

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 02 DE COSLADA

C/ Colombia, 29 , Planta 1 - 28820

Tfno: 916695748

Fax: 916696121

42020310

NIG: 28.049.00.2-2017/0001177

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 143/2017

Materia: Contratos en general

NEGOCIADO C 3-7-8

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

PROCURADOR D./Dña. ANGEL FRANCISCO CODOSERO RODRIGUEZ

Demandado: BANKINTER SA

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

SENTENCIA Nº 93/2018

En Coslada (Madrid), veintiséis de Junio de dos mil dieciocho.

La Sra. Dª. BEATRIZ MAYOR TONDA, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Nº 2 de los de COSLADA, y de su Partido, habiendo visto los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO 143/17** seguidos ante este Juzgado, entre partes, de una como demandante/s **DON [REDACTED]** y **DOÑA [REDACTED]** representado/s por el Procurador de los Tribunales Don Angel Francisco Codosero Rodríguez y asistido/a del Letrado/a Don Carlos Núñez García, y de otra como demandada **La Mercantil BANKINTER, S.A.** representado/a por el Procurador de los Tribunales Doña Rocío Sampere Meneses y asistida del Letrado Don Juan Aguado Domingo, y,

Se procede en nombre de S.M. EL REY a dictar la presente Resolución,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 6 de Marzo de 2017 se presentó por el Procurador de los Tribunales Don Ángel Francisco Codosero Rodríguez, en nombre y representación de **DON [REDACTED]** y **DOÑA [REDACTED]** demanda de juicio ordinario contra **La Mercantil BANKINTER, S.A.** con el petítum que consta en la misma y que damos por reproducido.

Tal reclamación se fundó en el hecho de que los actores suscribieron el día 14 de Mayo de 2008 con **La Mercantil BANKINTER, S.A.** un contrato de préstamo hipotecario con opción multidivisa por un importe de 468.315' 670 yenes equivalentes a 421.000.- euros, pero sin embargo no se explicó a los consumidores el riesgo del tipo de cambio y su consentimiento se prestó viciado, pues los actores contrataron ante la insistente publicidad que dicha entidad bancaria ofreció al colectivo de Policías Municipales, tratándose la estipulación relativa a la multidivisa una condición general de la contratación que es abusiva

puesto que genera desequilibrio entre las prestaciones de las partes que perjudica al consumidor.

SEGUNDO.- Por Decreto de 10 de Junio de 2017 se admitió a trámite la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Don Ángel Francisco Codosero Rodríguez en nombre y representación de **DON** [REDACTED] y **DOÑA** [REDACTED]

Dándose traslado de la misma a la demandada para su contestación. El día 26 de Julio de 2017 por el Procurador de los Tribunales Doña Rocío Sampere Meneses, en nombre y representación de **La Mercantil BANKINTER, S.A.** se contestó a la demanda oponiéndose a la misma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, y que por economía procesal se dan por reproducidos (que de forma breve se resumen en el hecho de alegar el defecto legal en el modo de proponer la demanda, que fue resuelto en la Audiencia Previa, al entender que no era posible ejercitar las acciones indicadas por haberse cancelado el préstamo el 9 de Junio de 2017; la excepción de caducidad de la acción; que el contrato se suscribió a iniciativa del actor y la demandada le facilitó verbalmente y por escrito toda la información sobre el funcionamiento del producto y los riesgos de su contratación; que hubo una escritura de novación y por ello el actor no puede ir en contra de sus propios actos; que el préstamo multdivisas no es un instrumento financiero y por ello no le es aplicable la normativa de información que contiene la Ley del Mercado de Valores; que el actor se conectaba en la página web de la entidad bancaria con asiduidad por lo que tuvo en todo momento información suficiente...).

Convocándose a las partes por Diligencia de Ordenación de fecha 1 de Septiembre de 2017 a la celebración de la Audiencia Previa, que tuvo lugar el día 19 de Diciembre de 2017, sin que las partes hubieren llegado a un acuerdo, alegando las partes lo que estimaron pertinente y solicitando las partes el recibimiento del pleito a prueba, proponiendo la actora la documental, más documental, la testifical y la pericial; y el demandado la documental ; siendo todas estas pruebas admitidas.

TERCERO.- En el acto del juicio se practicó la prueba propuesta por ambas partes; quedando los autos vistos para Sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El Procurador de los Tribunales, Don Ángel Francisco Codosero Rodríguez, en nombre y representación de **DON** [REDACTED] y **DOÑA** [REDACTED] presentó demanda de juicio ordinario frente a **La Mercantil BANKINTER, S.A.** en la cual solicitaba: “con carácter principal, se declare la nulidad parcial del préstamo en divisas suscrito por las partes en todo lo relativo al clausulado multdivisas por vicio del consentimiento (...); si bien, el acto de la Audiencia Previa manifestó que en Junio de 2017 había cancelado el préstamo y vendido la vivienda por lo que solicitaba se estimara la petición que había solicitado de forma subsidiaria: “se declare la nulidad de pleno derecho del clausulado multdivisa del préstamo suscrito por **DON** [REDACTED] y **DOÑA** [REDACTED]”

██████████ por falta de claridad y transparencia e incumplimiento de normas imperativas, conllevando como efecto propio la nulidad, la devolución de las cantidades abonadas por DON ██████████ y DOÑA ██████████ con las bases expresadas “ut supra” y de conformidad con el informe pericial adjunto (anexo III.I), y de conformidad con el nuevo cálculo que se efectúe una vez anulado el clausulado multidivisa, así como el interés legal de dichas cantidades, teniendo por no puesta la cláusula multidivisa, cantidad que se determinará finalmente en ejecución de Sentencia”.

Como base fáctica de la demanda se expuso que los actores suscribieron el día 14 de Mayo de 2008 con **La Mercantil BANKINTER, S.A.** un contrato de préstamo hipotecario con opción multidivisa por un importe de 468.315’ 670 yenes equivalentes a 421.000.- euros, pero sin embargo no se explicó a los consumidores el riesgo del tipo de cambio y su consentimiento se prestó viciado, pues los actores contrataron ante la insistente publicidad que dicha entidad bancaria ofreció al colectivo de Policías Municipales, tratándose la estipulación relativa a la multidivisa una condición general de la contratación que es abusiva puesto que genera desequilibrio.

SEGUNDO.- En primer lugar procede resolver sobre la excepción de caducidad alegada por el demandado.

La Mercantil BANKINTER, S.A. opuso en su contestación a la demanda la excepción de caducidad alegando que el “diez ad quo” fue el 14 de Mayo de 2008, fecha de suscripción al entender que es un contrato de tracto único y que se consumó en ese momento; o si se entiende que es un contrato de tracto sucesivo el plazo debería empezar a computarse desde que los actores comprendieron las características y riesgos del producto, quedando patente que ya a finales de 2008 y más a finales de 2009 se podía conocer la depreciación del euro y el aumento de las cuotas del préstamo hipotecario.

El Tribunal Supremo en Sentencia nº 569/03 de 11 de junio, estableció que el plazo de cuatro años previsto en el artículo 1301 del Código Civil comenzará a correr cuando se produzca la consumación del contrato, siendo así que en el presente supuesto se pretende la declaración de nulidad de la cláusula multidivisa por un error como vicio del consentimiento por lo que dicha sentencia resulta plenamente aplicable a este supuesto. Es preciso distinguir el momento de consumación del contrato del de perfección del mismo que sólo tendrá lugar cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes, habiendo declarado el Tribunal Supremo asimismo (así en Sentencia 489/2016) que, 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. Además, en este concreto supuesto en que la cláusula cuestionada determina una obligación para el consumidor de realizar pagos periódicos previa conversión de la divisa correspondiente a euros, pagos destinados a amortizar el principal y determinados intereses, no habiéndose cumplido dicha obligación, no cabe sino desestimar la excepción de caducidad opuesta por la demanda.

TERCERO.- Por DON ██████████ y DOÑA ██████████ se ejercita una acción de nulidad de la cláusula multidivisa inserta en el contrato de préstamo hipotecario otorgado el día 14 de Mayo de 2008, en todos

los contenidos relativos a la opción multdivisa, aleando la defectuosa información facilitada a los actores sobre el funcionamiento y los riesgos de la cláusula multdivisa y sobre el efecto que el cambio de divisa supone sobre el capital pendiente, porque tanto la primera disposición (entrega del capital) como los cambios de divisa posteriores determinan no sólo la especie o divisa de pago, sino también la determinación de un nuevo principal cuyo contravalor en euros puede llegar a ser muy superior a la cantidad prestada. Alegando también que estamos ante una condición general de la contratación que produce desequilibrio entre las partes en perjuicio de los consumidores (los actores); falta de transparencia y falta de información.

En primer lugar, debemos tener en cuenta, como señala la STS de 30 de junio de 2015, que “lo que se ha venido a llamar coloquialmente "hipoteca multdivisa" 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.

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”.

En definitiva, la moneda en que se verifica el préstamo y el índice empleado no desvirtúan la naturaleza del contrato convirtiéndolo en un producto de inversión de capital en un mercado extranjero, ni en un producto especulativo para ambos contratantes, y ni siquiera para el prestatario, por más que éste, -al igual que en todo préstamo a interés variable al que le afectan las condiciones futuras del mercado- busque aminorar la onerosidad de las condiciones de la deuda derivada del préstamo a través de una fluctuación de la conversión monetaria que le resulte favorable en el tiempo, pues a la postre se trata de un préstamo a interés variable, con un índice referencial que puede producir mayor incertidumbre en cuanto a la variación de los intereses, por definirse a través del índice reseñado y estar sujeto a la variabilidad de las fluctuaciones de los tipos de cambio y cotización de divisas.

Pero el enfoque del Tribunal Supremo sobre algunos aspectos relevantes de las denominadas hipotecas multidivisa cambió a partir de la reciente sentencia de 15 de noviembre de 2017, de modo que en esta sentencia se declara que el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley de Mercado de Valores, expresándose en dicha sentencia, de forma resumida, lo siguiente: “La sentencia del pleno de esta sala 323/2015, de 30 de junio, declaró que el préstamo hipotecario en divisas (y en concreto, la llamada coloquialmente “hipoteca multidivisa”), es un instrumento financiero derivado complejo, relacionado con divisas, y por tanto incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores. Esta ley, tras la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, traspone la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MiFID). La posterior sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14, declaró, por el contrario, que el art. 4, apartado 1, punto 2, de dicha Directiva MiFID debe interpretarse en el sentido de que “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” (...).

“En un contrato de préstamo denominado en divisas 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 esta 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. Por tanto, las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste (apartado 72), lo que diferenciaría este supuesto del que fue objeto de la sentencia de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L., asunto C-604/2011 (apartado 73)”.

“ Los Jueces y Tribunales deben aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 4.bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial . Dado que la cuestión de qué debe entenderse por instrumento financiero, producto o servicio de inversión a efectos de la aplicación de la normativa sobre el mercado de valores es una cuestión regulada por el Derecho de la Unión (en concreto, por la Directiva MiFID), este tribunal debe modificar la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio, del pleno de esta sala, y declarar que el préstamo hipotecario denominado en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores”.

“Lo anterior supone que las entidades financieras que conceden estos préstamos no están obligadas a realizar las actividades de evaluación del cliente y de información prevista en la normativa del mercado de valores. Pero no excluye que estas entidades, cuando ofertan y conceden estos préstamos denominados, representados o vinculados a divisas, estén sujetas a las obligaciones que resultan del resto de normas aplicables, como son las de transparencia bancaria. Asimismo, cuando el prestatario tiene la consideración legal de consumidor, la operación está sujeta a la normativa de protección de consumidores y usuarios, y, en concreto, a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 , sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, Directiva sobre cláusulas abusivas). Así lo entendió el TJUE en los apartados 47 y 48 de la citada sentencia del caso Banif Plus Bank”.

“Una vez fijada la aplicabilidad de la normativa de protección de los consumidores y usuarios que desarrolla la Directiva sobre cláusulas abusivas, el apartado 35 de la STJUE del caso Andriuc, afirma que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, a las que hace referencia el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, son las que regulan las prestaciones esenciales del contrato y que, como tales, lo caracterizan. Y en el apartado 38 añade: «(...) 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 accesoria de pago, sino a la propia naturaleza de la obligación del deudor, por lo que constituye un elemento esencial del contrato de préstamo».

“ Las cláusulas cuestionadas en la demanda, que fijan la moneda nominal y la moneda funcional del contrato, así como los mecanismos para el cálculo de la equivalencia entre una y otra, y determinan el tipo de cambio de la divisa en que esté representado el capital pendiente de amortizar, configuran tanto la obligación de pago del capital prestado por parte del prestamista como las obligaciones de reembolso del prestatario, ya sean las cuotas periódicas de amortización del capital con sus intereses por parte del prestatario, ya sea la devolución en un único pago del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado del contrato. Por tal razón, son cláusulas que definen el objeto principal del contrato, sobre las que existe un especial deber de transparencia por parte del predisponente cuando se trata de contratos celebrados con consumidores”.

De acuerdo con estas sentencias del TJUE, no solo es necesario que las cláusulas

estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas.

En concreto, el apartado segundo del fallo de la STJUE del caso Andriuc, declara respecto de la exigencia de transparencia que se deriva del art. 4.2 de la Directiva con relación a un préstamo denominado en divisas: «El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras».

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, con base en el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas y los arts. 60.1, 80.1 y 82.1 TRLCU, ha exigido también que las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores cumplan con el requisito de la transparencia a que se refieren las citadas sentencias del TJUE.

De este modo, además del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo. A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda empeorarse la posición jurídica o agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque no se le facilitó información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.

Los riesgos de este tipo de préstamo hipotecario exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros, pues al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un

recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo.

Esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas "hipotecas multidivisa" se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos" (STS 30 Junio 2015).

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.

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».

CUARTO.- En cualquier caso, por todo lo expuesto no cabe duda que la viabilidad de la acción de nulidad basada en la falta de transparencia y abusividad de las cláusulas gira en torno a la demostración de que el cliente bancario recibió toda la información que le era necesaria para conformar un juicio cabal y completo de la operación a realizar, y esta obligación de informar recae sobre la entidad financiera por ser la que la conoce, y debe transmitir tales conocimientos a la otra parte contratante de acuerdo con principio general de buena fe y lealtad negocial, y el deber específico que le venía impuesto por la legislación sectorial a fin de tutelar los intereses de sus clientes, y garantizar que estos tengan perfecto conocimiento de las características y riesgos, que tenga el producto que se les ofrece por la entidad.

En el supuesto de autos la parte actora (**DON** [REDACTED] y **DOÑA** [REDACTED] solicita la nulidad de la opción multidivisa y cláusulas relacionadas con la misma contenidas en el contrato de

préstamo hipotecario concedido en divisas -YENES- formalizado a través de la escritura pública con fecha 14 de Mayo de 2008, por tratarse de una condición general de la contratación que causa perjuicios al consumidor, y en la falta de transparencia y abusividad de las cláusulas

En cuanto a la transparencia de la contratación, la Jurisprudencia del T. Supremo ha establecido un doble control: El primero deriva del contenido del Art. 80 del Texto Refundido de la Ley General para la Protección de Consumidores y Usuarios, que dispone que en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.; c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas. El segundo control se integraría por la posibilidad de conocimiento de la carga económica, de la onerosidad que puede llevar aparejada la aplicación de la cláusula.

La testigo Doña [REDACTED] trabajadora de Bankinter que en el año 2008 era comercial en la sucursal a la que acudieron los actores, declaró en la vista que no recomendaba la hipoteca multidivisa; que le “sonaba un poco el actor” pero que ella no comercializó las multidivisas, indicando que era un producto respecto del que el Banco no hizo ninguna publicidad en el colectivo de Policías, pero que “los bomberos y los Policías se lo decían unos a otros”, no reconociendo haber confeccionado el documento nº 6 de la demanda (publicidad para el colectivo de la Policía), pues parecía que era de la oficina de Embajadores, pero en la de Alcorcón no se hizo. Que ella realizaba el estudio de riesgos y recogía la documentación, pero el “tema” MIFI no se hacía, no se comercializaba como producto de riesgo, pero se informaba al cliente de los riesgos del cambio y de la subida de interés. Que en el banco hizo cursos de multidivisas y en el manual de la hipoteca sí que se hacía referencia a la multidivisa, no recordando si el manual utilizado era el aportado como documento nº 3 en la Audiencia Previa. Que acudían a la sucursal bomberos y policías a pedir este producto porque se informaban entre ellos. Que hacían simulaciones con el cliente y se les daba por escrito, se calculaban en distintas divisas y en euros, y también la oferta vinculante, desde el centro hipotecario, aunque no recordaba si en el supuesto de autos a los actores se les hicieron las simulaciones y se les entregó la oferta vinculante y el folleto informativo. Que al hacer la simulación salía la cuota 400 euros más barata porque el tipo de interés era más barato en yenes y francos, pero se advertía al cliente de los riesgos que corría, y de la posibilidad de cambiar de divisa. Que no recordaba si a los actores se les entregó un histórico de las distintas divisas, ni si se les dijo que no era buen momento; que eso lo hacía el director, pero además el banco en la página web publica las previsiones a las que tiene acceso el cliente. Que no recibió el correo electrónico aportado como documento nº 4 en la Audiencia Previa donde el director de Castilla advertía de la necesidad de comunicar a los clientes la previsión de la caída del euro. Que el banco no puede cancelar el préstamo. Que no era necesario llamar a los clientes para explicarles la situación de su préstamo porque recibían información periódica y además podían consultar la página web del banco. Que el banco compraba mensualmente divisas a cada cliente y por ello cobraba una comisión de cambio. Que se les advertía de la evolución del tipo de cambio y de que podía afectar al

contravalor del capital. Que ella hasta 2016 estuvo en esa sucursal y a ella los actores nunca le reclamaron, desconociendo si lo hicieron a través de la banca privada.

La perito Doña Nuria M^a García ratificó en la vista su informe y manifestó que el perjuicio económico de los actores se calculó a fecha de Diciembre de 2016, pero que en Junio de 2017 era mayor (unos 700 euros más). Que en la simulación aportada por el demandado solo constan tres columnas con distintas divisas y se indica el ahorro en las divisas, lo que lleva a error porque el tipo de interés no es fijo y el tipo de cambio fluctúa; no habiendo ofrecido al cliente ningún escenario para él desfavorable, indicando tan solo que si el yen varía se cambiaría el resultado. Que los actores reciben su sueldo en euros, y una vez que suscriben el contrato ya empieza a aumentar, puesto que hay diferencia entre el tipo de cambio comprador y tipo de cambio vendedor. Que no se comunicó al cliente que el banco podía cancelar si aumentaba por encima del 10%, como así hizo en alguna ocasión. Que el cliente en el año 2012 hizo novación de la escritura, una carencia de 24 meses y finalmente en 2013 cambiaron a euros y resultó que debían más dinero del recibido. Que no suscribieron ningún seguro de cambio, y debieron hacerlo. Que para las previsiones de su informe tuvo en cuenta la herramienta “bloomberg”.

Como se ha expuesto en el Fundamento Jurídico anterior la demandada debió ofrecer al cliente la información precisa precontractual, para que comprendiera el alcance del producto que iba a contratar y asegurarse de que lo había entendido con la suficiente claridad con carácter previo a contratar el producto, pues carece de los conocimientos o experiencia suficiente, frente a un profesional, y sin embargo no consta acreditado que lo hubiera hecho.

Un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que las divisas fluctúan y que, en consecuencia, las cuotas de un préstamo denominado en divisa extranjera pero en el que los pagos efectivos se hacen en euros pueden variar conforme fluctúe la cotización de la divisa. Pero no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que la variación del importe de las cuotas debida a la fluctuación de la divisa puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos.

Y ello con independencia de que el cliente perteneciera al colectivo de policías y entre ellos se hubieran informado del producto, puesto que es el banco el que debe facilitar una información completa y detallada del producto al cliente, asegurándose que ha comprendido su carga económica y sus riesgos.

Aún en el caso de que se hiciera constar en la hipoteca menciones tales como que el prestatario manifiesta conocer los riesgos derivados del cambio de moneda no son relevantes tales menciones preestablecidas por la entidad bancaria, que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento que se revelan como fórmulas preestablecidas por el profesional. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2014, dictada en el asunto C-449/13, en relación a la Directiva de Crédito al Consumo, pero con argumentos cuya razón jurídica los hace aplicable a estos supuestos, rechaza que una cláusula tipo de esa clase pueda significar el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista. La STS de 12 de enero de 2015 pone de relieve la escasa relevancia de las menciones estereotipadas y predispuestas por quien debe dar la información. En definitiva, no es más que una cláusula modelo estereotipada, no adaptada a las circunstancias concretas de cada cliente y operación que, no es suficiente ni tiene la virtualidad de evidenciar o demostrar que el actor era plenamente consciente y conocedor del alcance y de los riesgos de la operación ante la sesgada e incompleta información recibida.

Idéntica conclusión se alcanza cuando en la escritura el Notario autorizante hace constar que con sus explicaciones verbales los otorgantes han quedado debidamente informados de su contenido y que prestan su libre consentimiento con la misma, pues ello no implica que la entidad financiera ofreciera al cliente -consumidor- información completa, adecuada y comprensible a fin de poder conocer, antes de la firma de la escritura pública, los concretos riesgos derivados del funcionamiento de dicha elección de la modalidad multidivisa, en cuanto al mecanismo propio de funcionamiento derivado de la fluctuación en su repercusión económica-jurídica. Máxime cuando el momento en que se produce la intervención del notario, al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, no parece la más adecuada para que el prestatario revoque su decisión de concertar el préstamo

La simple intervención notarial, como dice la STS de 8 de septiembre de 2014 no garantiza la comprensibilidad real ni el control y cumplimiento de ese deber especial y esencial de facilitar la información, clara, completa, adecuada en cuanto al funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa y muy especialmente la relación entre dicho mecanismo y el detallado por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo. Siguiendo los criterios de la STS de 9 de mayo de 2013 , tal y como está redactada la escritura, su lectura no garantiza en absoluto que el prestatario pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado (la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener) ni la carga jurídica del mismo (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).

En el supuesto de autos no consta que **La Mercantil BANKINTER, S.A.** hubiera proporcionado a **DON [REDACTED]** y a **DOÑA [REDACTED]** la información precontractual ni contractual a que obligaba la normativa, a pesar de que el testigo declaró en juicio que ella no recordaba a los actores y que ella se limitaba a recoger la documentación y era el director y el centro hipotecario quien les entregaba simulaciones, pero concluyó que no podía determinar si en este caso concreto se hizo.

La Mercantil BANKINTER, S.A. tampoco informó a los demandantes de otros riesgos importantes que tienen este tipo de préstamos: la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado, puesto que la equivalencia en la moneda funcional, el euro, del importe en la moneda nominal, la divisa extranjera, del capital pendiente de amortizar varía según fluctúe el tipo de cambio.

El clausulado del contrato resulta notoriamente insuficiente para que el cliente pudiera conocer la mecánica de la operación que estaba contratado y los riesgos que entrañaba la misma. No consta que el Notario o quien compareció en nombre de la entidad bancaria a la firma hubiera explicado a **DON [REDACTED]** y a **DOÑA [REDACTED]** de forma clara transparente y comprensible, el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera así como la relación entre este mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas al préstamo; déficit informativo que tampoco puede considerarse subsanado por la lectura rutinaria de la escritura por parte del Notario autorizante.

La Mercantil BANKINTER, S.A. que es quien tiene la disponibilidad probatoria, no aporta documento suficiente sobre la existencia de previa oferta vinculante con la información necesaria ni demuestra información que dice el testigo se entregaba

normalmente al cliente , tampoco aporta simulaciones o folletos informativos facilitados al cliente, ni documento alguno que demuestre la práctica de simulaciones o ejemplos de las consecuencias de la operación en diferentes ámbitos. El hecho de que el demandado hubiera aportado en la contestación simulación no acredita que la misma se hubiera hecho a los actores, pues no consta que se hiciera a ellos, y aunque se hubiera hecho a ellos no se hizo con diferentes escenarios mostrando al cliente las posibles situaciones desfavorables a las que podía enfrentarse.

Tampoco remitir mensualmente al cliente el extracto del pago de la cuota o la información fiscal anual acredita que los actores hubieran comprendido el contenido de estos documentos y las consecuencias de los mismos, pues los actores se limitaban a mirar el importe de la cuota mensual no siendo conscientes del resto del contenido del extracto. Tampoco ha quedado acreditado que comunicaron al cliente la evolución de su préstamo de forma que pudiera entender su desarrollo y contenido. El hecho de que el actor se hubiera conectado en varias ocasiones a la web del banco no acredita que el mismo fuera consciente de cómo las fluctuaciones del yen afectaban a su préstamo.

Alega el demandado que el actor no puede ir en contra de sus propios actos porque en Febrero de 2012 aceptó una novación modificativa del préstamo hipotecario, pero el hecho de que aceptar la novación en ningún momento supone que el mismo conociera su alcance y contenido, sino que ante la dificultad que tenía para pagar las cuotas hipotecarias decidió hacer la novación que le ofreció la entidad bancaria. Y el Banco, pudiendo haberlo hecho, no acredita que en la novación hubiera explicado a los actores, como le era exigido, el alcance y contenido de la novación, sino que el cliente las aceptó ante la situación de impotencia en que se encontraba, quedando acreditado que no era consciente de las consecuencias de la novación.

En conclusión, el contenido de la escritura pública del préstamo hipotecario y de la novación no supera el control de transparencia sobre los riesgos de recibir el préstamo en divisas y de su amortización en la misma forma, así como la cláusula de multdivisas, pues su lectura no garantiza que el prestatario pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado (la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener) ni la carga jurídica del mismo (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).

No habiendo probado **La Mercantil BANKINTER, S.A.** que facilitó a **DON [REDACTED]** y a **DOÑA [REDACTED]** una información real ni completa en todos sus aspectos (positivos y negativos) por lo que no fueron conscientes de la trascendencia y significación que la contratación suponía en cuanto al riesgo de fluctuación del tipo de cambio en cuanto a la carga económica y jurídica que asumían, y en especial en cuanto a la repercusión del principal pendiente de amortizar; es decir, de las consecuencias económicas derivadas de la elección de moneda extranjera. El hecho de que hubieran sido ellos los que acudieron al banco solicitando dicha modalidad de préstamo o que hubieran escogido la divisa (yenes) no significa que los mismos conocieran los riesgos y funcionamiento el producto.

Por todo ello la cláusula relativa a la opción multdivisa de la escritura de fecha 14 de Mayo de 2008 suscrita entre **La Mercantil BANKINTER, S.A.** y **DON [REDACTED]** y **DOÑA [REDACTED]** se declara abusiva por falta de transparencia, ya que, sin conocimientos expertos en materia de

contratación en divisas el cliente no puede saber qué información concreta ha de demandar al profesional.

QUINTO.- En cuanto a las consecuencias de la falta de transparencia de la cláusula que contiene la opción multdivisas no cabe duda que como ha entendido reiterada Jurisprudencia, la nulidad de las cláusulas multdivisas no debe comportar necesariamente la nulidad total del préstamo hipotecario con restitución recíproca de las prestaciones, sino tan sólo da lugar a que se dejen 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.

El contrato puede subsistir (como se deduce de la doctrina plasmada en las ST del TS de 9 de Mayo de 2013 y del TJUE de 30 de Abril de 2014). La cláusula multdivisa debatida en el caso de autos se refiere al objeto principal del contrato más no forma parte inescindible de su objeto y causa por lo que no cabe concluir que nos encontremos ante una condición esencial toda vez que con los precisos ajustes (como préstamo en euros y referenciado al Euribor) el negocio pudo subsistir y por ello no hay motivos para eludir la aplicación del principio de conservación del negocio jurídico, una de cuyas manifestaciones es la nulidad parcial.

No es necesario reintegrar el contrato (proscrito por la jurisprudencia Europeo salvo sustitución por disposición supletoria nacional), basta simplemente con acudir a las propias previsiones contractuales. Se trata en suma de aplicar las condiciones restantes del préstamo hipotecario sin inclusión de la opción multdivisa.

En el supuesto de autos el contrato de préstamo fue cancelado por los actores en Junio de 2017 por lo que procede la nulidad de pleno derecho del clausulado multdivisa del préstamo suscrito por **DON** [REDACTED] y **DOÑA** [REDACTED] y en consecuencia **La Mercantil BANKINTER, S.A.** deberá devolverá a **DON** [REDACTED] y a **DOÑA** [REDACTED] las cantidades por ellos abonadas, teniendo en cuenta las bases expresadas “ut supra” y de conformidad con el informe pericial adjunto (anexo III.I), y el nuevo cálculo que se efectúe una vez anulado el clausulado multdivisa, así como el interés legal de dichas cantidades, cantidad que se determinará finalmente en ejecución de Sentencia.

SEXTO.- Estimadas totalmente las pretensiones de la parte actora procede imponer al demandado el pago de las costas procesales de la primera instancia, en cumplimiento de lo prescrito en el art. 394.1 LEC.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

ESTIMO INTEGRAMENTE la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales, Don Ángel Francisco Codosero Rodríguez en nombre y representación de **DON** [REDACTED] y **DOÑA** [REDACTED]

██████████ frente a **La Mercantil BANKINTER, S.A.** y en consecuencia, debo acordar los siguientes pronunciamientos:

1º.- DECLARO la nulidad de pleno derecho del clausulado multidivisa del préstamo suscrito por **DON** ██████████ y **DOÑA** ██████████ con **La Mercantil BANKINTER, S.A.** el día 14 de Mayo de 2008.

2º.- CONDENO a **La Mercantil BANKINTER, S.A.** a abonar a **DON** ██████████ y a **DOÑA** ██████████ las cantidades por ellos abonadas del préstamo, teniendo en cuenta las bases expresadas “ut supra” y de conformidad con el informe pericial adjunto (anexo III.I), y el nuevo cálculo que se efectúe una vez anulado el clausulado multidivisa, así como el interés legal de dichas cantidades, cantidad que se determinará finalmente en ejecución de Sentencia.

Todo ello, con expresa condena en costas al demandado.

Dedúzcase testimonio literal de esta sentencia que quedará en estas actuaciones, con inclusión de su original en el Libro de Sentencias Civiles de este Juzgado.

Notifíquese esta sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación que en su caso deberá interponerse ante este mismo Juzgado dentro de los 20 días siguientes al de la notificación de la presente resolución (art. 458.1 LEC) y del que conocerá la Audiencia Provincial de MADRID.

La interposición de dicho recurso precisará de la previa constitución del depósito de 50'00.- euros, en la “Cuenta de Depósitos y Consignaciones” de este Juzgado de acuerdo con la Disposición Adicional Décimo Quinta de la LO 6/1985, de 1 de Julio del Poder Judicial, introducida por la LO 1/09, de 3 de Noviembre de 2009.

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos de su razón, la pronuncio, mando y firmo

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado-Juez que la dictó estando celebrando audiencia pública con mi asistencia. Doy fe.