

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 86 DE MADRID

C/ María de Molina, 42 , Planta 7/8 - 28006

Tfno: 914930893

Fax: 914930900

42020301

NIG: 28.079.00.2-2015/0219917

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 1420/2015

Materia: Contratos en general

Demandante:: ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS, ASUFIN
PROCURADOR D./Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON**Demandado::** BANKINTER SA

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

**SENTENCIA Nº 379/2016****MAGISTRADO- JUEZ:** D. IGNACIO DE TORRES GUAJARDO**Lugar:** Madrid**Fecha:** trece de octubre de dos mil dieciséis

Vistos por mí Ignacio de Torres Guajardo, Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 86 de Madrid, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO núm. 1420/2.015, seguidos a instancia de ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS EN REPRESENTACION DE _____ Y _____, representada por la Procuradora Sharon Rodríguez de Castro Rincón y defendida por el Letrado Ramón Ignacio Delgado Larena Avellaneda, contra BANKINTER S.A., representada por la Procuradora Rocio Sempere Meneses y defendida por la Letrada Patricia Borrás Cebrian, en los que aparecen y son de aplicación los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se ejerció acción en reclamación de cantidad y nulidad de contrato contra la mercantil BANKINTER S.A., y tras ser contestada por la demandada, se convocó a las partes a audiencia previa.

SEGUNDO.- Convocadas las partes para la celebración de la correspondiente audiencia previa, tuvo lugar con la asistencia de ambas partes, proponiendo prueba documental, interrogatorio de parte y testifical.

TERCERO.- Celebrado el acto del juicio se practicó la prueba con el resultado que obra en autos formulando las partes informe.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la parte demandante acción por la que pretende que se declare la nulidad de la cláusula del contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado con la demandada, en el que se establece el cálculo de la amortización por referencia a

francos suizos. En concreto se solicita, con carácter principal, que se declare la nulidad parcial del acuerdo suscrito en escritura pública, en lo que se refiere a las dividas, declarando así mismo de manera integradora que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado de 350.000 euros la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses también en euros, condenando a BANKINTER S.A. a estar y pasar por esta declaración corriendo con todos los gastos que de ella se derivasen. Subsidiariamente se declare resuelto el contrato en su parte referida al instrumento financiero en el que consiste el mecanismo multidivisa con condena al pago en concepto de indemnización de los daños y perjuicios causados, consistentes en la pérdida sufrida por razón de dicho mecanismo hasta la fecha de sentencia siguiendo lo criterios establecidos en la pericial aportada por incumplimiento de las obligaciones de diligencia y de buena fe que competen al banco y a la pérdida sobrevenida de la causa del contrato. A efecto de liquidación se considerará que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciada a euros, de acuerdo con la pericial aportada, restando de esta cantidad las cantidades en euros pagadas en concepto de principal e intereses desde aquella fecha, condonando por lo tanto el resto de la deuda que se haya incrementado por la variación de la paridad francos suizo euros. Las cantidades condonadas constituirán los daños y perjuicios sufridos, condenando a BANKINTER a estar y pasar por tal declaración. Apoya en síntesis la demandante su pretensión, en el hecho de haber celebrado sus representados un contrato de préstamo con garantía hipotecaria para la adquisición de una vivienda, habiendo prestado su consentimiento de forma viciada al no tener cabal conocimiento de las consecuencias de introducir una cláusula de las conocidas como multidivisa. Por la demandada se invoca la improcedencia de la pretensión ejercitada, al no concretar de manera precisa las cláusulas del contrato cuya nulidad parcial se pretende. Igualmente se opone alegando la imposibilidad de integrar el contrato, pues la supresión del mecanismo multidivisa supondría transformar en su totalidad el contrato. Considera que se pretende modificar una parte esencial del contrato y que ello conlleva la imposibilidad de conservar parte de su validez, pues se anularía la esencia del negocio jurídico. Sostiene igualmente que la acción debe entenderse caducada, y que la actora con su comportamiento ha venido reconociendo expresamente la validez del mismo. Finalmente niega la existencia de vicios de naturaleza invalidante en la prestación del consentimiento.

SEGUNDO.- Antes de entrar a valorar las cuestiones planteadas y reflejadas en el debate configurado por la posición de cada parte definida en el anterior fundamento, resulta adecuado analizar las características del producto financiero contratado por los demandantes, comúnmente conocido como hipoteca multidivisa. El Tribunal Supremo, en su sentencia 323/2015 del 30 de junio analiza este tipo de productos en los siguientes términos: *Lo que se ha venido en llamar coloquialmente " hipoteca multidivisa" es 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.

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

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

TERCERO.- Partiendo de tal configuración, que cobra especial relevancia en el análisis de la concurrencia de vicio en el consentimiento determinante en última instancia de la nulidad parcial solicitada, debe previamente entrar a valorarse las excepciones planteadas por el demandado, en el orden por él planteado. En primer lugar denuncia la imprecisión en la redacción de la demanda y la falta de concreción de qué aspectos del contrato deben ser declarados nulos, sin contener mención alguna al clausulado del préstamo hipotecario celebrado entre las partes. Si bien es cierto que la técnica procesal utilizada por la parte actora no es la más depurada, sin embargo ello no impide venir en conocimiento de cuál es su pretensión, sin que la estimación del fallo en los términos en los que se encuentra redactado afecte a la imposibilidad de su ejecución ni merme las posibilidades de defensa de la contra parte, pues lo solicitado no es otra cosa que la supresión de forma genérica de la aplicación de toda mención existente en la escritura de préstamo hipotecario a divisa

extranjera, operando el préstamo desde su celebración como si hubiera sido pactado a modo de una hipoteca ordinaria, con el capital en euros y con el cálculo de las cuotas de amortización por referencia al Euribor. Igual suerte desestimatoria debe correr la oposición basada en la imposibilidad de acordar la parcial nulidad del préstamo, argumento que se apoya en el carácter esencial de la referencia a divisa contenida en el préstamo contratado, sin que pueda acordarse su nulidad sin afectar a la esencia del propio contrato, siendo que la nulidad del contrato debería acordarse en su totalidad. Considera que dado el perjuicio que para el consumidor supondría tal posibilidad, es por lo que se ejercita una acción de nulidad parcial que no puede prosperar. Ciertamente es al motivo apuntado al que responde la pretensión, y precisamente en tal motivo encuentra su justificación, pues como ya se desprende del análisis previo del producto contratado, la introducción de las llamadas cláusulas multidivisa, supone una alteración del contrato principal de préstamo, vinculando a un producto derivado complejo, con sus propias características. La desvinculación de tal préstamo al funcionamiento de las cláusulas multidivisa, supondrá la sanación del contrato, caso de apreciarse su nulidad, haciendo coincidir en los efectos del negocio jurídico la voluntad declarada y la efectivamente querida por demandante, siendo ello posible sin afectar a la naturaleza del contrato, que no es otra que la de un préstamo por el que se recibe una cantidad con obligación de restitución, jugando las cláusulas cuya nulidad se pretende, como un elemento accesorio para la fijación del interés aplicable, elemento accesorio al contrato y que expresamente ha de ser pactado por las partes, conforme al artículo 1755 del Código Civil. Por tanto tal motivo de oposición debe ser rechazado. Finalmente se oponen dos motivos de excepción íntimamente ligados y que vienen a sancionar la inacción del prestatario desde la fecha de celebración del contrato en 2006, hasta el 1 de octubre de 2015 en que se interpone la demanda. El primero de ellos hace referencia a la posible convalidación del contrato por parte de la demandante a través de actos propios, pues ha venido abonando las correspondientes cuotas de amortización, con pleno conocimiento de la posibilidad de cambiar de divisa, y sin mostrar reclamación alguna a la entidad prestamista. Igualmente considera la demandada que, en todo caso la acción estaría caducada, por aplicación del artículo 1301 del Código Civil. En fecha 6 de julio de 2016, la Sección Decimotercera de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, ha dictado Sentencia nº 304/2016 en la que se señala (...) *el artículo 1301 del Código Civil establece que la acción de nulidad sólo durará cuatro años, plazo que empezará a correr en los casos de dolo, error o falsedad de la causa desde la consumación del contrato*. Continúan indicando que *“como se desprende del tenor del propio artículo 1301 del Código Civil, en los supuestos de error el cómputo no se inicia en el momento de perfección sino en el de consumación del contrato. La consumación se produce en los contratos sinalagmáticos cuando se produce el cumplimiento total de las prestaciones de ambas partes*. Deteniéndose específicamente en los contrato de permuta financiera, pero con argumentos plenamente trasladables a un contrato de la naturaleza del ahora sometido a juicio, la Audiencia Provincial sostiene que *“en los swaps, como el que nos ocupa, se crea una relación de tracto sucesivo y prestaciones periódicas y no de cumplimiento instantáneo, por lo que se entiende en la consumación del contrato no se produce hasta el transcurso del plazo por el que se concertó, que en este caso no se produciría hasta el mes de marzo de 2023”*. La Sección 13ª de la Audiencia Provincial concluye que la argumentación empleada por el banco, *“no sólo reproduce parcialmente el precepto del Código Civil aplicable al presente caso, lo que desvirtúa la supuesta infracción del Código Civil alegada por la recurrente, sino que cita, entre otras, la STS del Pleno de 12 de enero de 2015 plenamente acorde a lo expuesto en la*

*sentencia contra la que se recurre y que, posteriormente, ha sido seguida por las SSTs de 7 de julio y de 16 de septiembre de 2015 que reiteran que “de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1301 del Código Civil, «la 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 [...]»”. Doctrina igualmente seguida por esta Sección, entre las resoluciones más recientes, en sentencia de 4 de marzo de 2016 (recurso 108/2015)”. Consecuentemente no puede apreciarse la caducidad denunciada, como tampoco puede apreciarse la existencia de una convalidación del contrato por actos propios de los demandantes. Debe llamarse la atención sobre el hecho de que ningún cambio de divisa se ha realizado durante la vigencia del contrato, ni existen datos que revelen una voluntad inequívoca de los demandantes de convalidar el contrato afectado por un vicio del consentimiento. El mero hecho de cumplir con sus obligaciones, amparado por el principio general del *solve et repete*, puede encontrar su justificación en el necesario cumplimiento a que se ven compelidos los deudores en una obligación garantizada con hipoteca que recae sobre un bien de primera necesidad como es su vivienda. Por tanto, ambas excepciones deben ser rechazadas.*

CUARTO.- Resueltas las excepciones en sentido desestimatorio, procede entrar a valorar la existencia de error en el consentimiento prestado por los prestatarios, y las consecuencias de dicho error. Según se defiende el error viene motivado por el desconocimiento sobre la posición que asumían en el contrato de prestamos, al introducirse el mecanismo multidivisa sin una previa información suficiente a los clientes que permitiera celebrar el contrato en igualdad de conocimientos con la demandada. Volviendo al análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015, antes citada, cabe apuntar que aunque en la Sentencia del Tribunal Supremo los prestatarios no fueron considerados consumidores y, por lo tanto, no pudo darse respuesta a sus pretensiones desde la perspectiva de la Ley de Condiciones Generales (Ley 7/1998, de 13 de abril) y la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (Texto Refundido 1/2007, de 16 de noviembre), lo cierto es que los Fundamentos 3 y 4 de la citada resolución definen perfectamente el tipo de producto financiero complejo, un instrumento financiero derivado, «*por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera*». Al calificarse el producto como un instrumento derivado complejo la entidad financiera prestamista ha de cumplir con unos especiales deberes de información para con sus clientes, tanto en el supuesto de que sean consumidores, como en el supuesto de que no lo sean, como se recoge en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 9 de junio de 2016. En dicha sentencia se indica que *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) también ha tenido la oportunidad de abordar los problemas vinculados a este tipo de productos financieros. En el caso del TJUE sí se ha analizado el conflicto desde la perspectiva de las condiciones generales de la contratación y las cláusulas abusivas (Sentencia de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, Caso Kásler).*

En el informe que emite el Abogado General a este asunto (conclusiones de 12 de febrero de 2014, Abogado General Sr. Nils Wahl), se hace también referencia a la utilización por parte de las entidades financieras de este tipo de productos financieros:

«El presente asunto se inserta en el contexto de la oferta de contratos de crédito al consumo denominados en moneda extranjera. La utilización de este tipo de contratos, que

constituye una práctica relativamente corriente en determinados Estados miembros de la Unión Europea y que, prima facie, puede ser atractiva para los prestatarios por el tipo de interés, inferior al que generalmente se aplica, ha resultado ser problemática para muchos particulares como consecuencia de la crisis financiera internacional de finales de los años 2000, debido a la fuerte depreciación de determinadas monedas respecto de la moneda extranjera de referencia (en particular, el franco suizo). Estos particulares se han visto en la obligación de devolver cuotas, expresadas en moneda nacional, significativamente superiores a aquellas que habrían debido abonar si se hubieran calculado sobre la base del tipo de cambio histórico, aplicable en el momento de desembolso del préstamo. Las dificultades observadas han sido de tal magnitud que, de manera indirecta, el sector bancario de determinados Estados miembros se ha visto considerablemente afectado» .

Conviene, por lo tanto, reiterar que la escritura objeto de los presentes autos es un instrumento financiero complejo, contratado por un consumidor que utilizó el préstamo para la adquisición de su vivienda habitual (no se discute en este procedimiento ni la condición de consumidor del Sr. Eugenio ni el hecho de que el préstamo lo utilizara para adquirir una vivienda). Estas circunstancias permiten traer a colación alguna de las consideraciones realizadas por la Jurisprudencia del TJUE (Sentencia de 10 de septiembre de 2014, asunto C-34/13 , caso Ku?ionová) que le dan un enfoque más trascendente al conflicto, ya que entroncan con la tutela de derechos fundamentales en el seno de la Unión Europea:

«§47 Conviene recordar que el artículo 38 de la Carta dispone que en las políticas de la Unión se garantizará un nivel elevado de protección de los consumidores. El artículo 47 de la Carta reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva. Estos imperativos rigen la aplicación de la Directiva 93/13 (véase en ese sentido la sentencia Pohotovost, EU:C:2014:101 , apartado 52).

§48 Por otra parte, el Tribunal de Justicia ya ha juzgado que el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad con respecto al profesional, en lo referente tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional, sin poder influir en el contenido de éstas (sentencias Pohotovost, EU:C:2014:101 , apartado 39 y jurisprudencia citada, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13 , EU:C:2014:282 apartado 39 y jurisprudencia citada, y Sánchez Morcillo y Abril García, C- 169/14 , EU:C:2014:2099 , apartado 22).

§63 la pérdida de la vivienda familiar no sólo puede lesionar gravemente el derecho de los consumidores (sentencia Aziz, EU:C:2013:164 , apartado 61), sino que también pone a la familia del consumidor en una situación particularmente delicada (véase en ese sentido el auto del Presidente del Tribunal de Justicia Sánchez Morcillo y Abril García, EU:C:2014:1388 , apartado 11).

§64 En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha estimado que la pérdida de una vivienda es una de las más graves lesiones del derecho al respeto del domicilio y que toda persona que corra el riesgo de ser víctima de ella debe en principio poder obtener el examen de la proporcionalidad de dicha medida (véanse las sentencias del TEDH, McCann c. Reino Unido, demanda n° 19009/04, apartado 50, y Rousk c. Suecia, demanda n° 27183/04, apartado 137).

§65 En el Derecho de la Unión, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental garantizado por el artículo 7 de la Carta que el tribunal remitente debe tomar en consideración al aplicar la Directiva 93/13 » .

La necesidad de garantizar un elevado nivel de protección al consumidor y la consideración del derecho a la vivienda como un derecho fundamental desde la perspectiva comunitaria, nos obligan a analizar las garantías del consumidor en este ámbito comunitario que entronca con los artículos 7 y 38 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en relación con el artículo 47.1 de ese mismo texto legal, conforme al que «Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo», este precepto juega en la Carta un papel equivalente al que juega, en el derecho interno, el artículo 24 de la Constitución Española. Es por tanto desde esta perspectiva desde donde han de analizarse las posiciones de las partes al celebrar el contrato, y la posible concurrencia de error invalidante excusable en los actores, derivados de la falta de cumplimiento por la demandada de los deberes que le incumben.

QUINTO.- No debe olvidarse que nos encontramos ante un contrato celebrado entre un banco y un consumidor, en el que ab initio cabe presumir una posición de prevalencia por parte de la entidad bancaria, que opera dentro de su ámbito profesional y técnico, con la consiguiente situación de alteración de la posición con la que cada una de las partes se aproxima a la conclusión de un contrato en el ámbito financiero propio de la entidad prestamista. Ello juega un importante papel en orden al control del cumplimiento de la normativa genérica en materia de protección de consumidores y usuarios, en lo que se refiere al control de transparencia, especialmente a la luz de lo que ha venido perfilando el TJUE al interpretar la Directiva 93/13. La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, que sintetiza el estado de la cuestión hasta la fecha, señala: «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 predispuesta, 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». Trasladando la anterior doctrina al presente supuesto, la lectura de la escritura de préstamo hipotecario pone de manifiesto la imposibilidad de tener por superado este control de transparencia desde la perspectiva reforzada que establece el Tribunal Supremo, pues la complejidad del producto derivado, supone presumir la falta de comprensión

suficiente por parte del consumidor contratante de la verdadera carga financiera que está asumiendo con la celebración de un contrato de tales características, siendo carga de la entidad bancaria justificar haber obrado en cumplimiento de las obligaciones que para ella se derivan de la legislación del sector en el que opera, no solo para lograr el pleno conocimiento por parte del consumidor de la verdadera carga económica y jurídica de su posición en el contrato, sino para disuadirlo de la contratación de un contrato complejo si su perfil inversor no lo aconseja. La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015 señala que *La Sala considera que la " hipotecamultidivisa " es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 de dicha ley . Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores , en relación al art. 2.2 de dicha ley .*

La consecuencia de lo expresado es que la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre , que traspuso la Directiva 2004/39/CE , de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero , y, en concreto, los del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores y el citado Real Decreto.

7.- No es obstáculo para lo anterior que el art. 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores establezca que el art. 79.bis no será de aplicación cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes para entidades de crédito y para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información.

Dicho art. 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores desarrolla el art. 19.9 de la Directiva MiFID , conforme al cual « [e]n caso de que se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a normas europeas comunes para entidades de crédito y créditos al consumo relativas a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información, dicho servicio no estará sujeto además a las obligaciones establecidas en el presente artículo ».

La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, STJUE) de 30 de mayo de 2013 , asunto C-604/11, caso Genil 48 S.L., declaró que para aplicar la excepción del artículo 19.9 de la Directiva es necesario que el servicio de inversión haya estado sujeto a otras disposiciones legales o normas referentes a la evaluación de los riesgos de los clientes o a las exigencias en materia de información, constitutivas de legislación de la Unión Europea o de normas europeas comunes. Se dará este caso únicamente si el servicio de inversión formaba parte intrínseca de un producto financiero en el momento en que se realizó esa evaluación o dichas exigencias se cumplieron respecto a ese producto. Y precisó, asimismo, que lo dispuesto en la legislación de la Unión y en las normas europeas comunes a las que se refiere dicho precepto de la Directiva MiFID, y que

determinaría la no sujeción a las obligaciones establecidas en dicha Directiva, debe permitir una valoración del riesgo de los clientes o establecer requisitos de información que incluyan asimismo el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate.

En consecuencia, no existiendo, cuando se concertó la operación, normativa comunitaria ni normas europeas comunes para entidades de crédito que establecieran unas obligaciones de información para las entidades financieras en relación a la concesión de préstamos en los que la determinación del importe de la cuota de amortización y el cálculo del capital pendiente de amortización en cada momento estuviera referenciado a una divisa extranjera, y que permitieran a los clientes la adecuada valoración del riesgo, la normativa reguladora de estos extremos era la normativa MiFID.

8.- Como declaramos en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y hemos reiterado en sentencias posteriores, estos deberes de información responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 del Código Civil y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el art. 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar.

No puede afirmarse que la demandada haya cumplido con la carga de probar que suministró de manera suficiente al consumidor todos los elementos de juicio suficientes para formar en él la voluntad de forma libre pudiendo conocer cabalmente los riesgos y la posición que asumía en la contratación de una hipoteca de estas características. De la documental aportada por la entidad no puede inferirse el cumplimiento de tales obligaciones. El interrogatorio del comercial que participó en la contratación del producto, en nada sirve a los fines pretendidos por la demanda, pues se limitó a defender de forma genérica el cumplimiento de las obligaciones de información del banco, sin que ello encuentre su plasmación en documento alguno aportado a tal fin, más allá de comunicaciones vía correo electrónico en las que no se contienen elementos que permitan apreciar una fase prenegocial en la que se ilustre suficientemente a los consumidores de los riesgos que asumen en un producto como el analizado. Las consecuencias de incumplir el deber de información, se concretan en la existencia de error en la prestación del consentimiento, que se constituye en un verdadero vicio que afecta a la validez parcial del contrato en los términos antes expuestos. Cabe recordar la posición del Tribunal Supremo en la sentencia ya citada de 30 de junio de 2015 sobre el particular: *Respecto del error vicio, esta Sala, en sentencias como las núm. 840/2013, de 20 de enero, y 716/2014 de 15 diciembre, ha declarado que el incumplimiento de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error.*

También ha resaltado la Sala la importancia del deber de informar adecuadamente

al cliente minorista, al que en principio se presupone que carece de conocimientos adecuados para comprender productos complejos y respecto del que, por lo general, existe una asimetría en la información en relación a la empresa con la que contrata. Pero ha considerado infundadas las pretensiones de anulación por vicio de consentimiento en el caso de contratación de estos productos, generalmente por importes elevados, cuando el contratante, pese a tener la consideración legal de minorista, tiene el perfil de cliente experimentado y la información que se le ha suministrado, pese a que pudiera no ser suficiente para un cliente no experto, sí lo es para quien tiene experiencia y conocimientos financieros (sentencia núm. 207/2015, de 23 de abril). Lo relevante para decidir si ha existido error vicio no es, en sí mismo, si se cumplieron las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo.

La omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error del cliente. Consecuentemente no puede sino acordarse la nulidad parcial del contrato, en los términos solicitados en demanda, con las mínimas modificaciones necesarias para conjugar la necesaria claridad del fallo sin alterar el principio de congruencia de la sentencia.

SEXTO.- De conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se impone a la demandada el pago de las costas causadas en el presente procedimiento, aplicando el criterio del vencimiento objetivo.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que estimando íntegramente la demanda formulada por la representación procesal de ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS EN REPRESENTACION DE
Y
, contra BANKINTER S.A.,
resultan adecuados los siguientes pronunciamientos:

1º. Declarar la nulidad parcial del acuerdo suscrito en escritura pública entre
Y
, contra
BANKINTER S.A., de fecha 14 de diciembre de 2006, en lo que se refiere a la utilización de divisas distintas del euros, declarando así mismo de manera integradora que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado de 350.000 euros la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses también en euros, condenando a BANKINTER S.A. a estar y pasar por esta declaración corriendo con todos los gastos que de ella se derivasen.

2º. Condeno a la demandada al pago de las costas causadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación que se interpondrá por escrito ante este Juzgado en el plazo de veinte días, a contar desde el siguiente a la notificación de la presente resolución, y se resolverá ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid.

Así por ésta mi Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

El Magistrado-Juez

PUBLICACIÓN: En el día de la fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.