

JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.3 SEGOVIA

SENTENCIA: 00110/2017

J. ORDINARIO N° 443/2016

MARTA B. PEREZ GARCIA
Procurador
C/ José Zorrilla nº 47 – 2º B
40002 SEGOVIA.-
Telf./Fax: 921 44 28 72
MOVIL: 629 35 56 78
NOTIFICADO: 21-09-2017

SENTENCIA

En Segovia, a 19 de septiembre de 2017.

Vistos por la Ilma. Sra. D^a. SONIA LÓPEZ ROJO, Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Segovia, los autos de Juicio Ordinario de nº 443/2016 en los que ha sido parte demandante [REDACTED] representado por el procurador Sra. Pérez García, y asistida por el letrado Sr. Martínez Truchaud, y como parte demandada la mercantil BANKINTER S.A, representada por el procurador Sra. Pérez Muñoz, y asistida por el letrado Sr. Terrón Guijarro.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Los presentes autos se incoaron en virtud de demanda procedente del turno de reparto presentada por la parte actora identificada en el encabezamiento por la que insta Juicio Ordinario contra la parte demandada haciendo valer las pretensiones ejercitadas en la demanda y que por razones de brevedad han de darse por reproducidas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se emplazó a las partes al acto del juicio que tuvo lugar el día 31 de mayo de 2017, al que comparecieron ambas partes quienes alegaron lo que a su derecho convino quedando los autos, quedando pendientes las actuaciones de dictar resolución luego practicada la prueba en su día admitida en el acto de la audiencia previa.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Ejercita la parte demandante una acción de nulidad parcial del préstamo multidivisa o anulación del clausulado multidivisa y subsidiariamente acción de nulidad de condición general de la contratación al amparo de lo preceptuado en el código civil en materia de obligaciones y contratos.

Concurren, en primer lugar, todos los requisitos necesarios para la correcta constitución de la presente Litis sin que se aprecie caducidad alguna de la acción habida cuenta de que, por ser este el criterio mantenido por este Juzgado en supuestos similares, nos encontramos ante un contrato de tracto sucesivo.

De la prueba practicada, siendo determinante la documental obrante, solo cabe estimar la presente demanda en base a los siguientes argumentos:

1- La concurrencia de una infracción del deber de información por parte de la demandada

Concurren suficientes elementos facticos para entender, no quedando desvirtuado tal extremo por la demandada, que esta ha incumplido su deber de información, lealtad y diligencia, al haber omitido deliberadamente una información clara, concreta y precisa sobre la naturaleza del producto financiero ofrecido al demandante y los riesgos inherentes al mismo, como la posibilidad existente de que el actor tuviera que pagar más por la mensualidad de la hipoteca, si el tipo de cambio es desfavorable.

Esta falta de información de manera adecuada fue lo que impidió que el actor pudiera conocer con exactitud y precisión qué clase de préstamo financiero que estaba contratando y, en consecuencia, cuando firmó el contrato de préstamo hipotecario multidivisa, lo hizo sin saber exactamente qué estaba firmando y sin poder comprender de forma clara el funcionamiento y comportamiento del producto que estaba contratando.

Se aporta el folleto publicitario del préstamo hipotecario multidivisa dirigida a un colectivo al que pertenece el actor.

No debe olvidarse, además, que el actor tiene la consideración de cliente minorista.

A partir de la reforma de la Ley del Mercado de Valores por la Ley 47/2007 y la entrada en vigor del Real Decreto 217/2008, todas las entidades financieras estaban obligadas a comunicar a sus clientes la consideración que les merecían a efectos de la normativa **MIFID**.

Se considera cliente minorista según esta normativa, aquél que posee menos conocimientos y experiencia en materia financiera, y por tanto, tiene menor capacidad de comprender la naturaleza y los riesgos de los mercados y de los productos y servicios de inversión.

Como bien se expone en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015, *"los instrumentos financieros complejos y, consecuentemente, la existencia de una asimetría informativa que justifica la existencia de rigurosos deberes de información por parte de las empresas de inversión. Pero no significa, como pretenden los recurrentes, que el cliente sea necesariamente un "ignorante financiero"*.

Como se declara en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y ha quedado 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.

A pesar de ello, el actor no fue informado, o al menos no consta, sobre la verdadera naturaleza del producto contratado ni sobre los riesgos asumidos.

Desde este punto de vista, la demandada ha incumplido, no solamente el deber de información que los clientes esperan de su entidad de crédito, sino también el deber de diligencia, lealtad y buena fe exigible a quien está obligado a velar por los intereses de sus clientes, cuando les estaban ofreciendo un producto de tan alta complejidad.

2- La consideración del actor como consumidor.

El actor, no solamente es cliente minorista a efectos de la normativa MFID, sino que también se pueden considerar consumidor, ya que, en un ámbito ajeno a su actividad empresarial o profesional, adquirió el préstamo hipotecario multidivisas, de conformidad con el artículo 3 del RDL 1/2007 de 16 de noviembre por la que se aprueba el Texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, y el art. 2.b) de la Directiva 93/13/CEE del Consejo.

El art. 3 RDL 1/2007 establece que *"a efectos de esta normativa y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional"*. Por tanto, son considerados la parte merecedora de mayor protección.

La Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios impone al empresario un ineludible deber de información precontractual a fin de que el consumidor pueda comprender las características esenciales del producto ofertado (artículo 60 TRLGCU).

A pesar de ello, la demandada incumplió este deber de información, ya que no facilitó a al actor ningún tipo de explicación ni de información sobre la naturaleza, características y riesgos reales que acarrea un préstamo hipotecario con moneda extranjera.

3-. Contrato de adhesión con condiciones generales de contratación

Nos hallamos ante un contrato de adhesión con condiciones generales, no negociadas individualmente y cuya incorporación al contrato ha "sido impuesta por una de las partes, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos", supuesto que de conformidad con el artículo 59 del TRLCYU queda sometido, no solo a la normativa específica de consumidores sino también a la Ley 7/1998 sobre Condiciones Generales de la Contratación.

Asimismo, tal y como contempla el artículo 1 de la Ley 7/1998 LCGC, "El hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión."

4. Transparencia y control del contenido

El triple control del clausulado de los contratos de adhesión con condiciones generales, viene determinado por los artículos 5 y siguientes de la Ley de Condiciones Generales para la Contratación y, en el ámbito específico de los consumidores, en los Arts. 80 y ss. del TRLGCIU.

Dicho sistema de control, contemplaría los aspectos de incorporación de la cláusula en el contrato, transparencia y, finalmente, el control de contenido para determinar la abusividad.

Ateniéndonos concretamente al artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE, se establece este control de contenido, o "valoración del carácter abusivo de las cláusulas" cuando las mismas versan sobre elementos esenciales del contrato, por lo que se podrá enjuiciar sobre la incorporación y transparencia de dicho clausulado.

Desde la Sala del Tribunal Supremo, se fijan unos parámetros para llevar a cabo el control de transparencia, acogiéndose a los principios recogidos en los artículos 5.5 y 7 de la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación y en el artículo 80 del RDL 1/2007 que aprueba el texto refundido de la ley de consumidores y usuarios.

Es en este contexto donde la Sentencia de fecha 9 de mayo de 2013, el Tribunal Supremo afirma que con la información facilitada, al contemplar ésta los términos regulados por la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, se cubren las exigencias respecto a su conocimiento por el adherente al tiempo de la celebración del contrato, siempre y cuando las cláusulas no sean ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles. Dicha ley regula el iter negocial de la contratación "extremo de hecho", de lo que concluye que la observancia de los trámites regulados en la OM garantizan la transparencia y aseguran que el proceso de formación de la voluntad del prestatario se desarrolle libremente -valoración jurídica- de tal forma que la cláusula se suscribe "*con el adecuado conocimiento y con total información*".

El incumplimiento de la normativa sobre transparencia bancaria supone pues que la cláusula no superaría el control de incorporación al contrato y que, por esta razón, sea declarada nula.

En cuanto al **control de transparencia con el préstamo hipotecario multidivisa**, en la actualidad, numerosas sentencias son las que priman respecto el control de transparencia de las entidades bancarias en este caso concreto de las hipotecas multidivisas, tales como la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Madrid, de 24 de junio de 2014, o la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 84 de Madrid, que cita amplia jurisprudencia del Tribunal Supremo y del TJUE.

El TJUE establece en su sentencia de 30 de abril de 2014, en el asunto C-26/13 que la exigencia de transparencia (claridad y comprensibilidad, en términos del artículo 4.2.) de las cláusulas contractuales no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical (apartado 71), porque 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 respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información y, en consecuencia, esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva. Y, en concreto, en una hipoteca en divisa extranjera, que permite al profesional calcular la cuantía

de las cuotas mensuales de devolución en función de la cotización de venta de la divisa extranjera aplicada por ese profesional, produce el efecto de elevar los gastos del servicio financiero a cargo del consumidor, en apariencia sin límite máximo.

Recuerda el TJUE que los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 , y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma otorgan una importancia esencial para el cumplimiento del requisito de transparencia a la *'cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo (apartado 73).*

Para ello, el tribunal nacional debe determinar si, *'a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes, entre ellos la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso podía no sólo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de una divisa extranjera, aplicada en general en el mercado de valores mobiliarios, sino también evaluar las consecuencias económicas potencialmente importantes para él de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución a cuyo pago estaría obligado en definitiva, y por tanto el coste total de su préstamo .*

Es decir, el contrato de préstamo debe exponer de manera transparente **el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera**, así como *la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo.*

Siendo esta cláusula esencial en el contrato, la mencionada STJUE de 30 de abril de 2014 establece que, *"el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".*

Mis representados, no solamente son clientes minoristas a efectos de la normativa MFID, sino que también se pueden considerar consumidores, de acuerdo con el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que establece que *"a efectos de esta normativa y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional".* Por tanto, son considerados la parte débil de la relación contractual y necesitan de su máxima protección.

5. Error en el consentimiento prestado por la parte actora

Sin perjuicio de lo expuesto en el anterior precepto, la falta de información, ya sea verbal o escrita, sobre la verdadera naturaleza, características esenciales y riesgos inherentes al producto ofertado y contratado, no pudo sino producir en el actor un error en el conocimiento

sobre la verdadera naturaleza de dicho producto, pues en ningún caso fue conocedor ni conscientes de estar contratando un producto financiero con semejante complejidad.

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2015, se estipula que, **"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 la 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».*

Así, la falta de información por la que se vió afectado el actor le hizo desconocer los siguientes aspectos esenciales respecto el funcionamiento de un préstamo hipotecario multidivisa:

1.- "La 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, se calcula en función del Mibor correspondiente.

Ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015 fija que la hipoteca multidivisa 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

2.- Los **riesgos** de la hipoteca multidivisa son superiores 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.

Queda claro que, esta modalidad de préstamo 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 sólo por la variabilidad del interés, 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.

Derivado de todo ello, resulta que la contratación de este tipo de préstamos y créditos en divisas solamente se debería plantear a aquellos clientes, lo que no acontece en el caso que nos ocupa, que entiendan y sean capaces de comprender perfectamente el mercado de divisas, de modo que sean plenamente conscientes de los riesgos que se asocian a este tipo de hipotecas.

Finalmente, la testifical practicada en el acto de la vista por parte de la [REDACTED] [REDACTED] empleada de Bankinter que comercializó la hipoteca con el actor, no se desvirtúa todo lo manifestado anteriormente.

Para concluir ha de considerarse especialmente esclarecedora la pericial practicada a instancia de D^a Nuria María García Pascual, ratificado por su autora en el acto de la vista, que ha de darse por reproducido en todos sus términos.

SEGUNDO.- En orden a la condena en costas y en aplicación de lo preceptuado en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dada la estimación íntegra de la pretensión hecha valer por la demandante procede condenar a la parte demandada al pago de las costas procesales.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

ESTIMO íntegramente la demanda interpuesta por [REDACTED] representado por el procurador Sra. Pérez García, contra la mercantil BANKINTER S.A, representada por el procurador Sra. Pérez Muñoz, y ;

Declaro la nulidad parcial del préstamo en divisas suscrito por [REDACTED] con número de protocolo [REDACTED], en todo lo relativo al clausulado multidivisa por vicio en el consentimiento de dicha parte, conllevando como efecto propio de la nulidad, la declaración de que quede referenciado únicamente a euros, manteniendo el resto de pronunciamientos que no impliquen cláusulas multidivisa y que, en consecuencia, se declare que la cantidad adeudada por la parte actora es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros resultante de disminuir al importe prestado de CIENTO TREINTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA EUROS (135.380,00 €) la cantidad amortizada hasta la fecha que recaiga sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiendo que el préstamo lo fue de CIENTO TREINTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS OCHENTA EUROS (135.380,00 €) y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de intereses, la misma referencia fijada en la escritura (Cláusula TERCERA B) para el euro (EURIBOR + 0,40 puntos).

Todo ello con la consecuencia obligada de condena a BANKINTER, S.A., a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

Las costas procesales generadas en esta instancia corresponden su satisfacción a la parte demandada.

Contra esta sentencia cabe interponer recurso de apelación en el plazo de veinte días, y en la forma preceptuada en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.