

Juzgado de 1ª Instancia nº 39 de Madrid  
Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 5 - 28020  
Tfno: 914932822  
Fax: 914932824  
42020310

NIG: 28.079.00.2-2017/0087759

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario 489/2017**

Materia: Contratos en general

**Demandante:** Dña. [REDACTED] y D. [REDACTED]

[REDACTED]

PROCURADOR Dña. MARIA EUGENIA GARCIA MONTERO

**Demandado:** BANKINTER, S.A

PROCURADOR Dña. [REDACTED]

### SENTENCIA nº 207/18

En Madrid, a veintisiete de julio de dos mil dieciocho.

Vistos por Dª. Lucía Legido Gil, Magistrada-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia nº 39 de Madrid, los presentes autos de juicio ordinario nº 489/2017, seguidos a instancia de D. [REDACTED] y Dª. [REDACTED], representados por la Procuradora Dª. María Eugenia García Montero y asistidos por el Letrado D. Vicente Rodrigo Díaz frente a la mercantil BANKINTER, S.A., que intervino en los autos representada por la Procuradora Dª. [REDACTED] y asistida por la Letrada Dª. [REDACTED], sobre anulabilidad contractual por vicio de consentimiento y nulidad de condiciones generales de contratación.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En fecha 25 de mayo de 2017 se recibió en este Juzgado demanda de juicio ordinario presentada por la Procuradora Dª. María Eugenia García Montero, en la representación arriba indicada, frente a la entidad BANKINTER, en ejercicio principal de acción personal de anulabilidad de contrato de préstamo multidivisa por vicio de consentimiento, con otras pretensiones subsidiarias.

**SEGUNDO.-** Una vez subsanados los defectos apreciados en el escrito de demanda la misma fue admitida a trámite por Decreto de 21 de julio de 2017, emplazándose a la parte demandada para que la contestase.

**TERCERO.-** El escrito de contestación a la demanda se recibió en el Juzgado en fecha 3 de octubre de 2017, oponiéndose la demandada a las pretensiones deducidas de adverso e interesando la imposición de costas a la parte contraria.

**CUARTO.-** En fecha 24 de noviembre de 2017 se recibió en el Juzgado escrito de ampliación de demanda presentado por la representación procesal de la parte actora, para acumulación a su demanda de acción de nulidad por infracción de los arts. 60.2, 80.1 y 82.1 TRLCU y el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Tal solicitud fue rechazada por diligencia de ordenación de 9 de enero de 2018.

**QUINTO.-** En la fecha señalada, 13 de junio de 2017, se celebró la audiencia previa al juicio, a presencia de ambas partes, debidamente asistidas y representadas. Se atendieron las finalidades previstas legalmente para dicho acto con el resultado que obra en el oportuno soporte de grabación audiovisual. Propuso la parte actora la documental adjunta a su escrito rector, y testifical de D<sup>a</sup>. Soledad [REDACTED], quedando admitidos todos los medios de prueba indicados. Por su parte, la demandada propuso sus medios documentales, y testifical de D. Juan [REDACTED], quedando también admitida toda su propuesta probatoria.

**SEXTO.-** En la fecha señalada, 26 de junio de 2018, se celebró el acto del juicio, nuevamente a presencia de ambas partes, oportunamente asistidas y representadas. Se verificaron en el acto todos los medios de prueba admitidos en la audiencia previa con el resultado que obra en el oportuno soporte de grabación audiovisual. Y formularon finalmente las partes sus conclusiones, quedando a continuación los autos, sin más trámites, vistos para Sentencia.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se han instado por la parte actora en este juicio sendas acciones de anulabilidad parcial del clausulado multidivisa por vicio en el consentimiento (en su defecto, acción de responsabilidad contractual) así como acción de nulidad de pleno derecho de cláusulas abusivas (intereses de demora y vencimiento anticipado). Comienza el relato fáctico de la demanda defendiéndose el carácter complejo, derivado y especulativo del indicado producto así como la condición minorista y conservadora de estos clientes, los hoy actores, con clara aversión al riesgo y carentes de cualquier formación en la materia, siendo informático el Sr. [REDACTED] y jubilada su madre. Se recuerda a continuación la comercialización del producto, que se suscribió, en fecha 14 de diciembre de 2007, para adquisición de la vivienda habitual de D. [REDACTED], a iniciativa de la empleada de la sucursal de confianza de los actores, D<sup>a</sup>. [REDACTED], que en ningún momento informó de la verdadera naturaleza y riesgos del producto, accediendo finalmente la Sra. [REDACTED] al negocio en calidad de coprestataria, pese a que inicialmente se había previsto su intervención como fiadora de su hijo. Se extractan a continuación en demanda determinados pasajes de la escritura de préstamo, así, el relativo al capital del negocio (que se reputa de dicción contradictoria y confusa, falta de transparencia), a la amortización (carente de la necesaria reciprocidad entre las partes en lo relativo a las garantías adicionales o amortización anticipada al quedar protegido el Banco de las fluctuaciones de la divisa y el cliente completamente expuesto a tal riesgo) o a los intereses variables y a la opción de cambio de divisas (esta última regulación de carácter absolutamente ininteligible para un consumidor medio). Se indica a continuación que, en claro quebranto a lo dispuesto en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, no se entregó a los actores ni folleto informativo ni oferta vinculante, ni se tuvo oportunidad de examinar la correspondiente minuta en la

Notaría tres días antes del otorgamiento, siendo además la escritura vaga, insuficiente y farragosa. Se incide en el riesgo fundamental del producto de incremento incontrolado del capital pendiente. Se sustenta la pretensión de demanda en informe pericial que se adjuntaba como documento nº 5, elaborado por D. Alberto Cerro Prieto, en el que se abunda sobre los principales riesgos del producto, a saber, riesgo de tipo de cambio, riesgo de tipo de interés y riesgo de iliquidez de la posición en divisas. En el examen de la comercialización del producto se incide en que solo se les informó del aparente ahorro de costes ofreciendo solo escenarios actuales y positivos, y, para caso de incremento de las cuotas, se informó, como solución, de la posibilidad de cambiar de divisa, no obstante lo cual ninguna indicación hubo de que ello suponía consolidar en euros la deuda y que se precisaba formación y conocimientos para verificar tal cambio de divisa, opción de la que, no obstante, se decía, nunca habían hecho uso. Se denuncia también que nunca recibieron los actores el asesoramiento comprometido a lo largo de la vida del préstamo. Así, se omitió en el proceso comercializador la condición extraordinariamente compleja del producto, los riesgos principales asociados al mismo, los costes del contrato (con comisiones implícitas representadas por las expresiones “cambio comprador” y “cambio vendedor”) y la posibilidad de contratar un seguro de cambio o cualquier otro instrumento de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés. Se indica además que la entidad bancaria disponía de información relevante que obvió al cliente sobre previsiones a futuro de las divisas, concretamente relativas a la depreciación del euro y que no llevó a cabo luego el asesoramiento comprometido ni recomendó el cambio de divisa a euros aprovechando la caída del Euribor. Por último, con remisión a las conclusiones periciales del informe antes aludido, adjunto a demanda, se cifra el perjuicio económico sufrido por los actores con ocasión del producto en la cantidad de 23.162,19 euros, indicando gráficamente que solo han minorado formalmente en 30.130,62 euros su deuda cuando lo cierto es que han pagado en concepto de amortizaciones e intereses la cifra muy superior de 92.461,57 euros.

Como antes se ha indicado, se combate también en demanda la validez de las estipulaciones contractuales relativas a interés de demora (pactado en 9,5 puntos por encima del tipo de interés vigente en el momento del impago) y resolución del contrato (prevista, entre otras circunstancias, ante el mero incumplimiento, leve y puntual, del cuadro de amortización. Se considera al efecto que no cumplen las exigencias impuestas por el art. 80.1 TRLGDCU, con cita además de la Directiva 93/13/CEE. En materia de interés de demora se cita además la STS de 3 de junio de 2016, propugnando la nulidad del exceso pautado respecto del interés remuneratorio aplicado.

En su contestación a la demanda la demandada comienza arguyendo, a título preliminar, sobre la inviabilidad de las pretensiones formuladas en la demanda al procurarse con la misma una mutación completa del negocio suscrito, con efecto retroactivo al momento de su formalización, siendo tal integración contractual jurídicamente inviable. Se apunta también la caducidad de la acción de anulabilidad ejercitada, al haberse accionado transcurrido sobradamente el plazo de cuatro años prevenido en el art. 1301 CC. En orden a concretar el *dies a quo* se indica que la parte prestataria conoció las características y riesgos del producto incluso antes de su suscripción al haber partido de la misma la iniciativa de la contratación, no pudiendo datarse tal *dies a quo* más allá de finales del año 2008, en que, a resultas de la fuerte apreciación del yen frente al euro, se comenzó a constatar un claro incremento del contravalor en euros de la deuda. Se corrige en este punto la demanda tachando de falsedad el aserto de no haberse operado cambio alguno de divisa, pues a resultas del propio documento nº 9 de la demanda, se puede confirmar que estos prestatarios

cambiaron de divisa hasta en dos ocasiones, de yenes a francos suizos el 5 de enero de 2009, y luego a euros, el 7 de febrero de 2011. En el examen de la contratación objeto de autos se incide en que la iniciativa partió de la parte demandante, aportándose al efecto la solicitud de financiación (documento nº 1 bis –no consta luego entre la documentación aportada-). Se reputa además de común conocimiento la circunstancia de que el contravalor en euros de la cuota mensual y del capital pendiente puede fluctuar, incluso encarecerse con ocasión de la fluctuación de la divisa. Se defiende en cualquier caso la correcta información que facilitó el Banco al tiempo de la contratación, lo que luego vino a reiterarse al tiempo de la firma de la escritura, ante Notario. Se vuelve a denunciar falsedad en las afirmaciones de la demanda argumentando que la parte actora sí contrató un seguro de cambio entre las fechas 26 de noviembre de 2008 y 26 de noviembre de 2009 (documento nº 3), llamándose además la atención sobre la inexistencia de comisión por cambio de divisa, de lo que se infiere, en efecto, una labor de negociación individualizada por parte del cliente. En el examen de la fase posterior a la suscripción del préstamo se defiende que el Banco no asumió obligación alguna de asesoramiento, no obstante lo cual se puso a disposición de los actores información a tiempo real sobre la evolución de los tipos de cambio y de los tipos de interés y los informes estimativos de sus analistas (documentos nº 7 a 12 de la contestación). Se indica además que la decisión sobre cambio de moneda compete únicamente a la parte prestataria. Se denuncia finalmente la contravención por la parte actora de la doctrina de los actos propios, no habiendo girado reclamación alguna frente al Banco durante más de nueve años, hasta febrero de 2017.

En sede de fundamentación jurídica arguye la demandada sobre la naturaleza jurídica del producto contratado, que no se puede reputar derivado financiero ni producto de inversión, con lo que, en contra de lo pretendido de contrario, no resulta de aplicación la normativa de mercado de valores. Se defiende, en cualquier caso, que el Banco no ha incumplido ninguna de las obligaciones que le incumben de información, tampoco de asesoramiento. Se defiende además la claridad de todas las cláusulas de la escritura, sin que ninguna pueda ser calificada como abusiva. Se arguye ya sobre la validez de las estipulaciones relativas a intereses de demora y vencimiento anticipado. Sobre la primera se apunta que no se ha acreditado de contrario perjuicio alguno ni tampoco se ha demostrado que el margen diferencial pactado no respete el límite máximo del triple del interés legal del dinero establecido en la Ley 1/2013.

**SEGUNDO.-** Atañe el presente litigio a un negocio jurídico conocido coloquialmente como “hipoteca multidivisa”. Fue la STS de 30 de junio de 2015 la que primeramente, con más profusión, analizó su naturaleza y características así como la normativa de aplicación al mismo. En el primero de los aspectos citados, indicaba el Alto Tribunal que se trata de «un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank Offered Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).

»El atractivo de este tipo de instrumento financiero radica en utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como

referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario. Las divisas en las que con más frecuencia se han concertado estos instrumentos financieros son el yen japonés y el franco suizo. Como se ha dicho, con frecuencia se preveía la posibilidad de cambiar de una a otra divisa, e incluso al euro, como ocurría en el préstamo objeto de este recurso.

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

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

Se concluyó en la Sentencia precitada que las denominadas hipotecas multidivisas eran productos financieros, derivados y complejos, con la consecuencia subsiguiente de que la entidad prestamista vendría obligada a cumplir los deberes de información que impone la Ley de mercado de valores, con las especificaciones luego introducidas por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MIFID, luego desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y muy particularmente los recogidos en el art. 79 bis LMV.

Ahora bien, ciertamente la STJUE de 3 de diciembre de 2015, asunto C-312/14, vino a mutar el panorama interpretativo expuesto pues impide considerar que el préstamo hipotecario multidivisa sea un producto financiero y le sean aplicables las normas de

protección del inversor de la Ley de Mercado de Valores y normativa complementaria (la denominada normativa MIFID). Indica el Tribunal de Justicia que las operaciones en divisas de un préstamo que esté negociado en moneda extranjera no es un derivado porque los pagos en divisas forman parte de la esencia del préstamo. Y el préstamo hipotecario en sí mismo tampoco se encuentra entre el resto de los instrumentos financieros de la sección C del anexo I (valores negociables, instrumentos del mercado monetario, etc.).

Tal línea jurisprudencial ha venido ahora a ser corroborada por la reciente STS de 15 de noviembre de 2017, que, en su fundamento de derecho 5º (*Decisión de la sala. El préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores. Cambio en la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio*), concluye que «Dado que la cuestión de qué debe entenderse por instrumento financiero, producto o servicio de inversión a efectos de la aplicación de la normativa sobre el mercado de valores es una cuestión regulada por el Derecho de la Unión (en concreto, por la Directiva MiFID), este tribunal debe modificar la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio, del pleno de esta sala, y declarar que el préstamo hipotecario denominado en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores».

No obstante lo dicho, concluye a renglón seguido el Tribunal Supremo que «Lo anterior 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, 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*».

En este sentido, la buena fe contractual que ha de imperar en todo ámbito viene a concretarse en términos más rigurosos y, en particular, ha sido destacada por la doctrina y la jurisprudencia la importancia que debe otorgarse al derecho de información en la contratación con consumidores en orden a conformar una verdadera voluntad contractual y, en particular, en el ámbito de la contratación bancaria.

Pues bien, sentado lo precedente, han de recordarse las referencias contenidas en los artículos 8, 12, 17 o 18 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, y se destaca el contenido de los artículos 60 y 80 del mismo texto legal. Así el artículo 60.1 citado, relativo a la información previa al contrato, dispone: “antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto

del mismo”. Por su parte, el artículo 80, en relación con las cláusulas no negociadas individualmente, dice: “1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

-Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

-Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.

-Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

2. Cuando se ejerciten acciones individuales, en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable al consumidor”.

En segundo lugar, la aplicación de la normativa de protección de consumidores no excluye la procedencia de un singular amparo de la parte demandante en su contratación como cliente con el Banco demandado, con arreglo a otra especial normativa tendente a regular las relaciones contractuales que se vengán a formalizar entre tal clase de sujetos y en las que, asimismo, cobra gran relevancia la materia objeto de negociación. En relación con esto se ha dicho que el derecho a la información en el sistema bancario y la tutela de la transparencia bancaria es básica para el funcionamiento del mercado de servicios bancarios y su finalidad tanto es lograr la eficiencia del sistema bancario como tutelar a los sujetos que intervienen en él (el cliente bancario), principalmente, a través tanto de la información precontractual, en la fase previa a la conclusión del contrato, como en la fase contractual, mediante la documentación contractual exigible.

Así, la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su art. 48.2, en la redacción dada por las Leyes 44/2002, de 22 de noviembre y 41/2007, de 7 de diciembre, dispone que los contratos entre las entidades de crédito y la clientela (a) se formalizarán por escrito debiendo reflejar de forma explícita y con la necesaria claridad, los compromisos contraídos por las partes y sus derechos ante las eventualidades propias de cada clase de operación, en especial las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras; (b) imponer la entrega al cliente de un ejemplar del contrato debidamente suscrito por la entidad de crédito; (c) efectuar la publicación regular, con carácter oficial, de determinados índices o tipos de interés de referencia que puedan ser aplicados por las entidades de crédito a préstamos a intereses variables, con especial referencia a préstamos hipotecarios. Se aludía a requisitos especiales en cuanto al contenido informativo de las cláusulas contractuales definitivas del tipo de interés y a la comunicación al deudor del tipo aplicable en cada periodo para los préstamos a interés variable en los que se pactase la utilización de índices o tipos de interés de referencia distintos de los oficiales; (d) determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, tal información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si se ajustan a sus necesidades y, cuando puede verse afectada, a su situación financiera. Añadía luego el apartado 3 de dicho precepto que las disposiciones que pudieran dictar las Comunidades Autónomas sobre las materias

contempladas en el número 2 no podrán ofrecer un nivel de protección de la clientela inferior al que deriva de las disposiciones que se aprueben por el Ministerio de Economía y Hacienda al amparo de dicho número.

También se cita de aplicación la orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de condiciones de los préstamos hipotecarios, que complementa la de 12 de diciembre de 1989, cuya finalidad primordial es garantizar la adecuada información y protección de quienes conciertan préstamos hipotecarios, exigiendo a las entidades de crédito la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos, cuyo contenido mínimo será el establecido en el Anexo I de la citada Orden –artículo 3-. Así como efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, notificarle la denegación del préstamo –artículo 5-. En el artículo 6 se especifica el contenido al que deben sujetarse las cláusulas financieras, que no pueden desvirtuarse en perjuicio del prestatario, remitiéndose al Anexo II. Si el préstamo está denominado en divisas el notario deberá advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio, explicándolo materialmente de un modo comprensible para el prestatario, el cual tiene derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento –art. 7-; sin que pueda excluirse por no concurrir la circunstancia prevista en su art. 1.3, de que el importe del préstamo solicitado sea igual o inferior a 25 millones de pesetas, o su equivalente en divisas. Circunstancia que fue suprimida por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, al modificar el mencionado precepto que declaró aplicable “con independencia de la cuantía”. Es tal derogación acorde con la condición de consumidor del cliente, mostrándose dicho requisito contrario a la finalidad principal de la norma de proteger al prestatario que suscribe un préstamo hipotecario, sobre todo cuando el préstamo está referenciado a divisas, pues cuanto mayor sea el capital prestado en mayor proporción se incrementará el riesgo asumido por aquél.

Por último, se cita la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica. Esta Ley extiende el deber de información de las entidades de crédito a los deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a interés variable, a los sistemas o productos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés, sin que su contratación suponga la modificación del contrato de préstamo, cuyas características se harán constar en la oferta vinculante y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de dichos préstamos.

Se recuerda finalmente, con el Tribunal Supremo y pese a no ser de aplicación al caso de autos por tratarse de norma posterior, que «En una fecha posterior a la celebración del contrato objeto del litigio fue dictada la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, cuyo plazo de transposición aún no ha transcurrido, por lo que no es aplicable para la resolución de este recurso.

»Como justificación de dicha norma, el considerando cuarto de la Directiva hace referencia a los problemas existentes «en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado», así como que «algunos de los problemas observados se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del



tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban». En el considerando trigésimo, la Directiva añade que «[d]ebido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito. El riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato de crédito, o bien mediante otros procedimientos. Entre tales procedimientos cabría, por ejemplo, incluir límites máximos o advertencias de riesgo, en caso de que las mismas sean suficientes para limitar el riesgo de tipo de cambio».

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

**TERCERO.-** Con la nueva jurisprudencia europea se torna si cabe más evidente que la viabilidad de la acción de nulidad parcial que en estos supuestos se ejercita, ya se ampare en la falta de transparencia y abusividad del clausulado multidivisa, ya lo sea en la existencia de un error vicio de consentimiento al tiempo de contratar, gira en torno a la demostración de que el cliente bancario recibió toda la información que le era necesaria para conformar un juicio cabal y completo de la operación a realizar, siendo que esta obligación de informar recae sobre la entidad financiera, por ser la que la conoce y debe transmitir tales conocimientos a la otra parte contratante de acuerdo con el principio general de buena fe y lealtad negocial y el deber específico que le viene impuesto en la legislación sectorial a fin de tutelar los intereses de sus clientes y garantizar que estos tengan perfecto conocimiento de las características y riesgos que tenga el producto ofrecido.

En el caso del préstamo multidivisa el riesgo que acepta quien contrata un préstamo en divisas no es el mismo que el que compra divisas para invertir, aunque en la base de esta aceptación esté en ambos casos el conocimiento de que un mercado de divisas es un mercado sujeto a fluctuación. Habrá que entender de qué forma afecta esa fluctuación a la operación concreta de que se trata, que es un préstamo. Quien invierte en divisas, como el que invierte en valores negociables, comprará cuando los valores estén bajos para poder venderlos cuando suban, y no esperará demasiado tiempo para hacerlo porque lo que le interesa es recuperar el dinero de la inversión.

El que contrata un préstamo en divisas lo hace con una mentalidad muy diferente. La contratación es a largo plazo, y por lo tanto se asume expresamente que unas veces se pagarán cuotas más caras, y otras serán más baratas. Esto es algo ínsito en una operación que va a durar, normalmente, muchos años, durante los cuales es de todo punto previsible que la ecuación de cambio entre ambas monedas varíe repetidas veces. Este es el riesgo habitual que asume el que contrata un préstamo multidivisa. Pero lo que no se asume, por lo improbable de la situación, es que la fluctuación vaya siempre en un único sentido, que este sea el más desfavorable para el prestatario, y que además no haya indicios de una apreciación de la moneda hasta llegar a valores parecidos al momento en que se contrató el préstamo, de suerte que incluso el capital prestado, en la necesaria operativa que debe

representarse al cliente de contravalorarlo a su moneda funcional nacional, el euro, puede terminar incrementándose.

**CUARTO.-** En el caso de autos se ejercita con carácter principal acción de nulidad por vicio error de consentimiento.

Desde tal óptica debe recordarse que, respecto al incumplimiento de los deberes de información, pueden derivarse diferentes consecuencias jurídicas, y entre ellas la anulación del contrato si existe error o vicio en la contratación.

La regulación del error o vicio del consentimiento, que puede conllevar la anulación del contrato, se halla contenida en el Código Civil en el art. 1266, en relación con el art. 1265 y los arts. 1300 y ss. Sobre esta normativa legal el Tribunal Supremo ha elaborado una doctrina jurisprudencial según la cual hay error o vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta. Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada (“pacta sunt servanda”) imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin el contrato construye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad –autonomía de la voluntad-, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una “lex privata” cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos.

Por ello, para que quepa hablar de error es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1266 CC dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer – además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones –respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato- que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

El error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

Por sí mismo, el incumplimiento de los deberes de información no conlleva necesariamente la apreciación de error o vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, pueda incidir en la apreciación del error.

El error, conforme a lo expuesto, debe recaer sobre el objeto del contrato, y el hecho de que el apartado 3 del art. 79 bis LMV imponga a la entidad financiera que comercializa

productos financieros complejos, el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos o productos financieros, que necesariamente ha de incluir “orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos”, muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Teniendo en cuenta que lo que vicia el consentimiento por error es la falta de conocimiento del producto contratado y de los concretos riesgos asociados al mismo que determina en el cliente minorista que lo contrata una representación mental equivocada sobre el objeto del contrato, pero no el incumplimiento por parte de la entidad financiera del deber de informar previsto en el art. 79 bis, 3 LMV, pues pudiera darse el caso de que ese cliente concreto ya conociera el contenido de esta información.

**QUINTO.-** En el examen de las cuestiones controvertidas en el presente litigio debe darse respuesta previa a la excepción de caducidad cursada por la demandada en su escrito de contestación a la demanda.

Efectivamente, de conformidad con el art. 1301 del CC, la acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo comenzará a correr, en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.

Para dar respuesta desestimatoria a esta excepción se remite este Juzgado a la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo, ampliamente compendiada en la Sentencia de 12 de enero de 2015, en la que se indica que «No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil, con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio, que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce «la realización de todas las obligaciones » (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), «cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes » (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando «se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983).

»Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003:

«Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó"».

»4.- El diccionario de la Real Academia de la Lengua establece como una de las acepciones del término "consumar" la de «ejecutar o dar cumplimiento a un contrato o a otro acto jurídico». La noción de "consumación del contrato" que se utiliza en el precepto en cuestión

ha de interpretarse buscando un equilibrio entre la seguridad jurídica que aconseja que la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad no se prolongue indefinidamente, y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento. No basta la perfección del contrato, es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción.

»Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad. Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes.

»5.- Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a «la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas», tal como establece el art. 3 del Código Civil .

»La redacción original del artículo 1301 del Código Civil, que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los «contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente», quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.

»La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).

»En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

»Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de

determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error».

Descendiendo ya al caso de autos puede concluirse que no se ha acreditado en modo alguno que los clientes actores entrasen en pleno conocimiento del principal riesgo del producto en el plazo de los cuatro años anteriores a la interposición de la demanda. Se va a considerar como *dies a quo* para el cómputo del plazo de cuatro años del art. 1301 CC el momento en que se pudieron despejar las dudas sobre el verdadero alcance de la incidencia de la apreciación de la divisa sobre el capital debido, no solo sobre las cuotas mensuales de amortización. Así, es dato relevante la total omisión en la documentación obrante en autos de la circunstancia de venir el capital del préstamo, al contravalor a euros (moneda natural de los actores), incrementándose a ritmo ciertamente vertiginoso hasta el punto de, pese a las amortizaciones verificadas en las sucesivas divisas elegidas, yen japonés, franco suizo y finalmente euros, adeudar más capital en euros que el inicialmente concedido. Así, ninguna referencia se contiene en los extractos aportados por la demandada a su contestación al capital vivo del préstamo, se insiste, al contravalor de natural conocimiento de los actores, en euros.

Se considera, por lo demás, que tales cambios de divisa operados, en ausencia de justificación alguna de informaciones adicionales por parte del Banco con ocasión de tales cambios, no han denotado afán especulativo alguno por parte de los clientes, sino antes al contrario, un ánimo desesperado de minorar las disparadas cuotas de amortización mensuales y terminar con la incertidumbre que les provocaba la subida incesante de las cuotas. Propósito éste que terminó generando consecuencias si cabe más perjudiciales, vista la materialización de uno de los riesgos no explicitados en modo alguno al tiempo de contratar, a saber, el de consolidación de la deuda viva del préstamo con ocasión de los cambios de divisa. Por lo demás, no ha acreditado con solvencia la demandada la efectiva contratación en el caso de autos de un seguro de cambio, siendo a estos efectos insuficiente el documento nº 3 de la contestación. En cualquier caso, en modo alguno aparece cubierta la posición de los clientes frente al riesgo fundamental de tipo de cambio, a juzgar por las conclusiones económicas que se infieren de la pericial adjunta a demanda, que no han sido contradichas de contrario en la contestación.

Para el concreto producto de la hipoteca multidivisa se incide en el criterio de la jurisprudencia menor, por todas, Sentencia de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Burgos de 14 de septiembre de 2017, y las anteriores que en ella se citan, a cuyo tenor, «el *dies a quo* del comienzo del plazo de caducidad no puede fijarse sino cuando los prestatarios se aperciben de las consecuencias de haberse endeudado en francos suizos, que es cuando pasa un plazo de tiempo suficientemente largo para saber que la depreciación del euro es imparable y que la ecuación de cambio no va a alcanzar los niveles del año 2006, que es cuando se firmó el préstamo. En ese momento los prestatarios ya no se pueden decidir por la

opción de la conversión, por los efectos indeseables que esta tendría para su endeudamiento, y es entonces cuando solo les queda como alternativa solicitar la nulidad».

La excepción de caducidad, desde todo lo expuesto, no puede prosperar.

**SEXTO.-** Examinando ya los pormenores fácticos concurrentes en el caso de autos no se ha cuestionado que nos encontramos ante unos clientes de perfil inversor minorista y conservador, que deben gozar por ello de la máxima protección siendo que no consta tuviesen inversiones de riesgo o productos de índole semejante a la hipoteca multidivisa objeto de autos. De hecho el actor ha aportado a los autos sus ingresos corrientes (de en torno a 1.000 euros mensuales) y su madre, también demandante, es pensionista. Carecen de experiencia financiera alguna, al menos ninguna constancia existe al respecto en autos.

Concurre en el presente caso, además, una comercialización a todas luces engañosa a cargo de la entidad bancaria. A más de las ofertas publicitarias que se adjuntaban a la demanda, verdaderos reclamos para la contratación de este tipo de producto, se ha recabado el testimonio en juicio de los empleados bancarios que pudieron intervenir en la contratación, D<sup>a</sup>. Soledad [REDACTED] y D. Juan [REDACTED]. A resultas de tales testificales concluye el Juzgado que ni siquiera existe constancia cierta a la existencia de un documento de solicitud de financiación que, pese a referirse en la contestación a la demanda, luego no se aporta. Tampoco dieron razones los testigos de haber remitido a los clientes oferta vinculante ni haber realizado simulaciones cabales y realistas para escenarios diversos, favorables y desfavorables, de la fluctuación de la divisa. No pudo D<sup>a</sup>. Soledad concretar la autoría del cuadro comparativo aportado a demanda como documento nº 6, si bien es una información a todas luces mutilada y estática, a todas luces inapta para transmitir a los clientes la verdadera naturaleza y riesgos del producto.

La labor informativa pues de los referidos empleados bancarios fue a todas luces precaria. En definitiva, existe en autos prueba solvente, conforme a los parámetros de la sana crítica, acerca de quiebras esenciales de información en la labor llevada a cabo por la entidad bancaria. Y desde tal situación de asimetría informativa y predominio contractual de la entidad bancaria se entiende que incurrieron los actores en error al tiempo de contratar, lo que permite acoger en su integridad la pretensión principal cursada en la demanda, a saber, nulidad del negocio por vicio de consentimiento.

Tampoco puede entenderse que los términos de la escritura y las formalidades públicas que se cumplieron ante Notario pudiesen ya doblegar la voluntad viciada de los actores. Efectivamente en los exponendos de la escritura se indica que “la parte prestataria reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del contrato, exonerando a Bankinter, S.A. de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en euros pueda ser superior al límite pactado. Si se produjera dicho exceso, el Banco podrá ejercer la facultad de resolución recogida en la cláusula 7ª de las Financieras”. Efectivamente también en la Cláusula Financiera 1ª, relativa al capital del préstamo, se indica que “BANKINTER, S.A. entrega a la parte prestataria que recibe, un préstamo multidivisa de 220.000 euros, por su contravalor en las divisas

convertibles en España”, quedando luego inicialmente formalizado en yenes (36.351.000 yenes).

Ahora bien, se insertan en la propia escritura estipulaciones que inducen igualmente a error, así, en lo relativo al cálculo de intereses. Se resalta que en divisas, el tipo de interés aplicable será el Libor más un diferencial de 0,90 puntos, siendo el tipo nominal inicial del préstamo el de 1,90 %. En euros el tipo de interés aplicable sería el Euribor más un diferencial de 0,40%, quedando el tipo nominal inicial en 5,35%, sin duda, aparentemente, más gravoso para el cliente. Tampoco cabe presumir que los clientes alcanzasen cabal conocimiento de quedar con el negocio cautivos en las divisas cuando en ciertos pasajes del contrato, en favor del Banco, se alude a la equivalencia en euros del negocio, así cuando se prevé que “el límite de responsabilidad hipotecaria por principal será el importe inicial del préstamo en su equivalente en euros”. La propia redacción de la cláusula relativa a “opción cambio de moneda y comunicaciones” es confusa. Dice su primer párrafo que “al vencer cada periodo de amortización, la parte prestataria podrá sustituir una divisa por otra de las cotizadas en España. El contravalor de la divisa saliente se calculará en base al cambio comprador del Euro que rija en los mercados en un plazo no superior al segundo día hábil anterior a la fecha en que tenga efecto el cambio de divisa y la divisa entrante se calculará en base al cambio vendedor del Euro que rija en los mercados en el mismo plazo. Igualmente, podrá traducirse a euros. La sustitución afectará al saldo pendiente del préstamo, de forma que en todo momento deberá estar dispuesto en una sola divisa”.

Se concluye que los clientes contrataron con base en la información sesgada e insuficiente que se le facilitó verbalmente de modo personalizado por la entidad bancaria y por la confianza en la misma, experta en la materia, dado que no estaban capacitados, por sus coordenadas personales y profesionales, para comprender el alcance y consecuencias de la información contenida en la documentación facilitada ni en la compleja escritura, que, como se ha expuesto, no es clara y transparente en sus cláusulas y respecto de los principales riesgos del producto.

En definitiva, se antoja evidente que un consumidor cuyos ingresos y gastos lo son exclusivamente en euros, que carece de formación académica y financiera y de cualquier relación con el mercado de divisas y que necesita financiación para conservar un bien básico, como lo es la vivienda, no asumiría conscientemente la posibilidad de deber más de lo que recibe y de obligarse a pagar cuotas cuya cuantificación no puede conocer sobre razonables parámetros de certeza si hubiese recibido una información completa, leal y equitativa sobre las consecuencias y riesgos que ello supone. Debió tener en cuenta la entidad bancaria el largo plazo del contrato a la hora de explicar los diversos escenarios e imposibilidad de efectuar un cálculo de lo que el futuro podría deparar, siendo máxima la aleatoriedad del producto, fuese o no un producto de inversión.

Al haber resultado el producto contrario a la finalidad perseguida por la parte actora al contratar, quedó desnaturalizado su contenido y objeto esencial y viciada de forma excusable la voluntad prestada conforme a tal objeto esencial, con causa principal en las quiebras de información recibidas por quien a ello estaba obligado.

Desde todo lo expuesto procede estimar íntegramente la pretensión principal de la demanda en los términos interesados, careciendo el contrato del esencial requisito de consentimiento por error esencial y excusable de la parte actora, siendo atendible por tanto la pretensión de nulidad interesada.

Resta indicar, en orden a la eventual ratificación del contrato por imperativo de la doctrina de los actos propios que invoca la demandada, que tal circunstancia no ha acaecido en el caso de autos.

La confirmación de un contrato es una declaración de voluntad -expresa o tácita- por la cual se opta por dotar al contrato viciado de una eficacia definitiva, haciendo que cese la situación de incertidumbre propia de la anulabilidad, por lo tanto, para valorar si un acto realizado por el legitimado para ello tiene carácter confirmatorio, hay que atender, como dice el propio artículo 1311 del CC, a la voluntad del legitimado de querer confirmar el negocio anulable, inferida de manera necesaria de dicho acto. No cualquier acto posterior confirma un negocio que adolece de alguna causa de anulabilidad, sino solo aquel que se haya realizado por el legitimado para impugnarlo con ánimo de querer purificarlo. Y ello no es lo acaecido en el caso de autos.

Tampoco se considera que exista óbice alguno a acoger la nulidad parcial interesada. Tal solución de nulidad parcial consta de forma explícita prevista para la abusividad de una cláusula, concretamente en el art. 83 del RDL 1/2007, que permite la subsistencia del contrato no obstante dejar sin efecto, teniendo por no puestas, las cláusulas abusivas siempre que puedan subsistir sin dichas cláusulas. Pues bien, se considera que tal solución de nulidad parcial también puede ser aplicada a los supuestos de nulidad relativa derivada del error vicio del consentimiento, y ello haciendo una interpretación integradora del art. 1303 CC (el propio CC contempla la ineficacia parcial en otros supuestos –arts. 1116, 1155, 1328 y 1476), y ello acorde con el principio de conservación del contrato y con la voluntad de las partes que establecen un tipo sustitutivo para el caso de que no fuera posible aplicar el tipo de interés inicialmente pactado, lo que denota la intención práctica de los contratantes de mantener el contrato.

Se comparten con ello los argumentos que se recoge, entre otras, en la SAP Valladolid de 30 de junio de 2016, al indicar que «la nulidad de las cláusulas multidivisas no debe comportar necesariamente la nulidad total del préstamo hipotecario con restitución recíproca de las prestaciones, sino tan sólo la nulidad de las referidas cláusulas, pues sin necesidad de "reintegrar" el contrato (proscrito por la jurisprudencia Europeo salvo sustitución por disposición supletoria nacional), basta simplemente con acudir a las propias previsiones contractuales que prevén un tipo resultante de aplicar el Euribor más un 0,70 %. Se trata en suma de aplicar las condiciones restantes del préstamo hipotecario sin inclusión de la opción multidivisa. La apreciación de la nulidad total del contrato sería contraria a la jurisprudencia del TJUE (STJUE de 30 de abril de 2014) y a la protección de los consumidores, ya que produciría un efecto más perjudicial para el actor que para la entidad bancaria demandada, en la medida a que aquel se vería obligado a devolver de un sola vez y anticipadamente la totalidad del préstamo. Reiteramos, la nulidad de las cláusulas y pacto de divisa, da lugar a que estos se deje sin efecto y se tengan por no puestas, manteniéndose el resto del contrato de préstamo con su garantías, considerando el mismo como una operación



en euros con aplicación desde la fecha de su contratación del tipo de referencia Euribor más el diferencial pactado, con arreglo al cual se determinara el capital pendiente de amortizar, deduciendo las sumas ya abonadas por los prestatarios».

Trae por último a colación dicha Sentencia el cuerpo de doctrina jurisprudencial creado en torno a la posibilidad de nulidad parcial de los contratos, (de alguna de sus cláusulas) y al principio "utile per inutile non vitiatur", lo válido no es viciado por lo inválido", conforme al cual, aun no estando contemplada con carácter general en nuestro ordenamiento, sino solo con carácter sectorial-nada impide su estimación siempre que el contrato pueda subsistir sin la cláusula excluida manteniendo el adecuado y suficiente equilibrio prestacional perseguido por las partes al contratar, lo que es factible en el contrato presente ( p. e SST 10-5- 2000; 22-12-2008; 20-4-2011; 18-5-2012;23-10-2013; 9-5-2013).

Procede, desde todo lo expuesto, la íntegra estimación de la demanda en lo atiente a esta primera acción analizada.

**SÉPTIMO.-** En lo relativo a la acción de nulidad de las condiciones generales relativas a intereses moratorios y vencimiento anticipado, cabe hacer las siguientes consideraciones.

En primer lugar se combate, de entre las cláusulas financieras, la relativa a la facultad de resolución anticipada, en el concreto particular que aquí se transcribe: «Además de por los motivos legales, se considerará vencido este préstamo, sin necesidad de previo requerimiento y Bankinter, S.A. podrá exigir la inmediata devolución del total del capital del préstamo o de la parte del mismo no amortizada, con sus intereses, demoras y gastos, si se produjera, además de los legales, alguno de los siguientes supuestos: a) Que la parte prestataria incumpla el plan de amortización de capital o del pago de los intereses establecidos en la presente escritura, así como cualquiera de las obligaciones de reembolso contraídas, o por exceso en el saldo dispuesto sobre el importe del préstamo vigente».

En efecto, habilita el art. 1129 CC la pérdida del derecho del deudor a utilizar el plazo concedido en una serie de circunstancias, cuales son, «1º. Cuando, después de contraída la obligación, resulta insolvente, salvo que garantice la deuda; 2º. Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviere comprometido; 3º. Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras».

Parece que la cláusula contractual ahora objeto de examen va más allá de tal previsión legal, pues habilita el vencimiento anticipado para el caso de cualquier puntual incumplimiento del cuadro de amortización, lo que, en una obligación que se contrae por 30 años, se antoja a todas luces desmesurado. En definitiva, la facultad de vencimiento anticipado a cargo del Banco se antoja a todas luces exorbitante. Ni siquiera se concede al prestatario la posibilidad de constitución de nuevas garantías, sin que pueda olvidarse que está en juego un bien de primera necesidad cual es la vivienda habitual del prestatario. En definitiva, la cláusula tal y como está redactada produce un manifiesto desequilibrio contractual, y resulta ilícita por abusiva.

Se combate, por último, la estipulación 6ª, en materia de intereses de demora, en ciertos particulares. A saber, se indica que el incremento de 9,50 puntos quebranta la previsión legal del art. 114 LH en su redacción dada por la Ley 1/2013, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, en relación con la disposición transitoria 2ª de dicha ley, que entiende aplicable dicho precepto a las hipotecas constituidas antes de su entrada en vigor cuando recaigan sobre vivienda habitual.

En este punto debe puntualizarse que la concreción de los intereses de demora, pautándose al respecto un sobregiro de 9,50 puntos respecto de los intereses pactados en la escritura, no quebranta la norma imperativa que se invoca en la demanda.

Ahora bien, resultan de aplicación las consideraciones efectuadas por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de junio de 2016, según la cual y conforme a la doctrina del TJUE, el límite legal previsto en el art. 114.3 LH no puede servir de parámetro para determinar la ausencia del carácter abusivo de una cláusula. Procede extender el mismo criterio establecido en la sentencia 265/2015, de 22 de abril, para los intereses de demora en préstamos personales, a los intereses de demora pactados en préstamos hipotecarios, de tal forma que el límite de la abusividad se fija en dos puntos por encima del interés remuneratorio pactado.

La nulidad de cláusula abusiva no da lugar a una "reducción conservativa" del incremento del tipo de interés que supone la cláusula de interés de demora considerada abusiva hasta el límite admisible, sino su eliminación total. Pero eso no supone suprimir el devengo del interés ordinario, que retribuye que el prestatario disponga del dinero. Lo que se anula y suprime completamente es esa cláusula abusiva, esto es, la indemnización desproporcionada por el retraso en la amortización del préstamo (el recargo sobre el tipo del interés remuneratorio), pero no el interés remuneratorio, que no estaba aquejado de abusividad y que seguía cumpliendo la función de retribuir la disposición del dinero por parte del prestatario hasta su devolución.

**OCTAVO.-** La estimación íntegra de la demanda comporta la imposición de las costas devengadas en la instancia a la parte demandada, a virtud del criterio de vencimiento objetivo que consagra en nuestro ordenamiento procesal el art. 394 LEC.

## FALLO

ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE LA DEMANDA interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Dª. María Eugenia García Montero, en nombre y representación de D. [REDACTED] y Dª. [REDACTED], frente a la entidad BANKINTER, S.A., representada en el litigio por la Procuradora Dª. [REDACTED] y, en consecuencia, DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL DEL CONTRATO DE PRÉSTAMO objeto de autos, en cuanto a los contenidos relativos a la opción multidivisa, subsistiendo los restantes, de tal manera que el préstamo quedará referenciado a euros y al índice Euribor más el diferencial pactado, y CONDENAR A LA DEMANDADA A RECALCULAR EL PRÉSTAMO como si desde su inicio hubiera sido referenciado a euros y al Euribor, con las

correspondientes liquidaciones según que las cuotas resultantes hayan sido superiores o inferiores a la suma que hubiera correspondido en euros, debiendo entregar a la parte actora el exceso de las cuotas pagadas por principal e intereses con sus correspondientes intereses legales. De igual modo el prestatario habrá de restituir aquellas cantidades de las que se haya beneficiado por haber resultado la cuota abonada inferior a la que correspondería de haber estado el préstamo referenciado a euros, más sus correspondientes intereses legales. Además, DECLARAR LA NULIDAD POR ABUSIVIDAD, de la estipulación 7ª a) del contrato relativa a resolución del contrato y de la 6ª relativa a intereses de demora, en los términos argumentados en el fundamento de derecho séptimo de la presente Sentencia.

Las costas devengadas en la instancia se imponen a la parte demandada.

NOTIFÍQUESE la presente sentencia a las partes personadas, haciendo saber a las mismas que NO ES FIRME, y contra ella cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, que, en su caso, deberá interponerse por medio de escrito ante este Juzgado en el plazo de los veinte días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación. Para recurrir es de aplicación la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, en su nueva redacción dada por el apartado 19 del art. 1 de la LO 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Así lo acuerda, manda y firma LUCÍA LEGIDO GIL, MAGISTRADA-JUEZ del Juzgado de Primera Instancia nº 39 de Madrid.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Magistrada que la suscribe, estando constituida en audiencia pública en el mismo día de su fecha, de todo lo cual, DOY FE.