

**Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6  
de Gavà  
Juicio Ordinario núm.**

## **SENTENCIA núm.105/2017**

En Gavà, a 20 de julio de 2017

Dª. Mónica Buetas Mesa, Juez titular del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 6 de esta ciudad, ha visto los presentes autos de JUICIO ORDINARIO, seguidos con el nº promovidos a instancia de LA , en nombre y representación de Dª. representada por el Procurador de los Tribunales D. Fernando Moratal Sendra y asistida por el Letrado D. Óscar Serrano Castells, contra la mercantil BANKINTER S.A., representada por el Procurador de los Tribunales D. Ricard Simó Pascual y asistida por el Letrado D.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En fecha 6 de mayo de 2016 se presentó demanda por el Procurador de los Tribunales D. Fernando Moratal Sendra en la antes indicada representación que por turno de reparto correspondió a este Juzgado.

En la demanda se alegaban los hechos que son de ver en la misma, se acompañaban 14 documentos y tras invocar los fundamentos de derecho que se estimaron de aplicación, se terminaba solicitando se “*sirva dictar sentencia por la que:*

*1.- Se declare la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por la Sra.*

*y BANKINTER S.A. en fecha 17 de enero de 2008, nulidad que afecta a todos los contenidos relativos a la opción multidivisa, recogida en la cláusulas financiera tercera, D -en relación con la cláusula primera, cláusula segunda, cláusula tercera 3.A- por abusividad de la cláusula indicada, declarando que el contrato subsiste y que la cantidad debida es el saldo pendiente referido en euros que resulte de disminuir del importe inicialmente prestado de 550.000 € la totalidad de la cantidad pagada en concepto de principal e intereses también convertidos a euros y*

condenando a la entidad demandada, BANKINTER S.A, a recalcular todas las cuotas de amortización del préstamo desde el inicio de la relación, teniendo en cuenta la totalidad de los pagos efectuados en su contravalor en euros y fijando el nuevo capital pendiente en euros, aplicando como tipo de interés de referencia el Euribor y el diferencial pactado en la cláusula b.2.2 (0,35%), así como a restituir al consumidor las cantidades cobradas de más en aplicación del clausulado multidivisa y las comisiones de cambio de moneda cobrada más sus intereses legales desde su percepción.

2.- Subsidiariamente, se declare la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por la Sra. y BANKINTER SA en fecha 17 de enero de 2008, nulidad que afecta a todos los contenidos relativos a la opción multidivisa, recogida en la cláusula financiera tercera, D -en relación con la cláusula primera, cláusula segunda, cláusula tercera 3.A - , por error en el consentimiento, declarando que el contrato subsiste y que la cantidad debida es el saldo pendiente referido en euros que resulte de disminuir del importe inicialmente prestado de 550.000 € la totalidad de la cantidad pagada en concepto de principal e intereses también convertidos a euros y condenando a la entidad demandada, BANKINTER S.A, a recalcular todas las cuotas de amortización del préstamo desde el inicio de la relación, teniendo en cuenta la totalidad de los pagos efectuados en su contravalor en euros y fijando el nuevo capital pendiente en euros, aplicando como tipo de interés de referencia el Euribor y el diferencial pactado en la cláusula b.2.2 (0,35%), así como a restituir al consumidor las cantidades cobradas de más en aplicación del clausulado multidivisa y las comisiones de cambio de moneda cobrada más sus intereses legales desde su percepción.

3.- Se condene a la entidad demandada al pago de las costas causadas en el presente procedimiento”.

**SEGUNDO.-** Por decreto de este Juzgado de 29 de julio de 2016 se admitió a trámite la demanda, acordándose emplazar a la demandada para que contestase en el plazo de veinte días.

Por el Procurador D. Ricard Simó Pascual, en nombre y representación antes indicada, presentó escrito de contestación en fecha 29 de septiembre de 2016, interesando la desestimación íntegra de la demanda con imposición de costas procesales a la parte demandante.

Por diligencia de ordenación de 4 de octubre de 2016 se fijó la audiencia previa para el día 30 de noviembre de 2016.

**TERCERO.-** El día señalado se llevó a cabo la audiencia previa, manifestando las partes la imposibilidad de alcanzar un acuerdo, se afirmaron y ratificaron en sus escritos, fijaron los hechos controvertidos y propusieron prueba, quedando fijada la fecha del juicio para el 13 de marzo de 2016 a las 9:30 horas.

**CUARTO.-** Tras la suspensión del juicio y nuevo señalamiento para el 22 de mayo de 2017 a las 9:30 horas, en este día se procedió a la práctica de la prueba consistente en documental y testifical propuesta por ambas partes, con el resultado que consta en la grabación y realizadas las alegaciones en resumen probatorio que las partes tuvieron por convenientes, quedaron los autos vistos para sentencia.

**QUINTO.-** En la tramitación del presente procedimiento no se ha cumplido el plazo legalmente estipulado para dictar sentencia debido al carácter mixto de este órgano judicial con preferencia de las cuestiones de orden penal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** En el presente procedimiento se está ejercitando de forma principal una acción de nulidad por abusiva de determinada cláusula contenida en la escritura pública de hipoteca formalizada entre las partes. Subsidiariamente se solicita la nulidad de tal cláusula por vicios en el consentimiento.

Para la resolución del presente litigio resultan relevantes los siguientes **antecedentes**:

Con fecha 17 de enero de 2008 la Sra. : contrató con la entidad financiera Bankinter S.A. un préstamo con garantía hipotecaria por importe de 550.000 euros, equivalente a 88.957,7770 Yenes para la adquisición de vivienda, por un período de amortización de 360 meses (del 17 de enero de 2008 al 17 de enero de 2038) a devolver mediante cuotas mensuales constantes que se ajustan al tipo de interés, el cual es el Libor+ 0,50 puntos si opera en la divisa en la que se concertó el préstamo y el Euribor + 0,35 si opera en euros, con opción de cambio de moneda por cualquiera que opere en Espala o Euros. Es lo que se llama con opción multidivisa que consta estipulada en la cláusula financiera tercera, D, en relación con la cláusula primera, cláusula segunda, cláusula tercera 3.a, que contienen referencias al pago del préstamo en yenes u otra divisa que cotice en España.

La cláusula financiera tercera D literalmente dice: *"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 publicado por Bankinter 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 publicado por Bankinter en el mismo plazo. Igualmente, podrá convertirse en EUROS. La sustitución afectará al saldo pendiente del préstamo, de forma que en todo momento deberá estar dispuesto en una sola divisa.*

*A estos efectos, se harán los oportunos traspasos y Bankinter reflejará el préstamo en el tipo de cuenta, en divisas o en EUROS, que haya determinado la parte prestataria, quedando los diferentes saldos amparados por la presente escritura y muy especialmente por los efectos señalados en la Cláusula Tercera de las de Garantía Real.*

*La parte prestataria comunicará a Bankinter con un mínimo de tres días hábiles de antelación al vencimiento de la amortización, mediante carta, telex o telegrama, la moneda elegida según lo establecido en la Cláusula Financiera Tercera.*

*Si la parte prestataria opta por el cambio de moneda y la comunicación se produjera en un plazo inferior a tres días hábiles anteriores al vencimiento de la amortización, el contravalor de la divisa saliente se calculará en base al cambio comprador del*

*Euro que oferte Bankinter en el momento en el que se ordene el cambio de moneda y en un plazo no superior al segundo día hábil anterior a la fecha en que tenga efecto el cambio y la divisa entrante se calculará en base al cambio vendedor del Euro que oferte Bankinter en el mismo momento y plazo.*

*Si no comunicara el cambio de moneda, se entiende que opta por mantener la elegida para el periodo anterior, aplicándose el tipo de interés pactado en la citada Cláusula Financiera Tercera.*

*El límite de responsabilidad hipotecaria por principal será el importe inicial del préstamo en su equivalente en EUROS.*

*Siempre que la parte prestataria lo solicite expresamente, Bankinter le comunicará el nuevo tipo de referencia, el tipo resultante y su fecha de efectividad, mediante una carta remitida al domicilio que figura en la presente escritura.*

*Si la parte prestataria no aceptara el nuevo tipo, deberá manifestarlo a Bankinter y reembolsar el principal e intereses con arreglo al último tipo aplicado, dentro de la fecha de quince días a partir de la fecha de efectividad del nuevo tipo. Si la parte prestataria no realizara el desembolso en el plazo y forma indicados, Bankinter podrá dar por vencido el préstamo, cerrar la cuenta y exigir la devolución del saldo.*

*El silencio de la parte prestataria durante el citado plazo se entenderá como aceptación del nuevo tipo de interés.*

*Los fiadores relevan a Bankinter de dirigirles cualquier comunicación en el sentido expresado.*

*El Banco se reserva el derecho de exigir garantías adicionales o de proceder a cancelar la parte excedida en caso de que, a su contravalor en EUROS, todas las disposiciones al cambio del día excedan en 10,00% del límite actual del préstamo.*

*La sustitución de la divisa utilizada no supondrá, en ningún caso, la elevación del límite pactado inicialmente ni reducción del riesgo en vigor, salvo en caso de efectiva amortización. Por tanto, el prestatario 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 Séptima de las Financieras".*

**La parte actora** fundamenta el ejercicio de su acción definiendo en primer lugar la naturaleza de la hipoteca multidivisa como un derivado implícito incorporado en el contrato, tal y como lo define el Tribunal Supremo en la sentencia de 20 de junio de 2015. Alega que la actora formalizó con dicha entidad un préstamo hipotecario con opción multidivisa porque la entidad la ofrecía a su colectivo profesional con información-propaganda relativa a hipotecas ventajosas para los empleados, sin embargo no se le suministró una información adecuada acerca de las características del funcionamiento de este tipo de hipoteca tales como simulaciones, comparaciones, ofertas alternativas, lo que provocó que firmara un préstamo con unas condiciones impuestas por la entidad, abusivas y en absoluto transparentes. Que no se le explicó en ningún momento que la deuda se contraía en yenes. De este modo se les impuso un tipo de préstamo hipotecario que lleva implícitos unos importantes riesgos, llegando a deber mucho más dinero que el que realmente se prestó. En cuanto al perfil de la actora la misma carece de conocimientos ni experiencia en productos de inversión. Finalmente señala que la entidad vulneró sus obligaciones de información y transparencia a la hora de comercializar el préstamo con la actora al no ofrecer una información precontractual y en el momento de la firma del contrato adecuada a su perfil y a las características del producto, por lo que declara la nulidad de la cláusula de multidivisa.

**La parte demandada** se opone a la acción ejercitada por cuanto entiende que la actora fue debida y suficientemente informada de las características del préstamo, que el mismo contiene un clausurado claro que permite conocer los riesgos inherentes al tipo de préstamo suscrito. Asimismo alega que desde que se formalizó el contrato se le fue entregando a la actora información periódica de la fluctuación del cambio y su repercusión en la cuota, así como la información fiscal. En cuanto a la falta de transparencia del préstamo indica que en este caso se está solicitando la declaración de nulidad de condiciones generales del contrato definitorias del mismo, por lo que su declaración de nulidad afectaría a todo el negocio. En definitiva que la

cláusula multidivisa es clara y transparente por lo que permite conocer la función económica de la misma dentro del contrato.

Por último en cuanto a la acción subsidiaria de nulidad por vicio en el consentimiento se opone a ello alegando la caducidad de la misma y que la actora recibió la información adecuada y acorde a la normativa aplicable.

**SEGUNDO.-** La cuestión controvertida que debe ser resuelta con carácter previo es determinar si estamos ante **condiciones generales de la contratación**, o si por el contrario estamos ante una cláusula de carácter negociado y por lo tanto excluida del ámbito de aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC).

El art. 1 LCGC que establece que son condiciones generales de la contratación las cláusulas predisueltas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos. La STS de 9 de mayo de 2013 que trata de las cláusulas suelo calificándolas como abusivas indica en su apartado 137 en relación a este artículo que la exégesis de la norma ha llevado a la doctrina a concluir que constituyen requisitos para que se trate de condiciones generales de la contratación los siguientes:

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

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

*c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes -aunque la norma no lo exige de forma expresa, dada su vocación de generalidad, debe ser impuesta por un empresario-, de tal forma que el bien o*

*servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.*

*d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.*

En el apartado 144 indica que el hecho de que las condiciones se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que estas se definen en el proceso seguido para su inclusión en el mismo. El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, no obligaría a ninguna de las partes. No excluye la naturaleza de condición general el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la regulación sectorial.

La carga de la prueba de que una cláusula prerrredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores recae sobre el empresario (apartado 165). En el mismo apartado también dice que la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que, o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula, o debe renunciar a contratar. No puede equipararse la negociación con la posibilidad de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.

El Tribunal Supremo indica (apartado 165): *"De lo hasta ahora expuesto cabe concluir que:*

*a) La prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere y consiente contratar con dicha cláusula o debe renunciar a contratar.*

*b) No puede equipararse la negociación con la posibilidad real de escoger entre pluralidad de ofertas de contrato sometidas todas ellas a condiciones generales de contratación aunque varias de ellas procedan del mismo empresario.*

*c) Tampoco equivale a negociación individual susceptible de eliminar la condición de cláusula no negociada individualmente, la posibilidad, cuando menos teórica, de escoger entre diferentes ofertas de distintos empresarios.*

*d) La carga de la prueba de que una cláusula prerredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores, recae sobre el empresario".*

Sobre la negociación de la cláusula alegada dice el art. 3.2 de la Directiva 93/13 del Consejo de 5 de abril de 1993, que "se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se haya negociado individualmente no excluirá la aplicación del presente artículo al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata, no obstante, de un contrato de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente asumirá plenamente la carga de la prueba".

Tanto la Directiva como el párrafo segundo del art. 82 RDL 1/2007 establecen que "el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba". Lo que significa que corresponde a la entidad bancaria aportar la prueba necesaria para demostrar que existió negociación, de lo contrario, la cláusula ha de considerarse impuesta al actor y sin posibilidad de influir en su contenido.

Abundando en lo anterior la STS 9 de mayo de 2.013 dice que en determinados productos y servicios tanto la oferta como el precio o contraprestación a satisfacer por ellos están absolutamente predeterminados. Quien pretende obtenerlos, alternativamente, deberá acatar las condiciones impuestas por el oferente o renunciar a contratar (apartado 156), como sucede con los servicios bancarios y financieros (apartado 157).

Esta jurisprudencia ha sido reiterada así en Sentencias del Alto Tribunal de fecha 24 de marzo de 2015 y de 23 de diciembre de 2015.

En este caso la demandada presenta junto al escrito de contestación la oferta de productos presentada a la Unión Sindical de Controladores Aéreos el cual no aparece firmado ni recepcionado por la actora (documento nº 2); un mail que remitió el director de la oficina a la actora (documento nº 3) con una cuadro resumen que no coincide con la realidad suscrita pues el diferencial no coincide y además no va acompañado de ninguna explicación adicional relativa a los riesgos y finalmente un folleto comercial del producto (documento nº 4) el cual tampoco consta recibido por la actora.

En cuanto a la testifical del director de la oficina, el Sr. aseguró que pese a haber intervenido personalmente en la comercialización de dicho producto no recuerda como fue la negociación concreta. Que en términos generales no recibieron formación sobre el producto financiero. Que no recibía información sobre conveniencia del producto. Que la información se publicaba y los clientes tenían acceso a la misma. Que no explicaba el cálculo de que lo se tenía que pagar porque no se lo preguntaban. Sólo si los clientes lo solicitaban les hacía episodios de las fluctuaciones a la alta o a la baja, en cuyo caso se incorpora en el expediente financiero.

No ha quedado constatado que existiera una información precontractual, pues no se ha aportado por la entidad la información efectivamente emitida a la actora, que según el testigo, de existir debe estar en el expediente financiero.

La demandada no presenta prueba sobre una negociación individual con la actora. Fue la entidad quien redactó la cláusula tercera D en este contrato, cláusula idéntica a la introducida en otros contratos de préstamo similares, sin posibilidad de que el cliente introdujese cambios. Ni siquiera queda constancia de que la entidad le permitiese elegir entre varias opciones de hipotecas, la parte actora únicamente pudo expresar su consentimiento a la firma del contrato de préstamo.

En suma, siguiendo la doctrina del Alto Tribunal, considero que la cláusula cuestionada en el presente litigio constituye condiciones Generales de la Contratación, redactada por la entidad bancaria sin posibilidad de que el cliente

interviniese en su contenido, e incorporada a otros contratos de préstamo similares con la misma redacción. La cláusula y las condiciones que contiene se dieron a conocer al cliente, hubo una información precontractual mínima, pero no una negociación individualizada con la Sra.

**TERCERO.-** La parte demandada alega la imposibilidad de realizar un **control de abusividad** del contenido del tipo de interés remuneratorio como objeto principal del contrato de préstamo.

En relación con esta cuestión ya se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 30 de abril de 2014 en el sentido de:

*"El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) debe interpretarse en el sentido de que : - los términos «objeto principal del contrato» únicamente abarcan una cláusula, contenida en un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera concluido entre un profesional y un consumidor, que no ha sido objeto de negociación individual, como la cláusula discutida en el litigio principal, en virtud de la cual la cotización de venta de esa divisa se aplica para el cálculo de las cuotas de devolución del préstamo, si se aprecia, lo que corresponde comprobar al tribunal remitente atendiendo a la naturaleza, el sistema general y las estipulaciones de ese contrato, así como a su contexto jurídico y de hecho, que esa cláusula establece una prestación esencial de ese contrato que como tal lo caracteriza; tal cláusula, en cuanto estipula la obligación pecuniaria para el consumidor de pagar en devolución del préstamo los importes derivados de la diferencia entre la cotización de venta y la de compra de la divisa extranjera, no puede calificarse como comprensiva de una «retribución» cuya adecuación como contrapartida de una prestación realizada por el prestamista no pueda ser apreciada en relación con su carácter abusivo en virtud del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 ".*

En segundo lugar señala que *"el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender*

como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".

De este modo a la vista de lo indicado en dicha sentencia y lo estipulado en el contrato de préstamo cabe concluir que nos encontramos ante una cláusula que constituye elemento esencial del contrato. Ahora bien tal y como se indica en dicha sentencia, ello no impide que pueda declararse su nulidad si se comprueba que estamos ante una cláusula que no ha sido negociada entre las partes y que no está redactada de forma clara y comprensible.

Establece el art. 4.2º de la Directiva 93/13 CEE que "*La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*". El art. 8 de la misma Directiva establece que "Los Estados Miembros podrán adoptar o mantener en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más estrictas que sean compatibles con el tratado, con el fin de garantizar al consumidor un mayor nivel de protección.". Viene a reiterar lo que ya se recogía en el considerando decimonoveno, la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a las cláusulas que describan el objeto principal del contrato, ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación.

La Ley 7/98 de 13 de abril de Condiciones Generales de la Contratación es el resultado de la transposición de la Directiva 93/13, sin embargo, no transpone el art. 4.2º, el motivo es "... que es importante dejar a los Estados Miembros la posibilidad, dentro del respeto del Tratado, de garantizar una protección más elevada al consumidor mediante disposiciones más estrictas que las de la presente Directiva".

La STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08 analiza esta cuestión y concluye: "42.- *En consecuencia, en el ordenamiento jurídico español, como señala el Tribunal*

Supremo, un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible.

44.- A la luz de estas consideraciones, procede responder a las cuestiones primera y segunda que los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible". Con posterioridad a la Sentencia Europea, la dictada por el Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012, y otras como la de 9 de mayo de 2013 y 2 de diciembre de 2014 indican que para realizar el control de abusividad se ha de distinguir si la cláusula en cuestión se refiere al objeto principal del contrato y cumple una función definitoria o descriptiva esencial del mismo, o, por el contrario, se refiere a otros extremos. Y ello, por cuanto, en el primer caso, el control de abusividad no puede extenderse al equilibrio de las contraprestaciones, sino que ha de limitarse a su transparencia, es decir, a determinar si el adherente ha tenido oportunidad real de conocer su contenido de manera completa al tiempo de la celebración del contrato y si la misma se encuentra redactada de manera clara y comprensible.

La de 18 de junio de 2012 al analizar un préstamo con un interés remuneratorio del 20,50%, viene a concluir la imposibilidad de declarar la nulidad de una cláusula esencial del contrato en atención a su carácter abusivo. Justifica el Tribunal Supremo tal decisión en la forma siguiente: "Por otra parte, en el Derecho de los consumidores, informado desde nuestro texto Constitucional, artículo 51 CE, así como por los Tratados y numerosas Directivas de la Unión Europea, tampoco puede afirmarse que, pese a su función tutiva, se altere o modifique el principio de libertad de precios. Baste recordar al respecto que la Ley de condiciones generales de la contratación tuvo por objeto la transposición de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo,

de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación, cuyo artículo 4.2 excluía expresamente del control de contenido de las cláusulas abusivas tanto la definición del objeto principal del contrato como la adecuación con el precio pactado, siempre que se definieran de manera clara y comprensible. De esta forma, en la modificación de la antigua ley general de defensa de consumidores de 1984, por la aportación del nuevo artículo 10, en su número primero, apartado -C-, se sustituyó la expresión amplia de "justo equilibrio de las contraprestaciones" por "desequilibrio importante de los derechos y obligaciones", en línea de lo dispuesto por la Directiva a la hora de limitar el control de contenido que podía llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula, de ahí que pueda afirmarse que no se da un control de precios, ni del equilibrio de las prestaciones propiamente dicho (...) el control de contenido que la nueva redacción del artículo 10, siguiendo a la Directiva del 93, ya no refiere a la "buena fe y justo equilibrio de las contraprestaciones", sino a "la buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes", no permite que la valoración del carácter abusivo de la cláusula pueda extenderse ni a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución por una parte, ni tampoco a los servicios o fines que hayan de proporcionarse como contrapartida, esto es, dicho control de contenido no permite entrar a enjuiciar la justicia y el equilibrio contraprestacional de los elementos esenciales del contrato y, por tanto, a valorar la posible "abusividad" del interés convenido; no hay, por así decirlo, desde la perspectiva de las condiciones generales, un interés "conceptualmente abusivo", sino que hay que remitirse al control de la usura para poder alegar un propio "interés usurario" que afecte a la validez del contrato celebrado".

De todo lo anteriormente manifestado se desprende que la cláusula multidivisa prevista en el préstamo define un elemento esencial del contrato, por lo que no puede estar sujeta al control de abusividad referido, aunque se la puede someter al doble control de transparencia, que comprende el control de inclusión, la información que se le dio al cliente, y el control de comprensibilidad, si llegó a entender el contenido de la cláusula y lo que significa.

En cuanto a la condición de consumidor de la actora, no es cuestión discutida que la finalidad del préstamo era la adquisición de una vivienda habitual. De este modo

cabe concluir por tanto que la actora tiene la condición de consumidora y usuaria en los términos del Texto Refundido 1/2007, de 16 de noviembre, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

**CUARTO.-** Determinada la naturaleza del contrato y las posibilidades de control de la cláusula señalada, se analizará de forma pormenorizada.

### Naturaleza jurídica

En el supuesto que nos ocupa las partes formalizaron un contrato de préstamo hipotecario en fecha 17 de enero de 2008. En dicho contrato, en la cláusula financiera primera apartado primero se indica que el préstamo inicialmente queda formalizado en OCHENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS SETENTA YENES (88.957.770 yenes), QUINIENTOS CINCUENTA MIL EUROS (550.000 euros); contravalor en divisas a efectos informativos, que es la cantidad que la demandada entregó a la actora. A continuación en la cláusula financiera tercera se incluye la cláusula multidivisa.

El Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los préstamos hipotecarios multidivisas, aunque con clientes no consumidores, en la sentencia de 30 de junio de 2015. En dicha sentencia define la hipoteca multidivisa *“como 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 Offerd 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.

Añade que 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”.*

El Tribunal Supremo consideró que nos encontramos ante un derivado financiero y que por lo tanto resultaba de aplicación la normativa del Mercado de Valores, es decir la normativa MIFID. Sin embargo, con posterioridad a dicha sentencia el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la sentencia de fecha 3 de diciembre de 2015 indicó, “que las operaciones de cambio que realiza una entidad de crédito en el marco de la ejecución de un contrato de préstamo denominado en divisas, como el controvertido en litigio principal, no pueden calificarse de servicios de inversión, de manera que esta entidad no está sometida, en particular, a las obligaciones en materia de evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que pretende prestar previstas en el artículo 19 de la Directiva 2004/39”.

Conviene traer a colación la sentencia de la Audiencia de Barcelona, sección 13<sup>a</sup> de 29 de abril de 2016, ya que analiza los riesgos de este tipo de hipoteca e indica que “La verdadera naturaleza, el modo de funcionamiento y los riesgos que entraña la hipoteca multidivisa que aquí se enjuicia entrañan una considerable complejidad para clientes minoristas sin una adecuada formación, sin relación con los mercados financieros y con ingresos y gastos exclusivamente en euros. Obviamente, su funcionamiento y sus riesgos pueden llegar a entenderse con una adecuada explicación y si la forma en la que se pacta recoge de forma clara y transparente los derechos y obligaciones de las partes y todas las variables que resultan de interés en la carga jurídica y económica del contrato de préstamo y en la afectación que ello supone para la garantía hipotecaria, pero no es una tarea que, en este caso concreto, pueda calificarse de sencilla”.

En dicha sentencia se indica los principales riesgos del préstamo de forma separada:

“1. El tipo de interés aplicable, que es el primer factor de riesgo en un préstamo a interés variable, depende de una referencia como el LIBOR (London Interbank Offerd Rate, en términos muy resumidos, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres) sobre el que un cliente minorista español no dispone de especial información, a diferencia de lo que puede suceder, por ejemplo, con el

*Euribor, respecto del que los medios de comunicación ofrecen información periódica, homogénea y entendible.*

*2. El riesgo de fluctuación de la moneda es un riesgo esencial con un impacto económico importantísimo sobre la vida del contrato. Las implicaciones de la diferencia entre la moneda nacional del prestatario, que es la moneda en la que el consumidor opera, porque en ella recibe sus ingresos y tiene sus activos (también llamada moneda funcional) y la moneda del crédito (moneda nocional) son esenciales. Hay dos cuestiones distintas en el riesgo asociado a la fluctuación del tipo de cambio:*

*a) El riesgo más evidente es el siguiente: quien recibe un préstamo en yenes para afrontar deudas en euros y se obliga a devolver ese préstamo en yenes (o en otra divisa de su elección) tenderá a pensar, salvo que se le explique lo contrario, que el capital que debe es una suma prefijada que ha quedado determinada en euros y que, como tal, sólo podrá modificarse a la baja, en mayor o medida, al restar las cuotas amortizadas. Es decir, tenderá a pensar que el capital prestado es de los euros que necesita y que se irá reduciendo en función del contravalor en euros de los yenes pagados. Asumirá, pues, el riesgo de que la fluctuación de los tipos de cambio perjudique el valor en euros de las cuotas amortizadas. Este riesgo puede tener una doble representación mental para quien realiza el esfuerzo económico en euros: (i) con la misma cantidad de euros se podrá amortizar menos capital, si el tipo de cambio es desfavorable al euro o (ii) para mantener el mismo nivel de reducción de capital es preciso aportar más euros, lo que se traduciría en una subida de la cuota.*

*b) Ahora bien, además de estos riesgos, existe otro más importante asociado a la fluctuación de los tipos de cambio, que explica que, pese al pago de las cuotas y pese a que éstas retribuyen capital e intereses, el capital del préstamo no se reduzca, sino que se incremente, y es que el tipo de cambio se aplica no sólo a las cuotas periódicas de amortización, sino que supone también un recálculo constante del capital prestado, que no es una cantidad fija, sino una representación en yenes de los euros recibidos que se recalcula cada mes en función del tipo de cambio. Este riesgo explica que el consumidor no adecuadamente informado supusiera que, por*

*haber amortizado capital ha reducido su deuda, cuando realmente no sólo no es así sino que su deuda se puede ver incrementada.*

*3. Todos estos riesgos tienen dificultad añadida: las cuotas de amortización, el tipo de interés (obligatoriamente, salvo que no exista variación en el tipo aplicable) y la divisa de pago (facultativamente) se determinan cada mes, lo que se supone que obliga a los prestatarios a estar permanente pendientes, durante toda la vida del préstamo, de una información difícilmente accesible. En teoría, cada una de las cuotas mensuales debía ir precedida de una decisión sobre la divisa aplicable y sobre la forma de gestionar su pago, mediante su contravalor en euros o mediante la puesta a disposición del banco de la divisa de pago".*

**QUINTO.-** Fijada la naturaleza y los riesgos que lleva implícito este tipo de préstamo hipotecario procede analizar si la cláusula objeto de controversia pasa el control de transparencia exigida.

### **Control de transparencia de la cláusula**

El Tribunal Supremo en Sentencia de 23 de diciembre de 2015 dispone cómo realizar ese control, concretamente indica que hay que realizar un doble control de incorporación y de contenido del contrato. Así indica que "Como recordamos en la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo, ya dijimos en la previa 241/2013 que este doble control consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, «conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predisposta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los

*riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo». Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, «la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.*

*Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación -en adelante, LCGC). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticiamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio”.*

Volviendo a la STS 9 de mayo de 2013 (parágrafo 225), para determinar que las cláusulas analizadas son transparentes enumera una serie de parámetros a tener en cuenta:

- "a) *Falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.*
- b) Se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas.*
- c) No existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonable previsible del tipo de interés en el momento de contratar.*

*d) No hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.*

*e) En el caso de las utilizadas por el BBVA, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor".*

En este supuesto como antes se ha indicado en la cláusula financiera primera del contrato de préstamo se indica la entrega por la demandada a la actora, en su calidad de préstamo multidivisa, de la suma de 88.957.770 yenes por su contravalor en 550.000 euros. Dicho contravalor se establecerá en base al cambio comprador de la divisa elegida, respecto del Euro, que el Banco publique, salvo que las partes acuerden la aplicación de un cambio distinto.

En la misma cláusula se señala que la entrega del capital del préstamo por el Banco a la parte prestataria, en euros o en la divisa elegida, (...).

En la cláusula financiera tercera se prevé la opción de cambio de moneda según la cual el prestatario podrá, con una antelación mínima de 3 días hábiles al de cada cuota de amortización, solicitar la sustitución de la divisa por otra de las cotizadas en España, incluido el euro, valorándose a estos efectos la divisa que se sustituya al cambio vendedor, y la que se introduce al cambio comprador (...).

La sustitución de la divisa utilizada no supondrá, en ningún caso, la elevación del límite pactado inicialmente ni reducción del riesgo en vigor, salvo en caso de efectiva amortización. Por tanto, el prestatario 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 Séptima de las Financieras.

En este supuesto tal y como antes ya se ha indicado resulta de aplicación 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, al tener la consideración los actores de consumidores. En su artículo 8 e) se establece como un derecho de los consumidores recibir "d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute". Este derecho de los consumidores aparece indicado en otros artículos aunque conviene resultar lo establecido en el artículo 60. Dicho artículo dispone que "antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas. 2. Serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y cualesquiera otras que resulten de aplicación.

La sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014, antes ya mencionada, indica los requisitos que debe de reunir la información suministrada a los consumidores en este tipo de préstamo. Así sostiene *"que es fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. En función, principalmente, de esa información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional (véase la sentencia RWE Vertrieb, EU:C:2013:180, apartado 44).* También indica que dado la situación de inferioridad del consumidor la exigencia del nivel de transparencia de la información a suministrar debe entenderse de manera extensiva. Y en concreto en lo que atañe a las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera especificadas por la cláusula III/2, incumbe al tribunal remitente determinar si, a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes, entre ellos la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso podía no sólo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de una divisa extranjera, aplicada en general en el mercado de valores mobiliarios, sino también evaluar las consecuencias económicas potencialmente importantes para él de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de

*devolución a cuyo pago estaría obligado en definitiva, y por tanto el coste total de su préstamo".*

Una cláusula idéntica a la del objeto de este procedimiento, incorporado a un préstamo multidivisa, ha sido analizada por la sentencia de la AP de Barcelona, sección 19<sup>a</sup> de 19 de enero de 2016. En esta sentencia se indica que "y si bien se explica con sencillez el mecanismo de cambio o de sustitución de la divisa elegida, la forma en que pueden hacerlo los prestatarios en cualquier momento durante la duración del contrato, reflejando a tal efecto el Banco la liquidación correspondiente al cambio de la divisa que se sustituya al cambio vendedor y la que se introduce al cambio comprador (incluido el Euro), la cláusula es ambigua y contradictoria inclusive en el párrafo 7º (...).

*La oscuridad, ambigüedad y contradicción de la redacción señalada en el párrafo primero y respecto de la propia cláusula multidivisa resultan evidentes, en tanto de un lado parece que la sustitución de la divisa no supondrá en ningún caso la elevación del importe del préstamo, pero por otro lado la afectación a los saldos pendientes de cambio parece indicar justamente lo contrario. Seguidamente el propio párrafo 7º in fine establece que la prestataria reconoce que el préstamo está formalizado en divisas asumiendo explícitamente los riesgos de cambio exonerando al Banco de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo incluido la posibilidad de que el contravalor en la divisa escogida pueda ser superior al límite pactado. El equívoco se patentiza también a continuación cuando tras el último inciso de la cláusula de exoneración se sigue diciendo que "Si se produjera dicho exceso, de manera que el contravalor en euros del capital pendiente de amortizar fuera superior en un 10% al importe de la responsabilidad hipotecaria que por principal corresponde, la prestataria deberá realizar una amortización extraordinaria de capital por el importe en que se cuantifique el referido exceso". A qué límite se refiere, es el importe del préstamo original o no lo es. De la redacción confusa o poco clara no se advierte a priori la respuesta a dichas cuestiones, si bien de la cláusula en cuestión, de una extensión aproximada de unas dos páginas, resulta que el prestatario no tiene límite alguno, esto es el único límite es el de la obligación garantizada por la hipoteca; esto es la garantía hipotecaria la que tiene límite respecto al préstamo en euros, pero no lo tiene las consideradas cláusulas de la evolución de las divisas en el importe del capital objeto del préstamo".*

De este modo en cuanto a la redacción de la cláusula se puede determinar que con la información contenida de la misma difícilmente podría la actora, a la cual no le consta la contratación previa de otros productos relacionados con divisas, ni que tenga especiales conocimientos financieros, conocer adecuadamente el funcionamiento de la opción multidivisa y como repercutiría la misma en sus obligaciones de pago, la carga económica del préstamo y en los riesgos concretos asociados al mismo. Por ello tiene especial relevancia la información que los empleados de la entidad debieron dar a la actora para que pudiera tener correcto conocimiento de la carga económica que el préstamo le iba a suponer.

Pues bien en este supuesto y una vez analizada la prueba practicada y teniendo en cuenta la jurisprudencia y normativa antes mencionada, cabe concluir que la información que recibió la actora no fue la adecuada.

Así en primer lugar en cuanto a la información precontractual, no constan en los autos prueba alguna de la entrega de documentación informativa precontractual acerca de las características y riesgos del préstamo, ni que se le expusieran a los clientes los posibles escenarios de variación de los tipos de cotización de la divisa.

El testigo, director de la entidad que comercializó el préstamo con la actora, indicó que no recuerda nada de la negociación concreta y que de habersele entregado información o efectuado simulaciones de fluctuaciones a la alza o a la baja se hubieran incorporado al correspondiente expediente financiero sin que se haya aportado. De este modo la entidad bancaria incumplió lo previsto en la orden de 5 de mayo de 1994.

En cuanto a la información verbal suministrada por los empleados de la entidad, la actora manifestó en el acto de la vista, que no se le explicó en qué consistía este préstamo multidivisa, que en ningún momento se le informó que se le dejaba dinero en otra moneda. Se le informó que podía cambiar en cualquier momento al euro pero sin indicar cómo efectuar el cambio ni las consecuencias que comportaba. Sólo se le ofreció el producto indicándole que era muy ventajoso porque pagaría menos de cuota mensual.

Pues bien, dichas declaraciones no permiten concluir que la información verbal suministrada a la actora con carácter previo a la formalización del contrato se ajustará a los parámetros legales y jurisprudenciales exigibles

Así no consta que se explicaran correctamente los riesgos del préstamo que con anterioridad en esta resolución han sido mencionados, ni cómo efectuar el cambio de divisa, ni las consecuencias de dicho cambio ni el tipo de interés aplicable ni los cálculos precisos para determinar dicho interés.

Tampoco se ha acreditado que la entidad explicara adecuadamente a la actora los diferentes escenarios posibles que se podrían producir ante el cambio de divisa y como ello repercutiría en sus cuotas para que la clienta se pudiera hacer una idea formada de la carga económica que el préstamo podría suponer para ella y como podía incidir en su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar el tipo de cambio en la economía del contrato y en la determinación de las cuotas.

De igual forma no consta que se explica adecuadamente el hecho de que el capital prestado podría verse ampliado en el caso de apreciación de la moneda ya que serían necesarios más euros para comprar yenes.

No se pretende exigir en esta resolución a la entidad demandada que hubiera previsto la evolución del yen, sino que lo que se le exige es que como entidad financiera que es, debe de conocer la fluctuación de los tipos de cambio, por lo que a la hora de comercializar este producto debía de haber explicado convenientemente a la actora los escenarios posibles y la influencia de los mismos en sus obligaciones de pago.

Tampoco se ha aportado ningún documento en el que la entidad informara a la deudora del coste del préstamo en comparación con otras modalidades de amortización que la propia entidad le pudiera ofrecer. Debe tenerse presente que la falta de claridad de la cláusula no puede beneficiar a la entidad financiera ya que no podemos olvidar que estamos en presencia de un contrato tipo que ha sido redactado unilateralmente por ella y que se ha adaptado a las circunstancias concretas del caso.

Por otro lado en relación a la información postcontractual, la entidad demandada sostiene que se le fue suministrado a la actora los recibos del pago de las cuotas hipotecarias así como la información fiscal, por lo que era perfecta conocedora de las características del préstamo. No obstante la actora indicó que fue a hablar con el director de la oficina en cuanto empezó a subir la cuota y este le dijo entonces que el capital a devolver era mayor, momento en el que decidió cambiar al euro e iniciar las actuaciones tendentes al proceso actual.

Por todo lo expuesto se puede concluir que la actora formalizó el contrato de préstamo multidivisa atraída por un tipo de interés más ventajoso que hacía que pagara cuotas menos elevadas según le manifestó el actor, sin conocer realmente cuales eran las características y riesgos de este tipo de préstamo. De este modo la entidad bancaria no cumplió con los requisitos de transparencia ni en la redacción de la totalidad de las cláusulas ni en la información suministrada a la actora. Así la entidad bancaria tiene el deber de garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos reales del productos que contratan, más en este caso que se trata de un préstamo complejo que es útil para personas que perciben su salario en una moneda diferente al euro y están al corriente del funcionamiento y evolución de los tipos de cambio de forma que puedan limitar los riesgos que supone la fluctuación de las divisas.

Una vez determinado que la cláusula no supera el control de trasparencia se debe de entrar a analizar su posible abusividad. Así teniendo en cuenta toda la normativa y jurisprudencia antes expuesta cabe concluir que la cláusula es abusiva ya que existe un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor que hace pensar que si la actora, quien no percibe su salario en yenes y carece una especial formación en materia financiera y en divisas, la hubiera negociado individualmente y con una correcta información no la habría aceptado. Y ello debido fundamentalmente, a que al aplicar este tipo de préstamo a la actora, la cual buscaba financiación para adquirir una vivienda, no hubiera formalizado este tipo de préstamo que puede hacer que el capital prestado aumente en vez de disminuir con el pago de las cuotas. Este desequilibrio entre las partes ha perjudicado a la actora que no está en disposición por sus conocimientos financieros de disminuir los riesgos que la fluctuación del tipo de cambio puede afectar a su obligación de pago.

En este sentido se han pronunciado entre otras las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16<sup>a</sup> del 18 de septiembre de 2015, SAP sección 13<sup>a</sup> del 30 de diciembre de 2015 y SAP sección 13<sup>a</sup> del 29 de abril de 2016.

**SEXTO.-** Una vez determinada la nulidad de la cláusula relativa a la opción multidivisa procede determinar que efectos se derivan de dicha declaración.

### **Efectos de la declaración de nulidad**

En cuanto a las consecuencias que supone tal declaración, dispone el art 9.2 LCGC que la sentencia que declare nulidad debe aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. Dicho art. 10 LCGC establece que la nulidad no determina la ineffectuación total del contrato. Procede, exclusivamente la nulidad de la cláusula que merezca tal sanción, lo que visto el art. 1303 CC, obliga a la restitución recíproca de las prestaciones.

Asimismo debe de tenerse en cuenta que el artículo 6 de la Directiva 93/13 establece que *"Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas"*.

La STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Dirk Frederik Asbeek Bruse: § 57 indica que: *"El Tribunal de Justicia ha deducido de esa redacción del artículo 6, apartado 1, que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma"*. En el siguiente párrafo, § 58, se explica la razón: *"Pues bien, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva ya que la mencionada facultad debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores"*. Lo que arrastra la consecuencia que señala el § 59 y el fallo: *"De ello*

*se deduce que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula".*

En la sentencia de 30 de abril de 2014 TJUE, relativa a un préstamo multidivisa, se señala que *"El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional"*.

En primer lugar en cuanto a la cláusula multidivisa la consecuencia de la nulidad es la expulsión de la misma del contrato de préstamo, que, pese a ello subsiste en la medida en que no se ven afectados otros elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil.

En este supuesto a la vista de lo indicado en la STJUE de 30 de abril de 2014, se considera que no existe, motivo para eludir la aplicación del principio de conservación parcial del contrato, eliminando la cláusula cuya nulidad se ha declarado, manteniendo la validez del contrato no afectado por tal declaración. Así la declaración de nulidad total del contrato sería perjudicial para la actora ya que tendría que devolver de una vez el importe total del préstamo.

De este modo la inaplicación de la cláusula multidivisa es posible porque en el contrato figura el importe concedido en euros, 550.000 euros. Además en la escritura en la cláusula 3.1 A se prevé que para las disposiciones en euros el tipo de referencia a aplicar sería el EURIBOR. Por ello la entidad demandada deberá de proceder a realizar una nueva liquidación de las cuotas satisfechas por los actores y del capital pendiente de amortización en euros, aplicando el Euribor como índice de referencia desde el inicio de la relación. En este sentido se pronuncia entre otras la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13<sup>a</sup>, de fecha 29 de abril de 2016.

**SÉPTIMO.**- En lo que respecta a las costas, se impondrán a la parte demandada, al haber sido estimadas las pretensiones de la parte actora, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC.

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

## FALLO

Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales D. Fernando Moratal Sendra, en nombre y representación de LA \_\_\_\_\_ en nombre de D<sup>a</sup> \_\_\_\_\_ frente a BANKINTER S.A., acuerdo:

1. Declarar la nulidad de la cláusula financiera tercera, D, que contiene referencias al pago del préstamo en yenes u otra divisa que cotice en España de la escritura de préstamo hipotecario de fecha 17 de enero de 2008, suscrito entre las partes.
2. Condenar a la demandada BANKINTER S.A. a eliminar dicha cláusula del contrato y a presentar una nueva liquidación de las cuotas satisfechas por la actora y del capital pendiente de amortización en euros, aplicando el Euribor como índice de referencia.

Todo ello con imposición de costas a la parte demandada.

Contra esta resolución podrá interponerse recurso de apelación ante la Sala de los Civil de la Audiencia Provincial de Barcelona; recurso que habrá de presentarse en este Juzgado en el plazo de veinte días desde su notificación, aportando documento acreditativo del correspondiente depósito en la cuenta de consignaciones y depósitos de este Juzgado, sin cuyos requisitos no será admitido (Disposición adicional 15<sup>a</sup> de la LOPJ introducido por Ley Orgánica 1/2009).

Líbrese testimonio de la presente resolución para su unión a los autos principales y  
llévese el original al libro de Sentencias de este Juzgado.

Así por esta mi Sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

**Publicación:** Leída y publicada ha sido la anterior resolución por la Juez que la suscribe estando celebrando audiencia en el día de la fecha. Doy fe.