

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 63 DE MADRID

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

Tfno: 914930879

Fax: 914930880

42020310



(01) 31219575923

NIG: 28.079.00.2-2016/0099159

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 570/2016

A3

Materia: Contratos en general

Demandante: D./Dña. [REDACTED] y D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. RAMON VALENTIN IGLESIAS ARAUZO

Demandado: BANKINTER SA

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

SENTENCIA Nº 295/2017

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. MARÍA EUGENIA CUESTA PERALTA

Lugar: Madrid

Fecha: veinticuatro de octubre de dos mil diecisiete

Vistos por mí, la Ilma. Sra. Doña María Eugenia Cuesta Peralta, magistrado-juez del juzgado de primera Instancia nº63 de Madrid, los presentes autos de juicio declarativo ordinario tramitados en este juzgado bajo el nº570/16, sobre nulidad de clausulado multidivisa incluido en préstamo con garantía hipotecaria y seguidos entre partes; de una, y como demandante ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS (ASUFIN) que actúa en nombre e interés de sus asociados DON [REDACTED] Y DOÑA [REDACTED] y que interviene representada por el procurador don Ramón Valentín Iglesias Arauzo y asistidos de la letrada Doña María José Lunas Díaz; y de otra, y como demandada BANKINTER S.A. que interviene representada por la procuradora Doña Rocío Sampere Meneses y asistida del letrado Don Juan Aguado Domínguez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el procurador Don Ramón Valentín Iglesias Arauzo, en nombre y representación de Don [REDACTED] y doña [REDACTED] se interpuso demanda de juicio declarativo ordinario contra BANKINTER S.A., que por turno de reparto ha correspondido a este juzgado, en la cual, y después de exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, concluyó suplicando al juzgado que, previo los trámites legales, se dicte sentencia por la que:

A) SUPlico PRINCIPAL:

1.- Se declare la nulidad o anulabilidad de la cláusula u opción multidivisa del préstamo hipotecario multidivisa suscrito con los asociados en cuyo interés se actúa en estos autos, bien sea por el incumplimiento de normas imperativas o prohibitivas, bien sea por el dolo con que operó la entidad o el error en que incurrieron los consumidores en la suscripción de este producto, o por la declaración de abusividad o falta de transparencia de dichas cláusulas,

en los términos descritos en la presente demanda. Asimismo se declare la nulidad o no incorporación del resto de cláusulas abusivas o poco transparentes insertas en el contrato en los términos expuestos en la presente demanda o que de oficio sean apreciadas por el Juzgador.

2.- En virtud de lo anterior, condene a la entidad demandada a eliminar de su contrato dicha condición general sobre la opción multidivisa y sus accesorias o cualquier otra que, con independencia de los términos en que esté redactada y el nombre que se les dé, produzca el mismo efecto y a prohibir su utilización futura. Idénticamente se condene a eliminar de todos los contratos el resto de cláusulas consideradas abusivas.

3.- En consecuencia, se condene a la entidad demandada a recalcular el importe pendiente de amortizar a través de un cuadro de amortización en euros, referenciado al tipo de interés y diferencial previsto para este supuesto en el contrato, así como a devolver a la prestataria las cantidades que se hubiesen cobrado en exceso en virtud de la aplicación de la cláusula/s declarada/s nula/s, actualizado con los intereses legales correspondientes. A tal fin se condenará a la entidad a estar y pasar por esta declaración, adoptando al efecto las medidas necesarias para esta adaptación, como la elaboración de la tabla comparativa entre lo efectivamente abonado por todos los conceptos y lo que se tendría que haber abonado y corriendo con todos los gastos que se deriven del cumplimiento del fallo.

4.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 22 de la LCGC, para el caso de estimarse la nulidad de la/s cláusula/s en base a esta norma, se dicte mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia estimatoria en el mismo.

5.- Y condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento.

B) SUPlico SUBSIDIARIO PRIMERO:

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

C) SUPlico SUBSIDIARIO SEGUNDO:

Subsidiariamente, para el caso de que se considere conforme a derecho el contrato litigioso y se considere que la entidad demandada no podía prever el cambio radical y sobrevenido de las circunstancias económicas que habían dado lugar a la suscripción del producto, se aplique la cláusula “rebus sic stantibus”, reduciendo la deuda pendiente de pago de pago en

relación con la hipoteca/s multidivisa/s que los consumidores aquí representados tienen suscrita/s con la demandada, según las pautas indicadas anteriormente o el mejor criterio del Juzgador. Todo ello con expresa condena en costas.

SEGUNDO.- Por decreto se admitió a trámite la demanda y se emplazó a la demandada por veinte días. Dentro del plazo legal se personó y contestó a la demanda oponiéndose a la misma en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que expuso por escrito, y concluyó suplicando al juzgado que, previo los trámites oportunos, se dicte sentencia desestimatoria de la demanda, y se absuelva a la demandada, con expresa imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Contestada la demanda se citó a las partes al acto de la Audiencia Previa. En el día y hora señalados comparecieron ambas partes quienes manifestaron la imposibilidad de llegar a un acuerdo, se ratificaron en sus respectivos escritos de demanda y contestación y solicitaron el recibimiento del pleito a prueba. Recibido el pleito a prueba por la parte actora se propuso prueba documental y un requerimiento a la parte demandada. Por la parte demandada se propuso prueba documental, y testifical. Las pruebas propuestas fueron declaradas pertinentes, y se citó a las partes para la celebración del acto del juicio. En el día y hora señalados comparecieron ambas partes y se practicaron las pruebas admitidas con el resultado que consta en autos a los que me remito. Una vez practicadas las pruebas, se concedió la palabra a las partes para que emitieran sus conclusiones verbalmente. A continuación, se declararon los autos conclusos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos se han observado y cumplido los trámites legales, salvo el plazo para dictar sentencia por la acumulación de asuntos pendientes en este juzgado; habiéndose grabado la vista de conformidad con lo dispuesto en el artículo 147 de la LEC.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Don [REDACTED] y Doña [REDACTED] como prestatarios hipotecantes y Bankinter como prestamista con fecha **26 de septiembre de 2007** otorgaron escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria en divisas ante el notario de Madrid don [REDACTED] para financiar la adquisición de la vivienda habitual.

Este contrato vino a sustituir el contrato de préstamo hipotecario en euros de fecha 7 de julio de 2001 concertado con el Banco Santander sobre la misma vivienda, que en aquella fecha era propiedad de Doña [REDACTED] y que se canceló otorgándose carta de pago y cancelación de la hipoteca con fecha 1 de marzo de 2008, y el préstamo hipotecario que Don [REDACTED] había contraído con el BBVA para la adquisición de su vivienda unificando sus préstamos.

En virtud de este contrato y según la cláusula financiera primera: Capital del préstamo
“CLÁUSULAS FINANCIERAS

1ª) CAPITAL DEL PRÉSTAMO.

-BANKINTER S.A., entrega a los cónyuges DON [REDACTED] Y DOÑA [REDACTED] (en adelante, parte prestataria o la parte prestataria), que recibe/n un préstamo multidivisa de TRESCIENTOS DIEZ MIL EUROS (310.000,00 €), por su contravalor en las divisas convertibles en España.”

-Dicho contravalor se calculará en base al cambio vendedor de euros que oferte Bankinter en el momento en el que la parte prestataria ordena la primera disposición en la divisa elegida. El préstamo inicialmente queda formalizado en 5.579.600 YENES.

-Según la estipulación segunda “El plazo de amortización era de treinta años y se efectuará mediante el pago de 360 cuotas mensuales de 180.754’00 yenes que incluyen la parte destinada a amortización del capital y la que se aplica al pago de intereses en la cuenta corriente señalada.

-El banco se reserva el derecho a exigir garantías adicionales o de proceder a cancelar la parte excedida en caso de que, a su contravalor en EUROS, todas las disposiciones al cambio del día excedan en un 10’00% del límite actual del préstamo.

La liquidación de intereses se calcula utilizando el tipo de cambio vendedor, y se adeudará en la cuenta abierta en Bankinter por el contravalor en la moneda de cuenta elegida.

Para la fijación del tipo de interés se diferencia según el préstamo se haya referenciado en una divisa en cuyo caso el tipo se obtiene sumando al tipo de referencia constituido por el LIBOR el diferencial de 0’90 puntos netos, indicándose en la escritura pública que el tipo de interés nominal inicial es del 1’75 por ciento.

Si se liquida en euros el tipo de interés se calcula aplicando al tipo de referencia que es el EURIBOR un diferencial de 0’50 puntos. El tipo inicial era de 4’91% anual.

El tipo de referencia variará mensualmente.

Se fija además un tipo de interés sustitutivo para las divisas y para el euro.

Al vencer cada periodo de amortización la parte prestataria puede sustituir una divisa por otra de las cotizadas en España. La divisa saliente se cotizará al tipo de cambio comprador y la divisa que entra el tipo de cambio vendedor del euro que ofrece Bankinter.

La comisión por el tipo de cambio es de 0’00 por mil sobre el contravalor de la disposición pero como mínimo de 15’00€.

El interés de demora se fijó en 9’5 puntos sobre el sobregiro.

Con fecha 8 de abril de 2013 y 16 de abril de 2013 se contratan dos seguros de cambio que funcionaba como garantía adicional a la hipoteca, autorizando a la entidad al cobro de los pagos extratemporales por un importe de 14.800€ (7.400€ cada seguro)

Con fecha **26 de abril de 2013** los demandantes hicieron uso de la facultad de cambiar de divisas y fijaron el préstamo en francos suizos.

A fecha 29 de marzo de 2016 el capital pendiente de devolución valorado en euros asciende a 342.753'68€

La actora Ausfin actuando en nombre y defensa de los intereses de sus asociados y prestatarios del préstamo multdivisa que es objeto de este procedimiento, interesa, con carácter principal, que se declare la nulidad parcial de todo el clausulado multdivisas incluido en el préstamo con garantía hipotecaria de 26 de septiembre de 2007; sin embargo, un análisis de este suplico pone de manifiesto una defectuosa técnica procesal al alegar como fundamento de esta pretensión de nulidad o anulabilidad parcial, hechos tan dispares como la infracción de normas imperativas, vicio del consentimiento por error o dolo, abusividad de las cláusulas que regulan la opción multdivisas e incluso falta de transparencia, lo que encubre una acumulación alternativa de acciones muy diversas, con diversos presupuestos y requisitos, sin precisar siquiera el orden en el cual deben ser examinadas, dejando al libre arbitrio del juzgador la que más le convenga, y obviando que se trata de acciones diferentes, con presupuestos también distintos, y que deberían haberse ejercitado de forma subsidiaria y no acumulativa, lo que obliga a este juzgador a un examen diferenciado y pormenorizado de cada una de las acciones que ejercita de forma cumulativa en este suplico principal.

Como consecuencia de esta declaración de nulidad, solicita que se condene a la entidad demandada a eliminar de su contrato dicha condición general sobre opción multdivisas y sus accesorios y a prohibir su utilización futura, e idénticamente se condene a eliminar de todos los contratos el resto de cláusulas consideradas abusivas. Y que se la condene 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 las cantidades que hubiese cobrado en exceso y la inscripción estimatoria de esta sentencia en el Registro de condiciones generales de la contratación.

Subsidiariamente y para el supuesto de que se desestime la nulidad o anulabilidad, que se declare el incumplimiento por la demandada de sus obligaciones contractuales y se condene a la demandada a indemnizarle en los daños y perjuicios causados.

Subsidiariamente a la anterior ejercita solicita que se aplique la cláusula rebus sic stantibus reduciendo la deuda pendiente de pago.

La entidad demandada, Bankinter, se ha opuesto a la demanda alegando que no fue el Banco quien ofreció la hipoteca multdivisa, sino que la iniciativa partió de los clientes para evitar pagar el Euribor que estaba en máximos históricos. Niega que la hipoteca multdivisa sea un

producto financiero complejo de inversión tal y como se expone en la STJUE de 3 de diciembre de 2015, sino un préstamo en divisas al que no resulta aplicable la normativa MIFID. SE alega que Bankinter tampoco asumió una función de asesoramiento y el cliente conoce o debe conocer el riesgo de tipo de cambio que va asociado a la divisa elegida. El préstamo se entregó en yenes y la deuda del actor ha ido disminuyendo paulatinamente según la divisa elegida. En este caso los prestatarios por sus profesiones tenían capacidad para comprender el funcionamiento de una hipoteca en divisas ya que la actora es ingeniera química.

Los actores eran conscientes de que la cantidad de euros que necesitaban para adquirir la divisa dependía del tipo de cambio.

Además, hicieron un cambio de yenes a francos suizos lo que pone de manifiesto que conocía el funcionamiento de este tipo de préstamos en divisas, del cual se le informaba mensualmente, confirmando el contrato, luego irían contra sus propios actos si ahora piden su nulidad parcial

También insiste en la imposibilidad de declarar la nulidad parcial del contrato de préstamo por vicio del consentimiento, alegando la excepción de caducidad de la acción en relación con esta acción.

Y niega que las cláusulas sean abusivas.

SEGUNDO.- Naturaleza jurídica del **Préstamo multidivisa.**

Como se indica en la STS de 30 de junio de 2015:

“Lo que se ha venido en llamar coloquialmente "hipoteca multidivisa" es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank Offerd Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).

El atractivo de este tipo de instrumento financiero radica en utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario. Las divisas en las que con más frecuencia se han concertado estos instrumentos financieros son el yen japonés y el franco suizo. Como se ha dicho, con frecuencia se preveía la posibilidad de cambiar de una a otra divisa, e incluso al euro, como ocurría en el préstamo objeto de este recurso.

4.- Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa

elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que, si esa divisa se deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que, pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros, sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo.

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

TERCERO.- Nulidad por infracción de la normativa MIFID.

SE ha alegado como primer motivo para instar la nulidad del préstamo multidivisa la infracción de normas imperativas y concretamente de la normativa MIFID y de la ley de Mercado de Valores que imponía al banco unos deberes estrictos de información al cliente minorista, calificando el préstamo multidivisa como un producto financiero complejo que incluye un derivado implícito.

La STS de 30 de junio de 2015 analiza las características del préstamo para concluir que es un producto financiero complejo al que resulta de aplicación los deberes regulados en la LMV por trasposición de la directiva MiFID.

Así afirma: "La determinación de la normativa aplicable a este tipo de negocio jurídico para determinar cuáles eran las obligaciones de información que incumbían a la entidad prestamista no es una cuestión pacífica. La Sala considera que la "hipoteca multidivisa" es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley

del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 de dicha ley. Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores, en relación al art. 2.2 de dicha ley. La consecuencia de lo expresado es que la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y, en concreto, los del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores y el citado Real Decreto". (...)La omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error del cliente"

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

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

compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio y no, por ejemplo, gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de una divisa".

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

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

En el mismo sentido se pronuncia la ST de la Sección 10ª de la Audiencia provincial de Madrid de 17/05/2017 al indicar que "Ciertamente hay que distinguir entre un préstamo hipotecario que tenga vinculado un servicio de cambio de moneda (que es el caso enjuiciado y al que resulta aplicable la STJUE de 3 de diciembre de 2015), del que conlleve un verdadero derivado sobre tipos de cambio (que es un contrato autónomo frente al préstamo y al que parece hacer referencia la STS 323/2015, de 30 de junio). En el presente asunto no existe ni derivado ni activo subyacente del que dependan las obligaciones de la parte prestataria, puesto que éstas apuntan siempre a una cantidad determinada en una divisa extranjera (yenes japoneses) que en ningún caso actúa como tal activo, sino como determinante del objeto principal del contrato. Ya la propia Comisión Europea (documento Your Questions on Legislation, en relación a la MiFID) y el Comité Europeo de Valores (documento Your Questions on MiFID) habían advertido con anterioridad a la citada sentencia del Tribunal Supremo que las hipotecas multidivisas no son instrumentos financieros ni están sujetas a la MiFID."

En consecuencia, no cabe la aplicación a los llamados préstamos multidivisas de la Ley del Mercado de Valores.

En este caso además al tiempo de la suscripción del préstamo (26 de septiembre de 2007) aún no estaba vigente la Ley 47/2007 por la que se transponía al derecho español la directiva

MiFID Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, que entró en vigor el 21 de diciembre de 2007, sino la normativa anterior que es cierto que también imponía el cumplimiento de unos estándares muy elevados de información, pero en todo caso la infracción de una norma imperativa no produce la nulidad del contrato, así lo indica la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencias de 20 de enero de 2014 y 15 de diciembre de 2014.

En estas sentencias y tras indicar que la normativa comunitaria MiFID no imponía la sanción de nulidad del contrato para el incumplimiento de los deberes de información, y después de un exmaninar nuestro derecho interno llega a la conclusión de que la infracción de estos deberes da lugar a la imposición de sanciones administrativas, pero no produce la nulidad del contrato, precisando que “con lo anterior no negamos que la infracción de estos deberes legales de información pueda tener un efecto sobre la validez del contrato, en la medida en que la falta de información pueda provocar un error vicio, en los términos que expusimos en la Sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014, pero no produce la nulidad del contrato.

Luego, desestimada la pretensión de nulidad por infracción de normas imperativas, debe examinarse si procede la declaración de anulabilidad parcial por vicio en el consentimiento.

CUARTO.- CADUCIDAD DE LA ACCIÓN POR VICIO DEL CONSENTIMIENTO

Una de las acciones que ejercen los demandantes es la nulidad parcial por vicio del consentimiento, ya sea error o dolo omisivo habiéndose invocado por la entidad demandada *la caducidad* de dicha acción. El artículo 1.301 del Código Civil establece que la acción de anulabilidad o nulidad relativa dura cuatro años desde la consumación del contrato en los supuestos de error, por lo que es necesario determinar el momento en que se ha consumado el contrato para saber cuándo empieza a computarse el plazo de caducidad de la acción.

Según la entidad demandada la acción de nulidad ha caducado toda vez que el préstamo objeto de este procedimiento se suscribió el 26 de septiembre de 2.007 y al menos desde enero de 2009 su cuota se incrementó notablemente como consecuencia de la depreciación del euro frente al yen, y desde este momento eran conscientes los actores del riesgo del tipo de cambio al que estaba sometido el contrato el préstamo multidivisa.

La problemática que se plantea siempre en estos casos es la de determinar el “dies a quo” y, en este sentido, debemos tener en cuenta la STS de 12 de enero de 2015 que, interpretando el artículo 1301 Código Civil, declaraba: “Al interpretar hoy el art. 1301 CC en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a “la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”, tal como establece el art. 3 CC. »(...) En la fecha en que el art. 1301 CC fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento,

con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).» En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento. Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error».

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

En el presente supuesto y como ya se ha expuesto este tipo de préstamos multdivisas añade al riesgo del tipo de interés, común a todas los préstamos hipotecarios a interés variable, el riesgo de tipo de cambio que se manifiesta en un doble aspecto: Por una parte, en la cuota de amortización parcial que debe abonar mensualmente y que en caso de apreciación de la divisa elegida frente al euro, supone un incremento de la cuota que debe valorada en euros que es la moneda en la cual los prestatarios obtienen sus ingresos. Por otra parte este riesgo también afecta al capital cuyo importe valorado en euros se actualiza cada mes y aunque su valor en la divisa elegida va disminuyendo a medida que se van abonando las cuotas mensuales; sin embargo, y como consecuencia de la apreciación o revaloración de la divisa frente al euro, su contravalor en euros puede aumentar.

El hecho de que desde septiembre de 2009 los prestatarios hubieran visto como sus cuotas de amortización se habían incrementado porque ellos perciben sus ingresos en euros y deben destinar una cantidad mayor para comprar la divisa elegida, en este caso el yen, no significa que fueran también conscientes del efecto que tenía la apreciación de la divisa frente el euro en el cálculo del capital pendiente de pagos, puesto que en los recibos mensuales de

amortización el capital pendiente únicamente figuraba en la divisa elegida, pero no su contravalor en euros.

La elevación de la cuota puede responder a una revaloración puntual de la divisa elegida respecto al euro y en todo caso no significa que fueran conscientes en ese momento de su efecto sobre el capital.

Es el 29 de abril de 2013, cuando deciden cambiar de divisa del yen al franco suizo, cuando son verdaderamente conscientes de todos los riesgos porque el capital pendiente debe valorarse previamente en euros, antes de fijar su contravalor en la nueva divisa, francos suizos, y además comprueban otro riesgo inherente a este tipo de hipotecas, la consolidación de las pérdidas en el capital que se produce cuando se decide cambiar de divisa.

En este caso la demanda se presenta el 22/05/2016, luego aún no habían transcurrido los cuatro años de caducidad.

QUINTO.- NULIDAD PARCIAL POR VICIO DEL CONSENTIMIENTO.

Desestimada la excepción de caducidad de la acción debe examinarse si procede decretar la nulidad parcial de un contrato de préstamo multdivisas por vicio en el consentimiento.

La jurisprudencia de las Audiencias no es unánime, y mientras que son muchas las Audiencias Provinciales e incluso secciones de la Audiencia provincial de Madrid las que admiten la nulidad parcial de un contrato por vicio del consentimiento (sts de la sección 11ª de la AP DE MADRID 20/02/17, SSAP Madrid 11ª 234/2015, 22.7 ; 232/2016, 18.5 ; 365/2016, 1.7 y 421/2016, 26.9, y 20/02/17) , otras se oponen a ello alegando que el vicio del consentimiento produce la nulidad total del contrato y no la nulidad parcial de determinadas cláusulas. Así por ejemplo La SAP Madrid, sección 10, del 23 de marzo de 2017 (ROJ: SAP M 3687/2017) expone, con cita de las STS de 13 de febrero de 2017 y 1 de julio de 2016, la tesis contraria a la nulidad parcial en los siguientes términos : «como hemos recordado recientemente con motivo de un recurso en el que se había pretendido la nulidad por error vicio de las cláusulas relativas al derivado financiero de un contrato de préstamo, no cabía la nulidad parcial de una cláusula basada en error vicio (sentencia 380/2016 de 3 de junio). Si el error es sustancial y relevante, y además excusable, podría viciar la totalidad del contrato, pero no declararse por este motivo la nulidad de una parte con subsistencia del resto del contrato", añadiendo que "el error debe ser sustancial y relevante en relación con la totalidad del contrato, razón por la cual, de apreciarse, la nulidad afectaría a la totalidad del contrato, pero no a unas determinadas cláusulas". «Aplicando la doctrina jurisprudencial citada al supuesto que nos ocupa y teniendo en cuenta que la apreciación del error, como vicio del consentimiento, afecta a cláusulas sustanciales del contrato, como son las referentes a la elección de divisa por parte de los prestatarios; no resulta viable la declaración de nulidad parcial».

La sentencia del Tribunal Supremo 66/2017, de 02 de febrero de 2017 (ROJ: STS 358/2017), en un caso de demandantes no consumidores que alegaban el incumplimiento de los deberes de información de la entidad bancaria con la que habían concertado un contrato de leasing que contenía un derivado implícito, consideró que «la nulidad por este vicio del

consentimiento debía conllevar la ineficacia de la totalidad del contrato y no sólo de la cláusula que contiene un derivado implícito. Y en este sentido nos hemos pronunciado en otras ocasiones, por ejemplo en la sentencia 450/2016, de 1 de julio [...] Si el error es sustancial y relevante, y además inexcusable, podría viciar la totalidad del contrato, pero no declararse por este motivo la nulidad de una parte con la subsistencia del resto del contrato.

En el mismo sentido se pronuncia la STS más reciente de 8 junio de 2017, según la cual “«(C)omo hemos recordado recientemente con motivo de un recurso en el que se había pretendido la nulidad por error vicio de las cláusulas relativas al derivado financiero de un contrato de préstamo, no cabía la nulidad parcial de una cláusula basada en el error vicio (Sentencia 380/2016, de 3 de junio). Si el error es sustancial y relevante, y además inexcusable, podría viciar la totalidad del contrato, pero no declararse por este motivo la nulidad de una parte con la subsistencia del resto del contrato».

Como hemos advertido al comienzo, en cuanto el motivo se liga exclusivamente a la pretensión de nulidad del derivado implícito, esto es, a la nulidad parcial del contrato, debe desestimarse porque el incumplimiento de los deberes de información invocados no podría justificar lo pedido.

No obstante al tratarse de un contrato formalizado entre un profesional y un consumidor, y al margen de si es posible declarar la nulidad parcial por vicio de consentimiento, siempre puede examinarse la nulidad parcial por abusividad o falta de transparencia que también se alega.

SEXTO.- Normativa aplicable al préstamo multdivisas.

El préstamo hipotecario multdivisas se concertó con consumidores, y tenía por objeto financiar la adquisición de la vivienda habitual no desprendiéndose de lo actuado que tal adquisición fuese para su posterior venta o transmisión a tercero. Por ello, procede examinar si el clausulado multdivisa era abusivo o si incurría en falta de transparencia.

El contrato se perfeccionó con fecha 26 de septiembre de 2007, por ello tal y como se expone en la ST de la sección 12ª de la AP de Madrid de 27 de julio de 2017:

“En cuanto a la normativa a aplicar a este tipo de contratos de préstamo, en la ya reseñada Sentencia de esta Sala de 18 de enero de 2017, siguiendo sendas sentencias de la Sala 13a de esta Audiencia Provincial (de 12 de septiembre y 28 de marzo de 2.016), señalábamos como normativa aplicable, básicamente, la siguiente:

"- La Ley 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en las reformas efectuadas, con anterioridad a la perfección del contrato.

"- La Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (artículos 1,2,5,6,7,8 y Disposiciones Adicionales Primera y Segunda, que modifican la Ley 26/1984 y la legislación hipotecaria). Aplicación refrendada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013

"- La Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (artículo 48.2), modificado por las Leyes 44/2002, de 22 de noviembre y 41/2007, de 7 de febrero. En el referido artículo se dispone que los contratos entre las entidades de

crédito y la clientela se formalizarán por escrito debiendo reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y sus derechos ante las eventualidades propias de cada clase de operación, en especial las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras (a); imponer la entrega al cliente de un ejemplar del contrato debidamente suscrito por la entidad de crédito (b); efectuar la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a préstamos a intereses variables (c); determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, tal información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si se ajustan a sus necesidades y cuando puede verse afectada su situación financiera (d).

"- La Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de condiciones de los préstamos hipotecarios, que complementa la de 12 de diciembre de 1989, cuya finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes conciertan préstamos hipotecarios, exigiendo a las entidades de crédito la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos, cuyo contenido mínimo será el establecido en el Anexo I de dicha Orden -artículo 3-. Así como efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo -artículo 5-. En el artículo 6 se especifica el contenido al que deben sujetarse las cláusulas financieras, que no pueden desvirtuarse en perjuicio del prestatario, remitiéndose al Anexo II. Si el préstamo está denominado en divisas el notario deberá advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio, explicándolo materialmente de un modo comprensible para el prestatario, el cual tiene derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento -artículo 7-". Esta normativa por la ley 41/2007 se extendió a todo tipo de préstamos si bien la comisión nacional del mercado de valores consideraba una buena práctica bancaria su aplicación a todo tipo de préstamos hipotecarios que recayeran sobre la vivienda habitual.

"A lo que cabría añadir que el hilo conductor de todas esas disposiciones, es, sin duda, la Directiva 93/13, respecto de la cual la propia Sentencia del Tribunal Europeo de 3 de diciembre de 2.015 recuerda su aplicabilidad al caso (parágrafo 48)."

SEPTIMO.- Cláusula multdivisas como cláusulas que definen un elemento esencial del contrato.

Se ha discutido por las partes, si estamos en presencia de un contrato denominado en divisas, en las cuales el prestatario recibe divisas y está obligado a la devolución del capital recibido y sus intereses en la misma divisa, como sostiene Bankinter; o si por el contrario es un contrato referenciado en divisas en el cual la divisa elegida funciona como un índice para

fijar tanto el capital como las cuotas que debe satisfacer el prestatario, pues el capital prestado se entrega en euros y las cuotas de amortización también se abonan en euros.

La STJUE de 20 de septiembre de 2017 contempla expresamente un supuesto similar al que es objeto de autos en el que los demandantes perciben sus ingresos en lerus rumanos, celebran con el banco un contrato de crédito de los denominados en francos suizos con el fin de adquirir bienes inmuebles y los prestatarios se obligaban a reembolsar las cuotas en la misma divisa en que éstos habían contratado.

En esta sentencia y después de diferenciar entre las cláusulas que están incluidas en el concepto de “objeto principal del contrato” entendiendo como tales las que regulan las prestaciones esenciales del contrato, y las cláusulas accesorias llega a la conclusión de que:

“una cláusula, como la controvertida en el litigio principal, incluida en un contrato de crédito denominado en divisa extranjera entre un profesional y un consumidor, que no ha sido negociada individualmente y según la cual el crédito será devuelto en la misma divisa, está comprendida en el concepto de «objeto principal del contrato» en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13.

38 A este respecto, ha de señalarse que, mediante un contrato de crédito, el prestamista se compromete, principalmente, a poner a disposición del prestatario una determinada cantidad de dinero, y este último se compromete, a su vez, principalmente a reembolsar, generalmente con intereses, esta cantidad en los plazos previstos. Las prestaciones esenciales de este contrato se refieren, pues, a una cantidad de dinero que debe estar definida en relación con la moneda de pago y de reembolso estipulada. Por lo tanto, como el Abogado General ha señalado en los puntos 46 y siguientes de sus conclusiones, el hecho de que un crédito deba reembolsarse en una determinada moneda no se refiere, en principio, a una modalidad accesorio de pago, sino a la propia naturaleza de la obligación del deudor, por lo que constituye un elemento esencial del contrato de préstamo.

Por otra parte, en el presente supuesto, aunque no consta que se llegaran a comprar divisas para abonar las cuotas, y tampoco que el banco comprara en nombre de sus clientes las divisas, y los pagos se hacían cargando directamente en la cuenta el importe equivalente en euros aplicando el tipo de cambio vendedor vigente en la fecha de amortización, no se pactó que el reembolso se efectuara en euros en función de la cotización de una divisa extranjera, como el asunto que dio lugar a la ST de 30 de abril de 2014, sino que el préstamo debía reembolsarse en la misma divisa (cláusula segunda: “.. La amortización se efectuará en la divisa inicialmente pactada o variará conforme al apartado d) de la cláusula financiera tercera. El pago se efectuará a través de 360 cuotas mensuales de 180.754’00 yenes....) De hecho, nada impedía a los prestatarios, la compra de divisas para el pago de las cuotas de amortización y se pactó expresamente la devolución de las cuotas en la misma divisa.

Finalmente señalar que la única diferencia entre el préstamo denominado en divisas y el referenciado en divisas es que en este último será el juez nacional el que tenga que valorar si dicha cláusula forma parte o no del contenido esencial del contrato.

Luego si el clausulado multidivisa forma parte del contenido esencial del contrato al determinar un elemento esencial como es el precio, no cabe un control de abusividad de estas cláusulas aunque si puede realizarse un doble control de transparencia.

OCTAVO.- Control de transparencia de condiciones generales de la contratación que definen un elemento esencial del contrato como es el precio.

Como se indica en la STJE de 20 de septiembre de 2017 “el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 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**.

En esta sentencia se expone la misma jurisprudencia que ya fue recogida en la STS de 9 de mayo de 2013 según la cual al control de incorporación que actúa en la fase de perfección del contrato y busca garantizar la correcta formación de la voluntad contractual por el adherente y que no analiza la legalidad intrínseca sino si puede incorporarse válidamente el contrato por cumplir los requisitos de los artículo 5 y 7 de la LGC que exige transparencia claridad, concreción y sencillez e implica la nulidad de las cláusulas ilegibles o ambiguas; se superpone un control de transparencia sólo en relación con condiciones generales concertados con consumidores (arts. 80 y 81 TR) y que en la STS de 9.5.2013 se califica como doble filtro de transparencia.

En este segundo control 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.

Así la STJUE de 20 de septiembre de 2014 dice literalmente

“44 Por lo que respecta a la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, según resulta del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia ha señalado que esta exigencia, recordada también en el artículo 5 de la citada Directiva, no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical, sino que, por el contrario, toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales, y por ende de transparencia, debe entenderse de manera extensiva (véanse, en este sentido, las sentencias

de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C 26/13, EU:C:2014:282, apartados 71 y 72, y de 9 de julio de 2015, Bucura, C 348/14, no publicada, EU:C:2015:447, apartado 52).

45 Por consiguiente, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C 26/13, EU:C:2014:282, apartado 75, y de 23 de abril de 2015, Van Hove, C 96/14, EU:C:2015:262, apartado 50).

46 Esta cuestión debe ser examinada por el órgano jurisdiccional remitente a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de febrero de 2015, Matei, C 143/13, EU:C:2015:127, apartado 75).

47 Más concretamente, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trata, se comunicaron al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. Desempeñan un papel decisivo en dicha apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de forma que permitan a un consumidor medio, a saber, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de crédito al consumo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de julio de 2015, Bucura, C 348/14, no publicada, EU:C:2015:447, apartado 66).

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

50 Así pues, como el Abogado General ha señalado en los puntos 66 y 67 de sus conclusiones, por una parte, 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.

51 Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe 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....

58 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que 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.

NOVENO.- LA cláusula multdivisas como condición general de la contratación.

SE ha mantenido por Bankinter que estas cláusulas no son condiciones generales de la contratación amparándose en la propia escritura pública en la cual el notario expone (pg 56) “ADVERTENCIA SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN.

De conformidad con lo dispuesto en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (ley 7/98 de 13 de abril de 1998), tienen carácter de tales condiciones, todas las contenidas en el presente contrato, excepto las que regulan la cuantía del contrato, el vencimiento y amortizaciones, el tipo de interés y las comisiones, las cuales han sido negociadas individualmente”.

Como se indica en la ST de la AP de Madrid de 27 de julio de 2017 “Ahora bien, en primer lugar, no es lo mismo la negociación individual a efecto de evitar la aplicación de la referida Ley de Condiciones Generales de Contratación, la cual está encaminada a regular los requisitos de condiciones estereotipadas insertas en una generalidad de contratos (artículo 1

de la Ley 7/98), y la negociación individual a efectos de la abusividad de las condiciones contractuales recogida en la Ley de Protección de Consumidores y en el Texto Refundido a los que anteriormente se aludía, ya que en ellas la negociación individual ha de referirse lógicamente al hecho de que el consumidor haya colaborado activamente en la redacción de la cláusula, o la haya negociado en concreto y de tal manera que no quepa argüir por su parte oscuridad o la inclusión de cláusulas abusivas por circunstancias ajenas completamente a su voluntad.

De entenderse que cualquier cláusula que no fuese de general inclusión en un contrato no podría ser abusiva, la defensa de los derechos de los consumidores quedaría prácticamente vacía de contenido, ya que tan sólo aquellas cláusulas clara y netamente estereotipadas, contenidas en contratos de adhesión podrían ser abusivas, si bien lo que revela claramente la normativa en materia de protección de consumidores y usuarios es la voluntad de proteger al consumidor y usuario en la inserción de cláusulas contractuales abusivas, salvo que conste claramente su intervención activa en su confección o la existencia de una negociación sobre aspectos concretos que impidan al consumidor alegar el desconocimiento y la consiguiente falta de aceptación expresa de la cláusula abusiva. Con mayor razón en supuestos como el presente en los que se analiza la abusividad derivada, no tanto de la inexistencia de reciprocidad en las prestaciones, como en la claridad de la propia cláusula.

Si se considera que una cláusula, pese a no ser clara, ni permitir considerar que el consumidor ha conocido sus consecuencias, por el hecho de no ser integrante de las condiciones generales no puede ser abusiva, bastaría inducir al consumidor a aceptar en la negociación una cláusula que cupiera calificar como condición general de contratación para evitar la aplicación de la normativa en defensa de los consumidores y usuarios, cosa que obviamente va en contra de la referida legislación, y del artículo 51 de la Constitución Española.

Por otro lado, de la genérica remisión a las cláusulas relativas a la cuantía, vencimiento, amortizaciones, tipo de interés y comisiones, no se desprende tampoco que, en concreto, las cláusulas, por lo demás complejas como se verá, que regulan la celebración del contrato en divisa y su funcionamiento, hayan sido objeto de negociación individual, y menos en términos tales que permitan considerar que los actores hayan tenido intervención alguna en su redacción, y menos aún en términos tales que permitan considerar que conocían las consecuencias del contrato”.

Estas cláusulas cumplen los requisitos a los que se refiere la TS de 9 de mayo de 2013 para ser calificadas como condiciones generales de la contratación. Su inclusión no deriva de su acatamiento a una norma imperativa. Han sido redactada unilateralmente por el empresario sin que hayan sido objeto de negociación y han sido impuestas por el empresario al consumidor y con vocación de generalidad. ES el clausulado que se incluye en todas las cláusulas multidivisas de esta entidad.

El consumidor puede decidir contratar el préstamo multidivisas o no, pero una vez realizada esa elección la negociación se limita a la cuantía del préstamo, el plazo de amortización o el diferencial que se aplica para fijar el tipo de interés, pero no al funcionamiento de la cláusula multidivisa como tal que ha sido redactada unilateralmente por el empresario.

En el caso enjuiciado, las cláusulas de concesión y amortización en otra divisa son condiciones generales y el Préstamo es un contrato de adhesión. Desde luego, los demandantes pudieron o no contratar un préstamo multidivisa, pero esto no es relevante a efectos de la calificación como condición general. A estos efectos, tampoco es decisivo que el Préstamo fuera a iniciativa de los demandantes para novar un préstamo anterior.

DÉCIMO- CONTROL DE TRANSPARENCIA.

En principio las cláusulas que fijan el importe del préstamo en euro y su equivalente en la divisa elegida que fue el yen japonés, su devolución, el tipo de interés que se obtendría aplicando al índice de referencia que era el libor, para el caso de que se fijara en divisas, un diferencial, la fecha en que se hacía el cálculo en divisas al tipo de cambio vendedor e incluso la posibilidad de modificar la divisa al finalizar cada periodo de amortización cumplen los requisitos exigidos en el artículo 5 de la LCGC; y tiene una redacción clara y comprensible.

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

En el mismo exponendo de la escritura se dice que *“el prestatario reconoce que este préstamo está formalizado en divisas por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del contrato exonerando a Bankinter S.A. de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en la divisa elegida pueda ser superior al límite pactado”*.

Y el equívoco se patentiza cuando a continuación sigue diciendo que *“si se produjera dicho exceso, el Banco podrá ejercer la facultad de resolución recogida en la cláusula 7ª de las financieras”* de forma que el Banco puede resolver el contrato cuando el contravalor en la divisa elegida sea superior al “límite pactado”, “límite” que se ignora si se refiere solo al cubierto por garantía hipotecaria o al de la deuda existente en ese momento. La redacción es también en este extremo confusa o poco clara.

LO que se trata de determinar es si los actores como consumidores **al tiempo de celebrar el contrato** conocían todos los riesgos asociados al tipo de cambio.

Es evidente que cualquier ciudadano medio conoce los riesgos de fluctuación y que el tipo de cambio entre la divisa escogida y el euro puede variar y ello se va a reflejar en su cuota de

amortización; sin embargo, existen otros riesgos que deben ser valorados cuando los ingresos del consumidor se perciben en euros, y no en la divisa en la que se ha fijado el préstamo, y entre ellos el recálculo permanente del capital pendiente y que puede dar lugar, como en este caso, que tras varios años de vigencia del contrato a pesar de las cuotas abonadas, el valor en euros del capital pendiente haya aumentado.

Debe examinarse, sin embargo, si los consumidores conocieron el alcance y carga económica que implicaba el préstamo en divisas contratado.

- No consta que se les entregara oferta previa vinculante que le hubiera permitido buscar asesoramiento de terceros sobre la conveniencia de sustituir la hipoteca tradicional que tenía en euros por una hipoteca multidivisas para lograr un abaratamiento en las cuotas.
- No se ha acreditado que se diera a los actores una información verbal suficiente. El testigo que declaró en el acto del juicio, un ex empleado, no recordaba exactamente este supuesto y aunque manifestó que a los clientes se les informaba sobre el riesgo del tipo de cambio y se les ponía un ejemplo de un momento bueno y otro malo cuando se le pregunta exactamente si se les informó que su deuda podía crecer sin límite y que a pesar de pagar las cuotas el importe del préstamo valorado en euros podía no disminuir, manifiesta que no se acuerda.
- Todos los folletos informativos van orientados a resaltar el ahorro en la cuota como consecuencia del tipo de cambio, pero ninguno menciona los efectos de este riesgo sobre el capital.
- Tampoco consta que se le hiciera simulaciones con diversos escenarios, no sólo favorables, sino también adversos para que pudieran valorar el impacto de la fluctuación del tipo de cambio no sólo en la cuota, sino también y lo que es más importante en el capital. En relación con esta cuestión se ha incidido por Bankinter en el juicio en que es un préstamo en divisas y que se abona en la misma divisa, y que el capital prestado va disminuyendo en esa divisa. Ese argumento podría ser válido para quien obtiene sus ingresos en la divisa en la cual se ha fijado el préstamo, pero es evidente que si el consumidor percibe sus ingresos en euros, y en este caso, no se ha probado lo contrario, la carga real económica se conoce cuando se fija el equivalente en euros, y en este caso, por más que se afirme que el capital ha disminuido, lo cierto es que actualmente adeudan un importe superior en euros que cuando se inició el contrato.
- En este caso, en la escritura pública tampoco se subsanó este déficit de información. El notario se limita a advertir sobre el riesgo del tipo de cambio, pero como se indica en el informe pericial no basta con indicar que existe un riesgo de tipo de cambio, sino que el mismo ha de ser cuantificado con simulaciones sobre su efecto tanto en el nominal del préstamo como en la cuota mensual. La identificación de un riesgo de

forma genérica sin la valoración de su impacto cuantitativo no sirve de nada al cliente bancario quien no puede estimarlo sin la cooperación activa de su entidad financiera.

- En este caso, tampoco consta que los clientes acudieran a la entidad con asesoramiento externo. El hecho de que la iniciativa para contratar partiera de los propios clientes no exonera al Banco de prestar toda la información necesaria para que el cliente pueda tener un conocimiento de la carga financiera que asume y de los riesgos del préstamo.
- Los actores, por sus profesiones, bombero e ingeniera química, no se les presupone una especial formación financiera y por ello la información recibida sobre el préstamo que iban a contratar era fundamental para percibir la carga financiera que asumían.
- Tampoco se les informa que el cambio de divisa, supone una consolidación de las pérdidas acumuladas como consecuencia de la apreciación de la divisa frente al euro; ni se les ofrece un instrumento financiero adecuado para poder cubrirse del riesgo de la fluctuación de la divisa. En efecto, no se les ofrece un seguro de cambio para cubrirse de estos riesgos y que les permita realizar el cambio de divisa a un tipo vigente fuera de los periodos en los que se puede realizar este cambio. Los contratos que finalmente suscriben en el 2013 como se analiza en el informe pericial son en realidad dos pólizas de créditos que garantizan al banco el cobro de las cantidades que adeuda el cliente, no seguros de cambio

Es evidente que cuando realizan el primer cambio de divisas, que implica un recálculo tanto del capital como de las cuotas son conscientes del funcionamiento y riesgos de un préstamo multdivisas; sin embargo, es en el momento de la contratación cuando deben tener esa información.

Además y como se destaca en la SAP DE Madrid sección 12ª de 15/12/2016 “A ello debe añadirse que en esta clase préstamo el vencimiento anticipado, concebido como una facultad de la prestamista, combinado con la denominación en divisas del préstamo, hace especialmente gravosa la condición del prestatario y concede, al menos en abstracto, a la prestamista un poder jurídico exorbitante, pues pudiendo fijar el momento en que da por vencido el préstamo por falta de pago (o por cualquiera otra de las condiciones establecidas) puede elegir aquel en que la divisa esté más apreciada, lo que supone exigir y, si se paga, recibir un mayor cantidad, en términos reales y no meramente nominales, que la efectivamente pactada.

Esta consecuencia se advierte ya en el Auto de la Audiencia Provincial de Córdoba, Sección 1ª, de 7 de julio de 2015, y en definitiva, es una disfunción más de la aplicación de una operación compleja allí donde no hay, por parte del consumidor, ánimo especulativo alguno, sino deseo de la máxima seguridad jurídica y económica, al estar comprometida en el cumplimiento de la obligación, su vivienda habitual.

Lo relevante, según el TS, es la capacidad de desplazar el foco de atención del consumidor sobre elementos secundarios como es una momentánea bajada de la mensualidad. En definitiva, puede concluirse que, de la prueba que se dispone, en el presente caso, pese a tratarse de una cláusula definitoria del objeto principal del contrato, se le dio un tratamiento inapropiado, lo que pudo implicar que los ejecutados no percibieran la verdadera relevancia y riesgo que podía tener en el funcionamiento ordinario del contrato, ni se les explico los riesgos y forma de funcionamiento de la cláusula.

Por ello y al no superar el doble control de transparencia procede declarar la nulidad por abusividad del clausulado multidivisa.

El pago de las cuotas o los cambios de divisa no son actos confirmatorios del contrato. Según la SAP Burgos, sección 2, del 05 de abril de 2017 (ROJ: SAP BU 377/2017): «los pagos realizados por el ahora actor desde la celebración del contrato y el cambio de divisa realizado [...] no reúnen los requisitos que la jurisprudencia pone para poder ser tenido como acto propio vinculante, es decir expresivo del consentimiento, pues los mismos han de realizarse con el firme propósito de crear, modificar o extinguir algún derecho, definiendo unilateralmente la situación y posición jurídica del autor de los actos, que necesariamente deber ser concluyentes e indubitados, respondiendo a una conducta convincente para definir inalterablemente la situación jurídica de que sí los emite [...] La realización de los pagos y el cambio de divisa (en menos de una año del inicio del contrato) constituye un mero intento de rebaja del importe de las cuotas a satisfacer por el préstamo como intento en definitiva de evitar la posible ejecución por la entidad bancaria de la hipoteca, con el consiguiente perjuicio del prestatario, por lo que en modo alguno esos actos suponen ni la confirmación del contrato, ni la realización de actos inequívocos que permitan aplicar la doctrina de los actos propios [...]. Y en similar sentido se pronuncia la SAP Zamora, sección 1, del 10 de abril de 2017 (ROJ: SAP ZA 175/2017)

UNDÉCIMO- Efectos de la declaración de nulidad.

Como se indica en la ST de la sección 9ª de la AP DE MADRID de 18 de mayo de 2017 la nulidad de las cláusulas multidivisas no debe comportar necesariamente la nulidad total del préstamo hipotecario con restitución recíproca de las prestaciones, sino tan sólo la nulidad de las referidas cláusulas, pues sin necesidad de "reintegrar" el contrato (proscrito por la jurisprudencia Europeo salvo sustitución por disposición supletoria nacional), basta simplemente con acudir a las propias previsiones contractuales que prevén un tipo resultante de aplicar el Euribor más un 0,70 %. Se trata en suma de aplicar las condiciones restantes del préstamo hipotecario sin inclusión de la opción multidivisa. La apreciación de la nulidad total del contrato sería contraria a la jurisprudencia del TJUE (STJUE de 30 de abril de 2014) y a la protección de los consumidores, ya que produciría un efecto más perjudicial para el actor que para la entidad bancaria demandada, en la medida a que aquel se vería obligado a devolver de un sola vez y anticipadamente la totalidad del préstamo. Reiteramos, la nulidad de las cláusulas y pacto de divisa, da lugar a que estos se deje sin efecto y se tengan por no puestas, manteniéndose el resto del contrato de préstamo con su garantías, considerando el mismo como una operación en euros con aplicación desde la fecha de su

contratación del tipo de referencia Euribor más el diferencial pactado, con arreglo al cual se determinara el capital pendiente de amortizar, deduciendo las sumas ya abonadas por los prestatarios .

La solución de la nulidad parcial establecida legalmente para la abusividad de una cláusula, concretamente por el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 permite la subsistencia del contrato no obstante dejar sin efecto, teniendo por no puestas, las cláusulas abusivas siempre que puedan subsistir sin dichas cláusula”.

En este caso procederá la aplicación de la normativa prevista en el propio contrato para su funcionamiento en euros.

Así se expone también en la SAP de Madrid sección 12ª de fecha 24 de mayo de 2017 según la cual “ la escindibilidad de las cláusulas de divisa en casos como el presente es evidente, pues las partes (a través de las cláusulas predispuestas por la demandada) previeron también el funcionamiento del préstamo en euros, conteniendo, al respecto, todos los elementos (principal, interés remuneratorio y de demora, plazo, etc.) precisos para que pudiera ejecutarse el contrato si se optara por esa moneda, siendo, además, una opción reconocida al deudor, de modo que se ha de suponer que al acreedor le era indiferente (y de ahí las reiteradas protestas de la demandada de no ganar nada por la concesión del préstamo en divisa) que el préstamo siguiera nominado en una u otra moneda, por lo que no cabe considerar concurrente ningún supuesto de enriquecimiento injusto.

Con ello, en fin, no se hace un contrato "a la carta", sino un contrato que respeta la normativa aplicable, y que en su misma redacción lleva consigo la posibilidad de que se hubiera pactado en la moneda de curso legal en nuestro País, de modo que basta con que se active, de manera retroactiva (artículo 1.303 del Código Civil) esa posibilidad de nominación del contrato en euros, y con referencia al euríbor.

Siguen esta misma solución, entre otras, las Sentencias de esta Audiencia de la Sección 11ª, de 26 de septiembre , la de la Sección 13ª, de 12 de septiembre de 2.016 o de la Sección 9ª, de 3 de junio de 2.016 .

Procede, pues, estimar la demanda en cuanto solicita la nulidad parcial con la consecuencia de nueva liquidación del préstamo como si desde un principio hubiera funcionando en euros, con las condiciones pactadas para tal contingencia, (el EURIBOR con un diferencial de 0’50 puntos y un tipo inicial era de 4’91% anual) con la devolución , si así resultara, del saldo o exceso al prestatario.

No procede, en cambio, establecer el interés legal del posible saldo, por cuanto hasta que no se liquide no se podrá conocer el principal, siendo éste un supuesto en que la iliquidez está en la misma deuda que ha de ser fijada de modo que rige el principio "in iliquidis non fit mora".

No procede, tampoco, estimar la pretensión de que se condene a eliminar de su contratación dicha condición general multidivisa y sus accesorias y a prohibir su utilización futura, porque ASUFIN en este procedimiento no actúa en defensa de intereses colectivos de consumidores ejercitando una acción colectiva. Por el contrario, actúa en defensa de los intereses de unos consumidores concretos, don [REDACTED] y Doña [REDACTED] y por

ello los pronunciamientos en esta sentencia deben limitarse a la declaración de nulidad del clausulado multidivisa incluido en el contrato que es objeto de este procedimiento, sin que proceda hacer declaración sobre nulidad de condiciones generales de la contratación, cuya competencia, además, no corresponde a los juzgados de Primera Instancia sino a los juzgados de lo Mercantil.

DUODÉCIMO-Al estimarse sustancialmente la demanda, y de acuerdo con el artículo 394 de la Ley de enjuiciamiento civil las costas deben imponerse a la parte demandada al no concurrir serias dudas de hecho o de derecho que justifiquen su no imposición.

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

F A L L O

Que ESTIMANDO SUSTANCIALMENTE LA DEMANDA interpuesta por el procurador Don Ramón Valentín Iglesias Arauzo, en nombre y representación de ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS actuando en nombre e interés de DON [REDACTED] Y DOÑA [REDACTED] y contra BANKINTER S.A. representado por la procuradora Doña Rocio Sampere Meneses:

DEBO DECLARAR LA NULIDAD POR ABUSIVIDAD del clausulado multidivisa incluido en el contrato de préstamo hipotecario multidivisa suscrito entre las partes con fecha 26 de septiembre de 2007 y como efectos de esta declaración de nulidad:

- A.- Se declara la vigencia del contrato de préstamo en todo lo que no afecte a las cláusulas multidivisa.
- B.- Se declara que el principal del préstamo debe entenderse referenciado a euros desde la entrada en vigor del contrato.
- C.- Se declara que el tipo de interés del préstamo hipotecario será el referenciado en el contrato para el supuesto de préstamo en euros y se determinará por el Euribor más el diferencial previsto en la propia escritura con el tipo nominal inicial que se fijaba en el mismo.
- D.- Y por todo ello debo condenar a la demandada a recalcular el importe pendiente de amortizar a través de un cuadro de amortización en euros, al tipo de interés más el diferencial previsto en el contrato, devolviendo en su caso a los prestatarios las cantidades que hubieran pagado en exceso como consecuencia de la aplicación de las cláusulas declaradas nulas.

Y con expresa imposición de costas a la parte demandada.

Esta sentencia no es firme y contra la misma podrá interponerse, en este Juzgado, recurso de apelación en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación para su resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 458 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento Civil.

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

PUBLICACION.- La presente sentencia ha sido dictada, leída y publicada por la Ilma. Sra. Magistrado-juez que la ha dictado, estando celebrando audiencia pública en mi presencia, el Secretario de este juzgado. Doy fe.