

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 86 DE MADRID

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

Tfno: 914930895/96,914930946/48

Fax: 914930900

42020310



(01) 31171551534

NIG: 28.079.00.2-2016/0121600

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 734/2016

Materia: Contratos en general

Demandante: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. RAMON VALENTIN IGLESIAS ARAUZO

ASOCIACION DE USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS

PROCURADOR D./Dña. RAMON VALENTIN IGLESIAS ARAUZO

Demandado: BANKINTER SA

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

SENTENCIA Nº 269/2017

En Madrid, a veintiseis de Septiembre de dos mil diecisiete.

Vistos por mí Ignacio de Torres Guajardo, Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 86 de Madrid, los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO núm. 734/2.016**, seguidos a instancia de ASUFIN (ASOCIACION DE USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS) EN REPRESENTACION DE [REDACTED] representada por el Procurador Ramón Valentín Iglesias Arauzo y defendida por el Letrado María José Luna Díaz contra BANKINTER S.A., representada por el Procurador Rocío Sempere Meneses y defendida por el Letrado José Luis Terrón Guijarro, en los que aparecen y son de aplicación los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

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

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

TERCERO.- Celebrado el acto del juicio se practicó la prueba con el resultado que obra en autos formulando las partes informe.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la parte demandante acción por la que pretende que se declare la nulidad de la cláusula del contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado con la demandada, elevado a escritura pública el 15 de junio de 2006, en el que se establece el cálculo de la amortización por referencia a francos suizos, reclamando igualmente la cantidad que se deriva de tal declaración de nulidad. En concreto se solicita:

1.- Se declare la nulidad o anulabilidad de la cláusula u opción multidivisa del préstamo hipotecario multidivisa suscrito con los asociados en cuyo interés se actúa en estos autos, bien sea por el incumplimiento de normas imperativas o prohibitivas, bien sea por el dolo con que operó la entidad o el error en que incurrieron los consumidores en la suscripción de este producto, o por la declaración de abusividad o falta de transparencia de dichas cláusulas, en los términos descritos en la presente demanda. Asimismo se declare la nulidad o no incorporación del resto de cláusulas abusivas o poco transparentes insertas en el contrato en los términos expuestos en la presente demanda o que de oficio sean apreciadas por el Juzgador.

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

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

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

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

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

para el caso de que se considere conforme a derecho el contrato litigioso y se considere que la entidad demandada no podía prever el cambio radical y sobrevenido de las circunstancias económicas que habían dado lugar a la suscripción del producto, se aplique la cláusula “rebus sic stantibus”, reduciendo la deuda pendiente de pago de pago en relación con la hipoteca/s multidivisa/s que los consumidores aquí representados tienen suscrita/s con la demandada, según las pautas indicadas anteriormente o el mejor criterio del Juzgador. Todo ello con expresa condena en costas.

Apoya en síntesis la demandante su pretensión, en el hecho de haber celebrado su representada un contrato de préstamo con garantía hipotecaria para la adquisición de una vivienda, habiendo prestado su consentimiento de forma viciada al no tener cabal conocimiento de las consecuencias de introducir una cláusula de las conocidas como multidivisa, cláusula que considera nula por abusiva. Por la demandada se invoca la improcedencia de la pretensión ejercitada, sosteniendo que no cabe predicar la nulidad de la cláusula, toda vez que fue la actora la que tomo la iniciativa para la contratación de este producto. Considera que se pretende modificar una parte esencial del contrato y que ello conlleva la imposibilidad de conservar parte de su validez, pues se anularía la esencia del negocio jurídico. Finalmente planteó la caducidad de la acción. En este sentido, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo 12 de enero de 2015 que señala que **“No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil, con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio, que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce « la realización de todas las obligaciones »** (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), **« cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes »** (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando **« se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó »** (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983). Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003: **« Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que “el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo”. De modo que siguiendo dicha doctrina el contrato litigioso se perfecciona en el momento de otorgar la escritura pública el 14 de septiembre de 2007 pero no se consuma hasta que se produzca la liquidación definitiva, es decir, una vez cumplidas las obligaciones de reintegro de los prestatarios”**. En consecuencia, la acción de nulidad relativa o anulabilidad que se ejercita antes de los 4 años siguientes a la liquidación definitiva del contrato no está caducada, por lo que debe desestimarse esta excepción procesal. La complejidad del producto contratado, según lo que a continuación se examinará, excluye poder valorar la existencia de un conocimiento pleno de su funcionamiento que determine la posibilidad de adelantar a la consumación del contrato el inicio del plazo de caducidad, por lo que la acción debe entenderse viva al tiempo de su ejercicio.

SEGUNDO.- Antes de entrar a valorar las cuestiones planteadas y reflejadas en el debate configurado por la posición de cada parte definida en el anterior fundamento, resulta adecuado analizar las características del producto financiero contratado por los demandantes, comúnmente conocido como hipoteca multidivisa. Pese a los esfuerzos argumentativos de la demandada, negando la consideración de producto complejo a la hipoteca multidivisa, en una visión parcial de tal mecanismo, exclusivamente enfocado desde el cambio de moneda; debe estarse a la posición que la Sala I del Tribunal Supremo, ha adoptado sobre la naturaleza de la hipoteca multidivisa. El Tribunal Supremo, en su sentencia 323/2015 del 30 de junio analiza este tipo de productos 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. Como se ha dicho, con frecuencia se preveía la posibilidad de cambiar de una a otra divisa, e incluso al euro, como ocurría en el préstamo objeto de este recurso.

4.- Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue

entregado al concertar el préstamo.

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

TERCERO.- Partiendo de tal configuración, que cobra especial relevancia en el análisis de la concurrencia de vicio en el consentimiento, que subyace a la falta de transparencia determinante en última instancia de la nulidad parcial solicitada, debe previamente entrarse a valorar las alegaciones de la demandada en relación a la impugnación del contrato parcialmente, en lo que se refiere a un elemento esencial como es su precio. La introducción de las llamadas cláusulas multidivisa, supone una alteración del contrato principal de préstamo, vinculando a un producto derivado complejo, con sus propias características. La desvinculación de tal préstamo al funcionamiento de las cláusulas multidivisa, supondrá la sanación del contrato, caso de apreciarse su nulidad, haciendo coincidir en los efectos del negocio jurídico la voluntad declarada y la efectivamente querida por demandante, siendo ello posible sin afectar a la naturaleza del contrato, que no es otra que la de un préstamo por el que se recibe una cantidad con obligación de restitución, jugando las cláusulas cuya nulidad se pretende, como un elemento accesorio para la fijación del interés aplicable, elemento accesorio al contrato y que expresamente ha de ser pactado por las partes, conforme al artículo 1755 del Código Civil. Si bien es cierto que el contrato ciertamente se configura como remuneratorio, siendo causa de celebración para el banco la obtención de un lucro con el cobro de intereses, ello no hace perder la esencia del contrato, consistente en la entrega de un capital con la obligación de su restitución en un determinado plazo, pudiendo modificarse en sus elementos accidentales sin que ello desvirtúe la naturaleza del contrato, incidiendo únicamente en la alteración de la causa por la que fue celebrado. La alteración de tal causa, en perjuicio de la entidad bancaria, se justifica en el reproche que la legislación y jurisprudencia interna y europea, realiza a los comportamientos de los profesionales que actúan en el tráfico jurídico, imponiendo condiciones que

perjudican la posición del consumidor de buena fe. Igualmente se alude por la demandada al hecho de que por el actor se conocía el alcance del mecanismo multidivisa, afirmando que los bancos, al tiempo en el que se produjo la contratación de la hipoteca multidivisa, no ofertaban de forma general este tipo de productos, sino que eran objeto de contratación individualizada. En apoyo de tal afirmación aporta publicación de prensa especializada en el sector financiero y económico, en la que se sostiene que los bancos no ofertan de manera generalizada tal producto. La fuerza probatoria de la expresión en prensa de tal afirmación, es escasa y no puede servir al banco para tener por probado que fuera el cliente conocedor y por ende demandante del mecanismo multidivisa contratado, debiendo analizarse el cumplimiento de sus obligaciones por la entidad bancaria al tiempo de la firma del contrato.

CUARTO.- Procede por tanto entrar a valorar la existencia de error en el consentimiento prestado por los prestatarios, y las consecuencias de dicho error, derivado de la falta de transparencia del contrato, pues el control sobre el carácter abusivo de una cláusula predispuesta, en última instancia, no supone sino valorar la libertad de consentimiento en contratación, de suerte que si aquella se aprecia, con los parámetros legal y jurisprudencialmente fijados, la consecuencia será la expulsión de la cláusula del contrato.. Según se defiende el error viene motivado por el desconocimiento sobre la posición que asumían en el contrato de préstamo, al introducirse el mecanismo multidivisa sin una previa información suficiente a los clientes que permitiera celebrar el contrato en igualdad de conocimientos con la demandada. Volviendo al análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015, antes citada, cabe apuntar que aunque en la Sentencia del Tribunal Supremo los prestatarios no fueron considerados consumidores y, por lo tanto, no pudo darse respuesta a sus pretensiones desde la perspectiva de la Ley de Condiciones Generales ([Ley 7/1998, de 13 de abril](#)) y la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (Texto Refundido 1/2007, de 16 de noviembre), lo cierto es que los Fundamentos 3 y 4 de la citada resolución definen perfectamente el tipo de producto financiero complejo, un instrumento financiero derivado, « *por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera* ». Al calificarse el producto como un instrumento derivado complejo la entidad financiera prestamista ha de cumplir con unos especiales deberes de información para con sus clientes, tanto en el supuesto de que sean consumidores, como en el supuesto de que no lo sean, como se recoge en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de junio de 2016. En dicha sentencia se indica que *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) también ha tenido la oportunidad de abordar los problemas vinculados a este tipo de productos financieros. En el caso del TJUE sí se ha analizado el conflicto desde la perspectiva de las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas (Sentencia de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, Caso Kásler).*

En el informe que emite el Abogado General a este asunto (conclusiones de 12 de febrero de 2014, Abogado General Sr. Nils Wahl), se hace también referencia a la utilización por parte de las entidades financieras de este tipo de productos financieros:

«El presente asunto se inserta en el contexto de la oferta de contratos de crédito al consumo denominados en moneda extranjera. La utilización de este tipo de contratos, que constituye una práctica relativamente corriente en determinados Estados miembros de la Unión Europea y que, prima facie, puede ser atractiva para los prestatarios por el tipo de interés, inferior al que generalmente se aplica, ha resultado ser problemática para muchos particulares como consecuencia de la crisis financiera internacional de finales de los años 2000, debido a la fuerte depreciación de determinadas monedas respecto de la moneda extranjera de referencia (en particular, el franco suizo). Estos particulares se han visto en la obligación de devolver cuotas, expresadas en moneda nacional, significativamente superiores a aquellas que habrían debido abonar si se hubieran calculado sobre la base del tipo de cambio histórico, aplicable en el momento de desembolso del préstamo. Las dificultades observadas han sido de tal magnitud que, de manera indirecta, el sector bancario de determinados Estados miembros se ha visto considerablemente afectado» .

Conviene, por lo tanto, reiterar que la escritura objeto de los presentes autos es un instrumento financiero complejo, contratado por un consumidor que utilizó el préstamo para la adquisición de su vivienda habitual (no se discute en este procedimiento ni la condición de consumidor del Sr. Eugenio ni el hecho de que el préstamo lo utilizara para adquirir una vivienda). Estas circunstancias permiten traer a colación alguna de las consideraciones realizadas por la Jurisprudencia del TJUE (Sentencia de 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13 , caso Ku?ionová) que le dan un enfoque más trascendente al conflicto, ya que entroncan con la tutela de derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea:

«§47 Conviene recordar que el artículo 38 de la Carta dispone que en las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores. El artículo 47 de la Carta reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva. Estos imperativos rigen la aplicación de la Directiva 93/13 (véase en ese sentido la sentencia Pohotovost, EU:C:2014:101 , apartado 52).

§48 Por otra parte, el Tribunal de Justicia ya ha juzgado que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional, en lo referente tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional, sin poder influir en el contenido de éstas (sentencias Pohotovost, EU:C:2014:101 , apartado 39 y jurisprudencia citada, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13 , EU:C:2014:282 apartado 39 y jurisprudencia citada, y Sánchez Morcillo y Abril García, C- 169/14 , EU:C:2014:2099 , apartado 22).

La necesidad de garantizar un elevado nivel de protección al consumidor y la

consideración del derecho a la vivienda como un derecho fundamental desde la perspectiva comunitaria, nos obligan a analizar las garantías del consumidor en este ámbito comunitario que entronca con los artículos 7 y 38 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con el artículo 47.1 de ese mismo texto legal , conforme al que «Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo» , este precepto juega en la Carta un papel equivalente al que juega, en el derecho interno, el artículo 24 de la Constitución Española. Es por tanto desde esta perspectiva desde donde han de analizarse las posiciones de las partes al celebrar el contrato, y la posible concurrencia de error invalidante excusable en los actores, derivados de la falta de cumplimiento por la demandada de los deberes que le incumben.

QUINTO.- QUINTO.- No debe olvidarse que nos encontramos ante un contrato celebrado entre un banco y un consumidor, en el que ab initio cabe presumir una posición de prevalencia por parte de la entidad bancaria, que opera dentro de su ámbito profesional y técnico, con la consiguiente situación de alteración de la posición con la que cada una de las partes se aproxima a la conclusión de un contrato en el ámbito financiero propio de la entidad prestamista. Ello juega un importante papel en orden al control del cumplimiento de la normativa genérica en materia de protección de consumidores y usuarios, en lo que se refiere al control de transparencia, especialmente a la luz de lo que ha venido perfilando el TJUE al interpretar la Directiva 93/13. La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, que sintetiza el estado de la cuestión hasta la fecha, señala: *«Como recordamos en la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo , ya dijimos en la previa 241/2013 que este doble control consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, «conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio , el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo». Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, «la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada*

permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato». Trasladando la anterior doctrina al presente supuesto, la lectura de la escritura de préstamo hipotecario pone de manifiesto la imposibilidad de tener por superado este control de transparencia desde la perspectiva reforzada que establece el Tribunal Supremo, pues la complejidad del producto derivado, supone presumir la falta de comprensión suficiente por parte del consumidor contratante de la verdadera carga financiera que está asumiendo con la celebración de un contrato de tales características, siendo carga de la entidad bancaria justificar haber obrado en cumplimiento de las obligaciones que para ella se derivan de la legislación del sector en el que opera, no solo para lograr el pleno conocimiento por parte del consumidor de la verdadera carga económica y jurídica de su posición en el contrato, sino para disuadirlo de la contratación de un contrato complejo si su perfil inversor no lo aconseja. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015 señala que *La Sala considera que la " hipoteca multidivisa " es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 de dicha ley . Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores , en relación al art. 2.2 de dicha ley .*

La consecuencia de lo expresado es que la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre , que traspuso la Directiva 2004/39/CE , de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , y, en concreto, los del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores y el citado Real Decreto.

7.- No es obstáculo para lo anterior que el art. 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores establezca que el art. 79.bis no será de aplicación cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes para entidades de crédito y para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información.

Dicho art. 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores desarrolla el art. 19.9 de la Directiva MiFID , conforme al cual « [e]n caso de que se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la

legislación comunitaria o a normas europeas comunes para entidades de crédito y créditos al consumo relativas a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información, dicho servicio no estará sujeto además a las obligaciones establecidas en el presente artículo ».

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, STJUE) de 30 de mayo de 2013 , asunto C-604/11, caso Genil 48 S.L., declaró que para aplicar la excepción del artículo 19.9 de la Directiva es necesario que el servicio de inversión haya estado sujeto a otras disposiciones legales o normas referentes a la evaluación de los riesgos de los clientes o a las exigencias en materia de información, constitutivas de legislación de la Unión Europea o de normas europeas comunes. Se dará este caso únicamente si el servicio de inversión formaba parte intrínseca de un producto financiero en el momento en que se realizó esa evaluación o dichas exigencias se cumplieron respecto a ese producto. Y precisó, asimismo, que lo dispuesto en la legislación de la Unión y en las normas europeas comunes a las que se refiere dicho precepto de la Directiva MiFID, y que determinaría la no sujeción a las obligaciones establecidas en dicha Directiva, debe permitir una valoración del riesgo de los clientes o establecer requisitos de información que incluyan asimismo el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate.

En consecuencia, no existiendo, cuando se concertó la operación, normativa comunitaria ni normas europeas comunes para entidades de crédito que establecieran unas obligaciones de información para las entidades financieras en relación a la concesión de préstamos en los que la determinación del importe de la cuota de amortización y el cálculo del capital pendiente de amortización en cada momento estuviera referenciado a una divisa extranjera, y que permitieran a los clientes la adecuada valoración del riesgo, la normativa reguladora de estos extremos era la normativa MiFID.

8.- *Como declaramos en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y hemos reiterado en sentencias posteriores, estos deberes de información responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 del Código Civil y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el art. 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar. Debe igualmente*

tenerse en cuenta lo declarado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 20 de septiembre de 2017 en la que se señala: "En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

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

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

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

No puede afirmarse que la demandada haya cumplido con la carga de probar que suministró de manera suficiente al consumidor todos los elementos de juicio suficientes para formar en él la voluntad de forma libre pudiendo conocer cabalmente los riesgos y la posición que asumía en la contratación de una hipoteca de estas características. De la documental aportada por la entidad no puede inferirse el cumplimiento de tales obligaciones. Pese a que se afirma que se dio cumplida información sobre los riesgos del producto, tanto verbal como por escrito, lo cierto es que de la documental aportada no puede llegarse a tal conclusión. El documento 9, en el que consta una simulación de escenarios, únicamente se contempla, como reconoció el testigo que comercializó el producto, la posibilidad de que la variación de los tipos equiparara la operación con la contratación de una hipoteca ordinaria en euros. En ningún caso consta suficientemente acreditado que se suministrara por escrito y de forma comprensible para un consumidor medio, de los riesgos que puede entrañar el producto. Las declaraciones del director de la entidad bancaria, como habitualmente sucede en supuestos como el presente, fueron genéricas y relativas a que siempre se informaba a los clientes de todos los riesgos. El cumplimiento de la obligación que compete a la entidad bancaria debe dejar un rastro documental suficiente, que permita de manera objetiva comprobar que el cliente ha sido informado de forma detallada de su posición en el contrato. Las consecuencias de incumplir el deber de información, se concretan en la existencia de error en la prestación del consentimiento, que se constituye en un verdadero vicio que afecta a la validez parcial del contrato en los términos antes expuestos. Cabe recordar la posición del Tribunal Supremo en la sentencia ya citada de 30 de junio de 2015 sobre el particular: *Respecto del error vicio, esta Sala, en sentencias como las núm. 840/2013, de 20 de enero, y 716/2014 de 15 diciembre, ha declarado que el incumplimiento de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.*

También ha resaltado la Sala la importancia del deber de informar adecuadamente al cliente minorista, al que en principio se presupone que carece de conocimientos adecuados para comprender productos complejos y respecto del que, por lo general, existe una asimetría en la información en relación a la empresa con la que contrata. Pero ha considerado infundadas las pretensiones de anulación por vicio de consentimiento en el caso de contratación de estos productos, generalmente por importes elevados, cuando el contratante, pese a tener la consideración legal de minorista, tiene el perfil de cliente experimentado y la información que se le ha suministrado, pese a que pudiera no ser suficiente para un cliente no experto, sí lo es para quien tiene experiencia y conocimientos financieros (sentencia núm. 207/2015, de 23 de abril). Lo relevante para decidir si ha existido error vicio no es, en sí mismo, si se cumplieron las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar, el cliente tenía un conocimiento

suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo.

La omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error del cliente.

SEXTO.- Tampoco puede acogerse la posición del banco, defendiendo la convalidación del contrato, por actos propios de la prestaria, que llega incluso a referenciar el tipo de cambio a euros. La sujeción a la operativa del préstamo, y el cambio de divisa en la que generalmente se hubiera producido la contratación del préstamo, no suponen actos propios convalidantes de la nulidad de la cláusula cuya transparencia se cuestiona. Consecuentemente no puede sino acordarse la nulidad parcial del contrato, en los términos solicitados en demanda. La supresión de las cláusulas multidivisa, acordando la nulidad parcial del contrato en la parte en la que se aprecia el error, comporta necesariamente la aplicación de las condiciones previstas en el propio contrato de préstamo hipotecario para el supuesto de funcionamiento de la operativa en euros, dando como resultado lo así solicitado con carácter principal en el suplico de la demanda, con las aclaraciones realizadas en la audiencia previa, difiriendo para ejecución de sentencia la reliquidación del préstamos concertado. Pese a que efectivamente, como señala la demandada, la declaración de nulidad de una cláusula comporta su expulsión del contrato sin posibilidad de integración, no debe perderse de vista que este efecto busca dotar de una total protección al consumidor, sin que se vea perjudicado aun de forma atenuada, por la inclusión de una cláusula abusiva, mediante la disminución de sus efectos. La finalidad del veto a la integración de la cláusula abusiva encuentra su fundamento en la necesaria protección del consumidor en el particular contrato en el que se declara tal nulidad, y en el efecto preventivo para otros consumidores ante la penalización que sufre el predisponente, que le conmina a la no inclusión de tal cláusula en otros contratos. Podemos citar en tal sentido la sentencia del TJUE de 21 de abril de 2016, cuyos razonamientos 97 y 98 indican *El Tribunal de Justicia ha recordado que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe poder subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, ese mantenimiento del*

contrato sea jurídicamente posible (sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 28 y jurisprudencia que allí se cita).

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

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

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

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda formulada por la representación procesal de

ASUFIN (ASOCIACION DE USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS) EN REPRESENTACION DE [REDACTED] contra BANKINTER S.A., resultan adecuados los siguientes pronunciamientos:

1.- Declaro la nulidad o anulabilidad de las cláusulas u opción multidivisa del préstamo hipotecario multidivisa suscrito entre las partes.

2.- Condeno a la entidad demandada a eliminar de su contrato dicha condición general sobre la opción multidivisa y sus accesorias o cualquier otra que, con independencia de los términos en que esté redactada y el nombre que se les dé, produzca el mismo efecto y a prohibir su utilización futura.

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

4.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 22 de la LCGC, líbrese mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia estimatoria en el mismo.

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

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

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

