amortización de dicho préstamo a la fecha de la sentencia y el importe de las cuotas que se devenguen con posterioridad a la misma.

d) Condeno a BANKINTER, S.A. a restituir, a los demandantes las cantidades percibidas en exceso por el mismo (por principal e intereses) desde la concertación del préstamo que nos ocupa, hasta la completa ejecución de la sentencia que se dicte, que resulten de la supresión del clausulado “multidivisa”, con sus correspondientes intereses devengados desde la concertación del préstamo que nos ocupa hasta la total restitución de dicho exceso, calculado, mes a mes, desde el primero en que se produzca tal exceso y ello al tipo legal vigente en cada momento, incrementado en dos puntos porcentuales desde la fecha de la sentencia que se dicte.

e) Condeno a BANKINTER, S.A. a restituir a los demandantes las cantidades percibidas por el mismo en concepto de comisiones por cambio de EUROS a YENES, con sus correspondientes intereses devengados desde la concertación del préstamo que nos ocupa hasta la total restitución de dichas comisiones, calculados, mes a mes, y ello al tipo legal vigente en cada momento, incrementado en dos puntos porcentuales desde la fecha de esta Sentencia

f) Condono a BANKINTER, S.A. a soportar todos los gastos y tributos que pudieran derivarse del efectivo cumplimiento de esta Sentencia.

II.- Condono a BANKINTER, S.A. al pago de las costas causadas

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación que se interpondrá por escrito ante este Juzgado en el plazo de veinte días, a contar desde el siguiente a la notificación de la presente resolución, y se resolverá ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid.

Así por ésta mi Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN: En el día de la fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.