



**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 101 BIS CLÁUSULAS- DE MADRID**

C/ Gran Vía 12  
Tfno: 914937071  
Fax: 917031648  
42020310

NIG: 28.079.00.2-2018/0050827

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario** [REDACTED]

Materia: Cláusulas GRI - Multidivisa

**Demandante:** D. [REDACTED] y Dña. [REDACTED]  
PROCURADOR D. FRANCISCO TOLL MUSTEROS

**Demandado:** BANKINTER SA  
PROCURADOR D. JAIME QUIÑONES BUENO

**SENTENCIA Nº 452/2020**

**MAGISTRADO:** José María Ortiz Aguirre

En Madrid, a 21 de enero de 2020.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Procurador Sr. TOLL MUSTERÓS, en nombre y representación de [REDACTED] entidad que actúa en defensa e interés de sus asociados DON [REDACTED] y D<sup>a</sup> [REDACTED] presentó demanda de juicio ordinario contra BANKINTER, S.A, en la que, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó solicitando que se dictara sentencia con el contenido que obra en su suplico.

**SEGUNDO.-** La demanda fue admitida a trámite por decreto que, además, emplazó a la demandada. Así, en representación de BANKINTER, S.A, compareció el Procurador Sr. QUIÑONES BUENO, quien presentó escrito de contestación a la demanda en la que, tras señalar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó solicitando que se dictara sentencia desestimándola íntegramente, con expresa imposición de las costas a la parte demandante.

**TERCERO.-** La audiencia previa tuvo lugar el día 08/11/19 y tras intentar la conciliación sin éxito, se fijaron los hechos controvertidos y, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, se propusieron las pruebas que constan en el sistema de grabación del juicio.





**CUARTO.-** El acto del juicio se celebró el día 17/01/2020, con el resultado que obra en el soporte audiovisual de grabación del mismo. En el mismo acto, las partes formularon oralmente sus conclusiones y las actuaciones quedaron vistas para sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La parte demandante, en fecha 6 de agosto de 2008, suscribió la escritura de préstamo hipotecario con la entidad demandada en virtud del cual, BANKINTER SA" entregaba a los demandantes la cantidad de TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL EUROS (388.000,00) por su contravalor en las divisas convertibles en España.

Asimismo, dispone que el préstamo inicialmente queda formalizado en 640.723,80 FRANCOS SUIZOS, contravalor en divisas a efectos informativos, sujeto a confirmación en el momento de la disposición.

Se estableció un período de amortización de 25 AÑOS (cláusula 2ª).

Con la presente demanda, la demandante pretende:

1.- Se declare la nulidad del clausulado multidivisa recogido en la Cláusula Financiera 4º, en relación con las Cláusulas financieras 1a, 2a y 3a, del contrato suscrito en fecha 6 de agosto de 2008, por falta de transparencia de la cláusula indicada, declarando que la cantidad debida es el saldo pendiente referido en euros que resulte de disminuir del importe prestado de 288.000 € la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses también en euros, y condenando a la entidad demandada, BANKINTER S.A. a recalcular todas las cuotas de amortización del préstamo desde el inicio de la relación, teniendo en cuenta los pagos efectuados en contravalor en euros y fijando el nuevo capital pendiente en euros, aplicando como tipo de interés de referencia el euribor, así como a devolver la diferencia cobrada de más y las comisiones de cambio de moneda cobradas más sus intereses legales.

2. Subsidiariamente, se declare la anulabilidad del clausulado multidivisa recogido en la Cláusula Financiera 4º, en relación con las Cláusulas financieras 1a, 2a y 3a, del contrato suscrito en fecha 6 de agosto de 2008, por error en el consentimiento, declarando que la cantidad debida es el saldo pendiente referido en euros que resulte de disminuir del importe prestado de 288.000 € la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses también en euros, y condenando a la entidad demandada, BANKINTER, SA a recalcular todas las cuotas de amortización del préstamo desde el inicio de la relación, teniendo en cuenta los pagos efectuados en su contravalor en euros y fijando el nuevo capital pendiente en euros, aplicando como tipo de interés de referencia el euribor, así como a devolver la diferencia cobrada de más y las comisiones de cambio de moneda cobradas más sus intereses legales.

La entidad bancaria demandada se opone alegando, en resumen, lo siguiente: Que fue la demandante quien acudió a Bankinter solicitando expresamente esta modalidad de hipoteca porque en aquel momento le permitía ahorrarse muchos intereses (a cambio, como es lógico, de asumir el riesgo de fluctuación de la moneda). La elección del franco suizo como divisa implica que el demandante tuvo en cuenta necesariamente el riesgo de la hipoteca además del ahorro. Asimismo, en este caso existe documentación precontractual que pone de manifiesto la falsedad del relato de la demanda. En concreto, se aportará el documento de primera disposición junto





con la simulación que se entregó a los demandantes. La valoración de este documento y de su simulación realizada por la reiterada y reciente jurisprudencia de las Secciones especializadas de las Audiencias Provinciales de Madrid y de Barcelona concluye que es prueba suficiente de que se advirtieron y explicaron los riesgos a los demandantes, debiendo conllevar la desestimación de la demanda. La demandante recibió una carta en julio del año 2008 en la que se le reiteraba una vez más el riesgo de esta hipoteca, acompañada de una simulación muy clara en la que se indicaba que el contravalor en euros del préstamo podía aumentar. Además de esta carta se le han remitido otras a lo largo de estos años, así como (i) extractos mensuales, (ii) extractos resumen; (iii) información fiscal, y (iv) se han ido conectado con asiduidad a la web de Bankinter donde se observa toda la información del préstamo.

**SEGUNDO.-** Sobre la alegación relativa a la caducidad, actuación contraria a los “actos propios” y al ejercicio tardío del derecho, al parecer de la demandada, por ser contrario al art. 7 CC, prescripción, caducidad, se tratarán de forma conjunta.

En cuanto a la doctrina de los actos propios (STS núm. 805/2012, de 16 enero, citada por la STS, Civil sección 1 del 30 de octubre de 2013 (ROJ: STS 5292/2013); SSTs de 6 de octubre de 1998 RJ 1988, 753 y 1 de octubre de 2010 RJ 2010, 7303) exige, como presupuesto de base, que “el acto propio haya sido adoptado y realizado con plena libertad de criterio y voluntad no coartada, y por ello el principio no puede alegarse cuando el acto viene provocado por la misma conducta de quien pretende valerse en provecho propio del mismo.”

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo tiene señalado (vg. STS 769/2010, de 3 diciembre, citada por STS, Civil sección 1 del 26 de septiembre de 2013 [ROJ: STS 4738/2013]) que “se considera que son características de esta situación de retraso desleal (Verwirkug): a) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho; b) la omisión del ejercicio; c) creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercitará. En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado en temas directamente relacionados con esta cuestión, si bien en la mayoría de las sentencias se produce una remisión bien a la doctrina de los actos propios (SS por ejemplo, 16 febrero 2005, 8 marzo y 12 abril 2006, entre otras), bien a la doctrina del abuso del derecho (entre otras, SSTs 17 junio 1988, 21 diciembre 2000 y todas las allí citadas)”. STS Civil del 12 de Diciembre del 2011, recurso: 1830/2008.

La doctrina del retraso desleal considera contrario a la buena fe un ejercicio del derecho tan tardío que lleve a la otra parte a tener razones para pensar que no iba a actuarlo (SSTs de 21 de mayo de 1982, 21 de septiembre de 1987, 13 de julio de 1995, 4 de julio de 1997). Para la aplicación de la doctrina es necesario que la conducta de una parte pueda ser valorada como permisiva de la actuación de la otra parte, o clara e inequívoca de la renuncia al derecho, pues el mero transcurso del tiempo, vigente la acción, no es suficiente para deducir una conformidad que entrañe una renuncia, nunca presumible (STS de 22 de octubre de 2002, RC n.º 901/1997). STS del 07 de Junio del 2010, recurso: 1039/2006.

A la vista de la doctrina expuesta, lo primero que debe señalarse es que no cabe hablar, en este ámbito, ni de actos propios del consumidor ni de una confianza en la renuncia al ejercicio de acciones por parte del mismo, dado que no cabe dejar sin efecto las normas imperativas de protección de los consumidores por medio de una previa renuncia de sus acciones, esto es, de su derecho básico a que las cláusulas predispuestas queden sujetas al control de transparencia y puedan ser declaradas abusivas y, por tanto,





nulas de pleno derecho con los correspondientes efectos restitutorios (art. 10 TRLGDCU, en relación con el art. 86.7 de dicho texto legal). Del mismo modo, que la citada renuncia de acciones no puede vulnerar el derecho de los consumidores a la tutela judicial efectiva, es decir, al control judicial de oficio de cláusulas como la aquí cuestionada. En este mismo sentido, se ha pronunciado la **STS, Civil sección 1 del 24 de abril de 2019 (ROJ: STS 1316/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1316)**.

Por otro lado, la acción se apoya en la declaración de “abusividad” de la cláusula, según lo determinado por el art. 8 LCGC y 82 LGDCU, es decir, la pretensión se refiere a la “nulidad de pleno derecho” de la referida cláusula, tal como se desprende del clausulado legal citado y, en consecuencia, no está sometida a plazo de caducidad ni prescripción, según reiterada y conocida jurisprudencia que excusa de su cita.

**TERCERO.- Naturaleza del préstamo** hipotecario denominado “multidivisa” y marco normativo aplicable a la controversia.

En un contrato de préstamo denominado en divisas, no puede distinguirse entre el contrato de préstamo propiamente dicho y una operación de futuros de venta de divisas, por cuanto el objeto exclusivo de esta es la ejecución de las obligaciones esenciales de este contrato, a saber, las de pago del capital y de los vencimientos, entendiéndose que una operación de este tipo no constituye en sí misma un instrumento financiero (apartado 71 de la sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14). Como aclara el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 15 de noviembre de 2017, las operaciones de cambio de divisa son accesorias a un préstamo que no tiene por finalidad la inversión, no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato (el préstamo), sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste y el valor de las divisas que debe tenerse en cuenta para el cálculo de los reembolsos no se determina de antemano sino que se realiza sobre la base del tipo de cambio de estas divisas en la fecha de entrega del capital del préstamo o del vencimiento de cada cuota mensual de amortización.

Ello no obstante, la referida Sentencia de Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017, señala que el hecho de que la normativa MIFID no sea aplicable a los préstamos hipotecarios denominados en divisa no impide que éste sea considerado un producto complejo a efectos del control transparencia derivado de la aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, por la dificultad que para el consumidor medio tiene la comprensión de algunos de sus riesgos (fundamento octavo, apartado 16). Según la misma Sentencia el carácter complejo de este tipo de contratos queda confirmado por la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial (apartado 18).

La consecuencia jurídica de dicha calificación, según nuestro Tribunal Supremo, en la sentencia citada, supone que las entidades financieras que conceden estos préstamos no están obligadas a realizar las actividades de evaluación del cliente y de información prevista en la normativa del mercado de valores. Pero no excluye que estas entidades, cuando ofertan y conceden estos préstamos denominados, representados o vinculados a divisas, estén sujetas a las obligaciones que resultan del resto de normas aplicables, como son las de *transparencia bancaria*.





Asimismo, cuando el prestatario tiene la consideración legal de consumidor (hecho no discutido en el presente litigio), la operación está sujeta a la *normativa de protección de consumidores y usuarios*, y, en concreto, a la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* (en lo sucesivo, Directiva sobre cláusulas abusivas). Así lo entendió el TJUE en los apartados 47 y 48 de la citada sentencia del caso Banif Plus Bank.

**CUARTO.-** La consideración del clausulado multidivisa como “*condición general de contratación*”.

No puede estimarse la alegación de la demandada, que afirma que las cláusulas controvertidas han sido objeto de negociación individual y, por tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas por aplicación de su art. 3.

Que se haya negociado la cantidad, en euros, por la que se concedía el préstamo, el plazo de devolución, incluso la presencia del elemento «divisa extranjera» que justificaba un interés más bajo de lo habitual en el mercado para los préstamos en euros (que es lo que hacía atractivo el préstamo) no supone que haya sido objeto de negociación la redacción de las cláusulas del contrato y, en concreto, el modo en que operaba ese elemento «divisa extranjera» en la economía del contrato (tipos de cambio de la entrega del capital, del reembolso de las cuotas y del cambio de una divisa a otra, repercusiones concretas del riesgo de fluctuación de la divisa, recálculo de la equivalencia en euros del capital denominado en divisas según la fluctuación de esta, consolidación de la equivalencia en euros, o en la otra divisa escogida, del capital pendiente de amortizar, con la revalorización derivada de la fluctuación de la divisa, en caso de cambio de una divisa a otra, etc.) y en la posición jurídica y económica que cada parte asumía en la ejecución del contrato. Razón por la cual, en nada aparece afectada esta conclusión, por el hecho de que el notario incluya un apartado sobre la consideración de lo que son “condiciones generales de contratación” y lo que no, al referirse, para excluirlas de tal definición, únicamente a la cuantía del contrato, el vencimiento y amortizaciones, el tipo de interés y las comisiones.

La demandada no ha aportado, teniendo la carga probatoria de hacerlo (art. 3.2 párrafo 3º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, y el art. 82.2 párrafo 2º TRLDCU) elemento fáctico alguno del que derivar con certeza que dicho clausulado fue concertado conjuntamente con la parte prestataria, por lo que solo puede concluirse la condición de dicho clausulado como “general de contratación”. Como señala el art. 3.2 de la Directiva 93/13, “se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”, lo que se estima acaece en el caso enjuiciado.

Finalmente por lo que se refiere a este apartado, concurre el elemento o nota de la generalidad, visto el material probatorio obrante en autos y onus probandi referido en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2013, estimándose por tanto que se está ante un tipo de cláusulas predeterminadas por la entidad bancaria con independencia de la persona del prestatario, es decir, se trata de un clausulado destinado por el prestamista a ser incorporado a una pluralidad de contratos. Y por tanto, también resulta de aplicación la Ley 7/1998, de 13 de abril, Ley de las Condiciones Generales de la Contratación LCGC, cuyo art. 1.1 dispone que “Son condiciones generales de la contratación 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".

Como señala la STS núm. 599/2018, de 31 de octubre (ROJ: STS 3677/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3677), "Que fueran los demandantes quienes acudieron al banco para contratar un préstamo hipotecario en divisas o que otros bancos ofrecieran también ese tipo de préstamos, y los demandantes hubieran acudido antes a otro banco para interesarse por este producto, no elimina el carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas que integran la reglamentación contractual, a menos que el banco pruebe que hayan sido el fruto de la negociación con el cliente (...)"

"Que hayan sido los demandantes quienes, atraídos por las ventajas que se predicaban de las hipotecas en divisa extranjera, acudieran al banco a interesarse por el producto tampoco enerva el carácter de condición general de las cláusulas del contrato, puesto que no elimina las características de este tipo de cláusulas como son la generalidad, la predisposición y la imposición. Naturalmente, lo que ha de ser objeto de imposición para que estemos ante una condición general no es la celebración misma del contrato (estaríamos en tal caso en un supuesto de vicio del consentimiento) sino la concreta reglamentación contractual que integra tal contrato, y eso tiene lugar en estos supuestos de contratación en masa tanto cuando es el empresario quien tiene la iniciativa de dirigirse al potencial cliente como cuando es este quien acude al empresario a interesarse por su producto o servicio."

En conclusión, en el presente supuesto, no puede considerarse probado que el clausulado multidivisa hubiese sido expresamente pactado en todos sus extremos con el demandante, sino que se incluyó con un contenido prerredactado y estereotipado con el fin de ser incorporado a una pluralidad de contratos (en este caso, préstamos de contenido multidivisa), no obstante a dicha conclusión, como ya se ha expuesto, que se hubieran pactado ciertos extremos de las referidas cláusulas; como el importe del préstamo o el plazo de amortización o ciertos aspectos relativos a comisiones.

#### QUINTO.- El control de transparencia de este tipo de clausulado.

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

Por afectar al objeto principal del contrato, queda excluida la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas multidivisa "siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible" (artículo 4.2º de la Directiva 93/13, señala que "la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a





los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”).

Tanto la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2017 (caso Andriuc), como la STS de 15 de noviembre de 2017, al precisar la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales que definen el objeto principal del contrato, señalan que no puede reducirse sólo al carácter comprensible de las cláusulas en un plano formal y gramatical, sino el nivel de información debe entenderse de manera extensiva, que permita al consumidor alcanzar un conocimiento real de las mismas y comprender todas sus consecuencias económicas y jurídicas.

“A este respecto – señala el TJUE –, 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, correspondiendo al órgano jurisdiccional nacional remitente llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto.”

También, el apartado 15 del fundamento octavo de la STS de 15 de noviembre de 2015 al señalar que “a las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda empeorarse la posición jurídica o agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque no se le facilitó información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula”.

Ahondando en estos argumentos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 reproduce la mayor parte de las consideraciones del TJUE y se extiende en precisar la información que recae en la entidad de crédito sobre los riesgos que se derivan del juego que la moneda nociónal del préstamo y de las fluctuaciones en la cotización de la divisa extranjera respecto del euro, que inciden tanto en las cuotas del préstamo como en el capital pendiente de devolución (apartados 25 y 26). El consumidor puede conocer que las divisas fluctúan, pero debe ser advertido de que la variación de las cuotas puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos (apartado 27). El riesgo de recálculo al alza del capital pendiente podía implicar la facultad de resolver anticipadamente el préstamo si este superaba en un determinado porcentaje el valor de tasación de la finca, riesgo del que debe ser informado el consumidor (apartados 30).

La Sentencia reitera la doctrina del propio Tribunal Supremo en el sentido de que la intervención de Notario no supe por sí solo el cumplimiento del deber de transparencia, máxime teniendo en cuenta en el momento en que se produce su intervención, al final del proceso de concertación del préstamo (apartados 36 a 39). La cláusula del contrato que permite cambiar de divisa, por otro lado, 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.

La reciente STS, Civil sección 1 del 14 de marzo de 2019 (ROJ: STS 773/2019 - ECLI:ES:TS:2019:773) ha señalado a este respecto:

“La jurisprudencia del TJUE, en aplicación de la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas, ha declarado la importancia que para el cumplimiento de la exigencia de transparencia en la contratación con los consumidores mediante condiciones generales tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. En este sentido se pronunciaron las sentencias del TJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C- 92/11, caso RWE Vertrieb , párrafos 44 y 49 a 51, de 30 de abril de 2014, caso Kásler y Káslerné Rábai , asunto C-26/13 , párrafo 70, y de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/17 , caso OTP Bank .

5.- También lo hizo la sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, caso Andriuc , cuyo apartado 48 declara:

"Por lo demás, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C 92/11, EU:C:2013:180, apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C 154/15, C 307/15 y C 308/15, EU:C:2016:980, apartado 50)".

6.- Los apartados 49 de la sentencia Andriuc y 74 de la sentencia OTP Bank precisan cómo se concretan esas obligaciones de información en el caso de préstamos en divisas:

"En el presente asunto, por lo que respecta a los préstamos en divisas como los controvertidos en el litigio principal, es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistémico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1) (DO 2011, C 342, p. 1), que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero (Recomendación A- Conciencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1)".

7.- El apartado 75 de la sentencia OTP Bank, en los mismos términos que lo hizo el apartado 50 de la sentencia Andriuc, añade:

"Más concretamente, el prestatario deberá, por una parte, 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 en relación con la divisa extranjera en la que se le concedió el préstamo. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto la entidad bancaria, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera (véase, en este sentido, la sentencia de







20 de septiembre de 2017, Andriciuc y otros, C 186/16 , EU:C:2017:703 , apartado 50)".

8.- De acuerdo con esta jurisprudencia del TJUE, en nuestras sentencias 323/2015, de 30 de junio, 608/2017, de 15 de noviembre, y 599/2018, de 31 de octubre, hemos explicado por qué los riesgos de este tipo de préstamo hipotecario exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros y, en consecuencia, qué información es exigible a las entidades que oferta este producto. Dijimos en esas sentencias:

"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".

Aclarando la ya citada, Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 31/10/2018 (FD 14º, apartado 3º) que "...concorre la asimetría en la información entre las partes, puesto que mientras que el profesional predisponente, el banco, es conocedor de los riesgos específicos que entraña la concertación del préstamo en divisas, el consumidor medio no los conoce adecuadamente en toda su extensión."

Esta misma sentencia viene a implementar el régimen de transparencia informativa con la exigencia de constancia de una "información por escrito sobre estos riesgos con anterioridad a la suscripción del préstamo" (FD 14º, apartado 18).

En nuestro caso, la prueba aportada al procedimiento, documental, y testifical de la empleada (Sra. [REDACTED]) ha puesto de manifiesto:

Que no se les ofreció información necesaria y relevante para comprender las consecuencias económicas de la concertación de un préstamo hipotecario en divisa extranjera, pues más allá de la conocida fluctuación de la moneda no se aporta prueba alguna de haber sido advertidos de las consecuencias que sobre el principal del crédito podría tener una evolución negativa de la divisa extranjera de referencia; lo que implica la necesidad de proveer al cliente de la información de evolución de escenarios posibles ante una devaluación del euro; sin que se haya incorporado ni probado nada en relación con dicho extremo, con lo que se le hurtó la posibilidad de tomar un cabal conocimiento de las consecuencias económicas del producto cuya suscripción se le ofreció, más allá de la evidente ventaja de tener un tipo de interés que, en aquél momento, resultaba muy interesante por ser más bajo del existente en los préstamos con referencia al Euribor, sin mención a los riesgos que, como contraprestación, se escondían bajo dicha ventaja.

Así, sobre la documentación con información precontractual sobre los riesgos de la operación (tipo de cambio y posibilidad de que una evolución negativa de la divisa respecto del euro provocara que los prestatarios debieran más cantidad del contravalor en euros inicialmente pactado), se aportó por la demandada una fotocopia de un





documento de primera disposición con una simulación “aneja” (documentos núm. 2.1 y 2.2), si bien se interesó por la demandante, en la audiencia previa, la aportación del original para proceder a su cotejo (ex art. 334 LEC). La entidad demandada no consta que haya aportado el original que permita su cotejo, por lo que no han podido disiparse las dudas sobre la configuración del documento por una falta de aportación del original que fue requerido a la demandada (vg. audiencia previa), por lo que la duda generada no puede favorecer a quien la ha provocado con su proceder al no atender el requerimiento ni justificar su falta de cumplimiento. A esto debe añadirse que la propia demandada renunció al interrogatorio de parte con lo que tampoco fue posible preguntar a los demandantes a este respecto.

Por otro lado, la solicitud de financiación (documento núm. 2.3) no contiene la información de riesgos que se exige por la jurisprudencia.

La testigo (Sra. [REDACTED]) no recordaba el caso concreto.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, como señala la STS de 31/10/2018 que “el hecho de que en la escritura pública se afirmara la coincidencia de las condiciones de la escritura con la oferta vinculante, como menciona la Audiencia Provincial en su sentencia, no prueba que la misma hubiera sido entregada a los demandantes con la debida antelación, como ya afirmamos en la anterior sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, menos aún que en ella se informara adecuadamente sobre los riesgos específicos que presenta este tipo de préstamo.”

La mencionada Sentencia, añade: “*Es significativo que la Audiencia añada que “es cierto que no hay prueba documental escrita que nos permita calibrar el alcance de la información facilitada por la testigo”, lo que es indicativo de que para la Audiencia Provincial basta con una información somera. Este criterio no es correcto de acuerdo con los criterios que sentamos en la sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, y con los establecidos por el TJUE en sus sentencias de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, caso Andriuciu, y de 20 de septiembre de 2018, asunto C- 51/17, caso OTP Bank.*”

La entidad demandada pretende también sustentar la información en el hecho de que la prestatario (Sr. [REDACTED]), es piloto y miembro del sindicato [REDACTED], un colectivo profesional que tiene convenios con entidades bancarias sobre el préstamo multdivisa. Sin embargo, como indica la STJUE, Comunitaria sección 1 del 21 de marzo de 2019 (ROJ: PTJUE 69/2019 - ECLI:EU:C:2019:232)

“... el hecho de que determinados tipos de contratos de consumo se reserven a ciertos colectivos de consumidores no priva a estos de su condición de «consumidores», en el sentido del artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13.”

De este modo, la SAP de Madrid, Civil sección 28 del 17 de julio de 2019 (ROJ: SAP M 7343/20199 indica:

“...no obsta la condición de piloto del actor, que por si no atribuye conocimientos financieros para comprender la naturaleza, características y consecuencias de las hipotecas multdivisa, por más que pudiera realizar viajes al extranjero (...). Aun aceptando que se pueda entender que conocía el riesgo derivado de las fluctuaciones de divisa, no es posible colegir de su condición profesional, ni de su pertenencia a un sindicato profesional, que comprendiera el recálculo constante del capital prestado, lo que podría determinar, en algún caso, que el capital pendiente de amortizar llegara a ser incluso superior al capital prestado, a pesar de haber hecho frente al pago de todas las cuotas. En cuanto al acuerdo que se dice firmado con el [REDACTED]





debió acreditarse (...), el acuerdo en cuestión con la organización profesional, que en ese acuerdo se reflejaban los riesgos a los que hemos hecho referencia y que el acuerdo fue comunicado a los asociados o afiliados, hechos todos de carga de la demandada y que no han sido debidamente probados.”

Partiendo de esta afirmación y de la esencialidad de la información documentada y precontractual; no puede pretenderse por la demandada suplirla con una *información posterior* a la suscripción del contrato; nuestro Tribunal Supremo, en la referida Sentencia de 14/03/2019 se encarga de remarcar:

“...debe recordarse que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, atendiendo a todas las circunstancias del caso.”

“Además, la consulta en la web de Bankinter de la evolución del yen, la apertura, meses después de la celebración del contrato, de una cuenta en yenes y el cambio de divisa (...), *no supone que en el momento de la celebración del contrato los demandantes tuvieran información sobre la naturaleza de los riesgos asociados al préstamo hipotecario en divisas* y seguramente tiene mucho más que ver con el incremento de las cuotas por la depreciación del euro frente al yen.”

En esta misma línea, se manifiesta la SAP de Madrid, Civil, sección 25 del 24 de julio de 2018 (ROJ: SAP M 14774/2018) que ya revocó una sentencia de instancia porque “desestimó la pretensión del demandante por considerar que conocía lo contratado por la inferencia extraída de los cambios de moneda realizados después de la firma del contrato y de la suscripción de un seguro de cambio”, debe centrarse el momento de la calificación de la transparencia al momento de concertación del contrato y no a momentos posteriores (FD 3º).

No resulta de recibo que se afirme que la elección de la moneda se hiciese por el demandante, dada su falta de conocimientos al respecto, cuando la labor de información sobre dichos extremos recae en la entidad bancaria, que es la que tiene la información al respecto. Es más, las cuotas de amortización, el tipo de interés (obligatoriamente, salvo que no exista variación en el tipo aplicable) y la divisa de pago (facultativamente) se determinan cada unidad de tiempo pactada (mensual, en este caso), lo que se supone que obliga a la parte prestataria a estar permanente pendiente de tomar decisiones durante los veinte, treinta o cuarenta años de vida del préstamo.

En cuanto al riesgo de tipo de cambio, no puede considerarse enervado, como pretende la demandada, con la inclusión de la *cláusula de “cambio de divisa”*, que dibuja como una cláusula en exclusivo beneficio de la parte prestataria/consumidora. A este respecto, señala la STS, Civil, Pleno, del 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017):

“46 ... 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.

La conversión de la divisa en que está representado el capital se producirá conforme al tipo de cambio existente en el momento en el que esta conversión tenga lugar, por lo que se consolida la revalorización de la divisa y, por tanto, del aumento de la equivalencia en euros (o en la nueva divisa) del importe del capital pendiente de





amortizar, pues se traslada a la nueva divisa escogida el incremento producido como consecuencia de la apreciación de la divisa.

Para hacer realizar esta conversión, el prestatario debe estar al día en el pago de las cuotas del préstamo y además debe pagar una comisión por hacer uso de esta posibilidad, pues así lo prevé la escritura.

El prestatario no puede realizar ese cambio en cualquier momento, sino solo al inicio de cada nuevo «periodo de mantenimiento de moneda e interés» en que se divide la vida del préstamo. En este caso, esos periodos eran mensuales. Pero una devaluación significativa de la moneda funcional respecto de la divisa puede producirse en cuestión de semanas.

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.

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 incrementa 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.”

Otro elemento de distorsión en la comprensión del producto y su falta de transparencia es la referencia a que el euro operaba sólo como un valor teórico. Máxime a la vista de la cláusula financiera 1ª del préstamo (CAPITAL DEL PRÉSTAMO), que vuelve a partir de los EUROS como moneda de referencia, según ya hemos visto con anterioridad.

La información de riesgos, que se dice por la demandada se recoge claramente en la propia escritura, además de ser una declaración genérica y de exoneración de responsabilidad rechazada por nuestra jurisprudencia, no puede ser más contradictoria al recoger, por un lado que “... la sustitución de la divisa utilizada no supondrá la elevación del límite pactado inicialmente ...” para después señalar que “... incluida la posibilidad de que el contravalor en euros pueda ser superior al límite pactado”.

Como indica la STS de 14/03/2019, al resolver de un supuesto similar:

“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 porque la que se





les facilitó no explicaba adecuadamente en qué consistía el "riesgo de cambio" del préstamo hipotecario en divisas. Asimismo, la lectura de la escritura y la inclusión en ella de menciones predispuestas en las que los prestatarios afirman haber sido informados y asumir los riesgos, no suple la falta de información precontractual.”

De este modo, la tendencia natural del prestatario medio sin experiencia en divisas puede ser pensar que el capital prestado es una suma prefijada que ha quedado determinada en euros y que, como tal, sólo podrá modificarse a la baja en función del contravalor en euros de las divisas pagadas. Asumirá, pues, el riesgo de que las cuotas por fluctuación de la divisa le puedan resultar más caras. Pero, además de ese factor, existe otro más importante asociado a la fluctuación de los tipos de cambio, que explica que, pese al pago de las cuotas y pese a que éstas retribuyen, en la generalidad de los casos, por el sistema de amortización aplicado, capital e intereses, el capital del préstamo no se reduzca, sino que se incrementa. Sobre este riesgo, no se aporta prueba alguna de la que derivar, sin género de dudas, que fuera informada la parte demandante.

En definitiva, esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas "hipotecas multidivisa" se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos» (STS 15 de noviembre de 2017, ya citada).

Como recoge la STS de 31/10/2018, para determinar la información que la entidad demandada debió suministrar a la demandante tiene especial relevancia la diferenciación entre la divisa en que se denominó el préstamo, pues en ella se fijaba el capital prestado y el importe de las cuotas de amortización (respecto del que habría que determinar su equivalente en euros en cada vencimiento), a la que podemos llamar «moneda nominal», y la moneda en la que efectivamente se entregó al demandante el importe del préstamo y se pagaron por este las cuotas mensuales, el euro, que podemos llamar «moneda funcional».

La entidad demandada no explicó adecuadamente al prestatario que las fluctuaciones en la cotización de la divisa extranjera respecto del euro no solo podían provocar oscilaciones en el importe de las cuotas del préstamo, sino que el incremento de su importe podía llegar a ser tan considerable que pusiera en riesgo su capacidad de afrontar el pago en caso de una fuerte depreciación del euro respecto de la divisa.

En consecuencia, y al leer y entender de quien resuelve, el clausulado multidivisa del préstamo litigioso no reunió las condiciones necesarias para ser calificado de transparente para el consumidor, pues tal condición (la transparencia) “excluye que pueda empeorarse la posición jurídica o agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque no se le





facilitó información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula” (STS 31/10/2018).

**SEXTO.-** El control de abusividad del clausulado multidivisa.

Como señala la Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017 (caso Andriuc) la falta de transparencia permite apreciar el carácter abusivo de la cláusula, por lo que es preciso algo más que la falta de información, determinante de la falta de transparencia, para declarar la nulidad de la cláusula por abusiva. El apartado 43 de la citada Sentencia dice al respecto lo siguiente:

“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).”

Precisando la referida sentencia en qué momento debe valorarse el carácter abusivo de la cláusula y en qué consiste la abusividad de la cláusula multidivisa no transparente, al responder a la tercera de las cuestiones:

“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.”

Como circunstancias relevantes para valorar la buena fe del profesional y el desequilibrio, podemos señalar las siguientes:

-La Sentencia del TJUE prioriza la experiencia y los conocimientos de la entidad de crédito en lo que respecta a las variaciones del tipo de interés. Es el único elemento que con claridad toma en consideración el Abogado General y el único concreto que menciona la STJUE, que añade, además, como elementos a valorar, a otras circunstancias del litigio (cláusula abierta). Podrá tenerse en cuenta, a este respecto, informes sobre la evolución de tipos de cambio que se hubieran hecho públicos o que pudieran estar a disposición del profesional. También puede ser un indicio relevante la evolución de la divisa en los meses inmediatamente anteriores y posteriores a la celebración del contrato.

-El perfil del consumidor, esto es, su formación en general y la financiera en particular; si está previamente informado sobre esta modalidad de préstamo; la moneda en la que percibe su salario y, más en general, si está acostumbrado a negociar o a utilizar divisas extranjeras.

-La iniciativa a la hora de suscribir el contrato. La iniciativa es muy relevante, dado que si es el consumidor quien solicita el préstamo en una divisa distinta al euro





cabe presumir que dispone de conocimientos sobre ese tipo de préstamos y que la entidad de crédito no ha sido desleal al contratar aquello que se le ha solicitado. La iniciativa del consumidor favorece la transparencia y puede excluir por sí sola la mala fe del banco.

-El nivel de ingresos del consumidor y la repercusión que sobre ellos puede conllevar una alteración sustancial en el importe de las cuotas como consecuencia de la evolución del tipo de cambio.

-Las razones que pueden haber llevado al consumidor a suscribir un préstamo multidivisa, como puede ser su pertenencia a colectivos que han firmado acuerdos con entidades financieras.

-El grado de información sobre los riesgos inherentes al producto proporcionada al consumidor en el momento de contratar. La falta absoluta de información, en atención a las particulares circunstancias del consumidor (supuesto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 de un prestatario que percibe su salario en euros, que destina el préstamo a cancelar préstamos anteriores y, en definitiva, que se encuentra en una situación económica difícil que le aboca a una ejecución hipotecaria), puede determinar por sí sola el carácter abusivo de las cláusulas multidivisa.

La aplicación de estas consideraciones al supuesto de litis lleva a la constatación de las siguientes circunstancias:

Sobre el tema de la iniciativa en la contratación, ha resultado matizado por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (vg. Sentencia de 31/10/2018), al indicar:

“Que hayan sido los demandantes quienes, atraídos por las ventajas que se predicaban de las hipotecas en divisa extranjera, acudieran al banco a interesarse por el producto tampoco enerva el carácter de condición general de las cláusulas del contrato, puesto que no elimina las características de este tipo de cláusulas como son la generalidad, la predisposición y la imposición. Naturalmente, lo que ha de ser objeto de imposición para que estemos ante una condición general no es la celebración misma del contrato (estaríamos en tal caso en un supuesto de vicio del consentimiento) sino la concreta reglamentación contractual que integra tal contrato, y eso tiene lugar en estos supuestos de contratación en masa tanto cuando es el empresario quien tiene la iniciativa de dirigirse al potencial cliente como cuando es este quien acude al empresario a interesarse por su producto o servicio.”

“De aceptar el razonamiento del banco recurrido se llegaría al absurdo de negar en todo caso el carácter de condiciones generales a las cláusulas de los contratos predisuestos por los empresarios para la contratación en masa cuando fuera el cliente el que acude al establecimiento a interesarse por el producto y ha examinado las ofertas de otros competidores, lo que es frecuente en los sectores en los que hay un consenso sobre el carácter de condiciones generales de las cláusulas utilizadas en los contratos suscritos entre el empresario y el cliente, como es el caso de los contratos bancarios, de seguros, suministro eléctrico o telefonía. (FD 13º apartados 4 y 5).

Circunstancia reiterada en la STS de 14/03/2019, al indicar:

“Tampoco el hecho de que fueran los demandantes quienes, al conocer el producto por un familiar que lo había contratado, acudieron a la entidad bancaria a solicitar información, excluye la insuficiencia e inadecuación de la información obtenida.”





En consecuencia, el hecho de que fueran los demandantes quienes acudiera a la entidad bancaria no enerva la situación de desequilibrio informativo que, en este caso, corresponde analizar en orden a determinar si concurrió o no abusividad.

Que corresponde a quien tiene en su poder la información necesaria para determinar si la persona que solicita dicho producto es adecuada y comprende el mismo o, por el contrario, se trata de un producto que, para el fin a que se destina (cancelar hipoteca anterior en euros que financiaba la adquisición de su vivienda habitual) genera más riesgos de los que se pretenden enervar con su contratación. Es decir, no puede aconsejarse dicho producto a un cliente (por más que pudiera preguntar por el mismo), por el solo hecho de que pretendan ahorrarse dinero en el pago de las cuotas de amortización del préstamo u obtener una financiación más económica, al tratarse de un producto específico que responde a otras finalidades más complejas (personas que residan y/o cobren en moneda extranjera fuera de nuestro país y adquieran bienes en el mismo) y que pueden verse sorprendidos por las consecuencias de un funcionamiento en divisas que realmente desconocen; como ha ocurrido en este caso.

Que la parte demandante no ostentaba conocimientos financieros, económicos ni bancarios específicos (como ya se ha expuesto), dada la formación y profesión de los demandantes; que el demandante llevó a cabo la operación con la intención de cancelar hipoteca anterior en euros que financiaba la adquisición de su vivienda habitual, no informándosele adecuadamente de los riesgos que asumía con dicha operación de préstamo hipotecario. Hasta el punto que la parte actora ha visto como la fluctuación de la divisa respecto al euro lo que ha disminuyó de manera importante fue la amortización del capital del préstamo en su conversión a euros (cada vez necesita gastar más euros para pagar la cuota en divisa extranjera).

No puede negarse que existieran previsiones posibles sobre evolución del euro en relación con la moneda que se ofreció a la demandante y, desde luego, no consta que se entregara ninguna previsión a la demandante, como ya se ha expuesto, con carácter previo a la contratación que le permitiera valorar dichas previsiones. Por otro lado, no resulta de recibo que se niegue asesoramiento y, a la vez, viendo que el prestatario desconoce absolutamente la moneda adecuada al préstamo en divisas que se le ofrece, se le dé información para luego hacer recaer sobre él la elección concreta de la moneda. Por otro lado, de nada sirve la aportación de simulaciones en relación al funcionamiento de la divisa hasta el momento de la contratación, sino se aportan simulaciones de escenarios futuros; de los que disponen las entidades bancarias en atención a estudios y previsiones. Y ello, porque, como es conocido en este ámbito, las rentabilidades pasadas en nada aseguran o sirven para asegurar las rentabilidades futuras. Y nada de esto se ha probado, en este caso, que se ofreciera a la demandante.

Sobre este extremo, señala el Tribunal Supremo en su Sentencia, Civil, sección 1, de 26 de noviembre de 2018 (ROJ: STS 3968/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3968):

“La abusividad no deriva necesariamente de que el Banco demandado conociera en el momento de contratar cual iba a ser el futuro de las fluctuaciones sino que depende -como dice la STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, caso Andriuc- de todas las circunstancias que permitan valorar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual, lo que en definitiva se traduce en valorar si, habiendo sido informado leal y completamente, el consumidor hubiera prestado su consentimiento pleno.







A efectos de valorar la buena fe del Banco es relevante el perfil de los clientes, habida cuenta de que no resulta de los hechos probados que los demandantes tuvieran inversiones o ingresos en francos suizos ni que tuvieran conocimiento del mercado de divisas. Sin necesidad de afirmar que el Banco conocía la devaluación del euro que iba a tener lugar después de la celebración del contrato sí cabe afirmar que en una negociación individual leal un consumidor del tipo de los demandados no hubiera aceptado las cláusulas en las que se determinaba el cambio de la moneda del préstamo. En particular, en la cláusula primera del contrato se dice que el capital, fijado en euros y convertido en francos suizos, se entregará en dicha cantidad o su contravalor en euros, de modo que si no se explica otra cosa un consumidor medio, como es el caso de los demandantes, solo puede pensar que el capital en euros se irá modificando siempre a la baja a medida que vaya pagando las correspondientes amortizaciones. Tampoco puede decirse que la cláusula sobre el tipo de interés permitiera conocer a un consumidor medio del tipo de los demandantes la carga económica que podía implicar, dada la conexión del libor a la divisa contratada y las consecuencias que su revalorización podía tener para el tipo de interés.”

Que se articula el préstamo en atención a un índice de referencia (LIBOR) absolutamente ajeno a nuestra economía, propia de la zona Euro y, por tanto, del EURIBOR, lo que incrementa el grado de desconocimiento de la parte demandante respecto a su funcionamiento y correlativamente incrementa el deber de información de la entidad bancaria. Frente al aparente beneficio que resulta del ahorro en el tipo de interés por el uso de otro índice de referencia (LIBOR), el prestatario puede resultar perjudicado por el riesgo de sobre coste de amortización del capital porque éste queda sometido al mencionado sistema de recálculo permanente.

Que el demandante percibe sus ingresos en euros y opera en euros; desconociendo tanto el funcionamiento de la divisa a la que se consignó el préstamo (franco suizo) como el del tipo de referencia (libor), en los términos que ya se han reflejado. Por otro lado, no se aportó estudio alguno sobre la capacidad de reembolso del demandante, caso de una escalada de la divisa que generara dificultades de amortización del préstamo.

De este modo, la prestataria/demandante ha visto como la devaluación de la divisa ha disminuido de manera importante la amortización del capital del préstamo en su conversión a euros, con los indudables perjuicios que de ello se deriva. Así, según refleja el informe pericial aportado con la demanda, los demandantes tienen pendiente de amortización 398.489,90 €, es decir, *10.489 € más respecto del importe solicitado inicialmente.*

Como señala en TS, en su Sentencia de 14/03/2019:

“..., la falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no puede comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos en euros.

Esta falta de transparencia también agrava su situación jurídica, puesto que ignora el riesgo de infragarantía para el caso de depreciación del euro frente a la divisa en que se denominó el préstamo.”





Por lo tanto, se concluye también el carácter abusivo del clausulado multidivisa cuestionado en el presente procedimiento.

**SÉPTIMO.-** *Consecuencia jurídica de la nulidad* por abusivo del clausulado multidivisa.

Sobre la posibilidad de la *nulidad parcial* del préstamo, la tantas veces citada, Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 (reiterada por STS de 31/10/2018) zanja la cuestión al declarar la nulidad parcial del contrato, que implica la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros (apartado 53 del fundamento octavo). La nulidad del contrato perjudicaría al consumidor, que se vería obligado a restituir la totalidad del capital pendiente de amortizar.

También la STS de 14/03/2019, cuando señala que “Procede, en consecuencia, declarar 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.”

Constituye – como indica la jurisprudencia citada – , 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, requisito inherente a las obligaciones dinerarias.

No existe problema alguno de separabilidad del contenido inválido del contrato de préstamo, en los términos que se expresarán en la parte dispositiva de esta resolución.

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. También la más reciente STJUE de 3 de octubre de 2019 (Asunto C-260/18).

No resulta de recibo la alegación de la entidad demandada pretendiendo que el tipo de cambio al que se vuelva a realizar el cuadro de amortización sea el actual y no el vigente en el momento en que el consumidor hizo sus pagos. Esta alegación, que la demandada pretende apoyar en el art. 312 Cco, no puede prosperar; porque no sólo no es aplicable, dado que la nulidad afecta, precisamente, a dicho pacto (el relativo a “la especie de moneda en que había de hacerse el pago”), sino, además, porque pretende diluir los efectos que tiene la nulidad (ex tunc) en perjuicio del consumidor.

**OCTAVO.-** En materia de costas, a pesar de la estimación de la demanda, no se imponen las causadas en la instancia a ninguna de las partes, dado que la estimación ha derivado de una duda de hecho que se ha disipado en perjuicio de la demandada, al no presentar el original para el cotejo (art. 394 LEC).





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

## FALLO

ESTIMAR la demanda interpuesta por el Procurador Sr. TOLL MUSTERÓS, en nombre y representación de [REDACTED] entidad que actúa en defensa e interés de sus asociados DON [REDACTED] y D<sup>a</sup> [REDACTED], contra BANKINTER, S.A y, en su virtud:

Se declara la nulidad del clausulado multidivisa recogido en la Cláusula Financiera 4º, en relación con las Cláusulas financieras 1a, 2a y 3a, del contrato suscrito en fecha 6 de agosto de 2008, por falta de transparencia de la cláusula indicada, declarando que la cantidad debida es el saldo pendiente referido en euros que resulte de disminuir del importe prestado de 288.000 € la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses también en euros, y condenando a la entidad demandada, BANKINTER S.A. a recalcular todas las cuotas de amortización del préstamo desde el inicio de la relación, teniendo en cuenta los pagos efectuados en contravalor en euros y fijando el nuevo capital pendiente en euros, aplicando como tipo de interés de referencia el euribor, así como a devolver la diferencia cobrada de más y las comisiones de cambio de moneda cobradas más sus intereses legales. Estableciéndose, así, para todo ello, las bases de liquidación (ex art. 219 LEC) para posible incidente de liquidación (arts. 712 y ss LEC), si no hubiese conformidad entre las partes sobre este extremo.

Sin expresa imposición de las costas de la instancia a ninguna de las partes.

Una vez firme la presente resolución, procédase conforme determina el art. 22 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra ella podrá interponerse, ante este Juzgado, recurso de apelación en el plazo de veinte días desde el siguiente a la notificación. El recurso será resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid previa la constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta IBAN ES55 0049 5284 0000 04 5574 18 de esta Oficina Judicial de la cuenta general de Depósitos y Consignaciones abierta en BANCO DE SANTANDER.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá realizarse en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo "beneficiario": Juzgado de 1ª Instancia nº 101 bis de Madrid; y en el campo





“observaciones” o “concepto” habrán de consignarse los siguientes dígitos: 5284 0000 04 5574 18.

No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido (L.O. 1/2009 Disposición Adicional 15).

Llévese el original al libro de sentencias.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo, José M<sup>a</sup> Ortiz Aguirre, Magistrado en Comisión de Servicios del Juzgado de Primera Instancia Núm. 101 bis de Madrid.

NOTA: De conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se informa que 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 tutela 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.

