



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 19 DE MADRID

Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 4 - 28020

Tfno: 914932772

Fax: 914932774

42020310

NIG: 28.079.00.2-2016/0164485

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 971/2016

Materia: Contratos en general

Demandante: ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS (en interés de su asociada DOÑA [REDACTED])

PROCURADOR D./Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON

Demandado: BANKINTER, S.A.

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

SENTENCIA Nº 190/2018

En Madrid a catorce de junio de dos mil dieciocho.

Vistos por doña María Isabel Ferrer-Sama Pérez, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 19 de Madrid los presentes autos de juicio ordinario 971/2016 promovidos por ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN) actuando en interés de su asociada DOÑA [REDACTED] representada por la procuradora doña Sharon Rodríguez de Castro y asistida por el letrado don Iván Sánchez Moreno contra BANKINTER representada por la procuradora doña Rocío Sampere Meneses y asistida por el letrado don Juan Aguado Domingo sobre nulidad parcial préstamo hipotecario multidivisas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 3 de octubre de 2016, la procuradora doña Sharon Rodríguez de Castro en la indicada representación presentó demanda de juicio ordinario en la cual tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, solicitó se dicte sentencia por la que:

1.- Se declare la NULIDAD parcial del préstamo con garantía hipotecaria formalizado el día 12 de enero de 2007, excluyendo del mismo, las cláusulas y condiciones en virtud de las cuales el prestatario se endeuda en una divisa extranjera y se obliga a pagar en dicha divisa las cuotas de amortización por cualquiera de las siguientes razones:





a) Existencia de vicios en el consentimiento prestado por DOÑA [REDACTED] por concurrencia de dolo y/o error en el mismo.

b) El carácter abusivo de las cláusulas multidivisa, al no superar los requisitos de transparencia.

2.- Una vez declarada la nulidad, se condene a la entidad demandada a reconfigurar el contrato de préstamo con garantía hipotecaria de tal forma que:

-La cantidad adeudada sea el saldo vivo de la hipoteca referenciado en euros, resultante de disminuir al importe prestado (300.000.-) la cantidad amortizada hasta la fecha por DOÑA [REDACTED] también en euros, en concepto de principal e intereses.

-El contrato subsista, sin los contenidos declarados nulos, hasta el abono e la cantidad adeudada, entendiéndose que el préstamo lo fue de 300.000.-€ y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipos de interés la referencia fijada en la propia escritura de préstamo, esto es, EURIBOR + 0,50 puntos.

-Se devuelvan los gastos y las comisiones de cambio aplicadas una vez eliminado el contenido nulo.

3.- Se condene a la demandada a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

4.- Se condene a la entidad BANKINTER S.A. al abono de las costas causadas en el presente procedimiento.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, por decreto de 19 de octubre de 2016, se emplazó a la parte demandada y dentro de plazo, el día 14 de diciembre de 2016, la procuradora doña Rocío Sampere Meneses en la indicada representación presentó escrito de contestación, alegando la excepción de caducidad y solicitando la desestimación de la demanda con imposición de las costas a la parte actora.

TERCERO.- Convocadas las partes para la celebración de audiencia previa, la misma tuvo lugar el día 5 de octubre de 2017 con la asistencia de ambas partes y no siendo posible alcanzar una solución amistosa, las partes se ratificaron en sus respectivos escritos de alegaciones fijándose los hechos controvertidos y proponiendo las partes las pruebas que estimaron oportunas, todo lo cual consta debidamente registrado en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, con el resultado que obra en autos.

CUARTO.- el 24 de mayo de 2018 se celebró el juicio practicándose las pruebas propuestas y admitidas en los términos que consta en la grabación, y que, en aras a la brevedad, se tiene por reproducido y después de formular ambas 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.- La demandante DOÑA [REDACTED] dirige la demanda contra BANKINTER S.A. solicitando se declare la nulidad parcial de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria suscrita el 12 de enero de 2007 por existir vicio del consentimiento o bien el carácter abusivo de las cláusulas multidivisa, al no superar los requisitos de transparencia. En concreto afirma respecto a la nulidad por vicio del consentimiento causado por error que la asociada pensaba que contrataba un simple préstamo hipotecario sometido a la variable del interés de la divisa en el pago de cada cuota, pero jamás se representó ni se le informó, ni se le advirtió de que el principal prestado se recalculaba periódicamente conforme se depreciase o apreciase la moneda nacional (el franco suizo) resultando que a día de hoy su deuda apenas se ha visto reducida. Igualmente afirma que existe vicio en el consentimiento por dolo grave no incidental por parte del banco al omitir información imperativa de obligado cumplimiento en la contratación de este producto financiero cuando además el banco era conocedor de que se iniciaba una tendencia de apreciación alcista. Por último alega también la nulidad de las cláusulas mutidivisas por abusivas ex art. 7 y ss de la Ley de Condiciones Generales de la contratación.

Según consta en la demanda, pese a que la actora ha atendido todos los pagos durante casi 10 años y llevar amortizados 247.738,94.-€ apenas ha visto reducida su deuda con el banco en 52.261,06-€.

En todo caso sostiene que la iniciativa no fue de la clienta pues lo único que hizo fue pedir al banco una hipoteca siendo el banco quien le ofrece la hipoteca multidivisa como un producto “interesante” que tiene un tipo de interés más bajo obviando la repercusión que podría tener el tipo de cambio en el capital pendiente de amortización del préstamo. Igualmente la entidad hizo una recomendación específica de la contratación en francos suizos por estimar que era más estable que el yen y su tipo estar por debajo del Euribor. En definitiva la entidad hizo la recomendación poniendo todo el énfasis en el ahorro que se podía lograr en la cuota mensual de amortización sin advertirle de los verdaderos riesgos derivados de la contratación de este producto

Por último menciona que con anterioridad a la presentación de la demandada, se acordó la modificación de las garantías aportadas, y con fecha 27 de julio de 2016 se acordó la cancelación de la hipoteca que pesaba sobre la finca sita en la calle Maldonado 51 de Madrid y cuya titularidad correspondía a los padres de la demandante explicando que el contrato de préstamo estaba garantizado con dos hipotecas, la primera sobre la vivienda habitual de titularidad de la demandante y la segunda ya cancelada, que recaía sobre la vivienda de sus padres.





SEGUNDO.- RESUMEN DE LA CONTESTACIÓN.

BANKINTER se opuso a la demanda alegando la imposibilidad de declarar la nulidad parcial, así como la caducidad de la acción ejercitada. En cualquier caso afirma que no fue la entidad la que ofreció a la demandante la hipoteca multidivisa sino que la iniciativa en la contratación partió de la parte demandante y por ello no solicitaron información sobre financiación en general sino sobre la hipoteca multidivisa en particular. En este sentido afirma que tanto su padre como su hermano tenían contratada una hipoteca multidivisa desde el año 2004 y además ni la demandante ni su hermano son legos en mercados financieros y así la Sra. [REDACTED] tiene un MBA (Máster en administración de empresas con un alto contenido financiero) por el Instituto de empresas lo que sin duda le capacita a para comprender el funcionamiento del mercado y el riesgo de fluctuación de la divisa. Además la demandante era titular de una cartera de valores lo que acredita igualmente su conocimiento de los mercados (doc.6). A ello añade que suscribió la escritura de manera libre y voluntaria habiendo elegido como moneda de endeudamiento el franco suizo pese a que podía haberse endeudado en yenes japoneses, que le suponía una cuota más baja. Igualmente destaca que la vivienda se encontraba gravada anteriormente con una hipoteca en euros a favor de Banesto por lo que podía haber optado por subrogarse en la misma o traspasarla a Bankinter lo que pone de manifiesto que eligió voluntariamente cambiar a una hipoteca multidivisa diferente a la que gravaba la finca en euros.

Sostiene que los riesgos inherentes a dicho préstamo, concretamente el riesgo de cambio es un riesgo objetivamente conocido sin necesidad de estar en posesión de conocimientos financieros específicos y más con el nivel de estudios de la demandante y aunque de contrario se insiste en que su actividad profesional no estaba directamente relacionada con el mercado de divisas, de ello no cabe deducir que no fuese capaz de comprender las consecuencias de la variación del tipo de cambio .

Por otra parte sostiene que se facilitó a la demandante verbalmente y por escrito una información veraz y completa sobre el funcionamiento del préstamo y sobre los riesgos que entrañaba su contratación, fluctuación de los tipos de interés, como en cualquier préstamo a interés variable, y fluctuación de los tipos de cambio. Igualmente se hicieron simulaciones manuales de escenarios hipotéticos de apreciación de la divisa frente al euro y las consecuencias que dicha apreciación podría tener tanto sobre el contravalor de la cuota como sobre el capital pendiente de amortizar. Además la información sobre los riesgos inherentes al préstamo o solo estaba patente en la oferta vinculante que se le entregó antes de la firma de la escritura (doc. 8) sino que se reiteran en la propia escritura incluyendo reiteradas advertencias sobre la posibilidad de que se produjera una aumento del equivalente en euros del importe del préstamo pendiente de devolución como consecuencia de la evolución de los tipos de cambio. Por ello resultan infundadas las afirmaciones realizadas en la demanda sobre la falta de advertencia por Bankinter sobre el riesgo de cambio con el consiguiente aumento del contravalor en euros de la deuda en moneda extranjera.

TERCERO.- NATURALEZA DEL CONTRATO.

Pese a que el TS en la sentencia 323/2015 de 30 de junio consideró que el préstamo





hipotecario en divisas era un instrumento financiero complejo, relacionado con divisas y por tanto incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores, recientemente, la sentencia de Pleno 608/2017 de 15 de noviembre, expresamente ha modificado la doctrina jurisprudencial establecida en dicha sentencia declarando que el préstamo hipotecario denominado en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores con las consecuencias que ello conlleva pues supone que las entidades financieras no están obligadas a realizar las actividades de evaluación del cliente ni de información prevista en la normativa del mercado de valores, lo cual no afecta a las obligaciones que resultan del resto de normas aplicables como son las de transparencia bancaria que en el caso de tener el prestatario la consideración legal de consumidor, se extienden 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 cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

El cambio de la doctrina jurisprudencial del TS viene motivado por las sentencias dictadas por el TJUE y en concreto, por la sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015 declarando la sentencia del TS 608/2017 de 15 de noviembre lo siguiente:

“2.- La posterior sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14, declaró, por el contrario, que el art. 4, apartado 1, punto 2, de dicha Directiva MiFID debe interpretarse en el sentido de que «no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad».

3.- 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).

Tampoco estarían comprendidas en el concepto de «negociación por cuenta propia» al que se refiere la sección A, punto 3, del anexo I de la Directiva MiFID (apartado 58) ni forman parte de la categoría de «servicios auxiliares» del anexo I, sección B, de la





Directiva MiFID (apartado 62), pues esto solo sucedería si el crédito o el préstamo se concede a un inversor para la realización de una operación en uno o varios instrumentos financieros, cuando la empresa que concede el crédito o préstamo participa en la operación (apartado 63) y tales operaciones de cambio no están vinculadas a un servicio de inversión (apartado 67), ni se refieren a uno de los instrumentos financieros del anexo I, sección C, de dicha Directiva (apartado 68).

Además, en un contrato de préstamo denominado en divisas no puede distinguirse entre el contrato de préstamo propiamente dicho y una operación de futuros de venta de divisas, por cuanto el objeto exclusivo de esta es la ejecución de las obligaciones esenciales de este contrato, a saber, las de pago del capital y de los vencimientos, entendiéndose que una operación de este tipo no constituye en sí misma un instrumento financiero (apartado 71).

Por tanto, las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste (apartado 72), lo que diferenciaría este supuesto del que fue objeto de la sentencia de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L., asunto C-604/2011 (apartado 73). Por último, el valor de las divisas que debe tenerse en cuenta para el cálculo de los reembolsos no se determina de antemano, dado que se realiza sobre la base del tipo de venta de estas divisas en la fecha del vencimiento de cada mensualidad (apartado 74) (...)

(...)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”.

CUARTO.- ACCIÓN EJERCITADA.

La parte actora interesa la nulidad parcial del préstamo hipotecario por vicio del consentimiento o por ser el contenido multidivisa abusivo por falta de transparencia al amparo de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y de la protección de los consumidores y usuarios.

Por tanto, partiendo de las cláusulas multidivisa 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 un consumidor, como en este caso, y la inaplicabilidad de la LMV, el examen sobre la abusividad ha de centrarse en el cumplimiento por la demandada de 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 cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (puntos 7 y 8 del Fundamento de Derecho Quinto, de la





sentencia del TS 608/2017 de 15 de noviembre). Por otra parte, tampoco resulta posible fundamentar la nulidad en el art. 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, ni en la Orden de 5 de mayo de 1994, por cuanto como señala la citada sentencia en el punto 11 del Fundamento Quinto dichas normas no prevén la nulidad como efecto del incumplimiento de los deberes de información sino sanciones administrativas, sin perjuicio de la relevancia que dichos incumplimientos puedan tener a la hora de examinar el control de transparencia de las cláusulas no negociadas.

En consecuencia, ha de examinarse en primer lugar la acción de nulidad radical o de pleno derecho por abusividad derivada de la falta de transparencia pues la protección de los consumidores contra cláusulas abusivas es cuestión de orden público que merece la máxima protección que pueda ofrecer el ordenamiento.

QUINTO.- CONTROL DE TRANSPARENCIA.

La viabilidad de la acción de nulidad basada fundamentalmente, en la falta de transparencia y abusividad de las cláusulas gira en torno a la demostración de que el cliente bancario no recibió toda la información que le era necesaria para conformar un juicio cabal y completo de la operación a realizar, y esta obligación de informar recae sobre la entidad financiera por ser la que la conoce y debe transmitir tales conocimientos a la otra parte contratante de acuerdo con principio general de buena fe y lealtad negocial y el deber específico que le viene impuesto por la legislación sectorial a fin de tutelar los intereses de sus clientes y garantizar que estos tengan perfecto conocimiento de las características y riesgos que tenga el producto que se les ofrece por la entidad.

A tal efecto existen dos controles de transparencia, el control de incorporación formal cuyo respaldo normativo se encuentra en los artículos 5.5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de Contratación cuyo fin es analizar si la cláusula es legible, comprensible o si el adherente ha tenido oportunidad de conocerla de manera completa al tiempo de la celebración del contrato, y un control de transparencia material, reconocido en el art. 80.1 a) y b) del Texto Refundido de la Ley General para defensa de consumidores y usuarios, aplicable cuando el contratante es consumidor y que obliga a analizar si el consumidor, antes de prestar su consentimiento estaba en condiciones de obtener la información necesaria para tomar su decisión con pleno conocimiento de causa.

Sobre el control de transparencia la reciente sentencia del TS 339/2018 de 7 de junio declara : “Conforme a la jurisprudencia de esta sala y del TJUE, entre otras SSTS 241/2013, de 9 de mayo (EDJ 2013/53424), 464/2014, de 8 de septiembre (EDJ 2014/180029), 593/2017, de 7 de noviembre (EDJ 2017/232868) y 705/2015, de 23 de diciembre (EDJ 2015/253610) y SSTJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kásler), de 21 de diciembre de 2016 (caso Gutiérrez Naranjo) y de 20 de septiembre de 2017 (caso Ruxandra Paula Andricius y otros), el deber de transparencia comporta que el consumidor disponga «antes de la celebración del contrato» de información comprensible acerca de las condiciones contratadas y las consecuencias de dicha celebración. De forma que el 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.

Respecto de las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se exige una información suficiente que pueda permitir 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 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 pase inadvertida al consumidor porque se le da un inapropiado tratamiento secundario y no se facilita al consumidor la información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.

La información precontractual es la que permite realmente comparar ofertas y adoptar la decisión de contratar. No se puede realizar una comparación fundada entre las distintas ofertas si al tiempo de realizar la comparación el consumidor no puede tener un conocimiento real de la trascendencia económica y jurídica de las cláusulas del contrato ofertado”.

SEXTO.- ANÁLISIS DE LA PRUEBA.

La prueba sobre el cumplimiento del deber de información corresponde a la parte demandada pues como declara la sentencia de la A.P. de Madrid de 14 de septiembre de 2017 en la relación entre entidades bancarias y sus clientes (STS 3 de octubre de 2016) la prueba sobre tal extremo corresponde al Banco, y ha de provenir de elementos fiables que permitan, aun pasado el tiempo, establecer cómo se desarrolló la relación jurídica precontractual.

Respecto de la prueba documental, y a efectos de comprobar la información facilitada a la demandante antes y durante la contratación, consta aportada por la parte demandante simulación realizada por la entidad bancaria (doc.9) en la que figura la cuota que le correspondería pagar si fuera en euros, francos suizos y yenes y una referencia a lo que significa “ahorro total” que está condicionado a que se mantuvieran las condiciones de tipo de interés y de tipo de cambio. Sin embargo, ello no supone que haya una explicación sobre la incidencia que en el capital pendiente tiene la variación de la cotización de la divisa puesto que precisamente la simulación es sin variación del tipo de interés ni de cotización, que son precisamente las dos variables que afectan a este tipo de producto y más cuando se trata de un préstamo a 30 años. Por otra parte, no se acredita la entrega de la oferta vinculante antes de la suscripción de la escritura pues el director de la sucursal que intervino en la comercialización, don [REDACTED] lo que indicó es que es la gestoría la que encarga de hacerla y mandarla.

Por otra parte, el citado testigo declaró que se dio toda la información a la demandante pero que además ya conocía este producto puesto que el padre lo tenía desde 1997 y su hermano desde 2004 añadiendo que este producto fue específicamente solicitado por la demandante quien además eligió la moneda sin que existiera recomendación alguna. Este concreto este extremo resulta contradicho por el último párrafo del correo electrónico





en el que se mandó la simulación antes referida (doc.9) pues se indica que las previsiones que les dio el departamento de análisis para el yen son que su tipo de cambio seguirá subiendo hasta el primer trimestre de 2007 y “las recomendaciones de este departamento es elegir el franco suizo ya que aunque tiene un tipo de interés más alto que el yen, su tipo de cambio es más estable en el tiempo y su tipo de interés está por debajo del euribor” añadiendo que “siempre la última palabra la tendrá el cliente”. Por tanto, sí que hay una recomendación específica respecto del franco suizo.

Por tanto, la única prueba que existe respecto de la información relativa a los riesgos de la contratación es el testimonio del director de la sucursal. En relación a la valoración del testimonio del testigo que sigue siendo empleado del banco, la sentencia de la A.P de Madrid de 29 de septiembre de 2017, declaró que *“ Por eso, esta Sección ha sostenido, de manera reiterada, la insuficiencia de la declaración testifical del comercializador, adscrito en su momento a la entidad financiera, para sobre ella sola fundar la decisión del cumplimiento del deber de información. Así, en Sentencia de 20 de octubre de 2.016, reiterando las de 27 de marzo y de 18 de diciembre de 2.013, y por estar conectada la carga de la prueba con el propio deber sustantivo de información, exponíamos que "la sola declaración del que, como empleado de la entidad demandada, comercializó el producto, no es suficiente para demostrar la información precontractual suministrada, pues "la prueba, en la acepción de resultado probatorio, tiene por fin garantizar la seguridad jurídica de los litigantes, lo que exige que el establecimiento judicial de un hecho haya de ser incontrovertible. Por ello, no se admiten las suposiciones, conjeturas o meras intuiciones del Juez.*

Y es llano que, de dar plena fuerza de convicción al testigo en el extremo crucial que constituye el principal hecho controvertido, se desmoronaría aquella seguridad jurídica.

Pero además, la prueba, en su acepción de medio probatorio, ha de estar en relación estricta con el hecho de relevancia jurídica a demostrar.

Y, en nuestro caso, la obligación que se afirma incumplida en la demanda, y que constituye, por tanto, el thema probandi, no es la suministración de cualquier información, sino la que exige la norma".

"Quiere decirse que, quien tenga la carga de probar el hecho discutido, ha de probar no sólo haber informado sino el contenido de la información, para comprobar si se ha facilitado la información "relevante" para la toma de decisión por el cliente".

De lo contrario, quedaría en manos de la propia demandada, a través de persona adscrita a su organización, acreditar lo que es el núcleo de la cuestión fáctica del proceso".

En cuanto a la información escrita, dado que no consta la entrega de folleto informativo, ni de la oferta vinculante, han de destacarse de la escritura los siguientes extremos:

- En la parte expositiva de la escritura de 12 de enero de 2007 consta que “**DOÑA** [REDACTED] ha solicitado a BANKINTER S.A.



(en adelante sociedad acreedora) un préstamo de **TRESCIENTOS MIL EUROS (300.000,00)** disponible por su contravalor en cualquiera de las divisas convertibles en España...”.

- En las cláusulas financiera PRIMERA referida al CAPITAL DEL PRÉSTAMO consta: “BANKINTER S.A (en adelante el Banco) entrega a **DOÑA [REDACTED]** (en adelante, parte prestataria o la prestataria) que reciben un préstamo multidivisa de **TRESCIENTOS MIL EUROS (300.000,00)** por su contravalor en cualquiera de las divisas convertibles en España. Dicho contravalor se calculará en base al cambio “vendedor” del EURO que oferte BANKINTER, en el momento en el que la parte prestataria ordene la primera disposición, en relación a la divisa elegida y en un plazo no será superior al segundo día hábil anterior a la fecha en que tenga efecto la mencionada primera disposición del préstamo. Sin perjuicio de que la parte prestataria pueda contratar un seguro de cambio con el Banco fuera del plazo anteriormente citado”.

El préstamo inicialmente queda formalizado en 489.870 FRANCOS SUIZOS.

La parte prestataria declara haber recibido del Banco el importe de este préstamo, en FRANCOS SUIZOS la divisa elegida, mediante ingresos efectuado por el Banco el día de hoy, en la cuenta corriente...”.

- Al final de la escritura consta la referencia a la orden de 5 de mayo de 1994, y que los prestatarios durante los tres días hábiles anteriores al otorgamiento han podido examinar el proyecto de escritura, y que no existen discrepancias con la oferta vinculante que no se adjunta.

Analizando los términos de la escritura, y dado que expresamente reconoce que la demandante solicita un préstamo de 300.000.-€ euros y luego se declara en las cláusulas financieras que se entrega un préstamo multidivisas de 300.000 añadiendo por su contravalor en cualquiera de las divisas convertibles el cual se determinará al cambio “vendedor” en EUROS y luego se dice que inicialmente queda formalizado en 489.870 francos suizos mencionando que es el contravalor “a efectos informativos” sujeto a confirmación, y aunque más adelante hace constar el importe de las cuotas en francos suizos, no cabe considerar que dichas cláusulas cumplan los requisitos de claridad necesarios para comprender el funcionamiento del producto y cómo afectará la evolución de la divisa no sólo a las cuotas sino al capital pues ni siquiera el consumidor puede conocer que lo que recibe no es un préstamo en euros pese a la dicción literal cuando además en su cuenta lo que recibe son euros. En este sentido, no consta que se advirtiera a la demandante del altísimo riesgo que suponía la celebración del contrato, riesgo que se ha materializado adeudando los clientes pese a las amortizaciones realizadas un capital muy superior al recibido. La STS 244/2013, del Pleno, de 18 de abril de 2013 dice: “la obligación de información que establece la normativa legal es una obligación activa que obliga al banco, no de mera disponibilidad.”

Por tanto, esta falta de transparencia respecto a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de





amortizar, no es inocua para el consumidor, sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe puesto que supuso su desconocimiento en cuanto a los riesgos que entrañaba la contratación del préstamo y principalmente que las cuotas se incrementarían drásticamente y la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se incrementara en lugar de disminuir a medida que iban haciendo frente a las cuotas periódicas. Daño que a su vez se hubiera consolidado de haber cambiado de divisa. Sobre este punto, la tan citada sentencia del TS 608/2017 en el punto 46 del fundamento Octavo declara refiriéndose a la cláusula que permite el cambio de divisa que *“la presencia de esa cláusula no elimina por sí sola el riesgo ligado a estos préstamos en divisas ni el carácter abusivo de las cláusulas ligadas a la denominación en divisa del préstamo objeto del litigio. Menos aún si el banco no informa al cliente de las consecuencias que trae consigo esa conversión de la divisa en que está representado el capital del préstamo.*

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

Por otra parte, aunque la parte demandada incidió en que DOÑA [REDACTED] [REDACTED] hizo un master MBA en dirección de empresas y en el Instituto de Empresa, ello no permite deducir que tenga un conocimiento relacionado con los productos bancarios ni concretamente respecto del funcionamiento de la divisa en relación con la modalidad de escritura contratada, ni mucho menos, releva a la entidad bancaria de la obligación de informar al cliente de la naturaleza y riesgos de los productos bancarios a contratar cuando se trata de un producto complejo como en este caso, un préstamo multidivisa. En este caso, no consta tuviera experiencia personal en la contratación de productos como el presente ni estuviera familiarizada en el manejo de divisas sin que conste que su actividad profesional tenga relación alguna con estos productos. Por ello, el hecho de que su padre en 1994 o su hermano en 2004 hubieran concertado un préstamo multidivisa no supone que la demandante tenga conocimiento sobre este específico producto. En este sentido la sentencia del TS de 12 de febrero de 2016, reconoce respecto de la contratación de un contrato de permuta financiera que *“ No cualquier capacitación profesional, relacionada con el Derecho y la Empresa, ni tampoco la actividad financiera ordinaria de una compañía, permiten presumir está capacidad de tomar sus propias decisiones de inversión y valorar correctamente los riesgos. La capacitación y experiencia deben tener relación con la inversión en este tipo de productos complejos u otros que permitan concluir que el cliente sabe a que tiene que atender para conocer cómo funciona el producto y conoce el riesgo que asume. En nuestro caso, ser licenciado en Derecho y Económicas, y haber ejercido de abogado en un despacho que llevaba asuntos internacionales, no es suficiente para presumir que el administrador podía conocer, en el año 2005, cuando firmó el primer swap, o después, cuando firmó los restantes cuatro swaps, cuáles eran los riesgos del producto que contrataba. Aquellos meros conocimientos generales no son suficientes, y la experiencia de la compañía en la contratación de swaps tampoco, pues el error vicio se predica de la contratación de todos ellos y, por el funcionamiento propio del producto, es lógico que el*





cliente no fuera consciente de la gravedad del riesgo que había asumido hasta que se produjeron las liquidaciones negativas con la bajada drástica de los tipos de interés, a partir del año 2009”.

Por todo lo expuesto y dada la falta de transparencia se declara la nulidad parcial y de pleno derecho de la escritura, en todos los contenidos relativos a la opción en divisas, es decir, únicamente de las cláusulas que se refieren a la funcionalidad de la divisa en el préstamo, de modo que éste quedaría como si se hubiera concedido en euros y con interés variable referido al EURIBOR con el diferencial previsto en la escritura. Dicha nulidad radical supone la imposibilidad de prescripción o caducidad de la acción.

SÉPTIMO.- DOCTRINA DE LOS ACTOS PROPIOS.

Alega la parte demandada que se ha producido una contravención de la doctrina de los actos propios dado el transcurso de un largo periodo de tiempo desde la formalización del primer préstamo y los comienzos de la evolución favorable de la divisa que supuso un automático incremento del equivalente en euros de la cuota mensual al necesitarse una mayor cantidad de euros para adquirir la concreta cantidad de yenes con los que pagar dicha cuota. Este incremento se reflejaba en los recibos remitidos mensualmente a los prestatarios.

Por una parte, no es posible la convalidación del contrato porque estamos en un supuesto de nulidad radical o de pleno derecho por contravención de normas imperativas y por otra parte, el hecho de que los demandantes no hicieran uso de la facultad de cambiar de divisa no afecta a la validez del contrato ni supone la confirmación del mismo y así la sentencia tantas veces citada, la 608/2017 de 15 de noviembre en sus puntos 46 antes citado declara expresamente que la presencia de la cláusula de conversión de moneda no elimina por sí sola el riesgo en estos préstamos en divisas ni el carácter abusivo de las cláusulas ligadas a la denominación en divisa si el banco no informó previamente de las consecuencias que conlleva la conversión de la moneda en orden a la consolidación del perjuicio ya sufrido antes de la conversión y en el punto 47 reconoce que la conversión: “ *Solo se evita el hipotético riesgo de una apreciación de la divisa en el futuro. Pero si el prestatario ignora, porque no ha sido informado adecuadamente, que cuando haga uso de esa facultad de cambio de divisa consolidará el aumento de valor de la divisa en que estaba denominado el préstamo, es posible que cuando pretenda hacer uso de esa facultad porque la cuota mensual de reembolso se haya incrementado significativamente, el incremento de la equivalencia en euros del importe en divisa del capital pendiente de amortizar sea ya considerable*”.

OCTAVO.- IMPOSIBILIDAD DE SOLICITAR LA NULIDAD PARCIAL DE LA ESCRITURA.

Según la parte demandada la nulidad se refiere a los contenidos relacionados con la opción multdivisa y lo que la parte pretende es evitar el efecto de la nulidad total y así conseguir la transformación completa del producto con efecto retroactivo a momento de su





formalización. Esta alegación ha de ser desestimada puesto que el contrato puede perfectamente subsistir sin la cláusula-multidivisa y la nulidad del contrato sería además contraria a la jurisprudencia del TJUE y a la finalidad de protección de los consumidores.

Esta cuestión es abordada también en los puntos 53 a 55 del Fundamento Octavo de la sentencia del TS 608/2017 declarando lo siguiente:

“ 53.- En esta se declara la nulidad parcial del contrato, que supone la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros.

La nulidad total del contrato préstamo supone un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicarle más que al predisponente (sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13, apartados 83 y 84).

Si se eliminara por completo la cláusula en la que aparece el importe del capital del préstamo, en divisa y su equivalencia en euros, así como el mecanismo de cambio cuando las cuotas se abonan en euros, el contrato no podría subsistir, porque para la ejecución del contrato es necesaria la denominación en una moneda determinada tanto de la cantidad que fue prestada por el banco como la de las cuotas mensuales que se pagaron por los prestatarios, que determina la amortización que debe realizarse del capital pendiente.

54.- Lo realizado en esta sentencia constituye, en realidad, la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que establece la posibilidad de que el capital esté denominado en euros) y que responde a las exigencias de una disposición nacional, como la contenida en preceptos como los arts. 1170 del Código Civil y 312 del Código de Comercio, que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, lo cual es un requisito inherente a las obligaciones dinerarias.

No existe problema alguno de separabilidad del contenido inválido del contrato de préstamo.

55.- 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 ha declarado el TJUE en la sentencia de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13), apartados 76 a 85”.

NOVENO.- COSTAS.

Se condena a la parte demandada al pago de las costas causadas conforme al principio objetivo del vencimiento a tenor del artículo 394 L.E.c.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,





FALLO

SE ESTIMA la demanda formulada por ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN) en interés de su asociada DOÑA [REDACTED] contra BANKINTER realizándose los siguientes pronunciamientos:

1º SE DECLARA la nulidad parcial en todo el contenido relativo a la opción multdivisas de la escritura de préstamo hipotecario suscrita el 12 de enero de 2007 ante el Notario don [REDACTED] número [REDACTED] de su protocolo.

2º SE DECLARA que el efecto de la nulidad parcial conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por la demandante es el saldo vivo de la hipoteca referencia a euros, resultante de disminuir al importe total prestado, 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 lo fue por el importe en euros fijado en la escritura y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en cada una para el euro, esto es, el Euribor más el diferencial correspondiente.

3º SE CONDENA a la demandada BANKINTER SA a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

4º SE CONDENA a la demandada al pago de las costas procesales.

Notifíquese la sentencia a las partes haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer recurso de apelación ante este Juzgado dentro de los veinte días contados desde el siguiente a la notificación conforme a los artículos 458 y siguientes L.E.C..

No se admitirá a trámite el recurso de apelación si al interponerlo no acredita la parte haber constituido depósito de cincuenta euros (50 €) en la cuenta 2447-0000-02-0971-16 conforme a la Disposición Adicional decimoquinta de la L.O.P.J. añadido mediante la L.O. 1/2009 de 3 de noviembre.

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

E)

PUBLICACIÓN. La anterior sentencia ha sido leída y publicada por la Sra. Magistrada Juez que la suscribe en el mismo día de su fecha estando celebrando audiencia pública. Doy fe.



SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON

>> IVÁN SÁNCHEZ MORENO

Tlf. 915210480 - Fax. 918005743

Tlf. 91 399 34 57 - Fax. 91 399 11 87

srodriguezdecastro@madrid.cgpe.net

ASF 44

16/17

~~Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia Proc. Ordinario firmado~~

electrónicamente por M^a ISABEL FERRER-SAMA PEREZ, ROSARIO MARTIN MARTIN

Mensaje LexNET - Notificación

Mensaje

IdLexNet	201810217861079	
Asunto	Sentencia Proc. Ordinario (F.Resolucion 14/06/2018)	
Remitente	Órgano	JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 19 de Madrid, Madrid [2807942019]
	Tipo de órgano	JDO. PRIMERA INSTANCIA
	Oficina de registro	OF. REGISTRO Y REPARTO PRIMERA INSTANCIA [2807900006]
Destinatarios	SAMPERE MENESES, MARIA ROCIO [519]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid
	RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON, SHARON [1850]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid
Fecha-hora envío	27/06/2018 14:31	
Documentos	7943998_2018_I_160827009.PDF(Principal) Hash del Documento: aaf41a361ef37fe84d19624b411016d516e138b2	
Datos del mensaje	Procedimiento destino	Sentencia Proc. Ordinario (F.Resolucion 14/06/2018 N 0000971/2016
	Detalle de acontecimiento	Sentencia Proc. Ordinario (F.Resolucion 14/06/2018)
	NIG	2807900220160164485

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
27/06/2018 16:20	RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON, SHARON [1850]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid	LO RECOGE	
27/06/2018 14:51	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid (Madrid)	LO REPARTE A	RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON, SHARON [1850]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid

(*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.