

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 88 DE MADRID**

C/ Princesa, 3 , Planta 6 - 28008

Tfno: 914437858

Fax: 914437850

42020310

NIG: 28.079.00.2-2016/0184683

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 1085/2016

Materia: Contratos en general

Demandante: D./Dña. [REDACTED] ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS

PROCURADOR D./Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON

Demandado: BANKINTER, S.A.

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

SENTENCIA Nº 79/2018**JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ:** D./Dña. ESTHER LOBO DOMÍNGUEZ**Lugar:** Madrid**Fecha:** veintiuno de febrero de dos mil dieciocho**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El día 04/11/16 la procuradora D^a SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO, en la indicada representación de ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN), entidad que actúa en defensa e interés de su asociado D. [REDACTED] presentó demanda de juicio ordinario contra la entidad BANKINTER SA en la cual tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, solicita se dicte sentencia por la que se declare la nulidad de la totalidad del clausulado multdivisa incorporado en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, por su abusividad, por falta de claridad y de transparencia; subsidiariamente y en el orden que se expone, se declare la nulidad de la totalidad del clausulado incorporado en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, por vicio del consentimiento del cliente, por falta de objeto contractual, por falta de causa contractual y por vulneración de normas imperativas, independientemente de que se acoja los motivos anteriores, se condene a la eliminación de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, objeto del presente procedimiento, del precitado clausulado multdivisa, se condene a la demandada a recalcular y rehacer, con exclusión del clausulado multdivisa, 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), teniendo en cuenta también cualesquiera comisiones y gastos pagados, se declare la nulidad de la cláusula sexta denominada "Interés de demora" relativa al establecimiento de un tipo de interés de 9,5 puntos porcentuales añadidos al tipo de interés vigente en el momento del adeudo para la situación de impago, por abusiva, se condene a la eliminación de la cláusula sexta denominada "Interés de demora" de la escritura de préstamo





con garantía hipotecaria; subsidiariamente, sobre la base de la negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información como comisionista prestador de servicios de inversión y al amparo del artículo 1101 del CC, se condene a la demandada a indemnizar al cliente por los daños y perjuicios causados (que deben coincidir con el recalcado descrito anteriormente), quedando el préstamo referenciado a euros y Euribor en el futuro, todo ello con imposición de las costas judiciales causadas a la demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, por Decreto de fecha 15/11/16, se acordó el emplazamiento del demandado. En fecha 29/12/16 por escrito presentado por la procuradora D^a ROCIO SAMPERE MENESES, en representación de BANKINTER, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estima de general y pertinente aplicación, solicita que se desestime íntegramente la demanda con imposición de costas a la actora.

TERCERO.- Convocadas las partes para la celebración de la audiencia previa, finalmente la misma tuvo lugar el día 12/06/17 con la asistencia de las partes, en la cual no siendo posible una solución amistosa, se ratificaron en sus respectivos escritos, proponiendo la práctica de las pruebas que estimaron oportunas y que fueron declaradas pertinentes, se señaló día para la celebración de juicio según consta documentado en soporte audiovisual unido a las actuaciones.

CUARTO.- En fecha 19 de febrero de 2018 se celebró el juicio practicándose las pruebas propuestas y admitidas y después de formular las partes conclusiones quedaron los autos pendientes de sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita por la parte actora acción al objeto de que se declare la nulidad total del clausulado multidivisa por su abusividad, falta de claridad y falta de transparencia y subsidiariamente nulidad por vicio del consentimiento, solicitando que se elimine del precitado clausulado multidivisa, se condene a recalcular y rehacer los cuadros de amortización contabilizando el capital que efectivamente debió ser amortizado de haber sido amortizado en euros y aplicando el índice de referencia ordinario(Euribor) teniendo en cuenta cualesquiera comisiones y gastos pagados. Solicita así mismo la nulidad de la cláusula sexta “interés de demora” fijada en 9,5 puntos porcentuales al tipo de interés vigente en el momento del adeudo para la situación de impago, con imposición de costas.





La parte demandada en síntesis se opone señalando que los préstamos multidivisa quedan fuera del ámbito de aplicación de la LMV, que lo relativo a los contenidos referidos a divisas extranjeras constituye un elemento esencial del contrato, las divisas prestadas, fruto de una negociación individualizada, con un riesgo fácilmente entendible por cualquiera y que la cláusula multidivisa, es beneficiosa porque le permite optar por el cambio de divisa frente al prestamista, siendo que su declaración de nulidad nunca supondría que se redefiniera en euros con efectos retroactivos. Señala que el actor acudió a la oficina de la entidad a solicitar la contratación de un préstamo multidivisa que las cláusulas impugnadas se configuran como una parte clara y comprensible del contrato que supera el control de transparencia. Se opone a la nulidad por inexistencia de causa de anulabilidad, por error o vicio en el consentimiento pues el riesgo de fluctuación del tipo de cambio no le es imputable, es un riesgo que no puede garantizar y era conocido por el actor. Que ha estado informado durante todo el periodo y que era plenamente consciente del riesgo asumido, por lo que tras citar los hechos y fundamentos de derecho que estima de pertinente aplicación, solicita que se desestime la demanda conforme al suplico de contestación a la misma.

SEGUNDO.- De la valoración libre y conjunta de la prueba practicada, ha quedado acreditado que ambas partes suscribieron el 2 de junio de 2006 una escritura de préstamo con garantía hipotecaria cuya cláusula 1ª.- establece como importe del préstamo multidivisa de CIENTO OCHENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y CUATRO EUROS (188.344 EUROS) por su contravalor en cualquiera de las divisas convertibles en España (...) inicialmente formalizado en 297.432,88 FRANCOS SUIZOS, contravalor en divisas a efectos informativos sujeto a confirmación en el momento de la disposición. La cláusula segunda AMORTIZACIÓN, el pago se efectuará a través de 300 cuotas mensuales de 1.292,78 FRANCOS SUIZOS que incluye la parte destinada a la amortización del capital y la que se aplica al pago de intereses.

En la cláusula TERCERA, se pacta el tipo de interés aplicable, dándose por reproducida.

De la testifical de D. [REDACTED] que no se acordaba de la comercialización de éste préstamo en concreto, declarando sobre su forma de actuar en general, se desprende que las simulaciones que hacía eran lo que podía pasar en ese momento de la comercialización respecto al principal, plazo, cambio y cuota tanto en la divisa elegida como en euros, pero no hacía simulación de escenarios muy desfavorables al señalar que en ese momento no se podía saber. No informó de la posibilidad de por el riesgo de cambio de divisa pudiera adeudar mayor capital que el inicialmente prestado. Así mismo de la testifical del director de la entidad en el momento de la comercialización D. [REDACTED] que tampoco recordaba éste caso en concreto, se considera acreditado que informaba de las ventajas, que en ese momento la cuota se reducía bastante porque el tipo de referencia era más bajo que el Euribor. Señaló igualmente que no recordaba este caso en concreto, pero con carácter general aconsejaba una divisa menos apreciada frente al euro y para mitigar el riesgo del cambio de divisa que comprase divisa el día en que el cambio de divisa fuera bueno. Efectuaba simulaciones en Excel con una divisa más estable como el Franco suizo pero con mayor tipo y en yen que variaba más pero el tipo era más bajo, y como cambiando el tipo de cambio y el tipo de interés variaba la cuota.





De la pericial de D^a NURIA MARIA PASCUAL se considera acreditado que la información previa a la firma de la escritura no fue suficiente para conocer las particularidades de la hipoteca multidivisa, ni sus riesgos. Tampoco se entregó la oferta vinculante correspondiente. Era imprescindible comprender las características y conocer la verdadera naturaleza del producto para poder tomar una decisión sobre la divisa elegida de manera consciente y razonada (...). La información aportada durante y después de la contratación, no puede considerarse suficiente. El cliente está sometido al riesgo del tipo de cambio, el cual afecta tanto a las cuotas mensuales como al principal del préstamo hipotecario (...). Así, la valoración del perjuicio económico arrojado según los mercados financieros en el momento de la contratación era de 55.616,10 euros para toda la vida del préstamo, valoración desconocida por el cliente que no disponía de las herramientas necesarias para la cuantificación del mismo.

TERCERO.- Respeto a la disquisición sobre la naturaleza del préstamo multidivisa, debe señalarse que había sido resuelto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 323/2015 de 30 Jun. 2015, Rec. 2780/2013, ha sido modificada por Sentencia 608/2017, de 15 de noviembre. CIP 2678/2015, en los siguientes términos:

(...)7.-"Los Jueces y Tribunales deben aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 4.bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Dado que la cuestión de qué debe entenderse por instrumento financiero, producto o servicio de inversión a efectos de la aplicación de la normativa sobre el mercado de valores es una cuestión regulada por el Derecho de la Unión (en concreto, por la Directiva MiFID), este tribunal debe modificar la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio, del pleno de esta sala, y declarar que el préstamo hipotecario denominado en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores.

8.- Lo anterior supone que las entidades financieras que conceden estos préstamos no están obligadas a realizar las actividades de evaluación del cliente y de información prevista en la normativa del mercado de valores. Pero no excluye que estas entidades, cuando ofertan y conceden estos préstamos denominados, representados o vinculados a divisas, estén sujetas a las obligaciones que resultan del resto de normas aplicables, como son las de transparencia bancaria.

Asimismo, cuando el prestatario tiene la consideración legal de consumidor, la operación está sujeta a la normativa de protección de consumidores y usuarios, y, en concreto, a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, Directiva sobre cláusulas abusivas). Así lo entendió el TJUE en los apartados 47 y 48 de la citada sentencia del caso Banif Plus Bank".

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.

CUARTO.- En el presente caso hay que tener en cuenta la sentencia del TS en Sentencia 608/2017, de 15 de noviembre. CIP 2678/2015 y por tanto debe efectuarse el control de transparencia en la aplicación de los preceptos legales que regulan el control de abusividad de las cláusulas no negociadas y, más precisamente, el control de transparencia, en concreto, los arts. 80.1 y 82 TRLCU, que desarrollan las previsiones de la Directiva sobre cláusulas abusivas, como son las del art. 4.2 de la Directiva.

Señala dicha sentencia “ 2.- La sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14, que excluyó la aplicación de la normativa MiFID a este tipo de productos bancarios, declaró:

»48. Esto sucede, en particular, con las disposiciones de la Directiva 93/13 que instauran un mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece esta Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai, C 26/13, EU:C:2014:282, apartado 42)».

3.- En esta sentencia del caso Kásler, el TJUE declaró la procedencia de realizar un control de transparencia sobre las cláusulas no negociadas que regulan el objeto principal del contrato de préstamo denominado en divisas.

4.- También la STJUE del caso Andriuc, declara la procedencia de realizar el control de transparencia a las cláusulas que regulan 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, en los contratos de préstamo denominados en divisas.

(...)9.- Una vez fijada la aplicabilidad de la normativa de protección de los consumidores y usuarios que desarrolla la Directiva sobre cláusulas abusivas, el apartado 35 de la STJUE del caso Andriuc, afirma que las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, a las que hace referencia el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, son las que regulan las prestaciones esenciales del contrato y que, como tales, lo caracterizan.(...)

.- Las cláusulas cuestionadas en la demanda, que fijan la moneda nominal y la moneda funcional del contrato, así como los mecanismos para el cálculo de la equivalencia entre una y otra, y determinan el tipo de cambio de la divisa en que esté representado el capital pendiente de amortizar, configuran tanto la obligación de pago del capital prestado por parte del prestamista como las obligaciones de reembolso del prestatario, ya sean las cuotas periódicas de amortización del capital con sus intereses por parte del prestatario, ya sea la devolución en un único pago del capital pendiente de amortizar en caso de





vencimiento anticipado del contrato. Por tal razón, son cláusulas que definen el objeto principal del contrato, sobre las que existe un especial deber de transparencia por parte del predisponente cuando se trata de contratos celebrados con consumidores.

11.- De acuerdo con estas sentencias del TJUE, no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas.

12.- En concreto, el apartado segundo del fallo de la STJUE del caso Andriuciu, 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.

16.- Que la normativa MiFID no sea aplicable a estos préstamos hipotecarios denominados en divisas no obsta a que el préstamo hipotecario en divisas sea considerado un producto complejo a efectos del control de transparencia derivado de la aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, por la dificultad que para el consumidor medio tiene la comprensión de algunos de sus riesgos.

17.- En nuestra sentencia 323/2015, de 30 de junio, hemos explicado por qué los riesgos de tipo de préstamo hipotecario exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Dijimos en esa sentencia:

«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 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».

18.- También declaramos en esa sentencia, como confirmación del carácter complejo de este tipo de contrato por la existencia de riesgos necesitados de una explicación clara, que la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, en su considerando cuarto, hace referencia a los problemas existentes «en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado» y que «algunos de los problemas observados se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban». El considerando trigésimo de la Directiva añade que «debido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito [...]».

Por esas razones, los arts. 11.1.j, 13.f y 25.6 de la Directiva imponen determinadas obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos asociados a la denominación del préstamo en una moneda extranjera.

Esta Directiva no es aplicable al presente caso, por razones temporales, pero su regulación muestra los problemas existentes en la contratación de préstamos en moneda extranjera y la necesidad de que el prestatario reciba una información suficiente sobre el juego de la moneda extranjera en la economía del contrato y en su posición jurídica y sobre los riesgos inherentes a ese tipo de préstamos.

La obligación de transparencia en la contratación de estos préstamos es preexistente a la entrada en vigor de esta Directiva puesto que deriva de la regulación de la Directiva sobre cláusulas abusivas. La novedad que en esta materia supone la Directiva 2014/17/UE consiste en establecer una regulación detallada de la información a facilitar y en protocolizar la documentación en la que tal información ha de prestarse así como la forma concreta en la que debe suministrarse.

19.- La jurisprudencia del TJUE, en aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, ha declarado la importancia que para el cumplimiento de la exigencia de transparencia en la contratación con los consumidores mediante condiciones generales tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. En este sentido se pronunciaron las sentencias del TJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C- 92/11, caso RWE Vertrieb, párrafos 44 y 49 a 51, y de 30 de abril de 2014, caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13, párrafo 70.

También lo hace la STJUE del caso Andriciuc, cuyo apartado 48 declara:

«Por lo demás, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un





contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración.

El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C 92/11, EU:C:2013:180, apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C 154/15, C 307/15 y C 308/15, EU:C:2016:980, apartado 50).

20.- Esta sentencia precisa cómo se concretan esas obligaciones de información en el caso de préstamos en divisas:

«49. En el presente asunto, por lo que respecta a los préstamos en divisas como los controvertidos en el litigio principal, es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistémico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1) (DO 2011, C 342, p. 1), que 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 (Recomendación A— Conciencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1).

» 50. Así pues, como el Abogado General ha señalado en los puntos 66 y 67 de sus conclusiones, por una parte, 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».

21.- En el presente caso, no existió esa información precontractual necesaria para que los prestatarios conocieran adecuadamente la naturaleza y riesgos vinculados a las cláusulas relativas a la divisa en que estaba denominado el préstamo, puesto que no se les entregó ninguna información por escrito con anterioridad a la suscripción del préstamo y la comercial de Barclays que les atendió carecía de la formación necesaria para poder explicar adecuadamente esos extremos del contrato.

22.- No es admisible la tesis sostenida por Barclays de que no le era exigible el cumplimiento de las obligaciones de información impuestas por la Orden de 5 de mayo de 1994 porque la reforma operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, en el art. 48.2 de la Ley 26/1988, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, que establecía que «la información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre





que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos», solo sería aplicable en futuras normas sobre transparencia bancaria, que no se dictaron hasta varios años más tarde.

Dado que las obligaciones de información relativa a los préstamos hipotecarios en que la hipoteca recae sobre vivienda estaban ya desarrolladas por la Orden de 5 de mayo de 1994, la modificación legal significó que, desde su entrada en vigor, esa normativa sobre transparencia pasaba a ser exigible en cualquier préstamo hipotecario en que la hipoteca recayera sobre una vivienda, sin que hubiera que esperar a que se dictara una nueva normativa sobre transparencia en los préstamos hipotecarios, como pretende Barclays.

23.- Para determinar la información que Barclays debió suministrar a los demandantes tiene especial relevancia la diferenciación entre la divisa en que se denominó el préstamo, pues en ella se fijaba el capital prestado y el importe de las cuotas de amortización, a la que podemos llamar «moneda nominal», y la moneda en la que efectivamente se entregó a los demandantes el importe del préstamo y se pagaron por estos las cuotas mensuales, el euro, que podemos llamar «moneda funcional». En la cláusula en la que se especificaba, denominada en divisa, el capital prestado, se fijaba también su equivalencia en euros.

24.- Los demandantes solicitaron el préstamo para hacer el pago de una cantidad de dinero determinada en euros, concretamente la cantidad necesaria para cancelar anteriores préstamos denominados en euros, cuyas condiciones consideraban más desfavorables que el préstamo denominado en divisas que Barclays les ofreció a un interés más bajo.

La escritura pública de préstamo hipotecario preveía que el ingreso del capital prestado en la cuenta de los prestatarios se haría, como se hizo, en euros, y fijaba el tipo de cambio aplicado para hallar la equivalencia del capital denominado en divisa (yen japonés) con el capital que se entregó efectivamente en euros, que era el tipo de cambio de venta de esa divisa que tenía fijado el banco. Por tanto, el importe del capital del préstamo denominado en la divisa inicial, el yen japonés, era la equivalencia, al tipo de cambio fijado, del importe que los prestatarios necesitaban en euros.

La valoración del bien hipotecado contenida en la escritura se hizo en euros y la fijación de la extensión de la garantía hipotecaria se hizo también en euros.

Los prestatarios tenían sus ingresos en euros. Aunque el clausulado predispuesto por Barclays preveía la posibilidad de hacer los pagos de las amortizaciones en divisas o en euros y establecía en este último caso el tipo de cambio aplicable (tipo de cambio de compra de la divisa fijado por el banco en un determinado momento), esta segunda opción era la única que podía cumplirse de forma efectiva en la ejecución del contrato puesto que los prestatarios obtenían sus ingresos en euros.

Los apuntes en la cuenta de los prestatarios, en la que el banco ingresó el capital prestado y los prestatarios ingresaban las cuotas de amortización, se hacían en euros.





Ante el impago de las cuotas, el banco dio por vencido anticipadamente el préstamo y fijó el saldo adeudado en euros. La cantidad en euros que Barclays reclamó en concepto de capital pendiente de amortizar, después de que los prestatarios hubieran estado pagando las cuotas mensuales de amortización durante varios años, superaba la cantidad de euros que fue ingresada en la cuenta de los prestatarios al concederles el préstamo.

Asimismo, el banco solicitó la ejecución de la hipoteca en euros, pese a que en nuestro ordenamiento es posible el despacho de ejecución en moneda extranjera (art. 577 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

25.- Lo expuesto muestra que era exigible a Barclays que hubiera informado a los demandantes sobre los riesgos que derivaban del juego de la moneda nominal del préstamo, el yen japonés, respecto de la moneda funcional, el euro, en que se realizaron efectivamente las prestaciones derivadas de su ejecución (esto es, la entrega efectiva del capital a los prestatarios, el pago efectivo por estos de las cuotas mensuales de amortización y la reclamación por el banco del capital pendiente de amortizar cuando se dio por vencido anticipadamente el préstamo, mediante un procedimiento de ejecución hipotecaria).

26.- En concreto, Barclays 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 (...)

QUINTO.- En el presente caso, lo relevante no son las previsiones que tenía o podía tener la Entidad demandada, sino tal y como señala la repetida Sentencia 608/2017, de 15 de noviembre. CIP 2678/2015 si el actor como adherente conoce (o puede conocer) con sencillez 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.

La escritura fue redactada conforme a la minuta facilitada por la Entidad, como se indica expresamente en la propia escritura, que añade que «contiene condiciones generales de la contratación».

No facilitó información por escrito a los prestatarios con carácter previo a la suscripción del préstamo. En concreto, no les facilitó folleto informativo ni oferta vinculante.

El comercial independientemente de que careciese o no de conocimientos específicos, lo relevante es que no efectuó ninguna simulación del riesgo de tipo de cambio de divisa, y con ello no informó al actor el riesgo real mediante los escenarios posibles de que asumían el riesgo de incremento del capital por el tipo de cambio, y es esto lo esencial tal y como declara el TS en la referida sentencia para que se supere el control de





transparencia una vez que no ha acreditado por otros medios que el actor tuviese conocimientos del préstamo multidivisa, por lo que en el presente caso, procede estimar la demanda, integrando conforme a lo pactado en la escritura si el préstamo lo fuere en euros conforme a la cláusula de la propia escritura de préstamo que prevé las condiciones en euros.

De la testifical practicada se desprende que el comercial que les atendió en la tramitación del préstamo no explicó el riesgo del tipo de cambio de divisa de forma que la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar y ello es lo relevante para valorar la carga económica del consumidor cuya moneda funcional es el euro, que es la que necesita utilizar el prestatario puesto que el capital obtenido en el préstamo lo va a destinar a pagar una deuda en euros y porque los ingresos con los que debe hacer frente al pago de las cuotas de amortización o del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado, los obtiene en euros.

Por estas razones 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.

Teniendo en cuenta tal doctrina jurisprudencial, dado los hechos declarados probados debe estimarse la demanda integrando conforme a lo pactado en la escritura si el préstamo lo fuere en euros.

SEXTO.- La demanda debe ser estimada respecto al petitum en el que solicita que se declare nula la cláusula en que se fija intereses moratorios.

Debe declararse prima facie la aplicación de la Ley 16/2011, de 24 de junio (LA LEY 13381/2011), de contratos de crédito al consumo, al disponer su Artículo 1 (Ámbito de aplicación) que "1. La presente ley se aplicará a los contratos en que una persona física o jurídica en el ejercicio de su actividad, profesión u oficio, en adelante empresario, concede o se compromete a conceder a un consumidor un crédito bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación, para satisfacer necesidades personales al margen de su actividad empresarial o profesional. /// 2. A los efectos de esta ley se entenderá por consumidor a la persona física que, en las relaciones contractuales que en ella se regulan, actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional", ya que en el presente caso existe una persona jurídica, BANKINTER que en el ejercicio de su actividad concede un préstamo a un consumidor.

Fijada en la escritura un interés moratorio 9,5 puntos porcentuales añadidos al interés vigente en el momento del adeudo debe declararse nulo, pues respecto a dicha cláusula "es





indudable su control legal y judicial para evitar que una de las partes sufra perjuicios que no deben tolerarse en Derecho” y para controlar su contenido debe acudirse a las pautas marcadas por la Directiva 93/13/CEE de 5 abril 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en cuyo artículo 3 se definen las cláusulas abusivas diciendo: “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente, se considerarán abusivas si, pese a la exigencia de buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se considerará que la cláusula no se ha negociado individualmente, cuando haya sido redactada previamente, y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en contratos de adhesión. El profesional que afirme que una cláusula tipo se ha negociado individualmente, asumirá plenamente la carga de la prueba.” En iguales términos se pronuncia la sentencia del TS de 15 de septiembre de 1999.

Dicha Directiva se ha incorporado a nuestro ordenamiento interno por la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre las Condiciones Generales de Contratación, tal y como indica su exposición de motivos, ley que, a su vez, modificó la general para la defensa de los Consumidores y usuarios, en cuyo artículo 10 bis, se establece: “1. Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional de la presente ley.”

Por su parte, el Tribunal Supremo en la Sentencia 265/2015 de 22 de abril ha puesto de manifiesto que “declarada una cláusula como abusiva, no cabe integrarla en el contrato ni moderarla, teniéndose por inexistente.”

SEPTIMO.- En virtud de lo dispuesto en el art. 394 de la LEC se impone a la parte demandada las costas causadas en este procedimiento.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, en nombre de S.M. El Rey y por la autoridad que me ha sido conferida,

FALLO

Que Estimo la demanda presentada por la procuradora D^a SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO en representación de ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIERO (ASUFIN), entidad que actúa en defensa e interés de su asociado D. [REDACTED] contra BANKINTER S.A., representada por la procuradora D^a ROCIO SAMPERE MENESES y en consecuencia: Declaro la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por las partes en la escritura pública de 2 de junio de 2006 identificada en esta resolución, en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa debiendo





declarar y Declaro que el efecto de la nulidad parcial conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por D. [REDACTED] es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado (188.344 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 188.344 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura EN LOS TÉRMINOS PACTADOS EN LA CLAUSULA tercera b) de la escritura debiendo condenar y Condeno a la demandada BANKINTER S.A. a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento. Así mismo debo declarar y declaro la nulidad de la cláusula sexta denominada INTERES DE DEMORA debiendo condenar y condeno a la entidad demandada a su eliminación. Condeno a la demandada al pago de las costas procesales.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de VEINTE DIAS, ante este Juzgado, para su resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid (artículos 458 y siguientes de la L.E.Civil), previa constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta 4140-0000-04-1085-16 de este Órgano.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá ingresarlas en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo beneficiario Juzgado de 1ª Instancia nº 88 de Madrid, y en el campo observaciones o concepto se consignarán los siguientes dígitos 4140-0000-04-1085-16.

Así mismo deberá aportar justificante del pago de la tasa prevista en la Ley 10/2012 de 20 de noviembre por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

El/la Juez/Magistrado/a Juez

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

