

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.6 OVIEDO

SENTENCIA: 02427/2018

C/ CONCEPCIÓN ARENAL N° 3, QUINTA PLANTA 33071, OVIEDO (ANTES COMANDANTE CABALLERO)

Teléfono: 985968894/95, Fax: 985968897

Equipo/usuario: MSA

Modelo: 0030K0

N.I.G.: 33044 42 1 2017 0007136

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001253 /2017

Procedimiento origen: /

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

D/ña. ,

Procurador/a Sr/a. FLORENTINA GONZALEZ RUBIN, FLORENTINA GONZALEZ RUBIN

Abogado/a Sr/a. JOSE ANTONIO BALLESTEROS GARRIDO,

DEMANDADO D/ña. representante legal . en representación de BANKINTER

Procurador/a Sr/a. JOSE ANTONIO MARQUES ARIAS

Abogado/a Sr/a. LUIS CARNICERO BECKER

SENTENCIA N° 1253

En Oviedo, a veintinueve de mayo de dos mil dieciocho.

Vistos por **D.ª MARTA NAVAS SOLAR**, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Oviedo los autos del Juicio ordinario nº 1253/17 seguidos a instancia de **D.**

y **D.ª**

, representados por la Procuradora de los Tribunales D.ª Florentina González Rubin y con la asistencia letrada de D. José Antonio Ballesteros Garrido, frente a la entidad **BANKINTER, S.A.**, representada por el Procurador de los Tribunales D. José Antonio Marqués Arias y con la asistencia letrada de D. Luis Carnicero Becker, en el ejercicio de la acción de nulidad y reclamación de cantidad, vengo a dictar la presente sentencia sobre la base de lo siguiente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora de los Tribunales D.ª Florentina González Rubin, en la representación indicada, se presentó demanda de Juicio ordinario, que turnada correspondió al este Juzgado, en la que tras formular las alegaciones de hecho y de derecho que estimó oportunas, concluyó interesando que se dicte sentencia conforme al suplico de su escrito.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda presentada se dio traslado a la parte demandada, emplazándola para que en el plazo de veinte días contestara a la misma, lo que verificó en tiempo y forma, convocándose por diligencia de ordenación a las partes a la audiencia previa.

TERCERO.- En el día y hora señalada, comparecieron ambas partes que se ratificaron en sus escritos y propusieron la prueba que estimaron oportuna y que se admitió, tras lo cual se señaló día para la celebración del juicio oral.

CUARTO.- En el día y hora señalada, comparecieron ambas partes practicándose la prueba propuesta y admitida, tras lo cual se pasó a la fase de conclusiones quedando, a continuación, el juicio visto para sentencia.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- D. _____ y D.ª _____

formulan demanda contra Bankinter S.A alegando que el día 13 de agosto de 2008 suscribieron un contrato de préstamo con garantía hipotecaria con la citada entidad, para la adquisición de una vivienda, en la modalidad multividisa, sin que en ningún momento se le advirtiera claramente de los riesgos que dicha modalidad conllevaba, ni del funcionamiento del préstamo. Señalan, además, que la cláusula multividisa es oscura y ambigua, de manera que no pudieron conocer el riesgo real que entrañaba el préstamo suscrito, por lo que solicitan la nulidad por abusividad y falta de transparencia, con invocación, entre otros, de los arts. 80 y siguientes del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, interesando que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad parcial del préstamo, en lo referente a las cláusulas que vinculan la operación a yenes, de modo que el contrato quede referenciado al Euribor, con el diferencial pactado. Interesan, además, la nulidad de la cláusula 5ª a, párrafo 2, relativa a comisión por cambio de divisas, 5ª b), sobre cancelación anticipada, 7ª, de intereses de demora, y 8ª, reguladora del vencimiento anticipado, alegando que se trata de estipulaciones impuestas por la entidad bancaria demandada sin posibilidad de negociación, cuyo contenido es abusivo.

La entidad demandada se opone a las pretensiones ejercitadas de contrario alegando, en esencia y respecto de la opción multividisa, que la parte actora era perfectamente consciente de que el préstamo solicitado lo era en una divisa diferente al euro y que podía cambiar la misma, y lo conocía en base a información suministrada antes, durante y después de la firma. Se opone, por otro lado, a la pretendida nulidad de las comisiones y de los intereses de demora, señalando que fueron fruto de una negociación individual y que su contenido es claro y conciso, y de la 8, indicando que el vencimiento anticipado es una facultad prevista en el art. 1124 del Código Civil. Alega, además, la doctrina de los actos propios y caducidad de la acción conforme al art. 1301 del Código Civil.

SEGUNDO.- La excepción de caducidad no puede prosperar pues, tal y como recuerda la SAP Asturias de 3 de Febrero del año 2017 "con independencia de las oscilaciones doctrinales y jurisprudenciales acerca de si el aludido plazo debe considerarse como de prescripción o de caducidad, en lo que existe unanimidad es en que es únicamente de aplicación a las acciones de anulabilidad, es decir, cuando existe un verdadero contrato aunque viciado por alguna de las causas previstas en la ley, pero no es aplicable a los supuestos de inexistencia o de nulidad radical o de pleno derecho (entre otras muchas, sentencias del T.S. de 29 de abril de 1997, 14 de marzo y 5 de junio de 2000, ó 14 y 18 de octubre de 2005). Y en el presente caso lo que los demandantes denuncian no es que haya existido un vicio de la voluntad, error o dolo, al suscribir el

contrato sino, principalmente, que la cláusula litigiosa ha de tenerse por inexistente por no cumplir el doble control de transparencia exigido por la jurisprudencia o, subsidiariamente, que se declare nula por abusiva, lo que tampoco cabe incardinar en la acción de anulabilidad sino en la de nulidad de pleno derecho por ser contraria a normas imperativas>>.

Trasladada tal jurisprudencia al caso enjuiciado es evidente que la respuesta debe ser idéntica dado que las acciones de nulidad entabladas, y las restitutorias aparejadas (art. 1303 del Código Civil), no se fundan, como pretende la demandada, en un error o vicio del consentimiento sino en la falta de transparencia y en el carácter abusivo de las estipulaciones, lo que sitúa la cuestión en términos de la nulidad radical o plena, no sujeta a plazo de caducidad alguno.

TERCERO.- Versando, en primer lugar, la cuestión litigiosa sobre los denominados préstamos multidivisa, resulta obligado, tal y como recuerda la SAP de Asturias de 27 de noviembre de 2017, "hacer referencia a la sentencia del TJUE de fecha 20-9-2.017 (asunto C-189/16, Ruxandra PaulaAndriciucy otros/Banca Româneasc, S.A., ECLI: EU:C:2.017:703) que aborda la cuestión de las multidivisas en un asunto en el que los demandantes estaban obligados a reembolsar las cuotas mensuales de los créditos en la divisa contratada, francos suizos, recayendo sobre ellos la consecuencia del tipo de cambio. Señala el Tribunal que la cláusula multidivisa está comprendida en el concepto de objeto principal del contrato en el sentido del art. 4, apartado 2 de la Directiva 93/13, que debe interpretarse en el sentido de que el objeto principal del contrato comprende en este caso una cláusula no negociada individualmente y según la cuál el préstamo deberá reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató, dado que esta cláusula regula una prestación esencial que caracteriza dicho contrato, por lo que no puede considerarse como abusiva si está redactada de forma clara y comprensible. Sin embargo, más adelante señala que esta exigencia no puede reducirse sólo al carácter comprensible en un plano formal y gramatical, sino que toda vez que el sistema de protección de la Directiva se basa en que el consumidor se halla en inferioridad respecto del profesional en lo referente, en particular, al nivel de información, tal exigencia ha de entenderse de modo extensivo, de manera que el contrato ha de exponer de modo transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula, de modo que el consumidor está en condiciones de valorar, con base a criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él, lo que ha de ser examinado a la luz de los elementos de hecho pertinentes, entre ellos la publicidad e información proporcionadas por el prestamista.

Se afirma más adelante en dicha resolución que es jurisprudencia reiterada de dicho Tribunal que el consumidor disponga antes de la celebración del contrato de información sobre las condiciones contractuales y consecuencias de su celebración, y así decidir si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano, basándose en esa información; siendo así que en el concreto caso examinado ha de señalarse que las instituciones financieras deben facilitar

a los prestatarios la información suficiente para que puedan tomar decisiones fundadas y prudentes de comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio el prestatario y de un aumento del tipo extranjero. De este modo, el profesional deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción del préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto en el que el prestatario no perciba sus ingresos en dicha divisa. Por tanto, señala esta sentencia que 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 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.

Reviste, por ello, 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 2.013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartado 44, y de 21 de diciembre de 2.016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 50)."

Lo que antecede, sigue señalando la SAP de Asturias referida, "ha de enlazarse con el contenido de la Ley de Condiciones Generales de Contratación y la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, lo que nos ha de llevar a dirimir si se han cumplido los controles de incorporación y de transparencia reforzada o comprensibilidad. Ciertamente en relación al requisito de incorporación (art.5 y 7 de la LCGC), que conforme a la jurisprudencia del TS, por todas sentencias de 29 de abril de 2.015, atiende fundamentalmente a una mera transparencia documental o gramatical; y así se afirma en la sentencia de la Sección Sexta de esta Audiencia de 23-6-2.017, que el propio TS en su sentencia de 9 de mayo de 2.013, concretamente en su parágrafo 202, recoge que la detallada regulación del proceso de concesión de préstamos hipotecarios a los consumidores contenida en la OM de 5 de mayo de 1.994 garantiza razonablemente los requisitos exigidos por la LCGC, para la incorporación de estas cláusulas de determinación de intereses variables. Ahora bien, ello no supone que cuando no conste que se haya llevado a cabo de forma pormenorizada toda la información precontractual que se exige en tal normativa, - (falta de prueba en parte justificada en este caso por el tiempo transcurrido desde la suscripción de los préstamos hipotecarios, cercana a los 9 años, cuando se presenta la demanda)-, pueda concluirse sin mas que las cláusulas referidas a la multidivisa no superen en este caso el control de inclusión. Lo relevante para estimar cumplido este requisito es que el contenido de las cláusulas y la

información previa suministrada permita a los prestatarios conocer que se trataba el concertado de un préstamo a interés variable, teniendo un conocimiento real y razonablemente completo del tipo de interés a que estaba sometido y con ello la circunstancia de cómo podía éste incidir en la economía del contrato y en el coste para ellos del mismo. Esto es, que se trataba en este caso de un préstamo otorgado en divisa extranjera, en el que el principal se recibía en francos suizos, cuyas cuotas de amortización, incluido el interés pactado referenciado el Libor 12 meses mas cuarenta centésimas por ciento, habían de ser abonadas también en esa divisa, con la alternativa del Euribor 12 meses más idéntico porcentaje, si en el curso del contrato el cliente decidía volver a reverenciario en euros."

Por su parte, aunque es cierto que la reciente sentencia del TS de 15-11-2.017, cambiando la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio, entiende que el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores, lo que 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, también establece que eso "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." Asimismo, recuerda que las cláusulas relativas a la denominación del préstamo en divisa y al cambio de una divisa a otra sí está sometida al control de transparencia invocando, al efecto, la sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai y la STJUE del caso Andriciuc, y recordando la propia jurisprudencia de la sala, con base en el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas y los arts. 60.1, 80.1 y 82.1 TRLCU, recogida, entre otras, en la sentencia 834/2009, de 22 de diciembre, la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y las mas reciente sentencias 171/2017, de 9 de marzo, y 367/2017, de 8 de junio. Según recuerda el Alto Tribunal "en estas sentencias se ha establecido la doctrina consistente en que, además del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la

cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato.

Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

15.- 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."

Además, recuerda que ya en la sentencia 323/2015 de 30 de junio se explicó por qué los riesgos del préstamo multidivisa exceden de los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable ya que "al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. [...] El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo.

Esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del

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

Que este tipo de contratos tiene un carácter complejo se confirma, tal y como apunta el Tribunal Supremo, por el hecho de que 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, en su considerando cuarto, haga 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» y a 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» razones por la que los arts. 11.1.j, 13.f y 25.6 de la Directiva imponen obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos asociados a este tipo de préstamos.

CUARTO.- Con arreglo a lo expuesto y en relación con la presente causa lo cierto es que la prueba practicada impide apreciar que por parte de la entidad financiera demandada se diera cumplimiento preciso a dicho deber de información respecto de las cláusulas multidivisa.

En efecto, de la prueba documental practicada, concretamente de la copia de la escritura pública del préstamo litigioso, acompañada como doc. 3 de la demanda, ha quedado acreditado que D. _____ y D.ª _____

~, de un lado, y Bankinter, S.A, de otro, concertaron un préstamo con garantía hipotecaria, con una duración de 30 años, documentado en escritura pública de 13 de agosto de 2008. La escritura fue redactada conforme a la minuta facilitada por la entidad, cuestión que no es objeto de discusión y se desprende del propio texto del instrumento que indica, además, que contiene «condiciones generales de la

contratación». La entidad concedió en concepto de préstamo 150.000 euros por su contravalor convertible en divisas en España, pactándose que el contravalor se calcularía en base al cambio vendedor que ofertara la entidad, en el momento que la prestataria ordenara la primera disposición, en relación con Yenes. El préstamo quedó inicialmente formalizado en 24.974.775 yenes japoneses. Se fijó que el pago se efectuaría a través de 360 cuotas mensuales, de 89.028,74 yenes, a salvo la revisión de los tipos de interés. Se estableció un doble sistema para el devengo y cálculo de los intereses, en divisas, fijándose como tipo de referencia el Libor incrementado en 1,45 puntos, y en euros, fijándose como tipo de referencia el Euribor más 1,10 puntos porcentuales. En ambos casos se incluyó un tipo de interés sustitutivo. La finalidad del préstamo fue la adquisición y rehabilitación de vivienda y en garantía del mismo se constituyó una hipoteca sobre dos inmuebles: un piso, y una finca rústica en cuyo interior se encontraba una casa y otras edificaciones. La tasación se efectuó en euros. También se establecieron en euros otras condiciones del préstamo como las comisiones. Por vía de la estipulación 4ª se reguló una opción de cambio de moneda al vencer cada periodo de amortización, en cuyo caso el contravalor de la divisa saliente se calcularía en base al cambio comprador del Euro publicado por la entidad en un plazo no superior al segundo día hábil anterior a la fecha en que tuviera efecto el cambio de divisa y la entrante se calcularía en base al cambio vendedor del Euro, publicado por la entidad, en el mismo plazo. En caso de optar por el cambio de divisa, el cliente debía comunicarlo con tres días hábiles de antelación al vencimiento de la amortización.

Hasta aquí, lo cierto es que, gramaticalmente, las cláusulas son claras y permiten conocer con su simple lectura que el pago de las amortizaciones debía hacerse en la divisa elegida.

Ahora bien, en cuanto al requisito de la transparencia reforzada no se ha practicado por la entidad demandada ninguna prueba de la que resulte que efectivamente informó y negoció con la parte actora el contenido de la opción multidivisa, ni consta la existencia de explicaciones contables del funcionamiento de la estipulación controvertida.

En efecto, la demandada, tras renunciar al interrogatorio de los actores, limitó su prueba a la documental acompañada con la contestación y a la testifical de D.ª , cuyo testimonio debe tomarse con las debidas cautelas, no solo por la relación laboral que le une con la demandada y por ser ella la persona que intervino en la concertación del préstamo, sino porque sus manifestaciones no vienen avaladas por soporte documental alguno. En este sentido, la Sra. , tras afirmar que a la moneda que se entregó a los clientes fue euros, porque era lo que ellos necesitaban, y reconocer que la decisión del cambio de divisa no era asesorada por la entidad,

dijo que, en la explicación de esta opción, que incluyó simulaciones en un programa de ordenador, indicó a los clientes que el funcionamiento era igual que un préstamo variable en euros pero con mayores riesgos por el tipo de interés y por el cambio en moneda. No obstante, reconoció que no advirtió de otros riesgos como la posibilidad de que la entidad exigiese garantías adicionales en caso de que, a su contravalor en euros, todas las disposiciones al cambio del día excedieran de un 10% del límite del préstamo (doc. 3 de la demanda)

En cualquier caso, como se ha indicado, no se ha aportado ningún documento que confirme las afirmaciones de la testigo ni que permita contrastar el contenido de la información suministrada a los consumidores ya que no se ha acreditado que se les entregara ni un folleto informativo ni una oferta vinculante, en los términos y con el contenido exigido por los arts. 3 a 5, en relación con el Anexo I y II de la OM de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos, aplicable a la operación. Ninguno de estos documentos se aportó como prueba. En realidad, los únicos documentos aportados por la entidad, previos a la concertación del préstamo, evidencian lo defectuoso del proceso negociador. Así, empezando por la solicitud de financiación (doc. 8 de la contestación) lo cierto es que dicho documento, que no contiene información sobre el funcionamiento del préstamo multidivisa, lejos de acreditar el cumplimiento de los deberes de información y negociación previa es un claro indicio de todo lo contrario ya que no puede entenderse de otro modo que la entidad bancaria, en el primer contacto con el consumidor y sin realizar por su parte ninguna actuación, pretenda imponer obligaciones a la contraria. Aporta, por otro lado y como doc. 9, una copia de la solicitud del préstamo en divisas con garantía hipotecaria, emitida el día 30 de julio de 2008, compuesto de dos folios. Pues bien, en cuanto a la declaración contenida en el primero, por la que los prestatarios dicen conocer y aceptar *que la sustitución de la divisa utilizada no supondría la elevación del límite pactado inicialmente ni la reducción del riesgo en vigor, salvo en caso de efectiva amortización, reconociendo, por lo tanto, que el préstamo estaba formalizado en divisas y asumiendo explícitamente los riesgos de cambio que pudieran originarse durante la vida del contrato, exonerando a Bankinter de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en EUROS pudiera ser superior al límite pactado*, no pasa de ser una fórmula predispuesta por el profesional, vacía de contenido real, pues ni siquiera se concretan cuales son esos riesgos. Tanto es así, que el documento precontractual omitió informar a los consumidores de un riesgo esencial, que se introdujo por vía de la escritura pública (expositivo III), consistente en la facultad que se reservaba la entidad de resolver

anticipadamente el préstamo en el caso de que el contravalor en euros fuera superior al límite pactado.

Por otro lado, que el citado documento incluya un ejemplo de amortización en un supuesto de evolución desfavorable del tipo de cambio no subsana la omisión de información apreciada. En primer lugar, porque la simulación realizada sobre las supuestas 4 primeras cuotas de un préstamo, utiliza fluctuaciones insignificantes, de menos de siete euros en total. Parece evidente que cualquier consumidor medio puede conocer que las divisas fluctúan y que, en consecuencia, las cuotas de un préstamo denominado en divisa extranjera pero en el que los pagos efectivos se hacen en euros pueden variar conforme fluctúe la cotización de la divisa. Pero no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que aquí no se facilitó, que la variación del importe de las cuotas debida a la fluctuación de la divisa puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos. Es más, en el ejemplo, los efectos de la evolución desfavorable del tipo de cambio se reducen a dos: al importe de la cuota y al capital pendiente, pero no se advierte del riesgo de resolución anticipada, en los términos anteriormente indicados si, por ese motivo, el contravalor en euros supera el límite pactado. Y, siguiendo con la confusión, se indica que el riesgo de divisa sobre el capital vivo solo se materializa en dos supuestos: al amortizar anticipadamente la hipoteca y por cambio de la divisa del capital pendiente, lo que tampoco es correcto, ya que hay un riesgo constante que afecta al recálculo del capital prestado y al importe de la cuota. En este caso, la entidad no sólo no les dio esta información sino que la cláusula financiera 2ª, de amortización, distorsionaba la comprensión de este riesgo, pues vinculaba el ajuste de las cuotas mensuales a la modificación del tipo de interés y/o la divisa.

Sobre esta cuestión, es relevante el hecho de que al concertarse el préstamo, en cuyo momento el interés aplicable era del 1,7343, los prestatarios pagaran una primera cuota mensual por un contravalor de 604,16 euros, mientras que al tiempo de la demanda, junio de 2017, pese a que el tipo de interés bajó significativamente al 1,0621%, el importe de la cuota equivaliera a un contravalor de 633,97 euros, disparándose la cuota por encima de los 860 euros, en diversas ocasiones, entre otras, diciembre de 2011, junio y julio de 2012, a pesar de que el tipo de interés era inferior al inicial (doc. 17 de la contestación).

Finalmente, que el préstamo contuviera una opción de cambio de moneda, como un mecanismo de limitación del riesgo, no releva al banco de sus obligaciones de información precontracutal, tal y como declaró la STS DE 15 de noviembre de 2017 ya que "esta cláusula no se prevé como alternativa a la obligación de informar al prestatario sobre los riesgos. Se trata de exigencias cumulativas"

De lo expuesto se concluye que las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia, porque los prestatarios no recibieron una información adecuada sobre la naturaleza de los riesgos asociados a las cláusulas multidivisa, ni sobre las graves consecuencias asociadas a la materialización de tales riesgos, lo que conlleva su nulidad resultando irrelevantes, a estos efectos, las alegaciones de la demandada sobre la doctrina de los actos propios pues, tal y como recuerda la SAP de Asturias de 19 de julio de 2017, la nulidad de pleno derecho que dispone la norma no puede ser sanada, no es prescriptible ni, en fin, puede producir efecto alguno.

En cuanto a los efectos de dicha nulidad, ningún obstáculo existe para declarar la nulidad parcial del contrato, pues el mismo puede seguir subsistiendo en el resto entre las partes en los mismos términos. En este caso en el propio contrato de préstamo hipotecario se contempla el doble sistema, según sea su aplicación en euros o en divisas. De este modo, una vez suprimidas las cláusulas del mismo que atienden a su vinculación al sistema de divisas, con efecto retroactivo desde su inicio (art. 1.303 C.C. y doctrina señalada por el TJUE en sentencia de 21 de diciembre de 2.016), procede atender a lo postulado, en el sentido de que lo que procede es la subsistencia del negocio operando desde el inicio como un préstamo en euros, referenciado al euribor en las condiciones allí establecidas para tal caso, adicionando el diferencial pactado.

QUINTO.- Interesa la parte actora, además, la nulidad de la Cláusula 5ª a, párrafo 2º, que, a continuación de la comisión de apertura establece lo siguiente: "Asimismo, se devengará una comisión de cambio en tanto por mil del 2% sobre el contravalor de la disposición del préstamo, siempre que esta sea en una divisa diferente a la de la cuenta de abono y sobre el contravalor de los pagos de principal e intereses del préstamo, siempre que esta sea una divisa diferente a la de la cuenta de adeudo, con un mínimo de QUINCE EUROS Y TRES CÉNTIMOS DE EUROS (15,03)"; y la de la cláusula 5ª b) en la que, tras establecer una comisión de cero euros por amortización parcial o total salvo que se produzca en un procedimiento de subrogación, en cuyo caso sería del 0,50% sobre el importe amortizado, establece una salvedad cuando, entre otros supuestos, el prestatario sea persona física y la hipoteca recaiga sobre vivienda, en cuyo caso el banco podría cobrar una "compensación" igual o inferior al 0,50% del capital amortizado anticipadamente cuando, la amortización anticipada, ya sea total, parcial o subrogatoria, tenga lugar durante los cinco primeros años del préstamo, o del 0,25%, si se produce a partir del sexto año

En este caso, la prueba practicada debe llevar a declarar la nulidad de ambas comisiones al haber quedado demostrado que no fueron objeto de información a los actores, en los términos exigidos por el art. 60, en relación con el art. 61, de la LGDCYU. En efecto, atendiendo a la prueba documental aportada

por la demandada, consistente en la solicitud de financiación acompañada como doc. 8 de la contestación, queda acreditado que la única comisión que se pactó fue la de apertura al 0,50%. Además, la parte demandada ni quiera alega que el importe de las comisiones impugnadas se corresponda con el coste al que la entidad tuvo que hacer frente por la prestación de un servicio efectivo ya que toda la defensa se articula en torno al carácter negociado de las estipulaciones y la claridad de su contenido. Pero es más, siendo un hecho no discutido que, en el presente caso, además de la comisión de apertura, los prestatarios abonaron 300 euros en concepto de comisión de cambio derivada de la primera entrega de capital (doc. 23 de la demanda), se debe concluir que la entidad infringió lo dispuesto por la Circular 8/1990, de 7 de septiembre, sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela, que en su norma 3ª, 1.bis.b), establece que la comisión de apertura, en caso de préstamos denominados en divisas, debía incluir cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo.

En cuanto a los efectos de dicha nulidad, la parte demandada deberá restituir a la parte actora las cantidades cobradas al amparo de la cláusula 5ª a), párrafo 2ª, desde la formalización del préstamo y hasta su efectiva eliminación con los intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro, de conformidad con lo establecido en los artículos 1303, 1.101 y 1.108 del Código Civil.

SEXTO.- Interesan, asimismo, la nulidad de la cláusula 7ª por la que se dispuso: "si por cualquier causa los prestatarios demorasen el pago de las cuotas en la forma y plazos estipulados, dichas cuotas devengarán a favor de BANKINTER por todo el tiempo transcurrido entre la fecha en que se haya producido y el reembolso del exceso, el tipo de interés vigente en aquel momento para esta operación más un diferencial de sobregiro de NUEVE COMA CINCUENTA PUNTOS (9,50) (...)", nulidad que debe ser acogida dado que el porcentaje fijado vulnera la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de Abril del año 2015.

Efectivamente, como recuerda la Audiencia Provincial de Asturias en AAP de 10 de febrero de 2017: "es cierto que el interés de demora cumple una doble finalidad, disuasoria, tratando de evitar el incumplimiento del contrato y de otro lado la función penalizadora de ese incumplimiento. Atendida esa doble finalidad, su previsión en este tipo de contratos es lícita y admisible. Ahora bien, la finalidad perseguida con los intereses de demora debe compatibilizarse con la regulación tuitiva y protectora de los consumidores y usuarios. En tal sentido el artículo 85.6 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, considera como cláusulas abusivas las que suponen una indemnización desproporcionadamente alta para el consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones. En ese ámbito se

encuadra la fijación de un interés de demora a un tipo excesivo. La problemática a la que tenían que hacer frente los tribunales era el determinar qué porcentaje de interés de demora cabía considerar como desproporcionado. La casuística era amplia dependiendo la resolución tanto del interés legal del dinero vigente en cada momento como la posible regulación existente en otras normas, tales como la Ley de Crédito al Consumo, que en su antigua redacción, artículo 19.4, actual 20.4, preveía un tipo máximo para los descubiertos en cuenta corriente.

Esas discrepancias han sido solventadas, en cierto modo, en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2.015, en el sentido de valorar que todo interés de demora que supere en dos puntos al remuneratorio es excesivo y abusivo."

En el caso de autos, el contrato de préstamo fijó un interés correspondiente al LIBOR más 1,45 puntos porcentuales, o EURIBOR más 1,10, por lo que la fijación de los intereses de demora en 9,50 puntos porcentuales sobre el interés vigente en cada momento debe considerarse desproporcionadamente alta con la consiguiente declaración de nulidad de la estipulación, por abusiva, lo que implica su expulsión del contrato conforme prevé el art. 83 del Texto Refundido de la LGDCyU, no pudiendo integrarlo por otro ni proceder a su moderación de acuerdo con la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea plasmada en STJUE de 14 de junio de 2012, 30 de mayo de 2.013 y 21 de enero de 2015.

SEPTIMO.- Resta por analizar la pretendida nulidad de la cláusula 8ª de vencimiento anticipado cuyo contenido es el siguiente: "Además de por motivos legales, se considerará vencido este préstamo, sin necesidad de previo requerimiento y pudiendo BANKINTER exigir la inmediata devolución total del capital o de la parte no amortizada con sus correspondientes intereses, demoras y gastos en los siguientes supuestos: a) el incumplimiento, por parte del prestatario, de las obligaciones principales asumidas mediante la firma de este contrato. B) el incumplimiento por parte del prestatario del plan de amortización del capital o del pago de los intereses, así como el incumplimiento de cualesquiera obligaciones de pago contraídas con el banco. (...)

Con respecto a la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado, la reciente SAP de Asturias de 8 de junio de 2.017 apunta a la necesidad de considerar el problema de su validez partiendo de la cláusula en sí misma considerada, haciendo abstracción de si en el caso concreto existe o no un incumplimiento esencial, y ello a la luz del auto del Tribunal de Justicia Europeo de 11 de junio de 2015 que concluye que la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (arts. 6.1 y 7.1) debe interpretarse en el sentido de que, cuando el juez nacional haya constatado el carácter «abusivo» -en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la propia Directiva 93/13 - de una cláusula de un contrato

celebrado entre un consumidor y un profesional, la circunstancia de que tal cláusula no haya llegado a aplicarse no se opone por sí sola a que el juez nacional deduzca todas las consecuencias oportunas del carácter abusivo de la cláusula en cuestión. En su apartado 53 aclara que teniendo en cuenta que una cláusula de un contrato debe considerarse «abusiva» si causa en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan de dicho contrato, incumbe al juez nacional comprobar si la estipulación sobre el vencimiento anticipado, tal como figura en el propio contrato, produce efectivamente un desequilibrio de ese tipo, y añade que la mera circunstancia de que la mencionada cláusula no haya llegado a aplicarse no excluye por sí sola que concorra tal supuesto. Esta doctrina, recuerda la sentencia indicada, se reitera en la Sentencia del TJUE de 26 de enero de 2017.

Continúa señalando la SAP de Asturias que: "Además partiendo como antecedente de la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C415/11, EU:C:2013:164 , apartado 73) reitera los criterios con arreglo a los cuales debemos examinar el eventual carácter abusivo de una cláusula relativa al vencimiento anticipado por incumplimientos de las obligaciones del deudor durante un período limitado:

- Debe examinar si la facultad que se concede al profesional de declarar el vencimiento anticipado de la totalidad del préstamo está supeditada al incumplimiento por parte del consumidor de una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual,
- si esa facultad está prevista para los casos en los que tal incumplimiento tiene carácter suficientemente grave en relación con la duración y la cuantía del préstamo,
- si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas generales aplicables en la materia en ausencia de estipulaciones contractuales específicas
- si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo.

Criterios, por lo demás, que han sido acogidos por el propio Tribunal Supremo en su sentencia de Pleno de 23 de diciembre de 2015."

Partiendo de los parámetros fijados en la anterior resolución, si bien el pacto de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo, de acuerdo con nuestro derecho interno es válido en abstracto, en el caso enjuiciado es abusivo, en cuanto permite su resolución con el impago de una única cuota de amortización o de intereses o por el incumplimiento de cualquier obligación de pago (lo que incluiría, por ejemplo, la comisión de reclamación de posiciones deudoras fijada en 12,02 euros), sin tener en cuenta la gravedad del incumplimiento, ya que el préstamo se concertó el 13 de agosto

de 2008, por un capital de 150.000 euros a devolver en 360 cuotas, equivalente a un plazo de 30 años, por lo que la cláusula debe considerarse abusiva en tanto en cuanto anuda a un incumplimiento no grave una consecuencia tan importante y grave como es el vencimiento anticipado de la operación, con la facultad de la entidad financiera de obtener la restitución de cuantas cantidades vencidas o pendientes de vencer le fueran debidas en ese momento y sin posibilidad para el prestatario de rehabilitar el préstamo, debiendo a estos efectos tener presente, tal y como recuerda la SAP de Asturias mencionada, con cita de SAP de 2 de marzo de 2017 y AAP de 23 de octubre de 2015, de 25 de noviembre y 3 de diciembre de 2015, que lo que el art. 693 de la LEC establece es un presupuesto de carácter procesal, siendo cuestión ajena al cumplimiento del mismo otra de carácter material y que viene determinada por la necesidad de examinar si la cláusula en cuestión cumple con las exigencias de validez a la luz de la legislación en materia de protección de consumidores, particularmente las contempladas en el art. 3.1 de la Directiva 93/2013 y en el art. 82 nº 1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

OCTAVO.- Dada la estimación íntegra de la demanda las costas del presente procedimiento serán a cargo de la parte demandada de conformidad con lo dispuesto en el art. 394.1 de la LEC.

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

FALLO

Que ESTIMANDO la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales D.ª Florentina González Rubin, en nombre y representación de **D.** y **D.ª**, frente a la entidad **BANKINTER, S.A.:**

1.- Declaro la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por las partes en la escritura pública de 13 de agosto de 2008, en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa, operando el contrato, desde su inicio, como un préstamo en euros, referenciado al euribor en las condiciones establecidas para tal caso, adicionando el diferencial pactado.

2.- Se condena a la entidad demandada a recalcular, en euros, el cuadro de amortización del préstamo, referenciado al Euribor más el diferencial pactado, dejando sin efecto el cálculo efectuado en yenes, abonando a la parte actora la cantidad abonada en exceso sobre la que correspondería de haberse contratado el préstamo en euros, con los intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro.

3.- Se declara la nulidad de las cláusulas 5.ª a, párrafo 2ª, en lo referente a la comisión por cambio de divisas, 5ª

b), en lo referente a la compensación por cancelación anticipada del préstamo, 7ª, de intereses de demora, y 8ª, de vencimiento anticipado, contenidas en la referida escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria de 13 de agosto de 2008.

4.- Se condena a la entidad demandada a restituir a la parte actora las cantidades cobradas en concepto de comisión de cambio de divisa, a razón de 300 euros iniciales y el equivalente a un 2% sobre el contravalor de las disposiciones mensuales, con un mínimo de 15,03 euros, con los intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro.

Con expresa imposición de costas a la demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: recurso de apelación, que se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente de la notificación de aquélla. Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo resuelto (artículo 456.2 L.E.C.).

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

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANCO SANTANDER en la cuenta de este expediente 3277.0000.04.1253.17 indicando, en el campo "concepto" la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación"

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

Así por esta mi sentencia, juzgando definitivamente en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Juez que la suscribe en audiencia pública y en el día de su fecha. Doy fe. En Oviedo-Asturias.