

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA N° 5 DE TORREJÓN DE ARDOZ

C/ Granados, 18-20 , Planta Baja - 28850

Tfno: 912760668

Fax: 916758648

42020310

NIG: 28.148.00.2-2017/0002011

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 294/2017

Materia: Contratos en general

GRUPO TRABAJO: 7

Demandante: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. ANGEL FRANCISCO CODOSERO RODRIGUEZ

Demandado: BANKINTER SA

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

CONTRATOS BANCARIOS. MULTIDIVISA.

SENTENCIA N° 56/2019

En Torrejón de Ardoz, a 18 de febrero de 2019.

Dña. Susana Amador García, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia N.º 5 de los de Torrejón de Ardoz, en los presentes autos de **Juicio Ordinario** registrados con el número **294/2017** seguidos entre partes, de un lado, como demandante D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] representado por el Procurador D. Ángel Francisco Codosero Rodríguez y bajo la Dirección Letrada de D. Fernando Martínez Muñoz; y de otro, como demandada la entidad BANKINTER, S.A., representada por la Procuradora Dña. Rocío Sampere Meneses y bajo la Dirección Letrada de D. Juan Manuel Rodríguez Cárcamo y Dña. Ana María Rodríguez Conde; he dictado la siguiente sentencia,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Procurador D. Ángel Francisco Codosero Rodríguez en la representación acreditada, y mediante escrito con fecha de entrada en este Juzgado de 8 de marzo de 2017 formuló demanda de juicio ordinario frente a la entidad BAKINTER, S.A., en ejercicio de acción de nulidad parcial de préstamo multidivisa, subsidiariamente, acción de nulidad de clausula multidivisa, y subsidiariamente, acción de resolución por incumplimiento.

En la demandada tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, terminaba solicitando al Juzgado que:

"... dicte en su día sentencia por la que:

-.1 Se declare la nulidad parcial del préstamo suscrito por D. [REDACTED] [REDACTED] con numero de protocolo [REDACTED] en todo lo relativo al clausulado multidivisa por vicio en el consentimiento de mi representado, conllevando como efecto propio de la nulidad, la declaración de que quede referenciado únicamente a euros, manteniendo el resto de pronunciamientos que no impliquen clausulas multidivisa y que, en consecuencia, se declare que la cantidad adeudada por la parte actora es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado de trescientos treinta y tres mil euros (330.000,00 euros) la cantidad amortizada hasta la fecha que recaiga sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiendo que el préstamo lo fue trescientos treinta y tres mil euros (330.000,00 euros) y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de intereses, la misma referencia fijada en la escritura (Clausula Tercera B) para el euro (EURIBOR + 0,40 puntos).

Todo ello con la obligada condena a BANKINTER, S.A., a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

-. 2 Subsidiariamente, para el caso de no estimarse la pretensión anterior, se declare la nulidad de pleno derecho del clausulado multidivisa del préstamo suscrito por D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] con numero de protocolo [REDACTED] por falta de claridad y transparencia, conllevando como efecto propio de la nulidad, la declaración de que quede referenciado únicamente a euros, manteniendo el resto de pronunciamientos que no impliquen clausulas multidivisa y que, en consecuencia, se declare que la cantidad adeudada por la parte actora es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado de trescientos treinta y tres mil euros (330.000,00 euros) la cantidad amortizada hasta la fecha que recaiga sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiendo que el préstamo lo fue trescientos treinta y tres mil euros (330.000,00 euros) y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de intereses, la misma referencia fijada en la escritura (Clausula Tercera B) para el euro (EURIBOR + 0,40 puntos).

Todo ello con la obligada condena a BANKINTER, S.A., a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

-. 3 Subsidiariamente, y para el caso de que no se estimaren los pedimentos anteriores, se declare la

resolución parcial por incumplimiento por parte de BANKINTER, S.A., de sus obligaciones legales y contractuales de diligencia, lealtad e información, siendo en consecuencia, responsable de los daños y perjuicios ocasionados a D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] consistentes en la pérdida sufrida por la aplicación del clausulado multidivisa, que se cifra en el exceso percibido en cada una de las cuotas y las derivadas en el futuro por dicho mecanismo, desde la suscripción del préstamo, según el cálculo efectuado en el informe pericial adjunto, incluyendo todas las comisiones y gastos indebidamente repercutidos a la actora, más el interés legal que se devengue de cada una de las cuotas, debiendo por tanto declararse que la cantidad adeuda por la parte actora es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros resultante de disminuir al importe prestado de trescientos treinta y tres mil euros (330.000,00 euros) la cantidad amortizada hasta la fecha que recaiga sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiendo que el préstamo lo fue trescientos treinta y tres mil euros (330.000,00 euros) y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de intereses, la misma referencia fijada en la escritura (Clausula Tercera B) para el euro (EURIBOR + 0,40 puntos). Todo ello con la obligada condena a BANKINTER, S.A., a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

-.4 Consecuentemente a la estimación de la demanda por cualquiera de los pedimentos anteriormente indicados, se imponga expresa condena en costas a la demandada".

SEGUNDO. Admitida a trámite la demanda por Decreto de fecha 15 de mayo de 2017 previo examen de los requisitos de capacidad, representación y postulación, así como de jurisdicción y competencia, tanto objetiva como territorial, se dio traslado de la misma a la parte demandada, emplazándole para contestar a la demanda dentro del término legal.

TERCERO. Dentro del plazo legal, la Procuradora Dña. Rocío Sampere Meneses en nombre y representación de BANKINTER, S.A., presentó escrito de contestación a la demanda fechado a 19 de julio de 2017, oponiéndose a la misma, en base a las alegaciones fácticas y jurídicas que aduce, solicitando que: "... dicte en su día sentencia por la que desestime íntegramente la demanda, absolviendo en ella a mi representada, con expresa imposición de las costas a la parte actora".

CUARTO. La Diligencia de Ordenación de fecha 25 de septiembre de 2017 tuvo por presentada la contestación a la demanda y señaló como fecha de celebración de la audiencia previa el día 5 de abril de 2018 a las 09:30 horas.

QUINTO. El acto de la Audiencia Previa tuvo lugar en la fecha prevista, y tras intentar, sin éxito, la conciliación, las partes se ratificaron en sus respectivos escritos. En dicho acto se fijaron los hechos controvertidos y se solicitó por ambas partes el recibimiento del pleito a prueba. La parte actora propuso la documental por reproducida, más documental, testifical, pericial y exhibición documental. La parte demandada propuso, documental por reproducida, interrogatorio de parte y testifical. Siendo admitida la prueba que se estimó pertinente, se citó a las partes al acto de la vista en el día 26 de noviembre de 2018, a las 11:00 horas.

SEXTO. La vista del juicio tuvo lugar en la fecha prevista, en la que se practicaron las pruebas propuestas y admitidas, formulando las partes sus conclusiones y quedando las actuaciones vistas para resolver. Tanto el acto de la audiencia previa como el del juicio se grabaron en el correspondiente soporte informático.

SEPTIMO. El dictado de esta resolución, ha sufrido retraso debido al cumulo de asuntos pendientes de resolver en este Juzgado, la sobrecarga en la Agenda de señalamientos, y la atención preferente a los asuntos de Familia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Planteamiento del conflicto.

En la demanda que inicia este procedimiento ordinario se ejercitan:

- . Con carácter principal, acción de nulidad parcial del clausulado multidivisa contenido en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito con Bankinter, S.A., en fecha 19 de mayo de 2006, por vicio en el consentimiento del Sr. [REDACTED] [REDACTED]
- . Con carácter subsidiario, acción de nulidad absoluta del clausulado multidivisa, por falta de claridad y transparencia.
- . Y subsidiariamente, acción de resolución parcial por incumplimiento por parte de la entidad demandada de sus obligaciones legales y contractuales de diligencia, lealtad e información.

Las pretensiones concretas del Suplico de la demanda se han transcrito en el antecedente de hecho primero de esta resolución.

Como fundamento de sus pretensiones se hace referencia, en apretada síntesis, a la condición de consumidor de D. [REDACTED] careciendo de formación en materia financiera y sin relación con este tipo de mercados, de modo que para poder comprender correcta y completamente la naturaleza, funcionamiento y riesgos asociados a este tipo de producto precisaba de una información previa, veraz y comprensible que no le fue proporcionada por la entidad de crédito. Denuncia el incumplimiento por parte de la entidad demandada de la normativa sobre transparencia bancaria. Alega la infracción del deber de información por parte de la entidad demandada. Denuncia la ausencia de transparencia y claridad al constituir la opción multidivisa una condición general de la contratación. Que la cláusula impugnada es abusiva, contraria a la buena contractual.

La entidad demandada Bankinter S.A., se opone a la demanda, alegando, en escueto: Que el contrato de préstamo con garantía hipotecaria multidivisa, no es un producto financiero ni está sometido a la normativa comunitaria "MIFID". Destaca la iniciativa del cliente en la contratación del préstamo multidivisa. Aduce la licitud y transparencia del clausulado multidivisa. La escritura de préstamo contiene sobradas advertencias sobre el producto, superando holgadamente el control de transparencia. Niega el incumplimiento por parte de la entidad de la normativa que resulta de aplicación. Invoca la caducidad de la acción de anulabilidad parcial por vicio en el consentimiento por transcurso del plazo de 4 años ex artículo 1301 CC.

SEGUNDO. Caducidad.

La entidad demandada sostiene que la acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento ha sido ejercitada extemporáneamente al haber sido interpuesta fuera del plazo de cuatro años que prevé el art. 1.301 CC, todo ello de conformidad con la doctrina del TS instaurada por la Sentencia de 12 de enero de 2015, reiterada en la Sentencia de 7 de julio de 2015. Se sostiene que en este caso el demandante debería haber tomado consciencia de los riesgos que implicaba desde mediados de 2008.

Pues bien, siendo incuestionable que la acción ejercitada con carácter principal es la de nulidad parcial por un error o vicio en el consentimiento prestado en aras al artículo 1266 del Código Civil; también lo es que subsidiariamente, se pretende la nulidad de pleno derecho

del clausulado multidivisa por abusividad, al no superar el control de transparencia de condición general de la contratación, al amparo de los arts. 7 y 8 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, el art. 82 del texto refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios, y el art. 6 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, normas que imponen la sanción de nulidad de pleno derecho a las cláusulas que no superen el control de inclusión o que, superándolo, no permitan al consumidor conocer la carga económica y real que asume con la aceptación de la estipulación.

Por lo que siendo manifiesta la voluntad de la parte actora de ejercitar la acción de nulidad con base en la falta de transparencia, existencia de falta de transparencia que se conecta esencialmente con el grado de información recibido por el consumidor y con la trascendencia que el eventual déficit de información pudiera haber tenido sobre la correcta formación de la voluntad negocial por parte del consumidor adherente, y sin perjuicio del ejercicio principal de la acción de anulabilidad por error en el consentimiento, procede rechazar la excepción de caducidad, y proceder al examen de la acción de nulidad absoluta por abusividad del clausulado multidivisa, que no está sometida a plazo de caducidad alguno.

Esta ausencia de plazo de caducidad es coherente, con el sistema instaurado por Ley de Condiciones Generales de Contratación, ya que la declaración de nulidad, según los artículos 9 y 10 de la LCGC, es la de pleno derecho o absoluta, y no la relativa o anulabilidad sujeta a plazo de caducidad, lo que determina que no esté sujeta al plazo de caducidad del citado artículo 1301 del CC.

Además, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS 19 de febrero de 2018) relativa a la interpretación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción, matiza la doctrina anterior en el sentido de que deberá estarse en todo caso a la fecha de consumación del contrato en supuestos de ejercicio de la acción de anulabilidad, sin que quepa anticipar dicho momento a los efectos de apreciar la caducidad de la acción. En concreto, en dicha resolución (FD 3º) se establece que: *"En un caso en el que la sentencia de primera instancia consideró (y la Audiencia no corrigió) como día inicial del cómputo del plazo el de la perfección de un contrato de seguro de vida «unit linked multiestrategia» en el que el cliente había perdido toda la inversión realizada, la sentencia del Pleno de esta sala 769/2014, de 12 de enero de 2015, en la que la ahora*

recurrente apoya su recurso de casación: i) negó que la consumación del contrato hubiera tenido lugar con su perfección; ii) citó sentencias de la sala en las que se ha precisado cuándo se produce la consumación en ciertos contratos de tracto sucesivo como la renta vitalicia, la sociedad o el préstamo; y iii) sentó como doctrina la de 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».

Mediante una interpretación del mencionado artículo 1301 CC ajustada a la naturaleza compleja de las relaciones contractuales que se presentan en el actual mercado financiero, la doctrina de la sala se dirige a impedir que 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, quede fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo.

De esta doctrina sentada por la Sala no resulta que el cómputo del plazo de ejercicio de la acción deba adelantarse a un momento anterior a la consumación del contrato por el hecho de que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría contra el tenor literal del artículo 1302 CC, que dice que el tiempo para el ejercicio de la acción empieza a correr «desde la consumación del contrato».

En suma, debe centrarse por tanto el debate en si el clausulado multidivisa supera los controles de transparencia y abusividad, y en su caso, los efectos derivados de la posible nulidad del clausulado litigioso.

TERCERO. Hipoteca Multidivisa. La naturaleza del producto. Control de Transparencia.

Es de sobra conocido que la cuestión relativa a la validez de las hipotecas multidivisa o de las cláusulas contractuales relativas al pacto multidivisa ha sido objeto en los últimos años de diversidad de pronunciamientos, tanto por parte del Tribunal Supremo como del Tribunal de la Unión Europea, en la mayor parte de los cuales se plantean en sustancia las mismas cuestiones que en el presente proceso.

La Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 en relación a este concreto tipo de producto modifica la anterior doctrina jurisprudencial sentada en la STS de 30 de junio de 2015, en el sentido de que no es un instrumento financiero regulado por la LMV y que por tanto no vine obligado el Banco a las actividades precontractuales de evaluación y de información al cliente que en la misma se contemplan, más si viene sujeto a la normativa sobre transparencia bancaria y a la Directiva 93/13/CEC del Consejo sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores.

Las cláusulas cuestionadas han de ser consideradas como condiciones generales de la contratación, no negociadas y así se hace constar en la propia escritura pública del préstamo, que consigna el que han sido redactadas conforme a la minuta facilitada al fedatario por el Banco. Son cláusulas que definen al objeto principal del contrato y sobre las que pesa un especial deber de transparencia por parte del predisponente cuando como en este caso contrata con un consumidor, debiendo tener una redacción clara y comprensible para que el cliente pueda prever razonablemente las consecuencias tanto económicas cuanto jurídicas que su operativa puede depararle, con el fin de que este pueda adoptar una decisión fundada y prudente a la hora de formar su voluntad. Se trata de un producto complejo que a efectos del control de transparencia requiere de un plus de información, comprensivo de los riesgos que puede conllevar no solo la variación del tipo de interés al que se referencia, sino también los derivados de la fluctuación de la cotización de la divisa escogida en un doble aspecto, cual es la repercusión que su apreciación respecto del euro produciría tanto en la cuota periódica a abonar cuanto el constante recálculo del capital prestado que ello supondría, pudiendo incluso a superar el capital final pendiente al inicialmente prestado pese a haberse amortizado el préstamo durante varios años.

La doctrina que emana de la STJUE de 20 de septiembre de 2017 es particularmente elocuente respecto de ese punto, al poner mucho énfasis en los deberes de lealtad y diligencia que pesan sobre el Banco, deberes que comportan unas especiales obligaciones de información que el Banco debe prestar al consumidor.

El alcance de ese derecho de información constituye uno de los pilares fundamentales (no el único) de la doctrina que establece la citada STJUE de 20 de septiembre de 2017. En el apartado 47 se expresa que esa información debe permitir «... a un consumidor medio, a saber, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz,

evaluar» el coste total del préstamo, lo que incluye las consecuencias económicas adversas y desconocidas en el momento de contratar que se puedan derivar de la evolución de los mercados de divisas.

El deber de prestar información que pesa sobre el Banco se proyecta en una doble dirección: de una parte, como exigencia del deber de lealtad de quien se encuentra en clara posición de ventaja hacia quien está en clara posición de desventaja, implica que el Banco ponga en conocimiento del cliente toda aquella información relativa al conocimiento de los mercados de divisas a las que haya podido tener acceso de forma ordinaria, esto es, sin un especial esfuerzo o inversión de medios por su parte; de otra, ese deber de información se ha de acomodar a las concretas circunstancias de cada consumidor, a su grado de información y conocimiento de los mercados, para asegurarse (le entidad financiera) de que ambas partes prestan de forma efectiva el consentimiento sobre un mismo objeto, determinado previamente con la necesaria claridad.

Y se refiere al alcance de la información que deberá recibir el cliente (consumidor) en los siguientes términos: «...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» (apartado 50 de la Sentencia de 20 de septiembre de 2017).

El Tribunal Europeo, a modo de resumen sobre el alcance de ese deber de información, precisa en el apartado 51 de la Sentencia de 20 de septiembre de 2017 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».

También la citada Sentencia del Tribunal Supremo refleja con detalle el alcance de este deber cualificado de información cuando afirma en el apartado 48 que:

«Solo un prestatario que reciba una adecuada información del banco durante la ejecución del contrato o que tenga amplios conocimientos del mercado de divisas, que pueda prever el comportamiento futuro de las distintas divisas en las que puede quedar representado el capital del préstamo, puede utilizar provechosamente esa posibilidad de cambio de divisa prevista en el contrato.

Si no recibe esa información sobre el mercado de divisas y carece de esos conocimientos, el prestatario que haga uso de esa posibilidad de cambio de divisa porque esta se haya apreciado significativamente respecto de la moneda funcional, el euro, y haya aumentado el importe en euros que tiene que pagar mensualmente para el reembolso del préstamo, corre el riesgo de ir consolidando sucesivas cifras elevadas de capital pendiente de amortizar cuya equivalencia en euros se incremente progresivamente, si los cambios de moneda se realizan en el «pico» de mayor cotización respecto del euro de la divisa en que en cada momento esté representado el préstamo o en un momento cercano a esos «picos» de cotización» .

El Tribunal Supremo, en la citada Sentencia, fija algunas **pautas para valorar el alcance de la información en el control de transparencia:**

- a) En este tipo de cláusulas el deber de transparencia en la incorporación es más intenso, es especial.
- b) Se traslada a la entidad financiera la obligación de probar que se ha facilitado esa información adicional, información cualificada.
- c) Las pautas de información exigidas para los contratos de préstamo multdivisa debe ser superior a la información que se facilita para otros tipos de préstamos con garantía hipotecaria.
- d) Al exigirse una información cualificada, es necesario que el empleado que informa a los clientes tenga una formación también cualificada.
- e) La información que debe evaluarse es la facilitada al consumidor antes de suscribir el contrato.

-. f) Ni la intervención del notario, ni la inclusión en la escritura de cláusulas en las que se indica que el consumidor ha sido expresamente informado, o cláusulas de exención de responsabilidad a la entidad prestamista por la fluctuación de tipos de interés, son suficientes para acreditar que el consumidor ha sido suficientemente informado, o para convalidar posibles carencias de la información precontractual.

-. g) El grado de conocimiento del consumidor medio sobre este tipo de cláusulas exige no sólo que conozca que la fluctuación de la divisa, con referencia al contravalor en euros, puede afectar al principal pactado, ha de ser consciente de que esa incidencia puede ser considerable.

CUARTO. Abusividad.

Pero para que pueda prosperar la acción de nulidad y conseguir el efecto práctico pretendido por el consumidor, esto es, la sustitución de un préstamo concedido en moneda extranjera por otro concedido en euros, no basta con constatar si ha existido o no una infracción del deber de información, sino que es preciso que las cláusulas puedan considerarse abusivas, esto es, que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.

La citada *Sentencia* del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017, tras descartar en términos generales el control de contenido de las cláusulas que defina el objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida (*artículo 4.2 de la Directiva 93/2013*), admite como excepción el control de abusividad si la cláusula no es transparente.

Asimismo, la *Sentencia* del TJUE en el asunto *Andriciuc* dice al respecto lo siguiente (apartado 43) "*las cláusulas contempladas en esa disposición (las que definen el precio) sólo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible (sentencia de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C 484/08, EU:C:2010:309 apartado 32).*"

La citada *Sentencia* del TJUE de 20 de septiembre de 2017, al dar respuesta a la primera cuestión prejudicial, referida el momento en que debe examinarse el desequilibrio

que una cláusula abusiva causa en los derechos y obligaciones de las partes, tras indicar que debe examinarse en atención a las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato, expone en los apartados 56 a 58 el alcance de ese análisis. Antes, en el apartado 54, se remite a las conclusiones del Abogado General señaladas en los puntos 78, 80 y 82.

Así, en el apartado 82 señala que "debe distinguirse el caso en el que una cláusula contractual entraña un desequilibrio entre las partes que sólo se manifiesta mientras se ejecuta el contrato de aquel otro en el que, aunque no existe una cláusula abusiva, las obligaciones que incumben al consumidor son percibidas por éste como más gravosas de resultas de una modificación de las circunstancias posterior a la celebración de un contrato y ajena la voluntad de las partes".

Y en los siguientes apartados dice lo siguiente:

" 83. El primer supuesto, que se corresponde, en particular, con el que el Tribunal de Justicia examinó en el asunto que dio lugar a la sentencia de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb* (C 92/11, EU:C:2013:180) y que versaba sobre la posibilidad de que el profesional modificase unilateralmente, en virtud de la inclusión de una cláusula tipo, el precio de una prestación de servicios (suministro de gas), la "evolución posterior" al contrato en cuestión afectaba efectivamente a la aplicación de una cláusula contractual que era desde un primer momento abusiva por entrañar un desequilibrio importante entre las partes.

84. El segundo supuesto en cambio, a saber, aquel en el que no existiendo una cláusula abusiva, en virtud de la evolución de las circunstancias el consumidor percibe las obligaciones que le incumben como excesivas, no queda comprendido en la protección que confiere la Directiva 93/13. (37)

85. Considero que este último es el caso de la cláusula que, en el supuesto de un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, obliga a abonar las cuotas mensuales de reembolso del préstamo en esta misma divisa y, por consiguiente, "hace que recaiga" sobre el consumidor el riesgo de tipo de cambio en caso de devaluación de la moneda nacional respecto a esta misma divisa.

86. No me parece que tal cláusula entrañe, como tal, un desequilibrio. En efecto, ha de hacerse constar que la variación del tipo de cambio que, recuérdese, puede darse tanto al alza como a la baja, es una circunstancia que no depende de la voluntad de una de las partes del contrato de préstamo. El hecho de que la prestación debida por el prestatario haya devenido, como consecuencia de la

evolución de los tipos de cambio, gravosa al convertirla a la moneda extranjera no puede llevar a trasladar al prestamista el riesgo de tipo de cambio.

87. Por otro lado, para que se compruebe la existencia de un desequilibrio importante habría de acreditarse una diferencia entre el importe prestado y el importe reembolsado. Pues bien, tal diferencia no existe: la entidad bancaria ha prestado un cierto número de unidades monetarias y tiene derecho a obtener la restitución de este mismo número de unidades.

88. Dicho con otras palabras, el hecho de hacer recaer sobre el consumidor un riesgo de tipo de cambio no crea, por sí mismo, un desequilibrio importante, puesto que el profesional (en el presente asunto, el banco) no tiene el control sobre el tipo de cambio que estará vigente tras la celebración del contrato.

89. Tratándose de acontecimientos producidos durante la vigencia del contrato, no podría decirse lo mismo si la existencia de un desequilibrio importante debiera apreciarse en relación con acontecimientos que el profesional acreedor conocía o podía prever en el momento de la celebración del contrato, y ello al margen de la voluntad de las partes".

Establecidas las consideraciones del Abogado General, a las que se remite la Sentencia, esta aborda el posible desequilibrio de la cláusula en contra de las exigencias de la buena fe en sus apartados 56 a 58, que copio a continuación:

« 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».*

QUINTO. Pues bien, atendidas las consideraciones anteriores y valorando esencialmente, la obligación a la que se refiere el TJUE del juez nacional de "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", se estima que a lo que en realidad se está refiriendo el Tribunal es, más que al perjuicio de la estipulación entendido en sentido propio, a si la voluntad del consumidor se conformó de la manera adecuada, esto es, aceptando todos los riesgos del contrato. Contemplada desde la perspectiva del contrato, esto es, en sí misma considerada, la cláusula no es ni perjudicial ni beneficiosa para el consumidor, pues tanto puede resultar perjudicado como favorecido por la evolución de los tipos de cambio. Lo que puede resultar perjudicial para el consumidor es que el Banco predisponente, incumpliendo la exigencia de la buena fe contractual, se reserve para sí la información de que disponga por su carácter de profesional sobre la evolución del tipo de cambio y no haga partícipe de ella al consumidor, determinando con ello que su voluntad no se determine de forma correcta.

Para llevar a cabo ese juicio de hecho deberán tenerse en cuenta todas las concretas circunstancias de hecho del caso que nos resulten conocidas de forma concreta y que enmarquen la decisión del consumidor. Esto es, circunstancias tales como su perfil (prudente o arriesgado, previamente informado o no, que solicita el producto a la entidad bancaria o al que le es ofrecido, relacionado con las monedas del préstamo o no, con razones objetivas para querer contratar en una moneda distinta a la suya o no,

etc.). Todas ellas son cuestiones de puro hecho, puramente circunstanciales (esto es, ninguna en sí misma definitiva) pero que nos pueden ayudar en cada caso a representarnos con la mejor aproximación posible ese juicio de pronóstico al que hemos hecho referencia.

Y en ese sentido, ocupa un lugar notorio, el grado de información sobre los riesgos inherentes al producto recibido por el consumidor en el momento de contratar. Caso de resultar acreditado un alto grado de información, el mismo podría resultar muy determinante para representarnos que el consumidor conoció bien los riesgos y que por tanto su voluntad para contratar se prestó de forma adecuada, lo que no nos permitiría deducir o presumir que su decisión hubiera sido otra en la situación ideal a que nos hemos referido. Y, al contrario, si el grado de información hubiera sido escaso o no hubiera resultado acreditado por el Banco, ello también podría constituir un elemento trascendente en el juicio de hecho a que nos referimos. Si bien debemos insistir en que la ausencia de información, o de su prueba, no debe constituir el único elemento determinante, y en algún caso ni siquiera el más determinante.

La conexión que existe en este caso entre la falta de transparencia y los vicios de la voluntad impide que al hacer el enjuiciamiento nos podamos quedar con criterios completamente preestablecidos, esto es, criterios exclusivamente propios del consumidor medio. Sin despreciar la trascendencia de los mismos, el enjuiciamiento debe ir, al menos el caso de cláusulas multidivisa más allá, en la medida en que lo permita el conocimiento de hecho sobre las concretas circunstancias del consumidor que en cada caso ha firmado el contrato que contenga la estipulación cuestionada. Por esa razón se insiste en el carácter esencialmente fáctico del juicio que en cada caso es preciso hacer, a partir de todas las circunstancias del caso. La referencia al consumidor medio puede servir como punto de partida, para evaluar los riesgos del contrato, pero no así para concluir cuál hubiera sido en cada caso la decisión del consumidor, que insistimos es el aspecto determinante del juicio.

En definitiva, procederá la nulidad de las cláusulas controvertidas si se llega a la conclusión que el consumidor, atendidas las circunstancias concurrentes, no hubiera contratado o no hubiera aceptado este tipo de cláusulas de haber sido informado leal y completamente de la incidencia de las mismas en las obligaciones previstas en el contrato. Es preciso, por tanto, un requisito añadido al déficit de información, como es el de la trascendencia,

esto es, que ese déficit de información y, en general, la actuación del Banco haya resultado relevante para la adecuada formación de la voluntad del consumidor.

SEXTO. Resolución del caso enjuiciado.

Tomando como base de la decisión las consideraciones legales y jurisprudenciales expuestas y tras valorar de modo conjunto la prueba practicada, considero que en este caso y pese a las legítimas consideraciones fácticas y jurídicas aducidas por la Sra. Letrada de la entidad demandada en trámite de conclusiones, la información proporcionada por la entidad demandada no fue la adecuada.

Y ello tomando en consideración las siguientes circunstancias:

-. El demandante, es persona de nacionalidad española, reside en España y percibe su sueldo en euros. D. [REDACTED] ha cursado estudio de ingeniera en telecomunicaciones y su profesión es la de controlador aéreo.

Con anterioridad a la contracción de este préstamo, era titular de un préstamo hipotecario en euros concertado con la entidad banco Santander.

Por tanto, ni su formación académica ni su desempeño profesional le procura específicos conocimientos financieros. No consta una formación económica o financiera que le hiciera experto en operaciones especulativas en divisas, por lo que precisaría de un asesoramiento técnico adecuado para suplir su falta de conocimientos en divisas. No obra prueba de que D. [REDACTED] hubiere efectuado con anterioridad inversiones arriesgadas.

-. En cuanto a la iniciativa en la contratación del producto, la prueba no es del todo concluyente, pero existen relevantes indicios de que el demandante hubiere conocido el producto bancario en el marco de la publicidad que la entidad demandada enviaba el colectivo de controladores aéreos al que pertenece D. Ramón (vid. Documento N° 2 aportado en el acto de la Audiencia Previa por la parte actora) y por las referencias que podía tener del producto a través de sus compañeros.

Como viene siendo usual en este tipo de operaciones y en el contexto de determinados colectivos, es más que posible que fuera el actor quien acudiera a la Entidad Bancaria demandada, interesándose en un préstamo hipotecario con opción multidivisa, sobre la que podía tener, en mayor o menor grado, cierto conocimiento previo (por la publicidad efectuada por Bankinter, y las referenciada de otros compañeros) respecto a la singularidad propia de concertar

un contrato de préstamo en moneda extranjera, dándose en este caso la circunstancia de que el actor y el director de la sucursal que comercializó el producto, D. [REDACTED] [REDACTED] ya se conocían con anterioridad por una previa relación comercial, por lo que la confianza del Sr. [REDACTED] en el Sr. [REDACTED] era mayor dado que se conocían desde hace tiempo.

Ahora bien lo anterior, esto es, que la iniciativa procediera del actor, no implica que D. [REDACTED] fuera conecedor de los riesgos derivados del cambio de fluctuación de la moneda en cuanto a la carga económica y jurídica que asumía y, en especial, en cuanto a la repercusión del principal pendiente de amortizar; en suma, de las consecuencias económicas derivadas de la elección de la moneda extranjera.

Así pues, circunstancias tales como que el actor fuera quien tomo la iniciativa de dirigirse a la entidad bancaria para obtener financiación a través de un préstamo hipotecario, o la profesión y perfil académico del demandante, no permiten inferir especial conocimiento sobre la materia o una formación específica en finanzas.

La cualificación al tiempo de la contratación de D. Ramón como controlador aéreo ninguna cualificación revela por sí misma acerca de la competencia del interesado en el campo de la inversión financiera. El hecho de que el actor dispusiera de la somera información del concreto producto de financiación, a partir de la publicidad o a través de la información recibida por compañeros de profesión, y de que en función de ello acudiera a interesarse por la operación finalmente cerrada, tampoco puede suplir el deber de exigibilidad de la información requerida, cuya omisión, conforme a la jurisprudencia citada, tan solo puede soslayarse por la acreditación de hechos reveladores de la más cabal y completa instrucción sobre la realidad del alcance y consecuencias del riesgo inherente a la contratación; y no por simples datos inconexos o incompletos procedentes de información parcial, con finalidad divulgativa, o incluso publicitaria, a disposición de cualquier colectivo. Dicha circunstancia no se estima decisiva, pues, lo esencial es determinar si el consumidor entendió el riesgo sobre el capital.

-. Por lo que se refiere a la información precontractual, se desconoce la información verbal que en su caso facilitara al consumidor el Director de la sucursal D. [REDACTED] Según D. [REDACTED] "solo le explicó que iba a pagar menos cuota", "solo le hizo una comparativa entre la cuota en euros y la cuota en franco".

No consta acreditada una adecuada información, más allá de que contrataba un préstamo en francos suizos. La carga de la prueba incumbe a la entidad bancaria (artículo 217 LEC), y en este sentido no consta se le efectuasen simulaciones de escenarios diversos ni que se haya dado una información específica sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo o sobre el comportamiento previsible de la multidivisa en escenarios (a largo y a corto plazo).

-. Las referencias escritas son insuficientes:

Respecto a la información escrita, no consta documento alguno que pruebe que se le proporcionó información suficiente sobre la naturaleza del producto y sus riesgos. La oferta vinculante que se acompaña al escrito de contestación a la demanda como documento nº 2, el actor niega haberla recibido, y ciertamente dicho documento no está firmado. Y en el mismo constan datos que no se corresponden con el préstamo litigioso, como el referido al tipo de interés, por lo que ninguna virtualidad probatoria merece dicho documento.

No consta la entrega de ningún folleto explicativo personal del producto que se contrató, que le hubiera permitido conocer su contenido y de modo especial aquellas cláusulas financieras concernientes a la divisa elegida y, en su caso, solicitar las aclaraciones y explicaciones necesarias sobre los extremos dudosos o de difícil comprensión, quedando huérfana de toda prueba documental tanto la entrega de cualquier documentación precontractual como la ejecución debida de simulación de escenarios de tipos de cambio, lo que no se ha acreditado en modo alguno.

Ni la documentación contractual parece ser suficiente para facilitar la comprensión del producto, el contrato no incorpora, ni en su clausulado, ni en documentación anexa, cuadros o simulaciones de escenarios diversos que permitan comprender, cuando menos de forma aproximada, la relación entre la posible variación del tipo de cambio, la cuantificación de cuotas y el capital pendiente, así como las consecuencias de la opción del cambio de divisa, esto es, especialmente, la posible consolidación de un efecto adverso en un contexto de depreciación de la moneda en que el consumidor recibe ingresos, máxime cuando el prestatario no acredita ningún tipo de formación financiera y por tanto precisaba de aquella información.

-. La información posterior sobre la evolución del préstamo y el envío de los extractos mensuales no puede servir para evaluar el requisito de la transparencia que se debe cumplir en la fecha de la contratación.

Añadir respecto de los extractos mensuales, que hago mía la valoración realizada por la parte actora sobre los documentos números 4 y 5 de la contestación a la demanda, esto es, en los extractos que se recogen en el documento nº 4 no se informa del contravalor en euros de la deuda. Y en los extractos mensuales que se recogen en el documento nº 5 remitidos a partir de 30/11/2013, curiosamente coinciden con el inicio de los procedimientos judiciales contra la entidad demanda.

-. Respecto a la cláusula del contrato que permite cambiar de divisa no elimina el riesgo derivado de la fluctuación, dado que la conversión de divisa se producirá conforme al tipo de cambio existente en el momento en que se produce la conversión. Como dice precitada STS de 15 de noviembre de 2.017, con los siguientes términos, igualmente aplicables a este caso:

"46.- Además, la presencia de esa cláusula no elimina por sí sola el riesgo ligado a estos préstamos en divisas ni el carácter abusivo de las cláusulas ligadas a la denominación en divisa del préstamo objeto del litigio. Menos aún si el banco no informa al cliente de las consecuencias que trae consigo esa conversión de la divisa en que está representado el capital del préstamo.

47.- Solo se evita el hipotético riesgo de una apreciación de la divisa en el futuro. Pero si el prestatario ignora, porque no ha sido informado adecuadamente, que cuando haga uso de esa facultad de cambio de divisa consolidará el aumento de valor de la divisa en que estaba denominado el préstamo, es posible que cuando pretenda hacer uso de esa facultad porque la cuota mensual de reembolso se haya incrementado significativamente, el incremento de la equivalencia en euros del importe en divisa del capital pendiente de amortizar sea ya considerable.

48.- Solo un prestatario que reciba una adecuada información del banco durante la ejecución del contrato o que tenga amplios conocimientos del mercado de divisas, que pueda prever el comportamiento futuro de las distintas divisas en las que puede quedar representado el capital del préstamo, puede utilizar provechosamente esa posibilidad de cambio de divisa prevista en el contrato.....

49.- Por tanto, la posibilidad de cambio de divisa, aunque supone un cierto mecanismo de limitación del riesgo de fluctuación en los casos de previsible apreciación de la divisa en un futuro próximo, ni elimina los riesgos asociados a la posibilidad de depreciación del euro frente a la divisa elegida, ni dispensa al predisponente de sus obligaciones de transparencia en la información

precontractual que facilite a sus potenciales clientes y en la redacción de las cláusulas del préstamo hipotecario.

Para que pueda tener alguna eficacia, el banco debe informar con antelación, de modo claro y comprensible, sobre las consecuencias de hacer uso de esa cláusula y ofrecer al consumidor no experto una información adecuada durante la ejecución del contrato."

- . Por último, la lectura de la escritura por el Notario no se estima una cuestión decisiva en este asunto, pues corresponde a la entidad bancaria y no al fedatario público el explicar los riesgos tan relevantes que comporta esta cláusula para el consumidor.

En efecto, ante la ausencia documental de una adecuada información debe tenerse en cuenta que la actuación del Notario no garantiza la comprensibilidad real ni el control y cumplimiento del esencial deber de facilitar información clara y cumplida, sobre lo que advierte la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 recogiendo resoluciones anteriores:

"En la sentencia 464/2013, de 8 de septiembre, declaramos que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos el cumplimiento del deber de transparencia. En la sentencia 138/2015, de 24 de marzo, llamamos la atención sobre 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, que no parece la más adecuada para que el prestatario revoque su decisión de concertar el préstamo. Cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual, que la jurisprudencia del TJUE ha considerado fundamental para que el consumidor pueda comprender las cargas económicas y la situación jurídica que para él resultan de las cláusulas predispuestas por el empresario o profesional. Además de lo expuesto, en la escritura tampoco se informa sobre la naturaleza de los riesgos asociados a la denominación en divisas del préstamo... dispuso una condición general en la que los prestatarios afirmaban que conocían los riesgos de cambio de moneda que conllevaba el préstamo, sin precisar siquiera en qué consistían tales riesgos. Tal afirmación, como ha resultado probado en el proceso, no se

ajustaba a la realidad pues... no entregó a los demandantes ninguna información por escrito con anterioridad a la suscripción del préstamo... Ya hemos afirmado en ocasiones anteriores la ineficacia de las menciones predispuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos..."

SEPTIMO. De lo anteriormente expuesto se deduce que no le fue suministrada al S. [REDACTED] la suficiente y necesaria información por parte de la entidad demandada para que en base a ella pudiera comprender antes de la firma del contrato, en lo fundamental y debidamente, las características y operativa del producto que contrataba, así como las consecuencias jurídicas y económicas que del mismo podían derivarse caso de escoger referenciarlo a una determinada divisa y a la sensible apreciación que en su caso esta pudiera experimentar frente al euro.

El clausulado cuestionado, no supera el control de transparencia, al no acreditar el Banco, cual le correspondía (artículo 217 LEC), que haya obrado con la diligencia que legalmente le viene impuesta de informar a su cliente, con la claridad y exactitud que le es exigible, sobre la naturaleza del producto concertado y concretos riesgos asociados a la elección de la divisa, más en concreto en cuanto a las consecuencias derivadas del funcionamiento y riesgos del tipo de cambio de la operación en la determinación del principal adeudado y las posibles modificaciones en cuanto a su cuantía, a fin de que el consumidor pudiera evaluar con criterios claros, precisos, detallados y comprensibles las consecuencias económicas derivadas a su cargo; sin que sea lícito desplazar en la parte actora la exigencia de una diligencia que excede de su cualificación, y que supondría, en la práctica, vaciar de contenido la normativa que regula las obligaciones que tienen en este concreto extremo las entidades financieras.

Pero conforme a lo argumentado en los anteriores fundamentos jurídicos, esta decisión no produce como efecto directo la nulidad, sino que posibilita la apreciación del carácter abusivo de la cláusula, extremo que se concretará seguidamente.

Como ya se ha expuesto, de la prueba practicada no se evidencia que la parte prestataria recibiera más información que la que cabe deducir de la propia escritura firmada por el actor.

En este caso la información proporcionada por la entidad bancaria no refleja los conocimientos y experiencia que una entidad financiera debe tener en materia de riesgos inherentes a este tipo de préstamo y el consumidor no pudo aceptar dichos riesgos con pleno conocimiento.

Por lo que el grado de información recibido por el prestatario sobre los riesgos del contrato fue mínimo.

Y no constando que D. [REDACTED] tuviera vinculación alguna con la moneda del préstamo, ni formación en materia financiera ni que operase previamente en los mercados financieros ni de divisas, y en consecuencia, no constando que el consumidor tuviera formación para comprender los riesgos de la operación, es por lo que se deduce que la parte prestataria si hubiera conocido de forma efectiva los riesgos de la operación no la habrían aceptado.

La posibilidad de cambio de divisa tampoco sirve para descartar el desequilibrio que fundamenta el control de abusividad. La Sentencia del Tribunal Supremo antes citada ya consideraba que la cláusula del contrato que permite cambiar de divisa no elimina el riesgo derivado de la fluctuación de la divisa (apartados 44 a 49), dado que la conversión de divisa se producirá conforme al tipo de cambio existente en el momento en que se produce la conversión.

Como consecuencia de lo antedicho considero que en la ocasión de autos no se cumplieron debidamente por el Banco los deberes informativos que le incumbían, sin que el contenido de la escritura y la labor informativa que en su caso hubiere desplegado el notario y que no consta fuera exhaustiva, sanen dicha deficiencia. Una cosa es que D. [REDACTED] comprendiese que la cuota mensual a abonar pudiera variar en función de la evolución que pudiera experimentar la divisa escogida y el tipo referencial asociado a la misma, y otra cosa bien distinta es que los actores entendiesen el riesgo añadido y grave que para su economía representaría el que en caso de evolución que le fuera desfavorable y si decidieran cambiar a euros u otra divisa además ello se reflejaría en el capital adeudado, que podría incluso llegar a ser superior al inicialmente prestado pese a haber pagado las correspondientes cuotas durante varios años.

En suma, si la parte ahora demandante hubiera conocido de forma efectiva los riesgos de la operación no hubiera contratado o no hubiera aceptado este tipo de cláusulas de haber sido informado leal y completamente de la incidencia de las mismas en las obligaciones previstas en el contrato.

Por todo lo cual procede decretar la nulidad del clausulado multidivisa contenido en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria litigioso.

OCTAVO. Efectos de la Declaración de Nulidad.

Sobre las consecuencias de la nulidad, la citada la citada STS de 15 de noviembre de 2017 dice textualmente que:

"53.- En esta se declara la nulidad parcial del contrato, que supone la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros.

La nulidad total del contrato préstamo supone un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicarlo más que al predisponente (sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13, apartados 83 y 84).

Si se eliminara por completo la cláusula en la que aparece el importe del capital del préstamo, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio cuando las cuotas se abonan en euros, el contrato no podría subsistir, porque para la ejecución del contrato es necesaria la denominación en una moneda determinada tanto de la cantidad que fue prestada por el banco como la de las cuotas mensuales que se pagaron por los prestatarios, que determina la amortización que debe realizarse del capital pendiente.

54.- Lo realizado en esta sentencia constituye, en realidad, la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que establece la posibilidad de que el capital esté denominado en euros) y que responde a las exigencias de una disposición nacional, como la contenida en preceptos como los arts. 1170 del Código Civil y 312 del Código de Comercio, que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, lo cual es un requisito inherente a las obligaciones dinerarias.

No existe problema alguno de separabilidad del contenido inválido del contrato de préstamo.

55.- Esta sustitución de régimen contractual es posible cuando se trata de evitar la nulidad total del contrato en el que se contienen las cláusulas abusivas, para no perjudicar al consumidor, puesto que, de otro modo, se estaría contrariando la finalidad de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Así lo ha declarado el TJUE en la

sentencia de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13), apartados 76 a 85".

En base a tal doctrina, y como efectos asociados a la nulidad del clausulado multidivisa contenido en contrato de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 19 de mayo de 2006, procede mantener subsistente el contrato si bien transformando el préstamo a euros.

Condenando a la entidad demandada a recalcular el préstamo desde la fecha de suscripción del mismo, tomando como capital los 330.000,00 Euros fijados en la escritura del préstamo y el resto de las condiciones financieras del contrato no declaradas nulas como si se tratase de un préstamo en euros, y que la cantidad adeudada sea el saldo vivo del préstamo referenciado en euros, resultante de disminuir al importe prestado la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses también convertidos a euros, y referenciando el tipo de interés al EURIBOR al que se deberá adicionar el margen diferencial pactado en la escritura.

Asimismo, se condena a la entidad demandada a la devolución de las cantidades que en concepto de principal e intereses, percibidas en exceso como consecuencia de la declaración de nulidad de la cláusula multidivisa y de aquellos gastos y comisiones de cambio abonados por los actores, con sus correspondientes intereses. Lo que se determinara en ejecución de sentencia.

Condenado a la entidad demandada a soportar los gastos que puedan derivarse de su cumplimiento.

NOVENO. Régimen de costas.

Ante la estimación de la demanda, conforme al principio del vencimiento objetivo consagrado en el artículo 394 de la *LEC*, procede la condena en costas a la entidad demandada

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Estimar la demanda interpuesta por el Procurador D. Ángel Francisco Codosero Rodríguez en nombre y representación D. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] contra la entidad BANKINTER, S.A., representada por la Procuradora Dña. Rocío Sampere Meneses, y en consecuencia,

1º) Se declara la nulidad de las cláusulas financieras en todos los contenidos relativos a la opción multividiva contenidas en la Escritura Pública de Préstamo Hipotecario de fecha 19 de mayo de 2006 suscrita por las partes. Y que conlleva la consideración de que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca resultante de disminuir al importe prestado en Euros la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses también convertidos a euros; y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiendo que el préstamo lo fue en Euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura para el euro, esto es, el Euribor, al que se deberá adicionar el margen diferencial pactado en la escritura-

Se condena a la entidad bancaria demandada a que recalcule el capital adeudado tras la debida deducción de las amortizaciones de capital e intereses también en euros, y siendo de su cargo todos los gastos que pudiera conllevar.

-. 2º) Asimismo, se condena a la entidad demandada a la devolución de las cantidades percibidas en exceso como consecuencia de la declaración de nulidad de las cláusulas multividiva y de aquellos gastos y comisiones de cambio abonados por la actora, más sus intereses legales. Lo que se determinara en ejecución de sentencia.

-.3º) Se imponen las costas procesales causadas en esta instancia a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme, y ante la misma cabe interponer recurso de apelación en el plazo de 20 días desde su notificación en este juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, en este Juzgado, en el plazo máximo de veinte días desde la notificación de la Sentencia y previa acreditación de la constitución del depósito de 50 euros en la cuenta de consignaciones de este Juzgado y del abono, si procediera, de la correspondiente tasa judicial, con el apercibimiento de que, si no se observaren dichos requisitos, no se admitirá a trámite el recurso.

Así por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a los autos lo pronuncio, mando y firmo

PUBLICACIÓN- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por la misma Magistrada- Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, la secretaria, doy fe.