

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 6
ALICANTE**

Calle PARDO GIMENO,43
TELÉFONO:

N.I.G.: 03014-42-1-2016-0017772

Procedimiento: Asunto Civil 001363/2016

S E N T E N C I A 115/2018

JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª JOSE LUIS CASELLS BONACHO

Lugar: ALICANTE

Fecha: ocho de mayo de dos mil dieciocho

PARTE DEMANDANTE: [REDACTED]

Abogado:

Procurador: BERNAL COLOMINA, PAULA

PARTE DEMANDADA BANKINTER SA

Abogado:

Procurador: MOLINA SANCHEZ-HERRUZO, RICARDO

OBJETO DEL JUICIO: Ordinarios

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Que por D. [REDACTED] representado por la Procuradora de los Tribunales DNA. PAULA BERNAL COLOMINA se presentó demanda de Juicio Ordinario, ajustada a las prescripciones legales y dirigida contra la entidad de crédito BANKINTER S.A.

Segundo.- Que admitida a trámite la misma mediante Decreto de fecha 29/09/2016 se acordó seguir los trámites prevenidos para el Juicio Ordinario, artículos 404 y siguientes de la LEC, y emplazar por veinte días a la parte demandada para que formulase contestación. Que evacuado el referido trámite mediante la presentación de escrito de fecha 13/12/2016, se fijó el día 22/02/2017 para la celebración de Audiencia Previa.

Tercero.- Que llegado el referido día, al acto comparecieron las partes con la debida asistencia y representación habiéndose propuesto y admitido cuantos medios de prueba se consideraron pertinentes y útiles al proceso, habiéndose señalado el día 13/09/2018 para la celebración de Juicio.

Cuarto.- En la fecha señalada se abrió el acto, y practicaron los medios de prueba con intervención de las partes personadas, ello con el resultado que consta

recogido en los medios de grabación del juzgado. Tras lo cual, quedaron los autos pendientes del dictado de la oportuna resolución una vez evacuado el correspondiente trámite de conclusiones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De las posiciones de las partes.-

Por la parte actora, D. [REDACTED] se acciona a los efectos que por este juzgado se dicte sentencia en cuya virtud, se declare la nulidad parcial del préstamo hipotecario multidivisa suscrito por las partes litigantes en fecha 28/01/2008, únicamente en lo referente a la opción multidivisa y todas las disposiciones que no hubieran sido prevenidas para el caso que el préstamo únicamente se hubiera referenciado a una moneda distinta del euro. Y en lógica consecuencia con el anterior pronunciamiento, que como consecuencia de la referida nulidad parcial el préstamo deba de enterarse referenciado a euros y por un capital de 154.000 euros, debiéndose rehacer el cuadro de amortización con la mencionada moneda, siendo el tipo de interés aplicable el prevenido en la letra b) de la cláusula financiera tercera del contrato. Debiéndose proceder al recálculo por la entidad demandada de los importes percibidos como consecuencia de la aplicación de la cláusula cuya validez se cuestiona, ello con deducción del capital objeto del préstamo, 154.000 euros. Todo ello, con expresa imposición de las costas causadas en el procedimiento. Ello al considerar dicha parte procesal, que el señor [REDACTED] consumidor minorista, no fue informado debidamente de las consecuencias jurídicas y económicas que implicaba el uso de la cláusula multidivisa, y concretamente, no se le informó de los riesgos inherentes a los cambios que las divisas pudieran suponer en el capital vivo del préstamo. Esto es, se argumenta que al tiempo de suscribir el contrato el demandante a causa de la defectuosa información suministrada por la entidad demandada padeció un error-vicio del consentimiento que invalida parcialmente el contrato.

Por su parte la entidad demandada, la entidad de crédito BANKINTER, se opuso a la estimación de los pedimentos deducidos de contrario alegando en defensa de sus intereses los siguientes argumentos enervatorios; a) Que existe un defecto en el modo de proponer la demanda, por cuanto, no es posible la nulidad parcial del contrato, esto es, de declararse nula la cláusula multidivisa necesariamente debería de declararse la nulidad íntegra del mismo con restitución recíproca de prestaciones, b) Que por la entidad de crédito se suministró al actor cumplida información del producto, préstamo hipotecario, y de la cláusula multidivisa. Destacándose por esta parte procesal varios puntos sobre los que argumenta la inexistencia del error-vicio esgrimidos, así concretamente; 1º) Que la iniciativa de la contratación provino del actor, que fue a la entidad de crédito a pedir dicho producto del que tenía conocimientos previos de como funcionaba. Siendo buena muestra de ello que la hipoteca se constituyó previa cancelación de otra previa que gravaba el inmueble, esto es, se realizó una subrogación desde otra entidad, la CAJA DE AHORROS DEL MEDITERRANEO, y se suscribió la hipoteca hoy cuestionada; 2º) Que por el señor [REDACTED] se optó por el franco suizo sin asesoramiento alguno por la entidad, habiéndose mantenido las amortizaciones con dicha moneda pese haber cambiado al euro en cualquier momento, tal y como se prevé

el contrato respecto de la opción de cambio de moneda y comunicaciones; c) Que el señor [REDACTED] no es un cliente con aversión al riesgo, buena muestra de ello es que es titular de una cuenta de valores, cuyos valores fluctúan en el mercado; d) Que el producto no exige conocimientos financieros, al constituir un producto de financiación que no de inversión tal y como pretende hacer ver la parte demandante; y e) Que por la entidad se ofreció en la fase pre-contractual toda la información referente al funcionamiento del producto, riesgos, y singularmente a la opción de cambio de divisa. Que permitía al actor en cualquier momento haber referenciado la hipoteca al euro tal y como se pretende en el presente expediente.

Segundo.- De la excepción relativa a la imposibilidad de declaración de la nulidad parcial del contrato.-

Esta causa de oposición debe decaer, por cuanto, el Tribunal Supremo (SSTS de Pleno núm. 608/2017 de 15 de noviembre), ha resuelto sobre la cuestión planteada por la parte demandada, considerando al respecto que, "no existe problema alguno de separabilidad del contenido inválido del contrato de préstamo", arguyendo que pueda realizarse dicha operación jurídica habida cuenta que, "la nulidad total del contrato préstamo supone un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicarle más que al predisponente (sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13, apartados 83 y 84)". Exponiendo en el mismo sentido que, "si se eliminara por completo la cláusula en la que aparece el importe del capital del préstamo, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio cuando las cuotas se abonan en euros, el contrato no podría subsistir, porque para la ejecución del contrato es necesaria la denominación en una moneda determinada tanto de la cantidad que fue prestada por el banco como la de las cuotas mensuales que se pagaron por los prestatarios, que determina la amortización que debe realizarse del capital pendiente. Lo realizado en esta sentencia constituye, en realidad, la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que establece la posibilidad de que el capital esté denominado en euros) y que responde a las exigencias de una disposición nacional, como la contenida en preceptos como los arts. 1170 del Código Civil y 312 del Código de Comercio, que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, lo cual es un requisito inherente a las obligaciones dinerarias". Doctrina la expuesta, de la que se sigue la desestimación, ya anunciada, del óbice planteado por BANKINTER S.A.

Tercero.- De la acción ejercitada por la parte actora.-

Resuelta la anterior cuestión, procede fijar la acción que se ejercita por la parte actora, en este sentido por la parte actora se acciona a los efectos que se declare la nulidad del pacto relativo a la cláusula multidivisa, ello por error-vicio del consentimiento ante la defectuosa información suministrada por la entidad demandada.

Así las cosas, y pese a que por la parte actora se solicita la nulidad del

contrato como consecuencia de la existencia de un error-vicio del consentimiento, inherente a la falta de cumplimiento de la normativa aplicable al tipo de contrato que se suscribía, en esencia y de la lectura tanto de los elementos fácticos como jurídicos se infiere por este juzgador que en esencia no se actúa por dicha parte procesal en virtud de lo prevenido en el artículo 1265 y 1266 del Código Civil, sino en virtud de lo prevenido en el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, siendo en realidad, la acción que este último precepto encierra la que se ejercita en el presente. Sin que tal precisión, en relación al "petitum" y causa de pedir puedan presuponer incongruencia de clase alguna, en virtud del principio "da mihi factum, dabo tibi ius", así como de los razonamientos que precede, (en este sentido SSTs 7-4-1993 (RJ 1993/2798), 24-9-1986, 14-10-1988, 6-4-1989 y 16-6-1992, 28-1-1992), circunstancia esta que motiva que debamos considerar ejercida la acción antes aludida.

Sobre la base de lo anterior, hemos de tener en cuenta que el artículo 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, en cuya virtud se prevé que;

"1. Serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

2. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios".

Debiéndose concretar, en relación a la posible nulidad de la condición general que por la vía de lo dispuesto en el **artículo 8.1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones de la contratación**, que existen **dos niveles de supervisión** de este tipo de cláusulas, el denominado **control de incorporación**, vía susceptible de aplicación tanto a consumidores y usuarios, como a empresarios, primer nivel que centra el análisis a realizar según la jurisprudencia, (SSTS núm. 705/2015, de 23 de diciembre; núm. 241/2013, de 9 de mayo, y núm. 138/2015, de 24 de marzo), en "[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez" -, 7 LCGC -"[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]", esto es, (SAP de Gijón, sección 7ª, núm. 369/2016 de 6 de octubre), "que las condiciones generales sean claras, concretas y sencillas, comprensibles directamente y que se entregue un ejemplar de las mismas antes o en el momento de celebrar el contrato, salvo que el empresario pruebe que el adherente las conocía". Análisis que según se infiere de la jurisprudencia, (SJM de Almería, de 18 de septiembre de 2014), se prodrá realizar siempre que la parte contratante tenga la condición de adherente conforme al artículo 2 de la LCGC, y que comprende un control de incorporación, (artículo 5 y 7 de la LCGC), unas reglas de

interpretación, (artículo 6 de la LCGC), y un control de contenido muy limitado, (no se trata de un control de abusividad, es un control basado en la buena fe contractual prevenida en las normas generales de las obligaciones y contratos, y que presupondría la contaminación de nulidad de las cláusulas contractuales que, en perjuicio del adherente, contradigan lo dispuesto en la LCGC o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva).

Reservándose un segundo nivel de análisis en dicho precepto, artículo 8.1 de la LCGC, para el caso que el adherente sea consumidor o usuario, y que la jurisprudencia ha descrito como control de transparencia cualificado o abusividad, al que afecta al conocimiento sobre la carga jurídica y económica del contrato, y que presupone que conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por la STS núm. 406/2012, de 18 de junio, se habrá de verificar si sobre los elementos esenciales de contrato el adherente conoció o pudo 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, así 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”, para aquellos supuestos en que los adherentes concurre la condición de consumidor y usuario, dado que únicamente respecto de los mismos predica el Alto Tribunal se puede considerar establecido un ámbito de protección superior, en este sentido resulta harto ilustrativo que la STS número 367/2016 de 3 de junio, expone que “pero este control de transparencia diferente del mero control de inclusión está reservado en la legislación comunitaria y nacional, y por ello, en la jurisprudencia del TJUE y de esta Sala, a las condiciones generales incluidas en contratos celebrados con consumidores, conforme expresamente previenen la Directiva 1993/13/CEE y la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es más, como hemos resaltado en varias de las sentencias antes citadas, el art. 4.2 de la Directiva conecta esta transparencia con el juicio de abusividad, porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. Y precisamente esta aproximación entre transparencia y abusividad es la que impide que pueda realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor”, llegándose a la conclusión que, “ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil general sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio en las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual. No correspondiendo a los tribunales la configuración de un “tertium genus” que no ha sido establecido legislativamente, dado que no se trata de una laguna legal que haya que suplir mediante la analogía, sino de una opción legislativa que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores”.

Debiéndose concretar, que junto a dichos niveles de protección prevenidos en el artículo 8.1 de la LCGC, se articula un segundo nivel, exclusivamente reservado para los consumidores y usuarios, y que se recoge en la dicción del **artículo 8.2 de la LCGC**, que presupone un control de contenido que implicará un control de abusividad. Debiéndose matizar que la propia normativa europea, concretamente el artículo 4.2 de la Directiva 93/12, al establecer que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”, veda la posibilidad de realizar el control de abusividad cuando la cláusula objeto de análisis afecte al objeto principal del contrato. Concepto jurídico el de “objeto principal” del contrato que ha sido interpretado por la jurisprudencia comunitaria, manifestado en relación al mismo que, “toda vez que la citada disposición establece una excepción al mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece la Directiva 93/13, dicha disposición debe ser objeto de interpretación estricta”, (STJUE 23.4.2015 Van Hove ¶ 31 y las que cita). La expresión “objeto principal” no ha de entenderse en sentido subjetivo (determinante del consensus) ni en sentido objetivo abstracto o estructural (elemento necesario del tipo de contrato). La jurisprudencia lo interpreta en sentido objetivo concreto al referirlo a las “prestaciones esenciales de ese contrato que como tales lo caracterizan”, “atendiendo a la naturaleza, el sistema general y las estipulaciones de ese contrato, así como a su contexto jurídico y de hecho”. “En cambio, las cláusulas de carácter accesorio en relación con las que definen la esencia misma de la relación contractual no pueden formar parte del concepto de «objeto principal del contrato», (SSTJUE Kásler ¶ 49-51; Matei ¶ 54 y Van Hove ¶ 33; en general, se decantan por el enfoque objetivo, basado en el texto de la Directiva y en la seguridad de las actividades económicas, SSTJUE 15.3.2012 Perenicová ¶ 32 y 30.5.2013 Erika Jorös ¶ 47).

Debiéndose destacar en el **caso concreto**, y en relación a este tipo de productos se ha analizado si dicha cláusula debe considerarse o no incluida en el concepto de “objeto principal” del contrato, (TJUE asunto C-26/13 de 12 de febrero de 2014), (considerando 36 de la resolución), el tribunal remitente preguntó al TJUE “si el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que los términos «objeto principal del contrato» y «adecuación entre precio y retribución, por una parte, [y] los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra» abarcan una cláusula, contenida en un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera concluido entre un profesional y un consumidor, que no ha sido objeto de negociación individual, como la cláusula discutida en el litigio principal, en virtud de la cual la cotización de venta de esa divisa se aplica para el cálculo de las cuotas de devolución del préstamo”, siendo la respuesta del mencionado Tribunal, (considerando 46), que, (parte dispositiva de la referida resolución), “tal cláusula, en cuanto estipula la obligación pecuniaria para el consumidor de pagar la devolución del préstamo los importes derivados de la diferencia entre la cotización de venta y la de compra de la divisa extranjera, no puede calificarse como comprensiva de una “retribución” cuya adecuación como contrapartida de una prestación realizada por el prestamista no pueda ser apreciada en relación con su carácter abusivo en virtud del

artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13". De lo que la jurisprudencia ha considerado, (SAP de Madrid, sección 11ª, núm. 59/2017 de 20 de febrero), que dicha cláusula constituye objeto principal de contrato, conclusión a la que se podría llegar partiendo de la normativa nacional, tal y como se infiere que "en cualquier préstamo, la restitución de la suma prestada mediante el pago de términos amortizativos es la obligación esencial del prestatario, artículos 1753 CC y 312.1 de Código de Comercio".

De lo que se concluye que si bien quedaría excluido en el supuesto que nos ocupa el ámbito de protección del artículo 8.2 de la LCGC, antes expuesto, deberá realizarse el doble nivel de control que se prevé en el artículo 8.1 de la LCGC, conclusión la expuesta, por otro lado, que coincide con las que alcanza el TJUE que con posterioridad a excluir el control de abusividad de la cláusula multi-divisa, y respondiente a otras de las cuestiones prejudiales formuladas, aclara esta cuestión, (parte dispositiva de la TJUE asunto C-26/13 de 12 de febrero de 2014, segunda declaración), al concluir que, "el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".

Expuesto lo anterior, y siendo necesario para realizar el análisis prevenido en el artículo 8.1 de la LCGC la normativa aplicable a los efectos de apreciar si en el comportamiento de la entidad demandada se produjo una vulneración de la misma, pasaremos a determinar el régimen jurídico aplicable en el fundamento jurídico siguiente, para valorar posteriormente los hechos que resultan acreditados de los medios de prueba unidos al expediente, como de los que se practicaron en el acto de juicio.

Cuarto.- De la normativa aplicable al contrato de préstamo hipotecario con cláusula multidivisa.-

En relación a esta cuestión, debemos de atender a dos problemas distintos cuáles son la naturaleza jurídica del producto que se contrató, y en relación a ello, cual sería pues la normativa aplicable. Materias que han sido analizadas por reciente jurisprudencia, (SAP de Madrid, sección 11ª, núm. 59/2017 de 20 de febrero, que analiza en relación a esta cuestión la TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso BanifPlus Bank Zrt, C- 312/14), haciéndolo en un supuesto muy similar al que nos ocupa, en que la parte actora, "suplicaba la nulidad del contrato por infracción de los deberes pre-contractuales de información contenidos en la normativa sectorial. «Se invoca la legislación de referencia [Ley General de Consumidores y usuarios] no en cuanto a la abusividad objetiva las cláusulas sino en cuanto a la abusividad fruto de la falta de información previa, con infracción de la normativa sectorial imperativa».

En relación a lo expuesto, la referida jurisprudencia considera que no será aplicable al caso ni la legislación del mercado de valores, ni la denominada normativa MiFID, alcanzándose la referida conclusión por los siguientes motivos;

1º) Además de a los depósitos estructurados, las Directivas MiFID 2004/39/ CE y ahora la 2014/65/UE relativas a los mercados de instrumentos financieros se aplican a los servicios de inversión (arts. 1.1 Directivas MiFID), entre ellos, el asesoramiento en materia de inversión (Anexo I A 5] Directivas MiFID) sobre instrumentos financieros, como los contratos de derivados relacionados con divisas (Anexo I C 4] Directivas MiFID). En España, la Ley del Mercado de Valores se aplica igualmente a los instrumentos financieros (art. 4 LMV), entre otros, los contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con divisas (art. 2.2 LMV). Mas no se puede incluir en ninguno de los anteriores conceptos al préstamo hipotecario multi-divisa, ello por cuanto, un instrumento financiero, para el Derecho de los mercados financieros (siendo otro el concepto contable [Norma Internacional de Contabilidad-UE 32.11]) es un concepto legalmente definido y tasado: «los instrumentos especificados en el anexo I, sección C» de las Directivas MiFID o los relacionados en el artículo 2 de la Ley del Mercado de Valores. Así, un préstamo es un instrumento financiero en sentido jurídico-contable pero no para el Derecho de los mercados financieros. «No parece que las operaciones de cambio que realiza una entidad de crédito en el marco de la ejecución de un contrato de préstamo como el controvertido en el litigio principal se refieran a uno de los instrumentos financieros del anexo I, sección C, de dicha Directiva, entre ellos, en particular, el contrato de futuros» (STJUE Lantos ¶ 68, antes citada).

2º) Existen diferencias entre las causas que se persiguen entre los contratos financieros y derivados y el que nos ocupa, por cuanto, la causa objetiva de los contratos de derivados no es obtener financiación sino que son negocios diferenciales o sobre diferencias. Los contratantes no ejecutan “in natura” el contrato a plazo sino que aprovechan la fluctuación diacrónica entre un precio prefijado o conocido, y un precio heterodeterminado y aleatorio. Son apuestas de signo contrario (juegos de suma cero) con finalidad subjetiva de cobertura del riesgo de una obligación existente, de especulación sobre la evolución de los precios de un activo o un índice financiero o de arbitraje -especulación espacial entre mercados-. «Un contrato de préstamo al consumo como el controvertido en el litigio principal no tiene por objeto la venta de un activo financiero a un precio determinado en el momento de la celebración del contrato» (STJUE Lantos ¶ 70).

3º) El cumplimiento de un contrato en otra divisa o multi-divisa según el contravalor del día del pago o la opción de nominación a la moneda funcional (o de pago) [i] ni son derivados potencialmente autónomos (freestanding), luego no puede aplicarse la normativa propia de los derivados financieros a pactos que, aisladamente considerados, no constituirían un derivado; [ii] ni alteran la naturaleza de las prestaciones contractuales (conforme al llamado "criterio SPPI" [solely payments of principal and interests] de la Norma Internacional de Información Financiera 9.4.1.2) por lo que, con doble fundamento, quedan absorbidos en el régimen jurídico del

contrato principal, sin perjuicio de eventuales normas imperativas aplicables. «En efecto, por una parte, en un contrato como el controvertido en el litigio principal, no puede distinguirse entre el contrato de préstamo propiamente dicho y una operación de futuros de venta de divisas, por cuanto el objeto exclusivo de ésta es la ejecución de las obligaciones esenciales de este contrato, a saber, las de pago del capital y de los vencimientos, entendiéndose que una operación de este tipo no constituye en sí misma un instrumento financiero» (STJUE Lantos ¶ 71).

4º) La sujeción al Derecho del mercado valores o la extravagancia a este Derecho depende [i] de la existencia de un producto financiero [ii] como objeto de un contrato de inversión. El Derecho del mercado de valores se crea para la protección del inversor. Ciertamente, el Derecho del mercado de valores y el del consumo coinciden en tutelar a la parte contractual más débil en el sentido de peor informada ante una situación de asimetría informativa. No obstante, los conceptos de inversión y consumo son económicamente distintos e incompatibles. La inversión es renuncia al consumo actual con el fin de adquirir activos fructíferos en el tiempo.

5º) La ejecución de las cláusulas de un contrato de préstamo multidivisa no puede calificarse de «servicios o de actividades de inversión» en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39 . Un préstamo multidivisa no tiene causa de inversión. «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» (STJUE Lantos ¶ 57 fin.). «De ello resulta, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, que las operaciones de cambio que realiza una entidad de crédito en el marco de la ejecución de un contrato de préstamo denominado en divisas, como el controvertido en litigio principal, no pueden calificarse de servicios de inversión, de manera que esta entidad no está sometida, en particular, a las obligaciones en materia de evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que pretende prestar previstas en el artículo 19 de la Directiva 2004/39 » (STJUE Lantos ¶ 75).

6º) No obstante, «algunas disposiciones de otros actos del Derecho de la Unión relativos a la protección de los consumidores pueden ser pertinentes en un asunto como el del litigio principal» (STJUE Lantos ¶ 47). Así, el artículo 23 de la Directiva de créditos inmobiliarios sobre «préstamos en moneda extranjera» contiene ahora una detallada regulación en protección del consumidor. No obstante, la Directiva de créditos inmobiliarios está pendiente de transposición, lo que debió hacerse a más tardar el 31/3/2016 (art. 42) pero no se aplica a los contratos anteriores a esa fecha (art. 43), como el Préstamo que enjuiciamos. Adviértase que la Directiva se enmarca en el Derecho del "consumidor" y emplea esta palabra y no la de "inversor".

Debiéndose concluir conforme a lo anterior, y excluida la normativa propia de los productos financieros, (conclusión con la que coincide la reciente STS de Pleno, número 608/2017 de 15 de noviembre), que la normativa nacional del sector aplicable, anterior a la hoy vigente, el Préstamo se concedió conforme a la regulación

anterior a la hoy vigente Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; artículo 29 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible sobre «Responsabilidad en el crédito y protección de los usuarios de servicios financieros»; la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios y el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

Hallándose en dicho momento vigente la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Ciertamente, explica su Preámbulo que «dada su finalidad tuitiva, la Orden se circunscribe deliberadamente a los préstamos hipotecarios sobre viviendas, concertados por personas físicas, cuya cuantía no rebase los 25 millones de pesetas» y así lo dispuso su artículo 1.3. Ahora bien, la Ley 41/2007, «teniendo en cuenta la regulación y las prácticas en la Unión Europea a fin de garantizar la convergencia en esta materia» (Preámbulo II), modificó la letra a) del artículo 48.2 LDIEC añadiendo: «La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos».

Así, al «objeto [de] permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y, cuando pueda verse afectada, a su situación financiera», la «información pre-contractual exigible», esto es, «la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato» (art. 48.2 h) LDIEC); consiste en [i] un folleto informativo (art. 3), [ii] oferta vinculante que incluya las condiciones financieras (art. 5) y un [iii] posible examen del proyecto de escritura pública por el prestatario durante los tres días anteriores al otorgamiento (art. 7.2). Debiéndose concretar, en consonancia con los pronunciamientos jurisprudenciales existentes, que la simple observancia de la normativa sectorial no excluye, sin más, la abusividad de la cláusula por falta de transparencia (STS 1ª 222/2015).

Quinto.- Del caso concreto.-

Expuesto todo lo anterior, esto es el ámbito de control que deberemos de realizar, así como la normativa aplicable al caso, partiendo de los medios de prueba aportados al proceso, así como de los que se practicaron en el acto de juicio a los que atenderemos concretamente;

- Documento número 1 de la demanda y de la contestación, correspondiente a la escritura pública de hipoteca con cláusula multi-divisa de fecha 28/11/2008, (documento número 1 de la demanda), previéndose en relación al riesgo inherente a la fluctuación de la divisa tomada como referencia, Exponen III, "el prestatario reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del contrato, exonerando a

BANKINTER, de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en euros de la moneda en que se haya ejercitado la opción, pueda ser superior al límite pactado". No haciéndose constar en la mencionada escritura pública entre la advertencias legales que realizó el notario, mención alguna a la inclusión de dicha cláusula y sus posibles consecuencias jurídicas y económicas para el prestatario. Debiéndose destacar que se hace constar que el contenido de la escritura coincide fielmente con la oferta motivada, que no se une a la escritura pública como anexo. Y no se aporta por ninguna de la partes litigantes.

- Documento número 2 de la demanda, correspondiente a un correo-electrónico de fecha 07/10/2008 que se dio entre el señor [REDACTED] y el actor con ocasión de la suscripción del préstamo hipotecario multi-divisa. En el que se hace una simulación de la cuota mensual de amortización según la divisa elegida, y se ensalza que como se vería reducida la cuota de elegir una moneda más débil en ese momento que el euro. Mas nada se dice de un escenario adverso por un cambio conyuntural del valor de las divisas.

- Documento número 3 de la demanda y 2 y 3 de la contestación, correspondiente a la vida laboral del actora, el perfil del mismo en INFOJOBS, así como, el extracto de las cuentas de valores de las que fue titular el actor.

- Documento número 8 de la contestación, correspondiente a un pantallazo de la página web de BANKINTER en que se aprecia que se podía cambiar la divisa de manera telemática por el cliente, así como, obtener información de la marcha del préstamo en relación con la divisa usada como referencia.

- De la declaración de D. [REDACTED] [REDACTED] que manifestó en el acto de juicio que actualmente ya no trabaja para BANKINTER, trabajaba al tiempo de la contratación. Conoce a [REDACTED] era cliente de BANKINTER. Negoció con el las condiciones del préstamo hipotecario. Cree que en 2008 sólo firmó esta hipoteca multi-divisa. [REDACTED] iba a comprar una casa, y como su padre era cliente los atendió. Vieron la hipoteca en euros, en divisas, créditos hipotecarios, vieron muchas opciones. No es experto en divisas pero es gestor privado desde hace 20 años. Vieron los tipos de interés en distintas divisas, y vieron la evolución de las divisas en los últimos 10 años, y vieron previsiones de la evolución de divisas no sólo de BANKINTER sino de otras empresas. Documento número 2 de la demanda, es su correo-electrónico, será uno de ellos no recuerda cuantos intercambiaron. Se le informó de todos los costes que tenía la suscripción del préstamo multi-divisa, la información a que se ha referido. Le explicó el riesgo de fluctuación de las divisas, además él es economista como él, y tenían fondos de inversión en divisas, cree recordar. No le ofreció un seguro de tipo de cambio porque no tiene sentido. No recuerda si vio la minuta, porque la prepara el centro hipotecario. Le explicó el riesgo del producto y que por cambios de la apreciación de la divisa podía subir el precio de las cuotas, y que podía subir el capital debido incluso. No recuerda si entregó un folleto informativo, cree que no se le dio porque no existía. Ellos no tenía obligación de comercializar multi-divisas. El cliente podría haberse subrogado en el préstamo que ya tenía si la CAM le dejaba, supone que le habría salido más económica. Podría haber

contratado un préstamo en BANKINTER. En el préstamo multi-divisa podía haber puesto el EURO desde el principio. No les dijo que con este préstamo se iba ahorrar mucho más dinero. La divisa que se use es elección del cliente. Le dieron un histórico de divisas, supone que serían los francos, euros, dólar y yen los que verían. No recuerda como estaban las divisas en ese momento. El señor [REDACTED] es economista o de empresariales como él. Su cliente principal era su padre, el tenía fondos de inversión en renta variable, fija y en divisas, y los hermanos también tenían fondos a sus nombre. No sabe como calificar al inversor, han pasado 10 años, el padre siempre invertía con riesgo, y él asesoraba también a sus hijos. Los clientes tenían acceso a toda la información de su hipoteca en la web. Las estimaciones de divisas se hacen a uno o dos años. Cuando cambió la tendencia de la divisa, no le consta que reclamase al banco, y con posterioridad hasta la actualidad no le consta. Documento número 13 de la contestación, el banco remitía este tipo de recibos a los clientes, bien en papel, bien mediante correo-electrónico.

Considera este juzgador que la cláusula objeto de análisis, incluida en la escritura de fecha 28/11/2008, adolece de la transparencia debida, de manera que el contratante al tiempo de suscribir el contrato no pudo hacerse un cabal juicio de las consecuencias económicas que podría tener la suscripción de dicho préstamo hipotecario. Robusteciendo dicha tesis, que los consumidores no tuvieron la real oportunidad de conocer el contenido económico de la convención, varios hechos; 1º) De la declaración del señor [REDACTED] se infiere que no conocía mucho al actor, sino que su cliente, y por tanto de quien sabía su preparación y querencia al riesgo, era al padre del mismo. Con lo que difícilmente podría valorar si la información que suministraba era suficiente para el cliente; 2º) En segundo lugar, debe considerarse acreditado que no se entregó oferta motivada, ni folleto informativo en la fase pre-contractual, ello porque resulta extraño que no se uniese a la escritura pública como anexo, y ninguna de las partes lo haya aportado, y de otra parte, el testigo reconoció que no existían folletos para este tipo de productos de financiación; 3º) Resulta poco verosímil que el señor [REDACTED] específicamente advirtiese al señor [REDACTED] del riesgo de aumento del capital prestado, dado que, del correo-electrónico aportado por su parte únicamente se hacía mención a las bondades del producto y de lo que se podría ahorrar en la cuota mensual, y 4º) La exigua mención recogida en la escritura al grave riesgo de una fluctuación de la divisa en el capital pendiente de amortización, debe considerarse, cuanto menos exigua, máxime cuando entre las advertencias del notario nada se dice respecto de la inclusión de esta estipulación. Motivos todos los anteriores por los que procede estimar la acción ejercitada por la parte actora, al deberse apreciar, tal y como se dijo, falta de transparencia en la referida cláusula.

Ello en la misma línea sostenida por el Tribunal Supremo en este tipo de productos de financiación, (STS de Pleno, núm. 608/2017 de 15 de noviembre), respecto de los cuales y en relación a la transparencia concreta que, "el hecho de que los préstamos multidivisa estén excluidos de la normativa MiFID no significa que no sean un producto complejo a efectos del control de transparencia. La sentencia aplica los criterios de la sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017 (caso Andriuc) y considera que aunque el consumidor medio puede prever el riesgo de un cierto

incremento de las cuotas de amortización por efecto de la fluctuación de las monedas sin necesidad de una especial información no ocurre lo mismo con otros riesgos asociados a estas hipotecas. En ellas, la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado, lo que determina que, pese al pago de las cuotas de amortización periódica, el prestatario puede adeudar un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo. Incluso aunque se cumpla la obligación de pagar las cuotas", como ocurre en el caso que nos ocupa, pudiéndose concluir que este supuesto, la entidad bancaria no explicó adecuadamente al prestatario la naturaleza de los riesgos asociados a las cláusulas relativas a la denominación en divisas del préstamo y su equivalencia con el euro, que es la moneda en que éstos reciben sus ingresos, ni las graves consecuencias asociadas a la materialización de tales riesgos.

Sexto.- De los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula multi-divisa por falta de transparencia.-

Siendo pertinente la declaración de nulidad de la cláusula multi-divisa por falta de transparencia, resta entrar a valorar cuales serán los efectos inherentes a la misma ello de conformidad a lo prevenido en el artículo 10 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación que prevé que, "la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia. La parte del contrato afectada por la no incorporación o por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo".

En relación a esta cuestión, hemos de destacar que aunque no era pacífica la posibilidad de subsistencia del préstamo con las modificaciones solicitadas por la parte actora, un sector doctrinal, (SAP de Barcena, sección 14ª, núm. 158/2017 de 22 de marzo), si venía admitiéndolo, debiéndose concluir tras el último pronunciamiento dictado por el Tribunal Supremo, expuesto con ocasión de la desestimación del óbice planteado por la parte demandada, (SSTS de Pleno núm. 608/2017 de 15 de noviembre), la posibilidad de expulsar del contrato las menciones relativas a la divisa, realizándose una mención a los efectos de funcionamiento del mismo al euro.

Séptimo.- De las costas.-

Visto el contenido de la presente resolución, que estima íntegramente los pedimentos deducidos por la parte actora, procede su imposición a la parte demandada ello de conformidad a lo prevenido en el artículo 394.1 de la LEC.

Vistos los anteriores preceptos, y los restantes generales de aplicación,

FALLO

Que **DEBO DE ESTIMAR Y ESTIMO la demanda** interpuesta por D.

[REDACTED] representado por la Procuradora de los Tribunales DNA. PAULA BERNAL COLOMINA, contra la entidad de crédito BANKINTER S.A, y en lógica consecuencia, **DEBO DECLARAR Y DECLARO NULA por falta de transparencia la cláusula multi-divisa ínsita en el contrato de préstamo hipotecario que las partes suscribieron en fecha 28/11/2008**, en relación a la opción o cláusula multi-divisa allí consignada. Debiendo subsistir el referido contrato, si bien, con el oportuno recálculo de principal e intereses, siendo la deuda pendiente de abono, la que resulte de disminuir el importe del préstamo con referencia al Euro, con el capital principal que constituyó el objeto del préstamo, 154.000 euros. Siendo el tipo de interés el que deberá de regir respecto del capital pendiente de amortización, el que resulte de adicionar al referencial EURIBOR y el diferencial prevenido. Todo ello con imposición de las costas causadas a la parte demandada.

Contra la presente resolución cabe **RECURSO DE APELACIÓN** que deberá interponerse ante este juzgado en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente a la notificación de la presente resolución, ello de conformidad a lo prevenido en los artículos 455 y concordantes de la LEC. Así lo acuerda, manda y firma D. JOSE LUIS CASELLS BONACHO – Magistrado/Juez de Adscripción Territorial de la provincia de Alicante en funciones de refuerzo de los Juzgados de Primera Instancia de esta ciudad. Doy fe.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Magistrado que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Letrado A. Justicia doy fe, en ALICANTE, a ocho de mayo de dos mil dieciocho.