



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 36 DE MADRID

Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 5 - 28020

Tfno: 914932807

Fax: 914932809

42020310

NIG: 28.079.00.2-2017/0066911

Procedimiento Ordinario 366/2017

SENTENCIA Nº 174/2018

En Madrid a dieciséis de julio de dos mil dieciocho.

La Ilma. Sra. D^a. MARIA DE LOS ANGELES MARTIN VALLEJO, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 36 de Madrid, habiendo visto los autos de Juicio Ordinario seguidos en este Juzgado con el nº 366/2017 a instancia de ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN) en defensa de D. [REDACTED] representado por la Procuradora D^a. Sharon Rodríguez de Castro, y asistido por la Letrada D^a. M^a Loleta Linares Polaino contra BANKINTER SA, representada por la Procuradora D^a. Rocío Sampere Meneses, y asistidas por el letrado D. Luis Carnicero Bécquer, en ejercicio de la acción de reclamación de cantidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora Sra. Rodríguez de Castro, en nombre y representación de su mandante, interpuso demanda de Juicio Ordinario contra la citada demandada, fundándose en los hechos, fundamentos jurídicos y suplico, considerándose reproducidos en la presente.

SEGUNDO.- Por Decreto de fecha 19 de mayo de 2017 se admitió a trámite la demanda, emplazando al demandado para su contestación en tiempo y forma. Por Diligencia de Ordenación de 25 de julio de 2017, se citó a las partes a una audiencia previa el día 21 de diciembre de 2017 las 12:50 horas

TERCERO.- Siendo el día y hora señaladas, abierto el acto la parte demandante se opuso a la excepción de caducidad, se ratificó en su escrito de demanda y solicitó el recibimiento del pleito a prueba. La parte demandada se afirmó en su contestación a la demanda y solicitó el recibimiento del pleito a prueba. Recibido el pleito a prueba, el demandante propuso prueba documental, más documental y pericial. La parte demandada propuso prueba documental pública y privada, interrogatorio y testifical. Admitidos por la proveyente los medios de prueba propuestos, se citó a las partes para la continuación del juicio el día 28 de junio de 2018 a las 10:00 horas.



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 0944766031571878687292



CUARTO.- Siendo el día y hora señalados, abierto el acto, practicada la prueba y emitidas las conclusiones por las partes quedaron los autos vistos para sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita el demandante la acción de nulidad del contrato del préstamo multidivisa suscrito entre las partes el día 31 de enero de 2007 para la adquisición de una vivienda, por falta de transparencia e información y subsidiariamente por error en el consentimiento, que el importe del préstamo hipotecario fue de 132.000 euros. Que fue la demandada quien recomendó el préstamo en divisas ensalzando las supuestas bondades del producto, en concreto el aparente ahorro de costes y ocultando las graves consecuencias del tipo de cambio, en principio el préstamo se concertó en euros, cambiando a yenes siendo el banco quien le recomendó la posibilidad de cambiar la moneda y sin informar que la evolución de la divisa afectaba también al capital, que tras diez años abonando el préstamo debe en la actualidad 127.468,43 euros prácticamente la totalidad del préstamo, que su perfil es minorista y conservador.

A estos hechos se opone la parte demandada alegando que el préstamo multidivisa es un producto comprensible y equilibrado, cuyo funcionamiento es prácticamente idéntico al de las hipotecas convencionales, pudiendo la parte en cualquier momento cambiar la divisa de referencia, que en el momento de la contratación el préstamo multidivisa era razonable y equilibrado para las partes incluso beneficioso para el demandante y que la acción interpuesta por vicio en el consentimiento esta caducada.

SEGUNDO.- La naturaleza jurídica y el funcionamiento económico de la denominada hipoteca multidivisa está descrita en la *STS de 30 de junio de 2015*, en los siguientes términos:

"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 OfferEd 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".

"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".

TERCERO.- En cuanto a la identificación del tipo de cliente al que va destinado el producto es una cuestión de evidente trascendencia para determinar el alcance del deber de informar que la ley atribuye a las entidades de crédito, es la determinación del perfil del cliente.

El artículo 79 e) de la ley 24/1988, del Mercado de Valores exigía a las entidades de crédito el deber de asegurarse de disponer de toda la información necesaria sobre sus clientes así como mantenerlos siempre informados, y por el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre Normas de Actuación en los Mercados de Valores y Registros Obligatorios, se estableció un código de conducta, en el que se exige a las entidades que soliciten de sus clientes toda la información necesaria para su correcta identificación, situación financiera y experiencia inversora (art. 4).

Con mayor precisión se manifiesta la LMV tras la reforma operada por la ley 47/2007 citada.

En efecto, el artículo 78 bis de la ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la ley 24/1988 del Mercado de Valores, dispone que las empresas de servicios de inversión "clasificarán a sus clientes en profesionales y minoristas" e "igual obligación será aplicable a las demás empresas que presten servicios de inversión respecto de los clientes a los que les presten u ofrezcan dichos servicios". El artículo 78 ter regula las operaciones con contrapartes elegibles.

Según el art. 78 bis "Tendrán la consideración de clientes profesionales aquellos a quienes se presume experiencia, conocimientos y cualificación necesarios para tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente sus riesgos". En particular, y conforme al texto legal, tendrán la consideración de cliente profesional, las entidades financieras (i), los Estados y Administraciones regionales (ii), los empresarios que reúnan al menos dos de las siguientes condiciones, que el total de las partidas del activo sea igual o superior a 20 millones de euros, que el importe de su cifra anual de negocios sea igual o





superior a 40 millones de euros, que sus recursos propios sean iguales o superiores a 2 millones de euros (iii), los inversores institucionales (iv), los demás clientes que lo soliciten con carácter previo y renuncien de forma expresa a su tratamiento como clientes minoristas (v).

A contrario sensu, se consideran clientes minoristas todos aquellos que no sean profesionales.

No existe prueba alguna de que el demandante sea una persona que tenga formación financiera ni que estuviera familiarizado con el comportamiento del mercado de divisas dado que sus estudios son de bachillerato.

Por tanto, el demandante tiene la condición de minoristas y como tal han de ser tratado y protegido, no existiendo manifestación escrita del cliente, en un documento distinto del contrato, indicando que conoce y acepta las consecuencias de su renuncia a la condición de minorista.

CUARTO.- Deber de información a cargo de la entidad financiera. Corresponde a la entidad demandada la carga de probar que informó de manera clara y suficiente al demandante de la naturaleza y efectos del producto, así como de que era idóneo para las necesidades y características del cliente.

Esta distribución de la carga de la prueba resulta, en primer lugar, de la disposición contenida en el párrafo último del *artículo 217 LEC*, en el sentido de que para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores, los tribunales deberán tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio, y es claro que la demandada está en mejor situación para acreditar los extremos indicados pues conocía el producto que ofertó y llevó la iniciativa en su contratación.

La expresada carga probatoria se infiere además de la correcta aplicación de la normativa antes reseñada, tanto anterior como posterior a la reforma introducida por la ley 47/2007.

Así, en el *artículo 5 del RD 629/1993* citado se establecía lo siguiente:

"Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión".

"Las entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes".

"La información a la clientela deberá ser clara, correcta, precisa y suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata".



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 0944766031571878687292



La reforma introducida por la ley 47/2007 tiene como principios cardinales (según su Exposición de Motivos), "reforzar las medidas dirigidas a la protección de los inversores", indicando que "Precisamente como consecuencia de la creciente complejidad y sofisticación de los productos de inversión y el constante aumento en el acceso de los inversores a los mercados, la protección del inversor adquiere una relevancia prioritaria, quedando patente la necesidad de diferenciar entre distintos tipos de inversores en función de sus conocimientos".

En este orden de cosas, es especialmente relevante la disposición contenida en el *artículo 79 de la ley reseñada que impone a las entidades que presten servicios de inversión el deber de "comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes", y el contenido del artículo 64 del RD 217/2008 sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que exige las mencionadas entidades que proporcionen a sus clientes "una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional".*

La evolución legislativa posterior se orienta cada vez más a fortalecer la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos, y así el *artículo 6 de la ley 1/2013, de 14 de mayo*, exige que en la contratación de préstamos hipotecarios que se concedan en una o varias divisas, se precisará "que la escritura pública incluya, junto a la firma de cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato.

Y más recientemente la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, cuyo plazo de transposición aún no ha transcurrido, justifica su promulgación señalando los problemas existentes "en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado", así como que "algunos de los problemas observados se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban". En el considerando trigésimo, la Directiva añade que "[debido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito. El riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato de crédito, o bien mediante otros procedimientos. Entre tales procedimientos cabría, por ejemplo, incluir límites máximos o advertencias de riesgo, en caso de que las mismas sean suficientes para limitar el riesgo de tipo de cambio".

En los arts. 13.f y 23 se contienen previsiones específicas para estos préstamos en moneda extranjera, que son sometidos a importantes limitaciones para reducir el riesgo de cambio de divisa que supone para los prestatarios, y a obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos para las entidades que los comercialicen.





QUINTO.-La acción ejercitada con carácter principal es la nulidad del clausulado multidivisa contenido en la escritura de préstamo por falta de transparencia, abusividad y falta de proporcionalidad.

Respecto al doble control de transparencia del clausulado afirma el TS: “Como recordamos en la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo, ya dijimos en la previa 241/2013 que este doble control consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, « conforme a la Directiva93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo ». Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, «la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato ».

Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación -en adelante, LCGC). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio.

El art. 4.2 de la Directiva1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad (« la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible »), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.





Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración, no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

3.- Las citadas sentencias de esta Sala han basado dicha exigencia de transparencia, que iba más allá de la transparencia "documental" verificable en el control de inclusión (arts. 5.5 y 7 LCGC), en los arts. 80.1 y 82.1 TRLGCU, interpretados conforme al art. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE; y hemos citado a tales efectos lo declarado en la STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb AG, respecto de la exigencia de transparencia impuesta por tal directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer « de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste ».

4.- La STJUE de 30 de abril de 2014, dictada en el asunto C-26/13, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multidivisa, confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que « la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical » (párrafo 71), que « esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva » (párrafo 72), que « del anexo de la misma Directiva resulta que tiene un importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo » (párrafo 73), y concluir en el fallo que « el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo ».

Esta doctrina ha sido reiterada en la posterior STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, cuyo párrafo 74 declara: « de los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo del interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles,





las consecuencias económicas que para él se derivan (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 73) »”.

Sigue afirmando la sentencia: el examen de validez de las condiciones generales insertas en contratos celebrados con consumidores, el primer control es el de incorporación, a fin de comprobar que se cumplen los requisitos para que la cláusula quede incorporada al contrato (aceptación por el adherente, claridad, completitud, legibilidad y entrega de un ejemplar -arts. 5 y 7 LCGC), pero con ello no acaba el análisis. Una cláusula "incorporable" e "incorporada" al contrato, cuando se refiere a los elementos esenciales del mismo, puede no ser válida porque se considere que no es transparente. En el caso concreto de las cláusulas suelo, dijimos en la Sentencia 241/2013, de 9 de noviembre, que debe existir una proporción entre la "comunicación" que haya hecho el predisponente del contenido de la cláusula y "su importancia en el desarrollo razonable del contrato". Y constatamos, en ese y en los demás casos sometidos posteriormente a nuestra consideración, que se daba a la cláusula suelo una relevancia "secundaria": "*(las) propias entidades les dan un tratamiento impropiaamente secundario, habida cuenta de que las cláusulas "no llegaban a afectar de manera directa a las preocupaciones inmediatas de los prestatarios", lo que incide en falta de claridad de la cláusula, al no ser percibida por el consumidor como relevante al objeto principal del contrato*". La razón de que la cláusula suelo deba ser objeto de una "especial" comunicación al cliente es que su efecto -más o menos pronunciado según los tipos en vigor y según la "altura" del suelo- es que "*convierte un préstamo a interés variable en un préstamo a interés mínimo fijo, que no podrá beneficiarse de todas las reducciones que sufra el tipo de referencia (el euríbor)*". Es decir, la cláusula suelo puede inducir a error al cliente sobre un aspecto fundamental del contrato y llevarle a adoptar una decisión irracional, esto es, elegir una oferta cuyo tipo variable es inferior pero que, por efecto de la cláusula-suelo, en realidad lo es a un tipo superior durante la vida del contrato que otra oferta del mercado a tipo variable "puro" con un diferencial superior, pero que se aprovecha de las bajadas en el tipo de referencia ilimitadamente”.

La STA del TJUE de 20 de septiembre de 2017 respecto a las cláusulas de las hipotecas multidivisas afirma: “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).

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).

- 49 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



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 0944766031571878687292



consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal sobre sus obligaciones financieras.

Mediante la primera cuestión prejudicial, a la que procede responder en último lugar, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el desequilibrio importante que una cláusula abusiva causa entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13, debe examinarse únicamente en el momento de la celebración del contrato.

53 A este respecto, el Tribunal de Justicia ya ha declarado que, para apreciar si una cláusula contractual debe considerarse abusiva, el juez nacional deberá tener en cuenta, como indica el artículo 4 de la Directiva 93/13, la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, considerando «en el momento de la celebración del mismo» todas las circunstancias que concurran en su celebración (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de julio de 2015, Bucura, C-348/14, no publicada, EU:C:2015:447, apartado 48 y jurisprudencia citada).

54 De ello se deduce, como el Abogado General ha señalado en los puntos 78, 80 y 82 de sus conclusiones, 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, ya que una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre las partes que sólo se manifieste mientras se ejecuta el contrato.

55 En el presente asunto, de la resolución de remisión se desprende que la cláusula controvertida en el litigio principal, incluido en contratos de préstamo denominados en divisa extranjera, estipula que las cuotas de devolución del préstamo deben reembolsarse en esa misma divisa. Por lo tanto, una cláusula de esta índole hace recaer el riesgo de tipo de cambio sobre el consumidor en caso de devaluación de la moneda nacional con respecto a dicha divisa.

56 A este respecto, incumbe al órgano jurisdiccional remitente evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio principal, y teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional, en este caso el banco, en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, en primer lugar, el posible incumplimiento de la exigencia de buena fe y, en segundo lugar, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13.

57 En efecto, para saber si una cláusula como la controvertida en el litigio principal causa en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el juez nacional debe verificar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (véase, en





este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartados 68 y 69).

- 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. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio principal, y teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional, en este caso el banco, en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido de esa disposición.

SEXTO.- De la valoración de la prueba practicada y teniendo en cuenta que corresponde a la parte demandada acreditar el grado de información facilitada al cliente para tratar de acreditar como se comercializo el producto y que características del producto contratado entendieron las partes conforme establece la STS 15 -1-16.

Respecto a la prueba de interrogatorio practicada, el Sr. [REDACTED] afirmo tras consultar en varios bancos fue al banco demandado, que primero contrato en euros porque se lo recomendaron y que cuando la cuota subiera le llamarían para cambiar, que el comercial D. [REDACTED] le llama y le dice que tiene que tiene que cambiar a yenes y el cambio y le bajaron la cuota durante tres meses, que no negocio la comisión de amortización, que el notario leyó la escritura pero no le dijo que había riesgos, que no le hicieron simulaciones.

El Sr González, coordinador de hipotecas afirmo que el demandante estaba muy informado de lo que era un préstamo en divisas y que llevo al banco a mucha gente que explicaban los riesgos y desventajas con ejemplos que siempre se contrataba la hipoteca a incoativa del cliente y que no llamaban a estos para el cambio de divisa y que explicaban que tanto la cuota como el capital podían variar que no daban folleto ni oferta vinculante solo hacían simulaciones.

De la lectura de la escritura se desprende que nos encontramos ante un documento de difícil comprensión para una persona no experta en la materia, que no recoge las posibles consecuencias de la contratación en divisas ni los riesgos del producto ni que la fluctuación de la moneda pueda influir en el capital pendiente de amortizar.

Ante la carencia absoluta de cualquier documento que acredite que se le hicieron simulaciones de hipotecas en euros, yenes o francos suizos, con diversos ejemplos de fluctuación de la divisa, hipoteca que fue contratada en euros y posteriormente se cambio a yenes, cambio que solo pudo ser asesorado por el banco al encontrarnos con una persona carente de conocimientos en el campos de divisas al ser conductor de furgones de entregas de dinero, que no se le diera un folleto informativo, ni una oferta vinculante ni copia de la





escritura para que pudiera leer y entender su contenido , queda acreditado que no se informó al demandante de forma clara y precisa sobre el riesgo más importante que es la fluctuación de la moneda elegida y sus consecuencias, las variaciones que podría sufrir no solo en la cuota principal sino en el capital pendiente de pago en función de la cotización de la divisa, cuestión está fundamental ya que la subida de cotización de las divisas en relación con el euros ha ocasionado un incremento importante del capital pendiente de amortización, por dicha razones queda acreditado que no se supera el doble control de transparencia, estimándose en consecuencia la demanda, declarando la nulidad parcial del contrato de fecha 31 de enero de 2007 en todos los contenidos referentes a la opción multidivisa, declarando la subsistencia del contrato como si el mismo hubiera sido otorgado en euros (principal e intereses) y manteniendo las restantes estipulaciones del contrato, debiendo la parte demandada restituir a la parte demandante las cantidades abonadas en exceso como consecuencia de la aplicación del clausurado multidivisa con los intereses legales devengados desde cada uno de los pagos cuyo importe se determinará en ejecución de sentencia.

Al estimarse la acción ejercitada con carácter principal no es procedente entrar a conocer sobre la acción planteada de forma subsidiaria ni sobre la caducidad de la misma.

SEPTIMO.- Solicita el demandante la nulidad de la cláusula sexta que impone al demandante un interés nominal anual de 9,5 puntos porcentuales añadidos al tipo de interés vigente en el momento del adeudo para la situación de retraso en el pago. teniendo el demandado el carácter de consumidor es evidente que respecto de los intereses moratorios, se ha considerado que un interés de demora superior a 2 ó 3 veces el interés legal del dinero debería considerarse abusivo por lo que el interés de demora pactado debe considerarse abusivo: tanto si se considera que es un instrumento a tanto alzado para indemnizar los perjuicios causados por la mora, por lo que el tipo de interés de demora sería claramente excesivo cuando rebase ampliamente los perjuicios concretos que previsiblemente cause dicha mora, como si se considera que con el interés de demora se pretende que se cumpla con lo pactado y, con ello, procura que se mantenga una ética de pago, cabrá calificarlo de abusivo desde el momento en que sea claramente más elevado de lo necesario para alcanzar ese objetivo....." En este sentido la STA de 22 de abril 2015 afirma " Es admisible que una clausula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor establezca una indemnización de daños y perjuicios causados por el incumplimiento del consumidor.... Pero no es admisible, porque tiene la consideración legal de abusiva, que sea una indemnización desproporcionadamente alta"; como es el presente caso ya que al interés legal aplicable al momento del impago se le suma un 9,5 puntos, por tanto dicha cláusula se considera abusiva declarándose su nulidad.

OCTAVO.- En aplicación del artº 394 LEC, las costas se impondrán a la parte demandada al estimarse la demanda y no existir méritos que indiquen su no imposición.

Vistos los preceptos legales citados y cualquier otro de pertinente aplicación.



FALLO

Que estimando íntegramente la demanda interpuesta a instancia de ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN) en defensa de D. [REDACTED] representado por la Procuradora D^a. Sharon Rodríguez de Castro, contra BANKINTER SA, representada por la Procuradora D^a. Rocío Sampere Meneses, debo declarar y declaro la nulidad parcial del contrato de fecha 31 de enero de 2007 en todos los contenidos referentes a la opción multividiva, declarando la subsistencia del contrato como si el mismo hubiera sido otorgado en euros (principal e intereses) y manteniendo las restantes estipulaciones del contrato, Condenando al demandado a recalcular el cuadro de amortización con la cantidad prestada en euros y a restituir a la parte demandante las cantidades abonadas en exceso, incluidas comisiones y gastos pagados como consecuencia de la aplicación del clausurado multividiva con los intereses legales devengados desde cada uno de los pagos cuyo importe se determinará en ejecución de sentencia.

SE DECLARA NULA LA CLAUSULA SEXTA "Interés de demora" de la escritura de préstamo Hipotecario de 31 de enero de 2007 por abusiva, y en consecuencia, se condena a la demandada a que elimine dicha clausula. Con imposición de costas a la parte demandada

Contra la presente resolución podrán las partes interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, en plazo de veinte días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, en la forma y con los requisitos establecidos en el artº 458 LEC.

Para interponer el recurso será necesario la constitución de un depósito de 50 euros, sin cuyo requisito no será admitido a trámite. El depósito se constituirá consignado dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el Banco Santander, Sucursal 3569, con el número de cuenta 2530-0000- 02-0366-17, consignación que deberá ser acreditada al interponer el recurso (DA 15ª LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

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

PUBLICACIÓN.- En Madrid a dieciséis de julio de 2018. La anterior Sentencia una vez firmada por la Il^{ta} Sra. Magistrada de este Juzgado ha sido entregada en el día de hoy en esta Secretaria de mi cargo para su notificación y archivo, dándose seguidamente publicidad en legal forma. Expidiéndose certificación literal de la misma para su unión a los autos, archivándose al original en el libro correspondiente confeccionado a tal efecto, de todo lo cual, yo el Letrado de la Administración de Justicia, doy fe.



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 09447660315171878687292