

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 22063/2018

Materia: Cláusulas GRI - Multidivisa

NEGOCIADO 3 BIS

Demandante:

PROCURADOR Dña.

Demandado: BANKINTER SA

PROCURADOR

SENTENCIA N° 5079/2020

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D. FERNANDO PÉREZ GIL DE LA SERNA

En Madrid a veintiocho de septiembre de dos mil veinte.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora en la representación indicada se interpuso demanda de Juicio Ordinario contra, turnada a este Juzgado, en la que tras alegar los fundamentos de hecho y derecho aplicables, solicitó que se dictase sentencia sobre el clausulado multidivisa se declare la nulidad o, subsidiariamente, la anulabilidad o resolución del clausulado multidivisa contenido en la escritura de préstamo hipotecario suscrita entre los litigantes.

SEGUNDO.- Tras examinarse de oficio la jurisdicción y competencia objetiva así como la territorial, se admitió a trámite la demanda, dando a los autos el cauce del juicio ordinario, dando traslado de la misma a la parte demandada.

TERCERO.- La Procuradora , en la representación indicada presentó escrito de contestación a la demanda oponiéndose a la demanda e interesando su desestimación.

CUARTO.- Celebrada la Audiencia Previa, con la asistencia de la defensa y representación de cada una de las partes personadas, exhortándose a las mismas para que llegaran a un acuerdo, lo que no se logró, por lo que se acordó la continuación de la comparecencia en la que se oyó a las citadas representaciones que mantuvieron sus posturas; verificado lo anterior, por las partes se propuso prueba documental, interrogatorio de parte y de testigo que fue admitida.

En fecha 24 de septiembre de 2020 se ha celebrado el juicio con el resultado que obra en autos. Una vez finalizada la práctica de la prueba, se concedió la palabra a los letrados directores de las partes, que evacuaron informe de resumen y conclusión.

QUINTO.- En la tramitación de estas actuaciones se han observado todas las prescripciones legales en vigor, excepto por lo que se refiere a los plazos establecidos para los señalamientos de vistas en Sala, de imposible cumplimiento con la carga de trabajo que pesa sobre el tribunal y el necesario orden que ha de seguirse en el despacho de los asuntos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Mediante la presente demanda la parte actora ejercita frente a la entidad demandada la nulidad de las cláusulas relacionadas con la opción multidivisa.

La parte demandada opone y alega, en síntesis, que las cláusulas fueron negociadas, correspondiendo la iniciativa de la contratación a la demandante, y debe excluirse la aplicabilidad del doble control de transparencia los controles de transparencia y de abusividad, no son aplicables por cuanto en el momento precontractual se prestó una información completa y suficiente, y la parte demandante fue plenamente consciente del riesgo de tipo de cambio, y de la asunción del riesgo de tipo de cambio. Afirma la existencia de iniciativa de la demandante y niega la demanda la existencia de un desequilibrio.

SEGUNDO.- Con carácter previo por su contenido extintivo de la acción se ha de entrar a conocer sobre la excepción material planteada por la demandada de caducidad de la acción.

El Código Civil señala, en su artículo 1301 que la acción para declarar la nulidad durará cuatro años tiempo que empezará a correr... En los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato.

La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2003, señala que: "Este momento de la 'consumación' no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar, como acertadamente entendieron ambas sentencias de instancia, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes".

Pese a que es conocida la existencia de ciertas discrepancias en la conocida como jurisprudencia menor lo cierto es que la recientísima sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 en un supuesto muy similar al presente señala que *"... no es correcta la tesis de las sentencias de instancia en lo relativo al día inicial del plazo del ejercicio de la acción. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1301 del Código Civil, «[l]a acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr: [...]*

En los [casos] de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación

del contrato [...]». Como primera cuestión, el día inicial del cómputo del plazo de ejercicio de la acción no es el de la perfección del contrato, como sostiene la sentencia del Juzgado de Primera Instancia (y no corrige adecuadamente la de la Audiencia) al afirmar que *«la consumación del contrato vendrá determinada*

por el concurso de las voluntades de ambos contratantes». No puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el art. 1301 del Código Civil, con la perfección del mismo. Así lo declara la sentencia de esta Sala núm. 569/2003, de 11 de junio, que mantiene la doctrina de sentencias anteriores, conforme a las cuales la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce *«la realización de todas las obligaciones»* (sentencias de la Sala 1ª del

Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897, 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), «cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando «se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983). Y respecto de los contratos de tracto sucesivo, declara la citada sentencia núm. 569/2003: «Así en supuestos concretos de contratos de tracto sucesivo se ha manifestado la jurisprudencia de esta Sala; la sentencia de 24 de junio de 1897 afirmó que "el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo", y la sentencia de 20 de febrero de 1928 dijo que "la acción para pedir la nulidad por dolo de un contrato de sociedad no comienza a contarse hasta la consumación del contrato, o sea hasta que transcurra el plazo durante el cual se concertó"».

4.- El diccionario de la Real Academia de la Lengua establece como una de las acepciones del término "consumar" la de «ejecutar o dar cumplimiento a un contrato o a otro acto jurídico». La noción de "consumación del contrato" que se utiliza en el precepto en cuestión ha de interpretarse buscando un equilibrio entre la seguridad jurídica que aconseja que la situación de eficacia claudicante que supone el vicio del consentimiento determinante de la nulidad no se prolongue indefinidamente, y la protección del contratante afectado por el vicio del consentimiento. No basta la perfección del contrato, es precisa la consumación para que se inicie el plazo de ejercicio de la acción.

Se exige con ello una situación en la que se haya alcanzado la definitiva configuración de la situación jurídica resultante del contrato, situación en la que cobran pleno sentido los efectos restitutorios de la declaración de nulidad.

Y además, al haberse alcanzado esta definitiva configuración, se posibilita que el contratante legitimado, mostrando una diligencia razonable, pueda haber tenido conocimiento del vicio del consentimiento, lo que no ocurriría con la mera perfección del contrato que se produce por la concurrencia del consentimiento de ambos contratantes.

5.- Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede

obviarse el criterio interpretativo relativo a «la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas», tal como establece el art. 3 del Código Civil.

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

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

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

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto,

el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error”.

Siendo como es el objeto del presente contrato la hipoteca multidivisa, contrato bancario complejo que ha venido produciendo efectos en el tiempo debe aplicársele tal doctrina.

Ocurre en el caso que la propia parte demandante en primer término no impugna, en el trámite previsto en el artículo 427 de la LEC, el documento de los acompañados a la contestación en el que consta la cantidad adeudada en euros, en divisa, el tipo de interés aplicable y la cuota del préstamo, de dónde resulta fácilmente constatable la evolución del préstamo en el que sus efectos negativos para el consumidor se remontan a mucho tiempo más allá de los cuatro años previstos legalmente, aproximadamente a 2010.

En atención a lo expuesto se habría de estimar la excepción de caducidad de la acción de nulidad ejercitada al haber transcurrido desde entonces más de cuatro años hasta la interposición de la demanda.

La demandante afirma que formula igualmente la acción de nulidad absoluta por abusividad. Obsérvese que la mencionada sentencia de 12 de enero de 2015 se refiere a un supuesto similar al presente entendiendo, como se vio, aplicable el artículo 1301 del CC aunque con la interpretación que propone (y se expone) que supuso en aquel caso la desestimación de la excepción. La demanda (ver antecedente de hecho primero) contenía un suplico en el que se interesaba que se dicte “sentencia por la que se declare la nulidad radical del contrato objeto de litis”. El supuesto examinado además comprende igualmente la concurrencia de los presupuestos de información previa y conocimiento cabal del contrato supuesto que indicaría la posible existencia de nulidad absoluta por abusividad y que, en el caso, permitió la aplicación de la regulación de la caducidad.

No obstante este criterio parece aislado y contrario al tradicional criterio que sostiene que “la nulidad es perpetua e insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción” (SSTS de 4 de noviembre de 1996, de 23 de octubre de 1992, de 29 de abril de 1997, de 17 de marzo de 1997, de 2 de junio de 1998, de 5 de junio de 2000, de 17 de noviembre de 2005). Como señala el Tribunal Supremo en su STS 1080/2008, de 14 de noviembre “En cuanto a la prescripción de la acción de nulidad baste señalar que el Artículo 1301 del Código Civil se refiere a los contratos meramente anulables -en que concurren los requisitos que expresa el Artículo 1261 , como refiere el Artículo 1300 - y no a aquellos que, como los simulados, quedan viciados de nulidad radical o absoluta, respecto de los cuales la acción para tal declaración es de carácter imprescriptible (sentencias de 4 noviembre 1996, EDJ 7294, 14 marzo 2000, EDJ 2512, 18 octubre 2005, EDJ 165809, 22 febrero 2007, EDJ 8524 y 18 marzo 2008, EDJ 4565894, entre otras muchas)”. El vicio que puede motivar la declaración de nulidad de las cláusulas litigiosas no es un vicio del consentimiento, en el sentido del art. 1261 del Código Civil, que se refiere a la nulidad relativa o anulabilidad, respecto de aquellos contratos en los que concurren los elementos esenciales para su formación, esto es, consentimiento, objeto y causa. Por el contrario, la declaración de abusividad de una cláusula contractual conlleva la sanción de nulidad absoluta o de pleno derecho, de acuerdo con la normativa especial en esta materia, contenida en el 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, cuyo art. 83 establece que “las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”. Así, sentado el carácter de nulidad absoluta en la sanción que puede imponerse a la cláusula impugnada, de ser declarada abusiva y, constituyendo doctrina jurisprudencial la imprescriptibilidad de esta acción, procede desestimar las alegaciones de la demandada en relación con este extremo.

Por tanto siguiendo este criterio se ha de analizar la concurrencia de los presupuestos de esta clase de acción.

TERCERO.- Con carácter general se debe recordar aquí el artículo 1091 del Código Civil que dice que las obligaciones que nacen de los

contratos, tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos, precepto que recoge el tradicional principio "pacta sunt servanda", y que está en relación con los artículos 1254 y 1258 del mismo Código (sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1995, 5 de abril de 1991 y 12 de junio de 1990), y así debe recordarse que el contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio y que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

En relación con el contrato de préstamo con garantía hipotecaria la primera aproximación necesaria para afrontar la cuestión que cabe hacer es si es o no aplicable la legislación de consumidores y usuarios que incorpora en esta materia las directivas comunitarias que tienden a crear un ámbito especial de protección en estos supuestos en los que las partes de los contratos presentan un considerable desequilibrio en los momentos de formación de la voluntad.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 2 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007 (en adelante TRLGCU), se aplicará la normativa tuitiva en aquellos contratos en los que las partes tengan consideración de empresario y consumidor. Aclara el artículo 3 del mismo texto que son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

Desde tal perspectiva no consta el ejercicio de actividad alguna, en términos generales, por el demandante, por lo que, es claro que está comprendido en este concepto de consumidor o usuario.

La consideración de empresario de la demandada resulta evidente a la luz del artículo 4 del mismo texto.

Queda resuelto pues que se trata de un contrato de consumo y, por tanto, sujeto a la normativa de consumidores y usuarios mencionada.

Niega la demandante que se trate de la cláusula en cuestión de una e "condición general de contratación".

Sobre la distribución de la carga probatoria, relativa a este extremo, debemos tener en cuenta el art. 3.2 párrafo 3º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, y el art. 82.2 párrafo 2º del

texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, según el cual "El empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba". En el supuesto que nos ocupa no ha quedado acreditado mediante prueba alguna objetiva la negociación individual de dicha cláusula.

En consecuencia, no hay duda de que debe considerarse que la cláusula discutida no fue objeto de una negociación individualizada, conforme resulta del art. 217, apartados 1, 3 y 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por lo que la cláusula contra la que se dirige la demanda, no habiendo quedado acreditado su negociación individual, se debe tener, a sensu contrario, como una cláusula prerredactada o predispuesta e impuesta al consumidor. Cabe además añadir que para la determinación de qué deba entenderse por imposición de la cláusula a una de las partes, resulta útil, como ha determinado el Tribunal Supremo, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, acudir a lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 93/13, a cuyo tenor "se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión", lo que se estima acaece en el caso enjuiciado.

Y así en el presente supuesto, visto el material probatorio obrante en autos en relación con la carga de la prueba a que en anterior apartado se hizo referencia cabe entender y considerar acreditado que la entidad demandada redactó unilateralmente el contrato, y en tal forma de proceder incluyó la cláusula de gastos litigiosa, habiéndose negociado únicamente a lo sumo aspectos muy singularizados del contrato, pero no otros, cuya génesis y plasmación en el contrato fue unilateral, como acaece con los incluidos en la cláusula litigiosa, que obedecen a previsiones prerredactadas y estereotipadas por parte de la entidad financiera; es por ello que cabe considerar que tal cláusula no se enmarcaría o culminaría un previo proceso de negociación. Por lo tanto la negociación individualizada de algunos aspectos del contrato como los referidos (suma prestada, etc.) no excluye la aplicación de la normativa legal, siendo que en el art. 82.2, pfo. primero, del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias se establece que el hecho de que ciertos elementos

de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

Por lo tanto, cabe considerar que la cláusula litigiosa se impuso a la hoy parte actora sin haber sido objeto de negociación individual, incorporándose al contrato sin que dicha parte pudiera negociar al respecto ni influir o modificar en el prolijo contenido obligacional resultante de dicha cláusula. Estándose así ante el elemento o nota de imposición, conforme a lo declarado en sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 de mayo de 2013:

«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.

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.

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.

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».

Asimismo, finalmente por lo que se refiere a este apartado, concurre el elemento o nota de la generalidad, visto el material probatorio obrante en autos y onus probandi referido en la precitada sentencia del Tribunal Supremo estimándose por tanto que se está ante un tipo de cláusula predeterminado por la entidad bancaria con independencia de la persona del prestatario, es decir, se trata de una cláusula destinada por el prestamista a ser incorporada a una pluralidad de contratos. Y por tanto resulta de aplicación la Ley 7/1998, de 13 de abril, Ley de las Condiciones Generales de la Contratación LCGC, cuyo art. 1.1 dispone que "Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con

independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

En este punto se debe recordar que la testifical, propuesta por la demandada, admite la inexistencia de la negociación individual, pues afirma que "no se puede negociar nada".

CUARTO.- Por tanto debe examinarse si las cláusulas denunciadas que responden a la opción multidivisa en sí mismas consideradas son abusivas tal y como se pretende en el SUPPLICO de la demanda. En este sentido se ha pronunciado la SAP Madrid de fecha 18 de mayo de 2017 cuando sienta que el clausulado multidivisa, en cuanto determina tanto la cantidad a devolver por los prestatarios como el interés remuneratorio aplicable, forma parte del objeto principal del contrato, lo que da lugar a que el control de abusividad no pueda extenderse al contenido, sino que opere exclusivamente el control de transparencia en el doble aspecto que abarca: control de inclusión o incorporación (también denominado transparencia gramatical o primer nivel de transparencia) y control de transparencia en sentido estricto (también denominado transparencia económica o segundo nivel de transparencia).

Así deriva de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y de su transposición a nuestro Derecho interno. El artículo 4.2 de la Directiva determina 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 ». Y el artículo 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (EDL 2007/205571) y otras leyes complementarias (aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (EDL 2007/205571)) establece que « Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se

deriven del contrato ». Dice la STS de 29 de abril de 2015 -se añaden subrayados-:

« Que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el TRLCU.

Aunque el art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE (EDL 1993/15910) establece una excepción al mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece tal Directiva (así lo declaran las SSTJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 (EDJ 2014/64254) , apartado 42; de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 , apartado 49; y de 23 de abril de 2005, asunto C-96/14 , apartado 31), la STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08 (EDJ 2010/78261) , caso Cajamadrid, declaró que los artículos 4, apartado 2 , y 8 de la Directiva 1993/13/CEE no se oponen a una normativa nacional 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. El art. 8.bis, introducido por la Directiva 2011/83/UE (EDL 2011/260927) , confirma esta posibilidad.

Pero en nuestro Derecho interno, sin perjuicio de previsiones específicas que determinan en ciertos supuestos el precio máximo por un determinado bien o servicio, o las características que deben reunir determinadas prestaciones, el legislador no ha hecho uso con carácter general de esta posibilidad. La citada sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo , con referencia a la anterior sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio , sobre la base de la redacción dada por la Ley 7/98 al art. 10.bis de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (EDL 2007/205571) , actualmente art. 82 TRLCU, consideró que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al equilibrio de las "contraprestaciones" (que identifica con el objeto principal del contrato) a que se refería la Ley General para

la Defensa de los Consumidores y Usuarios en el artículo 10.1.c (EDL 2007/205571) en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control del precio. El control del equilibrio de las "contraprestaciones" de la redacción originaria fue sustituido por el de "los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato".

En este sentido, la STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 (EDJ 2014/64254) , declara (y la de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 , ratifica) que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control.

En la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, con referencia a la anterior sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio, también se afirmaba que el hecho de que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido por el desequilibrio entre las contraprestaciones, no obsta a que el sistema las someta al doble control de transparencia (apartados 198 y siguientes de dicha sentencia)».

En definitiva, se trata de un control de transparencia en su doble aspecto. Siguiendo la STS de 29 de abril de 2015, ya citada, que recoge la jurisprudencia sobre la materia, destacamos de la misma las siguientes apreciaciones:

«Este doble control consiste en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, « conforme a la Directiva 93/13/CEE (EDL 1993/15910) y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio , el control de transparencia (...) 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 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). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. No basta, por tanto, con que las condiciones generales puedan considerarse incorporadas al contrato por cumplir los requisitos previstos en el art. 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (EDL 1998/43305) . Es preciso que, además, sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le supondrá. (...)

Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

La sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 20 de septiembre de 2017 declara: 1) El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «objeto

principal del contrato», en el sentido de esa disposición, comprende una cláusula contractual, como la del litigio principal, incluida en un contrato de préstamo denominado en divisa extranjera que no ha sido negociada individualmente y según la cual 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 consiguiente, esta cláusula no puede considerarse abusiva, siempre que esté redactada de forma clara y comprensible.

2) El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto.

3) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio principal, y teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional, en este caso el banco, en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido de esa disposición.

Más allá de todo lo anterior la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017, viene a dar respuesta pormenorizada a todos

los puntos de debate en el proceso. En concreto en el fundamento octavo argumenta:

"En concreto, el apartado segundo del fallo de la STJUE del caso Andriuc , declara respecto de la exigencia de transparencia que se deriva del art. 4.2 de la Directiva con relación a un préstamo denominado en divisas: «El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras».

13.- La jurisprudencia de esta 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, ha exigido también que las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores cumplan con el requisito de la transparencia a que se refieren las citadas sentencias del TJUE. Esta línea jurisprudencial se inicia a partir de la sentencia 834/2009, de 22 de diciembre y se perfila con mayor claridad a partir de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, hasta las más recientes sentencias 171/2017, de 9 de marzo, y 367/2017, de 8 de junio.

14.- 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...

*las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero... el prestatario **deberá estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos.** Por otra parte, el profesional, en el presente asunto el banco, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa. En consecuencia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar que el profesional comunicó a los consumidores afectados toda la información pertinente que les permitiera valorar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal sobre sus obligaciones financieras»...*

En el asunto concreto sometido al Alto Tribunal se valora el supuesto en los siguientes términos:

"no se les entregó ninguna información por escrito con anterioridad a la suscripción del préstamo y ...no explicó adecuadamente a los prestatarios que las fluctuaciones en la cotización de la divisa extranjera respecto del euro no solo podían provocar oscilaciones en el importe de las cuotas del préstamo, sino que el incremento de su importe podía llegar a ser tan considerable que pusiera en riesgo su capacidad de afrontar el pago en caso de una fuerte depreciación del euro respecto de la divisa. Esa información era necesaria para que los prestatarios pudieran haber adoptado una decisión fundada y prudente y pudieran haber comprendido los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de... la moneda en la que recibían sus ingresos... 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...

La fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado, puesto que la equivalencia en la moneda funcional, el euro, del importe en la moneda nominal, la divisa extranjera, del capital pendiente de amortizar varía según fluctúe el tipo de cambio...

es esencial que la información que el banco dé al cliente verse sobre la carga económica que en caso de fluctuación de la divisa le podría suponer, en euros, tanto el pago de las cuotas de amortización como el pago del capital pendiente de amortizar al que debería hacer frente en caso de vencimiento anticipado del préstamo.

También debe ser informado de la trascendencia que para el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado del préstamo por parte del banco tiene la devaluación, por encima de ciertos límites, del euro frente a la divisa extranjera, porque supone también un serio riesgo para el consumidor que, pese a no haber incurrido en incumplimiento contractual, se vería obligado a devolver de una sola vez todo el capital pendiente de amortizar".

En relación con las consecuencias de los reconocimientos de información en la propia escritura por la demandante en nuestro asunto el TS argumenta que "Ya hemos afirmado en ocasiones anteriores la ineficacia de las menciones predispuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. Así lo ha declarado esta sala en numerosas sentencias, desde la 244/2013, de 18 abril, hasta la 335/2017, de 25 de mayo, y todas las que han mediado entre una y

otra...el TJUE... ha declarado en su sentencia de 18 de diciembre de 2014, asunto 449/13, caso Bakkaus , apartados 31 y 32, que si una cláusula predispuesta por el empresario en la que el consumidor reconoce haber recibido la información sobre el contrato significara, en virtud del Derecho nacional, el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista, originaría como consecuencia una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones que podría perjudicar la efectividad de los derechos reconocidos al consumidor por la Directiva, por lo que las disposiciones de esta se oponen a que, en razón de una cláusula tipo, el juez deba considerar que el consumidor ha reconocido el pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales que incumben al prestamista, de modo que esa cláusula origine así una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones que pueda perjudicar la efectividad de los derechos reconocidos por la Directiva".

En relación con las posibles consecuencias como posibles en nuestro asunto el TS argumenta que "En esta se declara la nulidad parcial del contrato, que supone la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros. La nulidad total del contrato préstamo supone un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicarlo más que al predisponente (sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai , asunto C-26/13 , apartados 83 y 84). Si se eliminara por completo la cláusula en la que aparece el importe del capital del préstamo, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio cuando las cuotas se abonan en euros, el contrato no podría subsistir, porque para la ejecución del contrato es necesaria la denominación en una moneda determinada tanto de la cantidad que fue prestada por el banco como la de las cuotas mensuales que se pagaron por los prestatarios, que determina la amortización que debe realizarse del capital pendiente".

Como consecuencia de lo anterior se casa la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida desestimando la apelación y estimándose la demanda en los términos del Juzgado de Instancia siguientes:

" a) Declaro la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por las partes en la escritura pública de 31 de julio de 2008 identificada

en esta resolución, en todos los contenidos relativos a la opción multdivisa. » b) Declaro que el efecto de la nulidad parcial conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por los demandantes es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado (260.755.- euros) la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal e intereses y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiendo que el préstamo que lo fue de 260.755.- euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura (LIBOR a un mes + 0,82), conforme a lo explicado en esta resolución. » c) Condeno a la demandada Barclays Bank S.A. a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento. » d) Condeno a la demandada al pago de las costas procesales»”.

En nuestro caso, no consta a lo largo del proceso, que se explicara a la parte demandante las posibles consecuencias económicas y jurídicas del producto, esto es, que como viene a decir la sentencia la comprensión cabal por la demandante de todas las consecuencias del contrato, esto es, la posible situación en el caso de variación acentuada del tipo de cambio, la incidencia de las oscilaciones de la divisa en la cuota mensual así como en el propio capital. No es suficiente con un conocimiento superficial del contrato, como el que sostiene la parte demandada que resultaría de la propia lectura de la escritura, ni una asunción o reconocimiento contractual de que ha sido informada de los riesgos sino que se exige un “plus” de información. En la escritura no constan los riesgos del producto en la magnitud indicada sino que se dice que, en algún caso, el riesgo de tipo de cambio podría tener incidencia en el capital, no se aportan distintos escenarios o simulaciones que la demandada haya proporcionado con carácter previo a la perfección del contrato. Tan sólo consta un documento, el documento 19, que pudiera ser de tal naturaleza. Ocurre sin embargo que no contiene información sobre los riesgos y no consta su fecha.

De lo anterior se ha de deducir la inexistencia de información sobre la posible magnitud del riesgo en los términos exigidos por los estándares jurisprudenciales.

El perfil de la demandante no permite tenerla por experta en esta clase de materias pues ambos tienen una formación básica y con

empleos alejados de esta clase de materias. No se puede presumir del contenido del correo electrónico, frente a lo afirmado por la demandada, el conocimiento de los riesgos ni que la demandante preguntara sobre los riesgos en su propio banco porque no tenía conciencia de ellos, al no haber intervenido en los tratos preliminares.

Lo cierto es que es indiscutible, tanto en aplicación de la doctrina jurisprudencial europea y nacional, como de la Directiva expuesta y el Decreto Legislativo que la carga de la prueba de este plus informativo incumbe a la demandada que no ha podido acreditar la existencia de tal información.

La reciente STS, Civil sección 1 del 23 de julio de 2020 (ROJ: STS 2626/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2626) recuerda que el desequilibrio está presente en todos los supuestos de ausencia de transparencia: *“Como afirmamos en las anteriores sentencias 608/2017, de 15 de noviembre, y 599/2018, de 31 de octubre, la falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor, sino que resulta abusiva, porque provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no puede comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos en euros.*

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

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

“46 ... la presencia de esa cláusula no elimina por sí sola el riesgo ligado a estos préstamos en divisas ni el carácter abusivo de las cláusulas ligadas a la denominación en divisa del préstamo objeto del litigio. Menos aún si el banco no informa al cliente de las consecuencias que trae consigo esa conversión de la divisa en que está representado el capital del préstamo.

La conversión de la divisa en que está representado el capital se producirá conforme al tipo de cambio existente en el momento en el que esta conversión tenga lugar, por lo que se consolida la revalorización de la divisa y, por tanto, del aumento de la equivalencia en euros (o en la nueva divisa) del importe del capital pendiente de amortizar, pues se traslada a la nueva divisa escogida el incremento producido como consecuencia de la apreciación de la divisa.

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

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

47.- Solo se evita el hipotético riesgo de una apreciación de la divisa en el futuro. Pero si el prestatario ignora, porque no ha sido informado adecuadamente, que cuando haga uso de esa facultad de cambio de divisa consolidará el aumento de valor de la divisa en que estaba denominado el préstamo, es posible que cuando pretenda hacer uso de esa facultad porque la cuota mensual de reembolso se haya incrementado significativamente, el incremento de la equivalencia en euros del importe en divisa del capital pendiente de amortizar sea ya considerable.

48.- Solo un prestatario que reciba una adecuada información del banco durante la ejecución del contrato o que tenga amplios conocimientos del mercado de divisas, que pueda prever el comportamiento futuro de las distintas divisas en las que puede quedar representado el capital del préstamo, puede utilizar provechosamente esa posibilidad de cambio de divisa prevista en el contrato.

Si no recibe esa información sobre el mercado de divisas y carece de esos conocimientos, el prestatario que haga uso de esa posibilidad de cambio de divisa porque esta se haya apreciado significativamente respecto de la moneda funcional, el euro, y haya aumentado el importe en euros que tiene que pagar mensualmente para el reembolso del préstamo, corre el riesgo de ir consolidando sucesivas

cifras elevadas de capital pendiente de amortizar cuya equivalencia en euros se incremente progresivamente, si los cambios de moneda se realizan en el «pico» de mayor cotización respecto del euro de la divisa en que en cada momento esté representado el préstamo o en un momento cercano a esos «picos» de cotización.”

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

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

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

-La iniciativa a la hora de suscribir el contrato. Ha resultado matizado por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (vg. Sentencia de 31/10/2018), al indicar:

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

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

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

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

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

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

“Que hayan sido los demandantes quienes, atraídos por las ventajas que se predicaban de las hipotecas en divisa extranjera, acudieran al banco a interesarse por el producto tampoco enerva el carácter de condición general de las cláusulas del contrato, puesto que no elimina las características de este tipo de cláusulas como son la generalidad, la predisposición y la imposición. Naturalmente, lo que ha de ser

objeto de imposición para que estemos ante una condición general no es la celebración misma del contrato (estaríamos en tal caso en un supuesto de vicio del consentimiento) sino la concreta reglamentación contractual que integra tal contrato, y eso tiene lugar en estos supuestos de contratación en masa tanto cuando es el empresario quien tiene la iniciativa de dirigirse al potencial cliente como cuando es este quien acude al empresario a interesarse por su producto o servicio.”

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

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

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

En consecuencia, el hecho de que fuera el demandante quien acudiera a la entidad bancaria, hecho probado, no enerva la situación de desequilibrio informativo, que se acredita con la pericial practicada que informa de la información y previsión de riesgo que sí poseía la demandada, que, en este caso, corresponde analizar en orden a determinar si concurrió o no abusividad.

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

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

-El grado de información sobre los riesgos inherentes al producto proporcionada al consumidor en el momento de contratar. La falta absoluta de información, en atención a las particulares circunstancias

del consumidor (supuesto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 de un prestatario que percibe su salario en euros, que destina el préstamo a cancelar préstamos anteriores y, en definitiva, que se encuentra en una situación económica difícil que le aboca a una ejecución hipotecaria), puede determinar por sí sola el carácter abusivo de las cláusulas multidivisa.

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

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

Que la parte demandante no ostentaba conocimientos financieros, económicos ni bancarios específicos, dada la formación y profesión de los demandantes con estudios básicos.

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

rentabilidades pasadas en nada aseguran o sirven para asegurar las rentabilidades futuras. Y nada de esto se ha probado, en este caso, que se ofreciera a la demandante.

Sobre este extremo, señala la STS, Civil, sección 1, del 26 de noviembre de 2018 (ROJ: STS 3968/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3968):

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

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

La parte demandante percibe sus ingresos en euros y opera en euros; desconociendo tanto el funcionamiento de la divisa a la que se consignó el préstamo como el del tipo de referencia (libor. Por otro lado, no se aportó estudio alguno sobre la capacidad de reembolso

del demandante, caso de una escalada de la divisa que generara dificultades de amortización del préstamo.

De este modo, la prestataria/demandante ha visto como la devaluación de la divisa ha disminuido de manera importante la amortización del capital del préstamo en su conversión a euros, con los indudables perjuicios que de ello se deriva. El efecto perverso derivado de una desfavorable evolución del tipo de cambio lleva a consolidar una nueva deuda superior.

Así, desde su inicio el préstamo multidivisa ha supuesto para los prestatarios un desembolso muy superior al que se habría abonado en caso de un préstamo en euros.

Todo ello genera un importante desequilibrio en las posiciones contractuales de las partes. El banco que dispone de la información, las previsiones y conocimientos exhaustivos del préstamo en cuestión frente al consumidor al que no se presta toda esa información de la que dispone el banco para hacer entender al prestatario el tipo de producto bancario que está contratando, sus específicos riesgos y si realmente le interesa someter el préstamo de adquisición de su vivienda a un factor tan aleatorio e incontrolable para el lego en la materia como es el tipo de cambio de la divisa en relación con el euro y sus consecuencias, no solo en las cuotas mensuales, sino en el riesgo de mayor calado cual es que el importe en euros que inicialmente se le concedió, se pueda ver superado por la evolución de la divisa elegida respecto al euro (nuestra moneda de referencia).

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

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

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

En consecuencia, la ausencia de información determinó a la parte demandante a perfeccionar un contrato que es de suponer no habría

concertado, sin que la parte demandante haya acreditado que la iniciativa de la contratación, su perfil, , grado de información ingresos, o de cualquier otra índole le permitiera celebrar el contrato en condiciones de igualdad con la demandada.

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

QUINTO.- Se imponen las costas a la parte demandada, siguiendo el criterio general de vencimiento, artículo 394 de la LEC, pues no procede entender que concurrieran dudas de hecho o de derecho en el asunto por lo que se han de imponer las costas a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

FALLO

Estimo íntegramente la demanda presentada por la Procuradora en nombre y representación de y contra la entidad mercantil BANKINTER S.A. y, en consecuencia

a) Declaro la nulidad de la totalidad del clausulado multidivisa incorporado en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 19 de diciembre de 2007 subsistiendo el préstamo en el resto.

b) Condeno a la eliminación de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, objeto del presente procedimiento, del precitado clausulado multidivisa.

c) Condeno a la demandada a recalcular y rehacer, con exclusión del clausulado multidivisa, los cuadros de amortización del préstamo hipotecario suscrito con el demandante contabilizando el capital que, efectivamente, debió ser amortizado de haber sido éste amortizado en su divisa natural (euro) y aplicado el índice de referencia ordinario (Euribor) más el diferencial pactado, teniendo en cuenta también

cualesquiera comisiones y gastos pagados y al pago en metálico a los demandantes, del importe abonado en exceso en cada una de las cuotas por aplicación del clausulado multivisa, así como cualquier gasto o comisión imputada a la parte actora por la aplicación de dicho clausulado, desde que comenzó a aplicarse hasta deje de utilizarse de forma efectiva. Estas cantidades devengarán el interés legal del dinero, desde la fecha de cada cobro, hasta que se dicte sentencia. Dichas cantidades devengarán, a su vez, el interés del art. 576 de la LEC desde la fecha de esta sentencia.

Se imponen las costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra ella podrá interponerse, ante este Juzgado, recurso de apelación en el plazo de veinte días desde el siguiente a la notificación. El recurso será resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid previa la constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta IBAN ES55 0049 5284 0002 04 2063 18 de esta Oficina Judicial de la cuenta general de Depósitos y Consignaciones abierta en BANCO DE SANTANDER.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá realizarse en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo "beneficiario": Juzgado de 1ª Instancia nº 101 bis de Madrid; y en el campo "observaciones" o "concepto" habrán de consignarse los siguientes dígitos: 5284 0002 04 2063 18.

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

unión a los autos y notificación a las partes, lo pronuncio, mando y firmo.

El Juez/Magistrado Juez

NOTA: De conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se informa que la difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

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