

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 3 SUECA

Plaza DEL CONVENT/S/N
N.I.C.: 46235-41-1-2017-0000450
Procedimiento: Asunto Civil 000079/2017

SENTENCIA N° 000141/2017

JUEZ QUE LA DICTA: D/Dª ANA FAUS JIMENEZ

Lugar: SUECA

Fecha: veintiseis de noviembre de dos mil diecisiete

PARTE DEMANDANTE: ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN), en defensa de [REDACTED]

Abogado: PRIETO CLAR, BENJAMIN JOSE

Procurador: GONZALEZ CANO, ENCARNACION

PARTE DEMANDADA BANKINTER S.A.

Abogado:

Procurador: PEREZ MATEU DE ROS, VICTOR

OBJETO DEL JUICIO: Ordinarios

Vistos por mí, Ana Faus Jimenez, Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número tres de los de Sueca, los presentes autos de juicio ordinario, registrados con el número 79/2017, seguidos entre partes, de una como demandante ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS, actuando en defensa de su asociado, D. [REDACTED] representado por la Procuradora Dña. Encarnación González Cano, y de otra como demandada BANKINTER, S.A., representada por el Procurador D. Victor Pérez Mateu de Rossobre hipoteca multdivisa.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-La Procuradora Dña. Encarnación González Cano, en la representación indicada, mediante escrito que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, presentó demanda de Juicio Ordinario en fecha 13 de febrero de 2017. En el Suplico de la misma se pedía que se dicte sentencia que,

“1º.- Declare la nulidad del préstamo hipotecario con derivado implícito en todos los contenidos relativos a la opción multdivisa insertados en el préstamo hipotecario suscrito en su día entre las partes en fecha 7 de abril de 2008, por existir error vicio en el consentimiento en el momento de otorgar el mismo dada cuenta de la ausencia de información sobre dicho derivado implícito, omitiendo la información necesaria para que la parte actora pudiese comprender el funcionamiento del mismo y los riesgos que le son inherentes.

2º.- Condene la entidad BANKINTER, S.A. a la devolución a mí mandante de la cantidad de 53.159,37 euros que han sido abonados de más como consecuencia de la

aplicación de opción multdivisa que el préstamo hipotecario incluía, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del presente pleito.

Y subsidiariamente a lo anterior, para el caso de desestimación de la citada acción, se dicte Sentencia en virtud de la cual se condene a la demandada, BANKINTER, S.A. a abonar a mí mandante, en concepto de indemnización de daños y perjuicios la cantidad de 53.159,37 euros que responden al perjuicio económico causado a éste, más los intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del presente pleito.

Y en todo caso, se condene a la entidad BANKINTER, S.A. a las costas causadas.”

SEGUNDO.-La demandada presentó su contestación fuera de plazo, por lo que se dictó Diligencia de Ordenación en fecha 26 de mayo de 2017 dando por precluido el plazo para su presentación y convocando a las partes al acto de la Audiencia Previa, que se celebró el 15 de junio de 2017. En la misma, se fijó el día el 23 de octubre de 2017 para la celebración de la vista. En el acto de la vista se practicó toda la prueba que había sido admitida, quedando los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Para poder comprender la figura de la hipoteca multdivisa, es necesario acudir a la última sentencia dictada por el Tribunal Supremo referente a esta materia, de fecha 15 de noviembre de 2017, que viene a modificar la jurisprudencia anterior, sentada a partir de la sentencia 323/15, de 30 de junio.

El cambio de jurisprudencia se debe a la doctrina sentada por el TJUE, que en el caso Banif Plus Bank (sentencia de 3 de diciembre de 2015) en la que el Tribunal llegó a la conclusión de que las operaciones de cambio de divisa, accesorias a un préstamo que no tiene por finalidad la inversión, no constituyen un instrumento financiero distinto del propio préstamo, sino únicamente una modalidad indisoluble de ejecución de éste. Esto lleva a la conclusión de que el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores, por lo que no le resulta aplicable la normativa referida a este Mercado (Directiva MIFID).

Los argumentos que sirvieron de fundamento a esta decisión del TJUE fueron, sucintamente, que en la medida en que constituyen actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo denominado en divisas, las operaciones controvertidas en el litigio principal no se encuentran comprendidas en dicha sección A de la Directiva MIFID (apartado 55). Estas operaciones se limitan a la conversión sobre la base del tipo de cambio de compra o de venta de la divisa considerada, de los importes del préstamo y de las mensualidades expresadas en esta divisa (moneda de cuenta) a la moneda nacional (moneda de pago) (apartado 56). Tales operaciones no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, a saber, la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital más los intereses por el prestatario. La finalidad de estas operaciones no es llevar a cabo una inversión, ya que el consumidor únicamente pretende obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio y no, por ejemplo, gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de una divisa (apartado 57). Según esta argumentación, tampoco podían entenderse comprendidas en el concepto de

“negociación por cuenta propia”, ni “servicios auxiliares” del anexo I, sección B, de la directiva MiFID.

En este tipo de contratos es imposible distinguir entre el contrato de préstamo y la operación de futuros de venta de divisas, ya que su único objeto es el pago de capital y vencimientos. En definitiva, las operaciones relacionadas con el cambio de moneda son claramente accesorias, siendo el objeto principal la devolución de una cantidad prestada, sin que exista en ningún momento una finalidad inversora.

Pero el que este tipo de hipotecas se encuentre fuera de la normativa MiFID no significa que no estén sujetas al control de transparencia. La sentencia aplica los criterios de la sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017 (caso Andrić) y considera que, aunque el consumidor medio puede prever el riesgo de un cierto incremento de las cuotas de amortización por efecto de la fluctuación de las monedas sin necesidad de una especial información, no ocurre lo mismo con otros riesgos asociados a estas hipotecas. En ellas, la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado, lo que determina que, pese al pago de las cuotas de amortización periódica, el prestatario puede adeudar un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo. Incluso aunque se cumpla la obligación de pagar las cuotas, el banco pueda dar por vencido anticipadamente el préstamo si el euro se devalúa, por encima de ciertos límites, sobre la divisa extranjera.

Al tener el prestatario la consideración legal de consumidor la operación queda sujeta a toda la normativa que protege a los consumidores. Conviene destacar la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, que tuvo su reflejo en la redacción dada en el TRLRUCI, centrándolo el estudio en los artículos 80.1 y 82 de esta ley.

Son varias las sentencias del TJUE en las que se pone de manifiesto la necesidad de someter al control de transparencias aquellas cláusulas no negociadas que regulan el objeto principal del contrato de préstamo denominados en divisas, destacando la del caso KASLER y caso ANDRIĆ.

Estas cláusulas que fijan la moneda nominal y la funcional del contrato, son cláusulas que definen el objeto principal del contrato por lo que sobre las mismas recae un especial deber de transparencia en el caso de contratos con consumidores. Esta especial obligación se manifiesta en dos planos: el primero es que se exige que las cláusulas deben estar redactadas de forma clara y comprensible y el segundo, que además, deben permitir que el consumidor que contrata pueda prever sobre la base de criterios precisos y comprensibles sus consecuencias económicas, esto es, debe entender claramente el sacrificio patrimonial que le causa el contrato así como queda su posición jurídica y la asignación de los riesgos derivados de dicho contrato.

En la sentencia mencionada se llega a la conclusión de que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que las divisas fluctúan y que, en consecuencia, las cuotas de un préstamo denominado en divisa extranjera pero en el que los pagos efectivos se hacen en euros pueden variar conforme fluctúa la cotización de la divisa. Pero no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, 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. De ahí que la STJUE del caso *Andrić*, en sus apartados 49 y 50, exija una información adecuada sobre las consecuencias que puede llegar a tener la materialización de este riesgo, sobre todo en los casos en que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en la divisa.

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 entender debidamente las consecuencias de este tipo de cláusulas y de utilizar provechosamente las distintas opciones que esta figura ofrece. Si no recibe esa información sobre el mercado de divisas y carece de esos conocimientos, el prestatario que haga uso, por ejemplo de la 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 incrementa 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.

SEGUNDO.-En la demanda presentada por la Procuradora Dña. Encarnación González Cano, los hechos que se alegan son los siguientes:

- El prestatario D. [REDACTED] suscribió un préstamo hipotecario multdivisa sin tener a su disposición la información necesaria para poder entenderen ese momento todos los riesgos que este producto acarrea.

- En el año 2003 D. [REDACTED] compró una vivienda . Para proceder al pago del precio se le ofreció la subrogación en la hipoteca suscrita por la promotora con Banco de Valencia, ahora CaixaBank. Su diferencial era del 0,75%. Como en ese momento el EURIBOR estaba muy alto, buscó otras alternativas. Una de las alternativas se la propuso un conocido, tratándose de la hipoteca multdivisa, en la que se aplicaría el interés de Japón, que en ese momento estaba al 1%, sin diferencial. Este conocido le dijo que no existía riesgo. Esta persona le facilitó los datos de la sucursal en la que el mismo había suscrito su hipoteca, siendo esta la oficina de Bankinter, sita en la Calle Juan Bravo de Madrid. El director de dicha sucursal era [REDACTED] que confirmó la información dada por el conocido, sin facilitar información adicional, asegurando que el riesgo era mínimo y que la cuota a pagar sería inferior, ya que el índice de referencia era el LIBOR, no el EURIBOR.

- Toda la contratación se hizo por teléfono, sin ningún contacto inmediato. - El préstamo se formalizó el 7 de abril de 2008.

- No le informaron de la operativa de la hipoteca multdivisa ni que los pagos se harían en yenes japoneses.

- El préstamo no fue negociado, siendo redactado por el banco.

- El plazo para la devolución de la cantidad prestada se fijó en 360 meses. Cada cuota ascendía a 84.943 yenes japoneses.

- Pese a que el préstamo se constituyó en yenes se le entregaron euros y el prestatario pagaba sus cuotas en euros.

- En la cláusula referida al Capital de préstamo se dice literalmente lo siguientes: “BANKINTER, S.A....entrega a la parte prestataria, DON [REDACTED] que recibe un préstamo multdivisa de CIENTO CUARENTA Y NUEVE MIL OCHO CIENTOS EUROS (149.800 euros) por su contravalor en las divisas convertiblesen

El riesgo que se asume es tan elevado que el titular puede llegar a ADEUDAR [REDACTED]

Así, la valoración del perjuicio económico arrojada según los mercados financieros en el momento de la contratación era de 56.290,65 euros, valoración desconocida por el cliente que no disponía de las herramientas necesarias para la cuantificación del mismo.

Finalmente, el capital pendiente que existe a 07/01/2017 asciende a 148.168,70 euros, tan sólo 1.631,30 euros menos que el préstamo inicialmente concedido, a pesar de haber abonado 67.845,05 euros.

Si se hubiese optado desde el inicio por euros, el capital actualmente sería de 110.507,16 euros, 37.661,54 euros menos que el capital pendiente actual. Por otro lado, el cliente ha pagado de más hasta el 7 de Enero de 2017 un total de 15.159,37 euros. Por tener el préstamo en divisas. Así, el perjuicio total es de 53.159,37 euros. A esto habrá que añadir la comisión de cambio aplicada en cada mensualidad que, según escrituras, sumaría un total de 929,60 euros.

E) [REDACTED]

Anexo 2: Información de la página web de Bankinter
Anexo 3: Evolución futura de los Tipos de Interés.

3º Certificación ASUPFIN: donde se certifica que D. [REDACTED] es socio de esta Asociación (Asufin:Asociación de usuarios financieros)

4º Autorización: de D. [REDACTED] a Asufin para que realice en defensa de sus intereses todas las acciones judiciales y extrajudiciales que sean necesarias contra BANKINTER S.A., en relación a la hipoteca multdivisa de la que es titular:

La demandada presentó su contestación fuera de plazo, por lo que ninguno de los documentos que la misma presentó deben ser tenidos en cuenta.

TERCERO.- Aunque la contestación a la demanda se presentó fuera de plazo se planteó una cuestión, la caducidad de la acción, que es una cuestión que no necesita de alegación de parte, sino que debe ser estudiada de oficio.

En el presente procedimiento, la acción que ejercita la demandante es una acción de nulidad. Basa la argumentación en el artículo 1266 del CC, aduciendo la existencia de un error que invalida el consentimiento, al recaer sobre la sustancia del contrato. El Artículo 1265 considera nulo este consentimiento y el artículo 1261 declara inexistente el contrato que no cuenta con un consentimiento válido. Lo que ocurre es que en este caso se está solicitando una nulidad parcial, no una total. Se solicita la eliminación de las referencias

a la denominación en divisas del préstamo que queda como préstamo concedido en euros y amortizado en euros.

La nulidad total del contrato de 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 le ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula negociada puede perjudicarle más que al predispone. Si se eliminara por completo la cláusula en la que aparece el importe del capital de 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 en la cantidad que fue prestada por el banco como la de las cuotas mensuales que se pagaron por el prestatario, que determina la amortización que debe realizarse del capital pendiente.

Se trata en definitiva de sustituir la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato que establece la posibilidad de que el capital esté denominados en euros y que responde a las exigencias de una disposición nacional como la contenida en los preceptos como arts 1170 del CC y 312 del C. Com, que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en la obligaciones pecuniarias.

Esta sustitución de régimen contractual es posible cuando se trata de evitar la nulidad total del contrato en el que se contienen las cláusulas abusivas para no perjudicar al consumidor, puesto que de otro modo se estaría contrariando la finalidad de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Así lo declara el TJUE en sentencia 30 de abril de 2014. Pero la acción no deja de ser una acción de nulidad y por tanto el plazo aplicable para calcular la caducidad no es de 4 años, por lo que la acción ha caducado.

CUARTO.- Valorando la prueba practicada en la vista, junto con los documentos antes relacionados, he llegado a las siguientes conclusiones:

En primer lugar, el demandante, pese a ser abogado en ejercicio y pese a haber cursado un master MBA, tras la celebración del juicio, quedó claro que no tiene los conocimientos necesarios para la contratación de este tipo de producto. Según se dice en la sentencia la que me refieren el primer fundamento, "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 entender debidamente las consecuencias de este tipo de cláusulas y de utilizar provechosamente las distintas opciones que esta figura ofrece." El Máster MBA al que se refirió la parte demandada y que cursó el perjudicado, es un Máster cuya temática gira en torno a la dirección de empresas, pero no a la materia referida al mercado de divisas ni al estudio de productos financieros complejos como el presente. Esta información está disponible en la página web del referido Máster.

Por otro lado, la falta de conocimiento sen el demandante no sería obstáculo para poder entender válida la contratación si hubiera quedado probado que por el banco se le facilitó una información previa y detallada de todos los pormenores de esta hipoteca. Sin embargo, no consta que se le entregara folleto informativo alguno ni tampoco la hipoteca se

encuentra redactada en un lenguaje fácilmente comprensible, que permita entender sin lugar a dudas todos los riesgos que esta figura supone. La terminología empleada es excesivamente técnica, con una redacción oscura, sin que sea fácil entender que, por ejemplo, una de las consecuencias de esta hipoteca es que el capital pendiente de amortización está sujeto a continuas modificaciones dependiendo de las modificaciones del cambio euro/yen. Tal y como dice el TS, esta hipoteca sólo es ventajosa si el prestatario conoce el mercado de divisas y va cambiando de moneda a medida que lo marca el mercado y sólo en este caso sería lógica su contratación.

Por otro lado, tal y como resulta del informe pericial aportado, por el banco se conocía más o menos cual iba a ser la tendencia del mercado de divisas, sin que esto fuera trasladado al prestatario, que únicamente se fijó en que el tipo de interés era más bajo.

Por todo lo dicho, no constando entrega de información clara de las consecuencias de una hipoteca como la suscrita, constando la redacción tortuosa del clausulado de la misma y habiendo quedado acreditada la carencia de conocimientos en materia de mercado de valores en el prestatario, entiendo que concurre una falta de consentimiento, ya que el que el consentimiento que se prestó estaba viciado, ya que se hizo sin conocer el verdadero alcance de lo que se estaba contratando, siendo de tal envergadura este vicio que supone la falta total de dicho consentimiento.

QUINTO.- En cuanto a las consecuencias de la eliminación de la cláusula multigravosa, a falta de otra valoración y al no haberse cuestionado los cálculos llevados a cabo por la perito que depuso en el acto de la vista, entiendo que debe estimarse la demanda también en este punto, ya que la cantidad que se fija en la demanda coincide con la calculada por la perito.

SEXTO.- Respecto de la condena en costas resulta aplicable el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se establece: "1. En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares."

FALLO

Estimo la demanda y Declaro la nulidad del préstamo hipotecario en todos los contenidos relativos a la opción multigravosa insertados en el mismo. Condeno a la entidad BANKINTER, S.A. a la devolución a D. [REDACTED] de la cantidad de 53.159,37 euros, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro y hasta la resolución definitiva del presente pleito.

Condeno a BANKINTER, S.A. al pago de las costas causadas."

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de VALENCIA (artículo 455 LECn).

El recurso se presentará en este Juzgado en el plazo de **VEINTE DÍAS**

habiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 458 LECn).

HACIÉNDOLE SABER QUE PARA RECURRIR DEBE CONSTITUIR EL DEPÓSITO DE 50 EUROS EN LA CUENTA DE DEPÓSITOS Y CONSIGNACIONES DE ESTE JUZGADO, ABIERTA EN EL BANESTO Nº 4369/0000/00/ 000079/2017 . EN VIRTUD DE LO DISPUESTO EN LA LO 1/2009 DE 3 DE NOVIEMBRE, POR LA QUE SE MODIFICA LA LO 6/1985 DE 1/07 DEL PODER JUDICIAL (BOE 4/1/09), BAJO APERCIBIMIENTO DE INADMISIÓN DEL RECURSO EN CASO DE NO VERIFICARLO.

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

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia por el/la Sr/a. Magistrado/-Juez que la dictó, estando el/la mismo/a celebrando audiencia pública en el mismo día de la fecha, de lo que yo, el/la Letrado A. Justicia doy fe, en SUECA , a veintisiete de noviembre de dos mil diecisiete .

