



**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.7  
LEON**

SENTENCIA: 02499/2022

**UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO**

AVD. INGENIERO SAEZ DE MIERA (CIF:  
(FAX SCOP 987895169) (FAX SCEJ 987895015)  
**Teléfono: 987895100-centralita, Fax: UPAD 987895213**  
**Correo electrónico:**

Equipo/usuario: MFP  
Modelo: N04390

N.I.G.: 24089 42 1 2021 0008937

**OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0003067 /2021**

Procedimiento origen: /

**Sobre COND.GNRLS.CTRTO.FINAC.GARNT.INMO.PRSTARIO.PER.FIS**

DEMANDANTE D/ña. ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS- ASUFIN-

Procurador/a Sr/a. CRISTINA DE PRADO SARABIA

Abogado/a Sr/a. BERNARDO LUIS GARCÍA ANGULO

DEMANDADO D/ña. BANKINTER SA

Procurador/a Sr/a. ISABEL AFONSO RODRIGUEZ

Abogado/a Sr/a. PATRICIA GUALDE CAPO

**JUICIO ORDINARIO 3067/2021**

**SENTENCIA**

**JUEZ:** Doña Marta Fiuza Pérez.

**FECHA:** 5 de diciembre 2022.

**LUGAR:** León.

**DEMANDANTES:** Asociación de Usuarios Ausfin en defensa de

**LETRADO:** Don Bernardo I. García Angulo.

**PROCURADORA:** Doña Cristina de Prado Sarabia.

**DEMANDADO:** Bankinter S.A.

**LETRADA:** Doña Patricia Gualde Capó.

**PROCURADORA:** Doña Isabel Alonso Rodríguez.

**OBJETO DEL PROCEDIMIENTO:** nulidad por abusividad de condición general de la contratación relativas a la imposición de gastos a cargo del prestatario.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la Procuradora de los Tribunales Doña Cristina de Prado Sarabia, en la representación antes mencionada, se formuló demanda de juicio ordinario, contra Bankinter S.A. en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes en apoyo de su pretensión, solicita que previos los trámites legales se dicte sentencia en la que se contenga los siguientes pronunciamientos:



A) Se declare la nulidad parcial de los préstamos hipotecarios formalizados en las escrituras públicas de fecha 14 de febrero de 2008, suscrita por los prestatarios [REDACTED], con Bankinter, S.A. ante [REDACTED]; y la de fecha 17 de septiembre de 2008 suscrita por los mismos prestatarios con el mismo banco y ante el mismo notario, en todos los contenidos relativos a la opción divisa o multidivisa insertados en dichos contratos, con todas las consecuencias jurídicas inherentes a la citada nulidad; entre ellas las propuestas en el fundamento jurídico VI del presente:

a) La declaración de que el contrato de préstamo subsiste sin los contenidos declarados nulos, entendiéndose que los préstamos hipotecarios lo fueron de 219.000 euros el primero y de 250.000 euros el segundo; y que las amortizaciones debieron realizarse también en euros; y b) condenando al banco a efectuar el consiguiente recálculo de las cuotas del préstamo como si se hubiese referenciado en euros desde su suscripción y con aplicación (al recálculo en euros), de las cantidades ya pagadas por los prestatarios en euros (por principal e intereses); y a restituir a los prestatarios las cantidades percibidas en exceso por el banco tanto por las cuotas devengadas como por la amortización, esto es, 62.311,71 €, a la fecha de elaboración del informe pericial, o la que se determine en ejecución de sentencia; así como las comisiones cobradas en concepto de comisión de cambio de divisa desde la suscripción del préstamo hasta ejecución de sentencia, con sus correspondientes intereses; y a soportar los gastos que pudieran derivarse del efectivo cumplimiento de la sentencia, u otras que establezca el juzgador.

B) Subsidiariamente, y solo para el hipotético supuesto de no estimarse la petición de nulidad anterior, se condene a la demandada, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, a indemnizar a los prestatarios en una cantidad consistente en la diferencia entre lo que han pagado realmente, en euros, desde el inicio del contrato y lo que hubieran tenido que pagar en euros, en caso de que se hubiese calculado en euros desde el inicio del contrato, con sus intereses; y condenando a la demandada a soportar los gastos que pudieran derivarse del efectivo cumplimiento de la sentencia, calculándose dicho perjuicio tal y como se concreta en el fundamento jurídico VI, o de cualquier otra forma que el juzgador considere más ajustada a Derecho.

C) En cualquiera de los dos supuestos, ya sea por estimación íntegra o sustancial de la demanda, que se impongan las costas a la entidad demandada.



**SEGUNDO.-** La Procuradora de los Tribunales Doña Isabel Afonso Rodríguez, en la representación antes mencionada presentó escrito de contestación a la demanda en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimo pertinentes en apoyo de su pretensión solicita que se cuerde desestimar íntegramente la demanda interpuesta por Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN) en representación [REDACTED]

frente a mi mandante con expresa imposición de las costas del procedimiento a la parte actora.

**TERCERO.-** En la tramitación del presente procedimiento se han observado las oportunas prescripciones legales.

### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** Por la Procuradora de los Tribunales Doña Cristina de Pardo Sarabia en nombre y representación de Don José Antonio Ferrera Ahijado y Doña María Teresa González González Asociación de Usuarios Ausfin en defensa de [REDACTED]

[REDACTED], asistidos por el letrado Don Bernardo I. Garcia Angulo ejercita la acción del artículo 83 en relación con el artículo 82 del TRLGDCU y con los artículos 85 y 89 de la misma norma sustantiva en relación con los artículos 8 y 10 del texto refundido y los artículos 7 y 8 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, solicitando la nulidad de la opción multidivisa al amparo de lo establecido en el artículo 60, 80.1, 82, 83 y 89 TRLGDCU.

La Procuradora de los Tribunales Doña Isabel Afonso Rodríguez en nombre y representación de Bankinter S.A., asistido por la letrada Doña Patricia Gualde Capo, se opone a la demanda alegando caducidad/prescripción de la acción de restitución y retraso desleal en el ejercicio de las acciones, que se negociaron las cláusulas del contrato y que la parte actora no tenía la condición de consumidor.

**SEGUNDO.-** Se pueden considerar como hechos probados los siguientes: El día 14 de febrero de 2008 fecha [REDACTED]

[REDACTED] firmaron respectivamente una escritura de pago y cancelación de la hipoteca constituida a favor de Caja España que gravaba sus respectivas viviendas y plaza de garaje.

El mismo día, 14 de febrero de 2008, [REDACTED] firmaron una escritura de préstamo hipotecario con Bankinter. Entre las estipulaciones figura la opción multidivisa recogida en las siguientes cláusulas:



1º.- El capital del préstamo es de 34.560.938 yenes japoneses que equivalen a 219.000 €, que se abonarán en 300 cuotas de 139.013,95 yenes japoneses.

2º.- El tipo de interés aplicable a este préstamo se determinará mediante la adición de dos sumandos: el tipo de referencia constituido por el LIBOR bonificado y el diferencial de 0,90 puntos netos durante la vida del contrato. Para el caso de que la moneda fuera el euro el tipo de interés será el Euribor bonificado y el diferencial de 0,70 puntos netos.

El día 17 de septiembre de 2008 [REDACTED], firmaron esta escritura de préstamo hipotecario por importe de 38.430.000 yenes japoneses que equivalente a 250.000 €, a abonar en 300 cuotas por importe de 155.394 yenes japoneses. El tipo de interés que se aplica es el Libor bonificado más un diferencial de 1,10 puntos netos; en el caso de que la moneda fuera euros se aplicará el Euribor más un diferencial 1,10 puntos netos.

La mencionada cláusula (opción multdivisa) es una condición general de la contratación que no supera el control de transparencia puesto que no existe una información clara y precisa que permitiera al hipotecante conocer las consecuencias económicas y jurídicas de la opción divisa.

**TERCERO.-** Las cuestiones a resolver en la presente resolución son las siguientes: a).- Caducidad/Prescripción de la acción b).- Condición de consumidor, c).- Si la cláusula financiera de opción multdivisa, es una condición general de la contratación, d).- Control de transparencia, e).- Perjuicio para el consumidor y f).- Efectos de la declaración de nulidad.

**CUARTO.- Caducidad//Prescripción de la acción.** Siguiendo el criterio de la Audiencia Provincial de León en la Sentencia, Sección 1ª, Sentencia 471/2019 de 24 de octubre 2019, recurso 394/2019 Fundamento de Derecho Segundo cuando establece "Sobre la caducidad, invocada tanto en la contestación como en el recurso - se hace sobre la doctrina del error vicio y podía tener sentido si lo que hubiera pretendido en la demanda hubiera sido la nulidad del propio contrato de préstamo, pero no así cuando en realidad la nulidad se refería únicamente a una parte del contrato, concretamente, a las cláusulas del préstamo en divisas.

Al analizarse la nulidad de la cláusula impugnada, tanto en la sentencia como se hará también en este recurso, conforme a la legislación y jurisprudencia protectora de los consumidores frente a cláusulas abusivas, en línea con el cambio jurisprudencial que tuvo que afrontar el



Tribunal Supremo en la Sentencia de 15 de noviembre de 2017 sobre el control de transparencia en los préstamos multidivisa al amparo de la Ley de Condiciones Generales de Contratación (LCGC), que incorpora al derecho interno la Directiva Comunitaria 93/13, no tiene sentido entrar en aquellas cuestiones que se refieren a la acción de nulidad por vicios de consentimiento, concretamente, las que afectan a la caducidad de la acción de nulidad. Lo que determina, en todo caso, que no pueda prosperar la excepción de caducidad de la acción del artículo 1301 del Código Civil, dado que la acción de nulidad por falta de transparencia no está sujeta a ese plazo de caducidad.”

En consecuencia, la excepción de caducidad se debe desestimarse.

Respecto a la prescripción de la acción de restitución: No cabe admitir la caducidad/prescripción de la acción puesto que la acción ejercitada es la de nulidad absolutoria de pleno derecho pues la cláusula de opción multidivisa al vulnerar la legislación sobre protección de consumidores y usuarios prohíbe la incorporación los contratos celebrados con consumidores de cláusulas abusivas y por ello la acción tanto para pedir la nulidad como los efectos inherentes a la misma es imprescriptible no siendo de aplicación el plazo de caducidad del artículo 1.301 del Código Civil, que se refiere a la acción de anulabilidad.

Tampoco se puede admitir la existencia de un retraso desleal en el ejercicio de la acción puesto que no se puede considerar que se haya creado en el prestamista una confianza en que no se va a ejercitar la acción, esto es, el periodo de inactividad de la parte actora no es suficiente para sustentar la convicción de la parte demandada en que no se va a formular la reclamación.

La regla es que el titular del derecho puede ejercitarlo hasta el último momento hábil del plazo de prescripción y no se puede considerar que ejercita sus derechos con mala fe quien lo hace dentro del plazo legal y en el ejercicio de la acción de nulidad de condiciones generales de la contratación, es una acción de nulidad radical que no está sujeta a plazo prescriptivo alguno, por lo tanto, no se puede hablar de retraso desleal de la acción.

Tampoco no se puede hablar de aplicación de la teoría de los actos propios respecto de la cual hay que tener en cuenta que el abono de las cantidades en base a las cláusulas que se consideran abusivas, en este caso la cláusula de opción multidivisa, no puede equiparse ese pago a un conocimiento de la existencia de la cláusula, obedece únicamente a la voluntad de cumplir el contrato.

Por tanto, no puede haber actos propios en una cuestión que era desconocida por los clientes, como más adelante se



indicará, y en escrituras firmadas sin la información necesaria al consumidor e impuestas al mismo, y no es hasta asesorarse, y en atención a la doctrina jurisprudencial dictada entre tanto, cuando el consumidor pudo tener conocimiento suficiente sobre la cuestión.

**QUINTO.- Condición de Consumidor.** La parte actora solicita que se declare la nulidad de la cláusula de la opción multidivisa, por lo tanto, la primera cuestión que hay que resolver es si la parte actora tiene o no la condición de consumidor. La parte demandada niega la condición de consumidor a la parte actora al ser el domicilio de los prestatarios diferentes al de la vivienda hipotecada.

El artículo 3 de LGDCU establece, según la redacción anterior a la reforma operada por la Ley 3/2014 de 27 de marzo, entrada en vigor el día 13 de junio de 2014, que: "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional."

El artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, establece que es "(...) "consumidor": toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional."

Por lo tanto, a la vista de estas definiciones, lo determinante para establecer la condición de consumidor y usuario no es la condición subjetiva del contratante, sino si objetivamente la actividad a desarrollar con el dinero obtenido es o no propia de una actuación profesional.

No obra en las actuaciones ninguna prueba que permita considerar que el préstamo iba a estar destinado a una actividad profesional.

A la vista de las diferentes escrituras que constan en las actuaciones cabe señalar que cada uno de los actores, tiene una vivienda y garaje que primero hipotecan con Bankinter para comprar un terreno y una vez comprado suscriben una nueva hipoteca para proceder a construir su vivienda unifamiliar. En consecuencia, no consta en las actuaciones ninguna prueba que acredite que bien la vivienda o el importe del préstamo se iba a destinar a una finalidad empresarial, mercantil etc. y en consecuencia hay que considerar que la parte actora tiene la condición de consumidor.

**SEXTO.- Condición General de la Contratación.** En la Sentencia del Tribunal Supremo número 241/2013 de 9 de mayo recurso 485/2012, se establece que para declarar la



nulidad de una cláusula habrá que determinar, en primer lugar, si aquella tiene la consideración de condición general de la contratación por ser una cláusula impuesta y no negociada individualmente con el consumidor.

En el Fundamento de Derecho Séptimo, de la precitada sentencia, partiendo del artículo 1.1 de la Ley 7/1998 de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación (a partir de ahora LCGC) que define la condición general de la contratación como "(...) las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.", establece en el apartado 137 de la citada sentencia, los requisitos para que una cláusula contractual sea una condición general de la contratación, que serían:

"a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos. En particular en el caso de los contratos de adhesión.

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes, aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse." considerando irrelevante, según el apartado 138, a saber: "a) La autoría material, la apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias; y b) Que el adherente sea un profesional o un consumidor - la Exposición de Motivos LCGC indica en el preámbulo que "la Ley pretende proteger los legítimos intereses de los consumidores y usuarios, pero también de cualquiera que contrate con una persona que utilice condiciones generales en su actividad contractual", y que "las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las



relaciones de profesionales entre sí como de éstos con los consumidores”.

A todo ello se suma que en la precitada Sentencia en el Fundamento de Derecho Octavo, con el título “La imposición de las condiciones generales”, en el apartado segundo, valoración de la sala, subapartado segundo, puntos 154, 156 y 157 el Tribunal Supremo considera por una parte que en determinados servicios y productos la oferta y el precio están “absolutamente predeterminados” y dentro de estos se mencionan a los servicios bancarios y financieros, donde la actividad está estandarizada, y por otra parte señala que la carga de la prueba de la negociación de la cláusula predispuesta, según artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, corresponde al profesional que afirme que se ha negociado individualmente.

En el apartado 165 se establece cuáles son los requisitos para considerar que la cláusula ha sido impuesta que, a modo de resumen, serían: a).- El consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido de forma que se adhiere y acepta esa condición o no puede contratar, b).- No puede equipararse la negociación con la posibilidad de contratar con las entidades sometidas todas a condiciones generales de la contratación y c).- Tampoco equivale a negociación individual que pueda eliminar la condición de cláusula no negociada, la posibilidad teórica de negociar con distintos empresarios.

Teniendo en cuenta los argumentos antes expuestos, se puede concluir que la cláusula cuya nulidad se insta es una condición general de la contratación al ser una cláusula prerredactada, destinada a ser incorporada a una multitud de contratos, que no se han negociado de manera individual, puesto que no hay ninguna prueba que permita concluir que la parte actora y la demandada, hubieran negociado las cláusulas objeto de pleito, negociación que podía referirse a la inclusión o no de la cláusula o del contenido de la misma, ni se ha justificado una situación tan excepcional como la negociación en un ámbito en el que no es habitual.

El hecho de que exista un consentimiento a la cláusula que se impugna no impide que se pueda calificar como una condición general de la contratación, salvo que se pruebe, que no es el caso, que el prestatario pudo influir en su contenido o que no estaba destinada a ser incorporada a una pluralidad de contratos.

La iniciativa en la contratación que alega la parte demandada por sí sola no impide que una cláusula financiera pueda ser considerada condición general de la contratación. La atribución de tal carácter depende exclusivamente del cumplimiento de las cuatro condiciones





antes señaladas contractualidad, predisposición, imposición y generalidad.

Una vez determinada la naturaleza de esta cláusula, (es una condición general de la contratación) es necesario someterla al doble control de transparencia que establece el Tribunal Supremo.

**SÉPTIMO.- Control de abusividad.** La siguiente cuestión para resolver es la relativa a si las cláusulas cuya nulidad se insta supera el control de transparencia que establece el Tribunal Supremo.

En relación al control de transparencia hay que acudir al Fundamento de Derecho Undécimo, apartado 201, de la mencionada STS de 9 de mayo de 2013, que distingue un primer control de transparencia a efectos de incorporación de las cláusulas al contrato que tiene su fundamento jurídico en los artículos 5 y 7 LCGC, que exigen que las condiciones generales de la contratación se redacten de manera concreta, clara y sencilla, artículo 5 de la precitada norma sustantiva, de manera que no queden incorporadas al contrato las que no haya podido conocer el adherente y las oscuras, ambiguas, ilegibles o incomprensibles, apartados a y b del artículo 7 LCGC.

El segundo control de transparencia es el que se refiere a la transparencia de las cláusulas en los contratos celebrados con consumidores y usuarios, que se concreta en la posibilidad que tiene el consumidor o adherente de conocer o poder conocer "con sencillez tanto la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizado 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", Fundamento de Derecho Duodécimo apartado 211 y con amparo legal en el artículo 80.1 TRLCU (Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios de 1/2007 de 16 de noviembre).

Este control de transparencia tendría su fundamento en el considerando número 20 de la Directiva 93/13/CEE y el artículo 4.2 de la misma norma, que excluyen el control de abusividad cuando la cláusula que afecte al objeto principal del contrato estén redactadas de forma clara y comprensible, lo que el Tribunal Supremo interpreta en sentido contrario, tal y como establece el apartado 207 de la sentencia, si la redacción de la cláusula no reúne estas condiciones, se pueden someter al control de abusividad.

Opción multidivisa.



Préstamo de fecha 14 de febrero de 2008. Capital del préstamo es de 34.560.938 yenes japoneses que equivalen a 219.000 €, que se abonarán en 300 cuotas de 139.013,95 yenes japoneses.

El tipo de interés aplicable a este préstamo se determinará mediante la adición de dos sumandos: el tipo de referencia constituido por el LIBOR bonificado y el diferencial de 0,90 puntos netos durante la vida del contrato. Para el caso de que la moneda fuera el euro el tipo de interés será el Euribor bonificado y el diferencial de 0,70 puntos netos.

Préstamo hipotecario 17 de septiembre de 2008. Cuantía de 38.430.000 yenes japoneses que equivalente a 250.000 €, a abonar en 300 cuotas por importe de 155.394 yenes japoneses. El tipo de interés que se aplica es el Libor bonificado más un diferencial de 1,10 puntos netos; en el caso de que la moneda fuera euros se aplicará el Euribor más un diferencial 1,10 puntos netos.

En relación con el primer control de transparencia, la Sentencia del Tribunal Supremo número 608/2017, de 15 de noviembre que declara la nulidad parcial de las llamadas "hipotecas multidisvisas" por falta de transparencia. En la citada resolución, el Tribunal Supremo aplica la doctrina que la Sala Primera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea fijó en su Sentencia de 3 de diciembre de 2015 (Caso Banif Plus Bank C-312/14) que, por lo que se refiere a la naturaleza de estos préstamos, consideró que las operaciones de cambio de divisa, accesorias a un préstamo que no tiene por finalidad la inversión, no constituyen un instrumento financiero distinto del propio préstamo, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste.

En consecuencia, el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores y por lo tanto no está sometida a la aplicación de la Directiva MIFID.

El TJUE concluye que "no constituyen un servicio o una actividad de inversión, a efectos de esta disposición, determinadas operaciones de cambio efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado divisas, como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento de desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad".



Siguiendo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 ponente Don Rafael Sarazá Jimena, en ella se dice en el fundamento de derecho quinto apartado 3 que "los argumentos que sirvieron de fundamento a esta decisión del TJUE fueron, de manera sucinta que, en la medida en que constituyen actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo denominado en divisas, las operaciones controvertidas en el litigio principal no se encuentran comprendidas en la Sección A de la Directiva MiFID (apartado 55).

Estas operaciones se limitan a la conversión, sobre la base del tipo de cambio de compra o venta de la divisa considerada, de los importes del préstamo y de las mensualidades expresadas en esta divisa (moneda de cuenta) a la moneda nacional (moneda de pago) (apartado 56). Tales operaciones no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, a saber, la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital más los intereses por el prestatario. La finalidad de estas operaciones no es llevar a cabo una inversión, ya que el consumidor únicamente pretende obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio y no, por ejemplo, gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de una divisa (apartado 57)".

La precitada STS establece en el Fundamento de Derecho Octavo apartados 2, 3 y 4 2.- La sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14, que excluyó la aplicación de la normativa MiFID a este tipo de productos bancarios, declaró:

«47. Dicho esto, es necesario señalar que algunas disposiciones de otros actos del Derecho de la Unión relativos a la protección de los consumidores pueden ser pertinentes en un asunto como el del litigio principal.

»48. Esto sucede, en particular, con las disposiciones de la Directiva 93/13 que instauran un mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece esta Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai, C 26/13, EU:C:2014:282, apartado 42)».

3.- En esta sentencia del caso Kásler, el TJUE declaró la procedencia de realizar un control de transparencia sobre las cláusulas no negociadas que regulan el objeto principal del contrato de préstamo denominado en divisas.

4.- También la STJUE del caso Andriciuc, declara la procedencia de realizar el control de transparencia a las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato y



la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, en los contratos de préstamo denominados en divisas.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 608/2017, aplica los criterios de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2017 (Caso Andriciuc) y considera que, aunque el consumidor medio puede prever el riesgo de un cierto incremento de las cuotas de amortización por efecto de la fluctuación de las monedas sin necesidad de una especial información, no ocurre lo mismo con otros riesgos asociados a estas hipotecas. En ellas, la fluctuación de la divisa supone un recalcuro constante del capital prestado, lo que determina que, pese al pago de las cuotas de amortización periódica, el prestatario puede adeudar un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo. Incluso, aunque se cumpla la obligación de pagar las cuotas, el banco pueda dar por vencido anticipadamente el préstamo si el euro se devalúa, por encima de ciertos límites, sobre la divisa extranjera.

Hecha esta matización hay que señalar que la redacción de la cláusula relativa a la opción divisa es clara y sencilla y que permite al prestatario conocer la moneda en la que se tiene que realizar la amortización, el tipo de interés Libor más 0,90 y 1,10 puntos para el primer y segundo préstamo, y cuál es el valor de la moneda para determinar el cambio.

Por lo que se refiere al segundo control: No obra en las actuaciones ni se ha practicado prueba que acredite que se ha suministrado información sobre las consecuencias económicas ni jurídicas de esta cláusula. La posible existencia de la oferta vinculante o ficha precontractual y a que coinciden las cláusulas financieras que aparece en aquella con las que se recogen en la escritura del préstamo hipotecario no es prueba de la información que debió suministrar la entidad demandada, y en ningún caso la información que debió facilitar la entidad bancaria puede sustituirse por lo manifestado por el notario concretamente cuando dice que no existen contradicciones entre las condiciones financieras y la oferta vinculante.

Además, en relación a la cláusula de opción multidivisa hay que señalar que: La Sentencia número 608/2017 de 15 de noviembre TS Sala Primera de lo Civil, Sección Pleno, ponente: Don Rafael Sarazá Jimena, en el Fundamento de Derecho Octavo apartado 17, con mención de una sentencia anterior del propio tribunal estudia los riesgos de este tipo de contrato y concluye que "17.- En nuestra sentencia 323/2015, de 30 de junio, hemos explicado por qué los riesgos de tipo de préstamo hipotecario exceden a los



propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Dijimos en esa sentencia:

«Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. [...] El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que, pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros, sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo.

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

En el apartado 20, y con mención de la STJUE del caso Andriuc párrafo segundo y apartado 21 establece que "50. Así pues, como el Abogado General ha señalado en los puntos 66 y 67 de sus conclusiones, por una parte, el prestatario deberá estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos. Por otra parte, el profesional,



en el presente asunto el banco, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa. En consecuencia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar que el profesional comunicó a los consumidores afectados toda la información pertinente que les permitiera valorar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal sobre sus obligaciones financieras».

21.- En el presente caso, no existió esa información precontractual necesaria para que los prestatarios conocieran adecuadamente la naturaleza y riesgos vinculados a las cláusulas relativas a la divisa en que estaba denominado el préstamo, puesto que no se les entregó ninguna información por escrito con anterioridad a la suscripción del préstamo y la comercial de Barclays que les atendió carecía de la formación necesaria para poder explicar adecuadamente esos extremos del contrato.”

Aplicando estos argumentos al caso en concreto hay que señalar que los conocimientos que tenían los prestatarios sobre este tipo de contrato era la moneda en la que tenía que realizar el pago, Yenes Japoneses, y que, la cuota que iba pagando era cada vez mayor. Ciertamente tiene acceso a la información, pero de poco sirve si no la comprende, es decir, no tiene información que le permita valorar aquélla, más allá de comprobar que la cuota de la hipoteca se va incrementando. No obra en las actuaciones ninguna prueba que permita considerar que la parte actora tuvo conocimiento de los riesgos de esta operación, esto es, como indican las resoluciones antes señaladas que se “facilitara información relativa a que 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. No puede considerarse que el acceso a la cuenta digital para hacer los pagos de la cuota implique un conocimiento de los riesgos de este tipo de operaciones.

Tampoco consta que se informara de que este tipo de contratos supone un recálculo constante del capital prestado.



Esta falta de información ha impedido al prestatario tener un conocimiento cabal de los riesgos y naturaleza de la operación que ha realizado y en consecuencia estas cláusulas no superan el control de transparencia.

**OCTAVO.- Perjuicio para el consumidor.** El artículo 5 párrafo segundo de Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (a partir de ahora LCGC) "Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho". Para saber si una condición o cláusula perjudica a los consumidores, es necesario acudir a lo establecido en el artículo 82.1 del Real Decreto 1/2007 que fija como criterios:

a).- Que se trate de condiciones generales predispuestas y destinadas a ser impuestas en pluralidad de contratos, sin negociarse de forma individualizada, que ha sido ya estudiado, y se ha concluido que son condición general de la contratación.

b).- Que en contra de exigencias de la buena fe causen un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados del contrato, habrá que atender a la naturaleza de bienes y servicios, artículo 82.3 TRLCU, considerando 18 y artículo 4.1 de la Directiva 93/13/CEE y

c).- Que el desequilibrio perjudique al consumidor.

A la vista de lo establecido en la STS número 608/2017 de 15 de noviembre de 2017, recurso 2676/2015 hay que señalar el desequilibrio se produce porque el prestatario debe abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, desproporcionada respecto del valor del inmueble, (Fundamento de Derecho Octavo apartado 17 párrafo segundo), sin que el empresario sufra ninguna de las consecuencias negativas que supone la fluctuación de la moneda en la que se debe realizar la amortización o del recálculo periódico de la cuota.

**NOVENO.- Efectos de la declaración de nulidad, distribución de los gastos.** El artículo 1.303 del Código Civil determina que: "Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes."

Por otra parte el artículo 9.2 de la LCGC establece que "La sentencia estimatoria, obtenida en un proceso incoado mediante el ejercicio de la acción individual de nulidad o de declaración de no incorporación, decretará la nulidad o no incorporación al contrato de las cláusulas generales afectadas y aclarará la eficacia del contrato de acuerdo con el artículo 10, o declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no



incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil.”

Por otra parte, el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE establece que “Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.”

Por lo que se refiere a la opción multidivisa deberá recalcular el cuadro de amortización de manera que permita conocer las cantidades abonadas por aplicación de la cláusula multidivisas, y las cantidades que se hubieran cobrado con la cantidad prestada en euros, deduciendo las cantidades abonadas incluidas las comisiones por pago de divisas abonadas y aplicando el tipo de interés pactado en la escritura más el diferencial estipulado y la diferencia deberá procederse a su devolución.

**DÉCIMO.- Costas.** El artículo 394.1 LEC establece que “1. En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.” Habiéndose estimado íntegramente la demanda, y no apreciando dudas de hecho o de derecho procede imponer las costas a la demandada.

Las cantidades objeto de restitución devengarán desde la fecha de cada uno de los pagos hasta la fecha de la sentencia, el interés legal del dinero y el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia hasta el pago definitivo, artículos 1.108 del Código Civil y artículo 576.1 LEC así lo establece la STS Sala Primera, de lo Civil, Sección Pleno, Sentencia 725/2018 de 19 Dic. 2018, Rec. 2241/2018 ponente Pedro José Vela Torres en el Fundamento de Derecho Segundo en el apartado cuarto.

La parte demandante solicita que el devengo de los intereses se circunscriba a un lapso más corto que el que autoriza la jurisprudencia (no solicita el abono de los intereses del artículo 1.108 del Código Civil, ni siquiera desde la reclamación extrajudicial), por lo que, estando vinculado por dicha petición, artículo 216 y 218.1 LEC, los intereses se devengarán solo desde la fecha de la sentencia conforme a lo establecido en el artículo 576 LEC.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de León, Sección 1ª, Sentencia 280/2021 de 30 de marzo de 2021 recurso





78/2021 en el Fundamento de Derecho Segundo establece: ". En supuestos como el presente y sobre el prisma del criterio sentado por al STS de 19 de diciembre de 2018 , en este tipo de procedimientos hemos de tener en cuenta la petición de la parte aun interpretando las peticiones dando un carácter extensivo en favor del consumidor pero hay que diferenciar entre los intereses de mora procesal, previstos en el art. 576 de la L.E.C y la compensación por demora prevista en los artículos 1.100, 1.101. y 1.108 del Código Civil. Los primeros se devengan por disposición legal, pero los segundos han de ser expresamente reclamados porque no son accesorios a la obligación principal, sino un cálculo presuntivo del valor del daño causado por la demora ( art. 1.108 del Código Civil. Estos últimos no constituyen una obligación accesoria respecto del principal, sino una pretensión compensatoria por la demora, por lo que han de ser expresamente reclamados, como así se indica en la sentencia 59/2008, de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de León, de 22 de febrero.

Así pues, se puede decir que sólo nacen ope legis los intereses previstos por el artículo 921 de la LEC de 1881. (cuyo reflejo es el artículo 576 de la vigente LEC y no los moratorios».

En la fundamentación de la demanda más allá de no se menciona los intereses legales y por lo tanto no se concreta cuáles y desde cuando se solicitan por lo tanto al no hacer ninguna mención y conforme al criterio establecido por la Audiencia Provincial de León solo procede el abono de los intereses del artículo 576.1 LEC.

Vistos los preceptos legales aplicados y demás de general y pertinente aplicación.

#### FALLO

**ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE** la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Doña Cristina de Prado Sarabia en nombre y representación de la Asociación de Usuarios Financieros Ausfin, en defensa de [REDACTED]

[REDACTED], asistidos por el letrado Don Bernardo I. García Angulo contra Bankinter S.A., con los siguientes pronunciamientos:

A) **Se declara la nulidad parcial** de los préstamos hipotecarios formalizados en las escrituras públicas de fecha **14 de febrero de 2008**, suscrita por los prestatarios [REDACTED] con Bankinter, S.A. ante [REDACTED]; y la de fecha **17 de septiembre de 2008** suscrita por los mismos prestatarios con el mismo banco y ante el mismo notario, en todos los contenidos relativos a la opción divisa o multidivisa insertados en dichos



contratos, con la declaración de que **el contrato de préstamo subsiste sin los contenidos declarados nulos**, entendiéndose que los préstamos hipotecarios lo fueron de 219.000 euros el primero y de 250.000 euros el segundo; y que las amortizaciones debieron realizarse también en euros; y **condenando** al banco a efectuar el consiguiente recálculo de las cuotas del préstamo como si se hubiese referenciado en euros desde su suscripción y con aplicación (al recálculo en euros), de las cantidades ya pagadas por los prestatarios en euros (por principal e intereses); y a **restituir** a los prestatarios las cantidades percibidas en exceso por el banco tanto por las cuotas devengadas como por la amortización, esto es, 62.311,71 €, a la fecha de elaboración del informe pericial, o la que se determine en ejecución de sentencia; así como las comisiones cobradas en concepto de comisión de cambio de divisa desde la suscripción del préstamo hasta ejecución de sentencia, más el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de la sentencia hasta el pago definitivo.

Con imposición de costas a la parte demandada.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** recurso de apelación, que se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente de la notificación de aquélla.

Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo resuelto (artículo 456.2 L.E.C.).

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el SANTANDER en la cuenta de este expediente 2135 0000 indicando, en el campo "concepto" la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación"

En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.



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

**EL/LA MAGISTRADO/JUEZ**

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.