



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 101 BIS CLÁUSULAS- DE MADRID
C/ Gran Vía 12
Tlfno: 914937071
Fax: 917031648

4902010

NIJ: 28.079.00-2-2018/0251112

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 7634/2019

Materia: Clausulas GRI - Multidivisa

Demandante: ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS

Interesado: D

PROCURADOR Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON

Demandado: BANKINTER S.A

PROCURADOR Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

SENTENCIA Nº 1309/2022

MAGISTRADO: José María Ortiz Aguirre

En Madrid, a 17 de febrero de 2022.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora Sra. RODRÍGUEZ DE CASTRO, en nombre y representación de ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN) entidad representada en defensa e interés de su asociado P, presentó demanda de juicio ordinario contra BANKINTER, S.A., en la que, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó solicitando que se dictara sentencia con el contenido que obra en su suplico.

SEGUNDO.- La demanda fue admitida a trámite por decreto que, además, emplazó a la demandada. Así, en representación de BANKINTER, S.A., compareció la Procuradora Sra. SAMPERE MENESES, quien presentó escrito de contestación a la demanda en la que, tras señalar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó solicitando que se dictara sentencia por la que acordase desestimar íntegramente la demanda, todo ello con expresa imposición de costas a la actora.

TERCERO.- La audiencia previa tuvo lugar el día 21/2/21 y tras intentar la conciliación sin éxito, se fijaron los hechos controvertidos y, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, se propusieron las pruebas que constan en el sistema de grabación del juicio.

Madrid

Resgado de 1ª Instancia Nº 101 BIS Clausulas- de Madrid - Procedimiento Ordinario 7634/2019

1 de 15

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/sovo mediante el siguiente código seguro de verificación: 1203926920249926630440



CUARTO.- Las pruebas declaradas pertinentes se practicaron en el acto del juicio que se celebró el día 17/02/22, con el resultado que obra en el soporte audiovisual de grabación del mismo. En el mismo acto, las partes formularon oralmente sus conclusiones y las actuaciones quedaron vistas para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del procedimiento recae sobre el préstamo de contenido multidivisa de fecha 13 de diciembre de 2006 firmado entre las partes.

Con la presente demanda, la demandante pretende que se declare la nulidad por abusividad, por su falta de proporcionalidad y transparencia de:

Clausulado multidivisa contenido en la escritura de préstamo hipotecario multidivisa de fecha 13 de diciembre de 2006, suscrita con Bankinter, S.A. por importe de 47.040.000 Yenes, equivalentes a 300.000 Euros (Documento nº 2).

Clausula sexta denominada "intereses de demora" incluida en la escritura de préstamo hipotecario multidivisa de fecha 13 de diciembre de 2006, suscrita con Bankinter, S.A. y que establece un interés de demora de 9,5 puntos porcentuales añadidos al tipo de interés vigente en el momento del adeudo para la situación de retraso en el pago (Documento nº 2).

La entidad bancaria demandada se opone alegando, en resumen, lo siguiente: La iniciativa partió de la parte actora, quien decidió contratar un préstamo multidivisa, pudiendo haber optado en todo momento por continuar con su préstamo ordinario en euros, como ya había hecho con anterioridad, pues ya era titular de una hipoteca en euros con Banesto que decidió cancelar. Además, se hicieron simulaciones con anterioridad a la firma del préstamo hipotecario, donde se comparaba un préstamo en euros con un préstamo en yenes, divisa en la que eligió endeudarse el ahora demandante. Afirmamos dicha comparativa como documento núm. 3. A mayor abundamiento, sorprende enormemente a esta parte que a lo largo del escrito de demanda se muestre un perfil de la parte actora absolutamente sesgado. Así, se afirma que el actor carece de conocimientos financieros o que se trata de una persona con un perfil conservador, cuando en realidad, en el momento de contratar el préstamo multidivisa era licenciado en derecho y psicología y ostentaba el cargo de Subdirector General Adjunto del Ministerio de Fomento. Acordamos dicha información con el documento núm. 3 donde aparece en la esquina superior derecha una tarjeta de visita del ahora demandante. Así mismo, de acuerdo a la información sobre los productos vinculados del ahora demandante, podemos observar que acostumbraba a invertir en Renta Variable desde el año 2015, asumiendo en dichas operaciones un elevado riesgo. Afirmamos como documento núm. 6 los productos vinculados. Por otro lado, cabe destacar la información que previamente a la firma de la escritura controvertida se le proporcionó a la parte demandante ya que ni representada facilitó al actor información y documentación precontractual que le permitió conocer el producto que estaba contratando: i. Se le entregó y firmo la Solicitud de financiación en la que los actores, entre las diversas posibilidades, deciden optar por suscribir un préstamo en divisa, Documento núm. 8 de la presente contestación; ii. Igualmente, se le hace entrega de la

Madrid

Resgado de 1ª Instancia Nº 101 BIS Clausulas- de Madrid - Procedimiento Ordinario 7634/2019

2 de 15

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/sovo mediante el siguiente código seguro de verificación: 1203926920249926630440





oferta vinculante, mediante la cual los actores fueron advertidos del riesgo que esta forma de financiación implicaba no solo en la escritura del préstamo en divisas. Adjuntamos como documento núm.9. Del mismo, debe destacarse que el sector de funcionarios del estado poseía unas condiciones más favorables que las que se encontraban en el mercado.

SEGUNDO.- 2.1. Sobre la viabilidad de la acción de nulidad de condición general de contratación. Caducidad. Prescripción.

Para resolver la cuestión planteada, debemos comenzar por traer a colación la STS de 19 de noviembre de 2015, según la cual, "La nulidad se define como una ineficacia que es estructural, radical y automática. Estructural, porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato; y radical y automática, porque se produce "ipso iure" y sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de los interesados, sin perjuicio de que por razones de orden práctico pueda preferirse un pronunciamiento de los tribunales al respecto.

Además, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, declarando que cuando se trata de nulidad absoluta, la acción ni caduca ni prescribe, entre otras STS de 25 de abril de 2013.

Siguiendo esta línea argumental, la SAP de Madrid, Civil, sección 28 del 30 de septiembre de 2020 (ROI: SAP M/13684/2020) reitera en su FD 5º: "El motivo debe ser desestimado por cuanto la nulidad que se deriva de la falta de transparencia y abusividad de la cláusula es una nulidad absoluta, que no está sometida a plazo de caducidad, (...)".

Esta doctrina es plenamente aplicable a nuestro supuesto y lleva a concluir con el examen de la cuestión.

2.2 Sobre la alegación relativa a una actuación contraria a los "ACTOS PROPIOS" (actos confirmatorios) en relación con un ejercicio tardío del derecho (RETRASO DESLEAL), al parecer de la demandada, por ser contrario al art. 7 CC, al haber transcurrido muchos años desde la concertación del préstamo y abono de las cantidades. Se trataba de forma conjunta ambas alegaciones, dada su interrelación.

En cuanto a la doctrina de los actos propios (STS núm. 805/2012, de 16 enero, citada por la STS, Civil sección 1 del 30 de octubre de 2013 (ROI: STS 5292/2013); STS de 6 de octubre de 1998 RJ 1988, 753 y 1 de octubre de 2010 RJ 2010, 7303) exige, como presupuesto de base, que "el acto propio haya sido adoptado y realizado con plena libertad de criterio y voluntad no coartada, y por ello el principio no puede alegarse cuando el acto viene provocado por la misma conducta de quien pretende valerse en su provecho propio del mismo."

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo tiene señalado (vg. STS 769/2010, de 3 diciembre, citada por STS, Civil sección 1 del 26 de septiembre de 2013 (ROI: STS 4738/2013)) que "se considera que son características de esta situación de retraso desleal (Verwirkung): a) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho; b) la omisión del ejercicio; c) creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercitará. En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado en temas directamente relacionados con esta cuestión, si bien en la mayoría de las sentencias se produce una remisión bien a la doctrina de los actos propios (SS por ejemplo, 16 febrero 2005, 8 marzo y 12 abril 2006, entre otras), bien a la doctrina del



Madrid

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/ovce mediante el siguiente código seguro de verificación: 1203956920249926630440



abuso del derecho (entre otras, SSTS 17 junio 1988, 21 diciembre 2000 y todas las allí citadas)". STS Civil del 12 de Diciembre del 2011, recurso: 1830/2008.

La doctrina del retraso desleal considera contrario a la buena fe un ejercicio del derecho tan tardío que lleve a la otra parte a tener razones para pensar que no iba a actuar (SSTS de 21 de mayo de 1982, 21 de septiembre de 1987, 13 de julio de 1995, 4 de julio de 1997). Para la aplicación de la doctrina es necesario que la conducta de una parte pueda ser valorada como permisiva de la actuación de la otra parte, o clara e inequívoca de la renuncia al derecho, pues el mero transcurso del tiempo, vigente la acción, no es suficiente para deducir una conformidad que entrase una renuncia, nunca prescribible (STS de 22 de octubre de 2002, RC n.º 901/1997); STS del 07 de junio del 2010, recurso: 1039/2006.

Así, la SAP Madrid, Civil sección 28 del 27 de mayo de 2020 (ROI: SAP M/4313/2020) señala: "...cuyo ejercicio no puede considerarse como retraso desleal en los términos señalados por la sentencia del Tribunal Supremo 263/2019, de 24 de abril, cuando declara: "La regla es que el titular del derecho puede ejercitarlo hasta el último momento hábil del plazo de prescripción, pues es el legislador quien debe valorar en qué plazo se puede ejercitar cada acción. No se puede afirmar que ejercita sus derechos de mala fe quien lo hace dentro del plazo legal, sin que previamente existan hechos, actos o conductas suyos que engendren, realmente entendidos, en el obligado la confianza de que aquellos no se actuarán (sentencia de 16 de diciembre de 1991, rc. 143/1990)".

En consecuencia, no pueden prosperar los motivos de oposición esgrimidos en la demanda en relación con estos extremos.

TERCERO.- *Naturaleza del préstamo hipotecario denominado "multidivisa" y marco normativo aplicable a la controversia.*

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 de la sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14). Como aclara el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 15 de noviembre de 2017, las operaciones de cambio de divisa son asecoradas a un préstamo que no tiene por finalidad la inversión, no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato (el préstamo) sino únicamente una modalidad indisoluble de ejecución de éste y el valor de las divisas que debe tenerse en cuenta para el cálculo de los reembolsos no se determina de antemano sino que se realiza sobre la base del tipo de cambio de estas divisas en la fecha de entrega del capital del préstamo o del vencimiento de cada cuota mensual de amortización.

Hijo no obstante, la referida Sentencia de Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017, señala que el hecho de que la normativa MIFID no sea aplicable a los préstamos hipotecarios denominados en divisa no impide que éste 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 (párrafo octavo, apartado 16). Según la



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/ovce mediante el siguiente código seguro de verificación: 1203956920249926630440





misma Sentencia el carácter complejo de este tipo de contratos queda confirmado por la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial (apartado 18).

La consecuencia jurídica de dicha calificación, según nuestro Tribunal Supremo, en la sentencia citada, supone que las entidades financieras que conceden estos préstamos no están obligadas a realizar las actividades de evaluación del cliente y de información previstas 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*.

CUARTO.- La consideración del clausulado multilingüe como "condición general de contratación".

No puede estimarse la alegación de la demandada, que afirma que las cláusulas controvertidas han sido objeto de negociación individual y, por tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas por aplicación de su art. 3.

Que se haya negociado la cantidad, en euros, por la que se concede el préstamo, el plazo de devolución, incluso la presencia del elemento «divisa extranjera» que justificaba un interés más bajo de lo habitual en el mercado para los préstamos en euros (que es lo que hacía atractivo el préstamo), no supone que haya sido objeto de negociación la redacción de las cláusulas del contrato y, en concreto, el modo en que operaba ese elemento «divisa extranjera» en la economía del contrato (tipos de cambio de la entrega del capital, del reembolso de las cuotas y del cambio de una divisa a otra, repeticiones concretas del riesgo de fluctuación de la divisa, recálculo de la equivalencia en euros del capital denominado en divisas según la fluctuación de esta, consolidación de la equivalencia en euros, o en la otra divisa escogida, del capital pendiente de amortizar, con la revalorización derivada de la fluctuación de la divisa, en caso de cambio de una divisa a otra, etc.) y en la posición jurídica y económica que cada parte asuma en la ejecución del contrato. Razón por la cual, en nada aparece afectada esta conclusión, por el hecho de que el notario incluya un apartado sobre la consideración de lo que son "condiciones generales de contratación" y lo que no, al referirse, para excluir las de tal definición, únicamente a la cuantía del contrato, el vencimiento y amortizaciones, el tipo de interés y las comisiones.

La demandada no ha aportado, teniendo la carga probatoria de hacerlo (art. 3.2 párrafo 3º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, y el art. 82.2 párrafo 2º RLDCUD) elemento fáctico alguno del que derivar con certeza que dicho clausulado fue concertado conjuntamente con la parte prestataria, por lo que solo puede concluirse la condición de dicho clausulado como "general de contratación". Como señala el art. 3.2 de la Directiva 93/13, "se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya

Madrid

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 1263956920249926630440



podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión", lo que se estima acaece en el caso enjuiciado.

Finalmente por lo que se refiere a este apartado, concurre el elemento o nota de la generalidad, visto el material probatorio obrante en autos y con probandi referido en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2013, estimándose por tanto que se está ante un tipo de cláusulas predeterminadas por la entidad bancaria con independencia de la persona del prestatario, es decir, se trata de un clausulado destinado por el prestatario a ser incorporado a una pluralidad de contratos. Y por tanto, también resulta de aplicación la Ley 7/1998, de 13 de abril, Ley de las Condiciones Generales de la Contratación LCGC, cuyo art. 1.1 dispone que "Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoridad material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

Como señala la STS núm. 599/2018, de 31 de octubre (ROJ: STS 3677/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3677), "Que fueran los demandantes quienes acudieron al banco para contratar un préstamo hipotecario en divisas o que otros bancos ofrecieran también ese tipo de préstamos, y los demandantes hubieran acudido antes a otro banco para interesarse por este producto, no elimina el carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas que integran la reglamentación contractual, a menos que el banco pruebe que hayan sido el fruto de la negociación con el cliente (...)"

"Que hayan sido los demandantes quienes, atraídos por las ventajas que se ofrecían de las hipotecas en divisa extranjera, acudieron al banco a interesarse por el producto tampoco emerva el carácter de condición general de las cláusulas del contrato, puesto que no elimina las características de este tipo de cláusulas como son la generalidad, la predisposición y la imposición. Naturalmente, lo que ha de ser objeto de imposición para que estemos ante una condición general no es la celebración misma del contrato (estáramos en tal caso en un supuesto de vicio del consentimiento) sino la concreta reglamentación contractual que integra tal contrato, y eso tiene lugar en estos supuestos de contratación en masa tanto cuando es el empresario quien tiene la iniciativa de dirigirse al potencial cliente como cuando es este quien acude al empresario a interesarse por su producto o servicio."

En conclusión, en el presente supuesto, no puede considerarse probado que el clausulado multilingüe hubiese sido expresamente pactado en todos sus extremos con el demandante, sino que se incluyó con un contenido preterdictado y esterotipado con el fin de ser incorporado a una pluralidad de contratos (en este caso, préstamos de consumo multilingües), no obstante a dicha conclusión, como ya se ha expuesto, que se hubieran pactado ciertos extremos de las referidas cláusulas, como el importe del préstamo o el plazo de amortización o ciertos aspectos relativos a comisiones.

Tampoco puede prosperar la alegación de que se trata de una cláusula que recoge una *disposición de derecho nacional de aplicación supletoria*, pero obligatoria (arts. 1170 CC y 312 Cco), que queda excluida del ámbito de la Directiva 93/13 (art. 1.2) (ve STJUE de 9 de julio de 2020 y Auto de 14 de abril de 2021) porque el préstamo litigioso tiene una evidente referencia, en todo su contenido, a la moneda euro (STS, Civil sección I del 28 de septiembre de 2020 [ROJ: STS 3132/2020]: "...el importe de aquella responsabilidad hipotecaria, o la cifra máxima a que puede alcanzar, a diferencia de la deuda, no fluctúa en las hipotecas multilingües, pues en todo caso deberá fijarse en "moneda nacional o señalando la equivalencia de las monedas

Madrid

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 1263956920249926630440



extranjeras en signo monetario de curso legal en España" (vid. art. 219.1 del Reglamento Hipotecario, en relación con el art. 12 de la Ley Hipotecaria y 577.2 LECJ¹) y, además, contiene una cláusula expresa de cambio de divisa que incluye, entre otras, al euro; a diferencia del préstamo rumano al que se refiere la STJUE de 9 de julio de 2020.

Además, esta pretensión ya ha sido rechazada por el Tribunal Supremo, al entender que las cláusulas cuestionadas por los prestatarios no se limitan a reflejar las disposiciones legales o reglamentarias imperativas, debiendo recordarse que el TJUE ha declarado reiteradamente que la exclusión contenida en el art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE "es de interpretación estricta". Debe recordarse que la sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020, C-81/19, Banca Transilvania, declaró expresamente que "incombe al juez nacional comprobar si la cláusula contractual de que se trata refleja normas de Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes de manera imperativa con independencia de su elección o normas de naturaleza dispositiva y, por tanto, aplicables con carácter supletorio". Y esto ha sido rechazado por este Tribunal (STS, Civil sección 1 del 23 de febrero de 2021 [ROF: STS 636/2021]).

QUINTO.- El control de transparencia de este tipo de cláusulada.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo, en diversas sentencias (SSTS 323/2015, de 30 de junio; 608/2017, de 15 de noviembre; 599/2018, de 31 de octubre; 439/2019, de 17 de julio [ROJ: STS 2553/2019]; 607/2019 de 14 de noviembre [ROJ: STS 3627/2019]; 05 de octubre de 2020 [ROJ: STS 3128/2020]; 28 de septiembre de 2020 [ROJ: STS 3132/2020]; 22 de septiembre de 2020 [ROJ: STS 3003/2020]; 23 de julio de 2020 [ROJ: STS 2626/2020]; STS, Civil sección 1 del 23 de febrero de 2021 [ROJ: STS 636/2021]), ha elaborado un cuerpo de doctrina según el cual:

Debe pararse de la doctrina del TJUE en aplicación del control de transparencia en la contratación de este tipo de préstamos hipotecarios en divisas, que se contiene esencialmente en la STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16 (caso Andrić).

En esa sentencia, el TJUE recuerda que, de acuerdo con la doctrina general sobre el control de transparencia, "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:2013:189, apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-397/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 50)". Y más adelante, puntualiza como se concretan esas obligaciones de información en el caso de préstamos en divisas:

"(...) 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 Sistemático 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

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 1203956920249926630440



mientras del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero (Recomendación A- Conciliencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1).

"Más concretamente, el prestatario deberá, por una parte, 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 en relación con la divisa extranjera en la que se le concedió el préstamo. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto la entidad bancaria, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera".

Que explica por qué los riesgos de este tipo de préstamo hipotecario exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros y, en consecuencia, qué información es exigible a las entidades que ofertan este producto:

"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 además al prestatario un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo".

"Además, la STJUE de 3 de octubre de 2019 (asunto C-260/18, Dzank) introduce un matiz interesante, al examinar las cláusulas que establecen que el capital del préstamo se entregue en moneda nacional, conforme al precio de compra de la divisa extranjera, mientras que las cuotas mensuales tendrán un importe a calcular en función del precio de venta de la misma divisa. Según el TJUE, esta diferencia otorga un margen de beneficio para el prestamista, al tiempo que supone un mayor coste para el consumidor que es indeterminado y queda a la discreción del propio prestamista, sin que el prestatario pueda criticarlo.

Si la entidad prestamista no realiza realmente las operaciones de compra y venta de las divisas, sino que únicamente las utiliza como un índice para concretar el capital pendiente de amortizar y el importe de cada cuota mensual, no debería aplicar un tipo comprador de la divisa en un caso y un tipo vendedor en otro, pues obtiene una ganancia injustificada, al cargar en cada recibo mensual el margen correspondiente a una compra de divisas que realmente no se ha realizado.

Y, en todo caso, el capital prestado se incrementa ya en ese margen desde el momento de la constitución del préstamo. (...)"

En definitiva, el control de transparencia tiene por objeto que el consumidor 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

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 1203956920249926630440





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.

“A las condiciones generales que veascan 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 por tanto autorizado del contrato.”

En nuestro caso, la prueba aportada al procedimiento (*documental e interrogatorio demandante Sr. García*) ha puesto de manifiesto:

Que el demandante concertó la operación en su condición de consumidor con el fin de mejorar las condiciones de financiación en la adquisición de su segunda vivienda, cancelando préstamo anterior en euros. Como sabemos, la condición de consumidor no está ligada a que la vivienda que se financie sea la vivienda habitual.

Que por su profesión y formación aparece como persona ajena al ámbito bancario y al mercado de divisas. No puede hablarse de consumidor experto; concepto desechado por la *STJUE de 3 de septiembre de 2015, Costea, C-110/14 (PCL:BTC-2015-338)*.

Que percibe sus ingresos en euros.

Que la documentación precontractual que presenta la demandada resulta insuficiente. La solicitud de financiación (documento núm. 8) no contiene información de riesgos. La oferta vinculante (documento núm. 9) no está fechada ni firmada por el prestatario ni contiene simulaciones de escenarios de fluctuación de la divisa. A estos efectos, no cumple dicha finalidad el documento núm. 3, que no refleja unos escenarios de fluctuación que permitieran al consumidor tomar conciencia del riesgo y poder así tomar decisiones fundadas y prudentes al respecto; lo que refleja es precisamente lo contrario, es decir, un ahorro en el pago de cuota mensual al escoger la divisa de yenes (la cuota en euros salía por el importe de 1571,04 euros, mientras que en yenes al cambio se le quedaba en 1348,22 euros; lo que arroja una diferencia que marca el documento en 222,82 euros al mes, 2673,89 euros al año y 66.847,18 euros como diferencia total).

Como señala la importante *STJUE de 10 de junio de 2021 (asuntos acumulados C-776/19 a C-782/19)*:

“(…) en el marco de un contrato de préstamo denominado en moneda extranjera que expone al consumidor a un riesgo de tipo de cambio, no cumple la exigencia de transparencia la comunicación a ese consumidor de información, aunque sea abundante, si esta se basa en el supuesto de que la paridad entre la moneda de cuenta y la moneda de pago permanecerá estable durante toda la vida de dicho contrato. Así sucede, en particular, cuando el profesional no advierte al consumidor del contexto económico que puede repercutir en las variaciones de los tipos de cambio, de modo que el consumidor no está en condiciones de comprender concretamente las consecuencias potencialmente graves sobre su situación financiera que pueden derivarse de la suscripción de un préstamo denominado en moneda extranjera.”



Madrid

En consecuencia, 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, porque la que se

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/ovc mediante el siguiente código seguro de verificación: 1263956920249926630440



les facilitó no explicaba adecuadamente en qué consistía el riesgo de cambio del préstamo hipotecario en divisas. Asimismo, la lectura de la escritura y la inclusión en ella de menciones predispuestas en las que los prestatarios afirman haber sido informados y asumir los riesgos, no suple la falta de información precontractual (STS de 14 de noviembre de 2019).

“Esta equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar y de las cuotas de reembolso es la verdaderamente 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 el banco informe al cliente 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, o la trascendencia que el incremento del capital pendiente de amortizar, computado en euros, le supondrá en caso de que pretenda cambiar desde la divisa al euro.

También debe ser informado de que la derivación, por encima de ciertos límites, del euro frente a la divisa extranjera otorga al banco la facultad de exigir nuevas garantías, así como de las conexiones de esas garantías suplementarias.”

Partiendo de esta afirmación y de la esencialidad de la información documentada y precontractual, no puede pretenderse por la demandada simplificar con una *información o aclaraciones posteriores* a la suscripción del contrato (emisión de extractos mensuales, información fiscal, cambios de divisa, aperturas de cuenta en divisa, etc.), nuestro Tribunal Supremo, en la referida Sentencia de 14/03/2019 se encarga de remarcar:

“... debe recordarse que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, atendiendo a todas las circunstancias del caso.”

“Además, la consulta en la web de Bankinter de la evolución del yen, la apertura, meses después de la celebración del contrato, de una cuenta en yenes y el cambio de divisa (...), no supone que en el momento de la celebración del contrato los demandantes tuvieron información sobre la naturaleza de los riesgos asociados al préstamo hipotecario en divisas y seguramente fuese mucho más que ver con el incremento de las cuotas por la depreciación del euro frente al yen.”

En esta misma línea, se manifiesta la SAP de Madrid, Civili, sección 25 del 24 de julio de 2018 (ROJ: SAP M 14774/2018) que ya revotó una sentencia de instancia porque “desestimó la pretensión del demandante por considerar que conocía lo contratado por la inferencia extraída de los cambios de moneda realizados después de la firma del contrato y de la suscripción de un seguro de cambio”, debe contrastarse el momento de la calificación de la transparencia al momento de concertación del contrato y no a momentos posteriores (FD 3º).

En consecuencia, y al igual saber y entender de quien resulte, el clausulado multilingüe del préstamo litigioso no reunió las condiciones necesarias para ser calificado de transparente para el consumidor, al no constar documentación precontractual entregada al consumidor que con carácter previo a la firma del préstamo



Madrid

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/ovc mediante el siguiente código seguro de verificación: 1263956920249926630440





le permitiera conocer los riesgos de la operación, en los términos que exige la jurisprudencia citada de nuestro Tribunal Supremo.

SÉXTO.- El control de abusividad del cláusulado multigravado.

Como señala el Tribunal Supremo en sus sentencias 6183/2017, de 15 de noviembre, y 599/2018, de 31 de octubre (reprochadas por la sentencia de 14 de noviembre de 2019), la falta de transparencia de las cláusulas relativas 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 motivo para el consumidor, sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no puede compararse la oferta del préstamo hipotecario multigravado con las de otros préstamos en euros.*

Esta falta de transparencia también agrava su situación jurídica, puesto que ignora el riesgo de infra-garantía para el caso de depreciación del euro frente a la divisa en que se denominó el préstamo.

Doctrina reiterada en la STS, Civil sección 1 del 23 de julio de 2020 (ROJ: STS 2626/2020).

También ha sido contundente el TJUE en su sentencia de 10 de junio de 2021, ya citada, al concluir:

“que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que las cláusulas de un contrato de préstamo que establecen que la moneda extranjera es la moneda de cuenta y el euro la moneda de pago y cuyo efecto es hacer recaer sobre el prestatario el riesgo de tipo de cambio, sin que esté limitado, pueden considerarse en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan de dicho contrato, toda vez que el profesional no podía razonablemente estimar, observando la exigencia de transparencia frente al consumidor, que este último aceptaría, en el marco de una negociación individual, un riesgo desproporcionado de tipo de cambio resultante de tales cláusulas.”

Por lo tanto, se concluye también el carácter abusivo del cláusulado multigravado cuestionado en el presente procedimiento.

SÉPTIMO.- Consecuencia jurídica de la nulidad por abusivo del cláusulado multigravado.

Procede, en consecuencia, declarar 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, con la consiguiente obligación para la entidad demandada de realizar nuevo cuadro de amortización y devolución de cantidades indebidamente percibidas con los intereses correspondientes desde las fechas de su indebidos abonos; efecto legal e intrínsecamente unido a la declaración de nulidad que no requiere de argumentación expresa (art. 1303 CC).

La nulidad total del contrato de préstamo supondría en este caso 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 perjudicarlo más que al



Madrid

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/evoa mediante el siguiente código seguro de verificación: 1203956920249926630440



predispone (SSTJUE de 30 de abril de 2014, caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13, apartados 83 y 84; de 14 de marzo de 2019, caso Dumai, C-118/17, apartados 48 y 52; y de 3 de octubre de 2019, caso Dzinhak, asunto C-260/18, apartado 45).

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 pagan por los prestatarios, que determina la amortización que debe realizarse del capital pendiente.

Esta solución supone la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que establecida desde un principio la posibilidad de que el capital esté denominado en euros, como de hecho lo estuvo a partir de un determinado momento) y que responde a las exigencias de una disposición nacional, como la contenida en preceptos como los arts. 1170 CC y 312 CCCom, que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, requisito inherente a las obligaciones dinerarias.

Por ello, no existe problema alguno de separabilidad del contenido inválido del contrato de préstamo (STS 608/2017, de 15 de noviembre, y 599/2018, de 31 de octubre - reprochadas por la sentencia de 14 de noviembre de 2019 [ROJ: STS 3627/2019] -).

OCTAVO.- En cuanto a la cláusula que fija el INTERÉS DE DEMORA, debe indicarse que, como señala el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia 21 de enero de 2015; asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13):

“37. En este contexto, debe recordarse que, con arreglo al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurren en su celebración. De ello se desprende que, en esta perspectiva, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula pueda tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional (véase el auto Sebestyén, C-342/13, EU:C:2014:1857, apartado 29 y jurisprudencia citada).”

38. En este sentido hay que recordar, igualmente, que cuando un tribunal nacional conoce de un litigio entablado exclusivamente entre particulares, está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por esta (sentencia Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 64).

39. Por lo tanto, es preciso considerar que, en la medida en que la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 no impide que el juez nacional pueda, en presencia de una cláusula abusiva, ejercer sus competencias y excluir la aplicación de dicha cláusula, la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de tal disposición nacional.

40. Ello implica en particular, por una parte, que cuando el juez nacional debe examinar una cláusula de un contrato relativa a intereses de demora calculados a partir



Madrid

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/evoa mediante el siguiente código seguro de verificación: 1203956920249926630440





de un tipo inferior al previsto por la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013, la fijación por ley de ese límite máximo no impide a dicho juez apreciar el carácter eventualmente abusivo de tal cláusula en el sentido del artículo 3 de la Directiva 93/13. De este modo, no cabe considerar que un tipo de interés de demora inferior a tres veces el interés legal del dinero sea necesariamente equitativo en el sentido de la mencionada Directiva.

41. Por otra parte, en el supuesto de que el tipo de interés de demora estipulado en una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario sea superior al establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 y deba ser objeto de limitación en virtud de esa disposición, tal circunstancia no es óbice para que el juez nacional pueda, además de aplicar esa medida moderadora, extraer del eventual carácter abusivo de la cláusula en la que se establece ese tipo de interés todas las consecuencias que se derivan de la Directiva 93/13, procediendo, en su caso, a la anulación de dicha cláusula.

42. Por consiguiente, del conjunto de las anteriores consideraciones resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se realicen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que fija intereses de demora calculados a partir de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero con el fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite, siempre que la aplicación de la disposición nacional:

- no prejuzgue la apreciación por parte de dicho juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula y
- no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva.”

En nuestro caso, resulta evidente que la fijación, como interés de demora un tipo consistente en “9,5 puntos añadidos al tipo de interés vigente” resulta contrario a las disposiciones de legalidad interna que tratan de mantener el equilibrio de la posición entre la entidad bancaria (en prehechencia) y el consumidor (en inferioridad), ya observamos lo dispuesto en el art. 114 LH, en la redacción dada por la Ley 1/2013 (certamente posterior al concreto de la póliza, pero que ofrece un criterio de valoración), ya nos acogemos a las resoluciones del Tribunal Supremo por exceder del resultado de sumar dos puntos al interés remuneratorio pactado (criterio objetivo de abusividad) fijado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016; en relación con los intereses de demora en préstamos no hipotecarios (SSTS 7/09/2015 [ROJ: STS 3828/2015] que confirma la doctrina sentada en la sentencia abm. 2/55/2015, de 22 de abril).

En consecuencia, procede declarar la nulidad de la cláusula que fija en interés remuneratorio dejándola sin efecto, según reiterada doctrina del Tribunal de Justicia Europeo, con lo que el contrato sólo devengará el interés remuneratorio hasta su completo pago, según STS, CIVIL PLENO del 28 de noviembre de 2018 (ROJ: STS 3889/2018) y que recoge la doctrina del TJUE en su sentencia de 7 de agosto de 2018 (ECLI:EU:C:2018:643) en los asuntos acumulados C-96/16 (Banco Santander, S.A./Maklamanou Demba) y C-94/17 (Rafael Ramón Siscocho Cortés/Banco de Sabadell, S.A.).

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/ceve mediante el siguiente código seguro de verificación: 1203956920249926630440



NOVENO.- En materia de costas, la estimación de la demanda conlleva la imposición de las costas en la instancia a la parte demandada (art. 394.1 LBC), teniendo en cuenta, además, la doctrina fijada por las STJUE de 16 de julio de 2020 y las SSTS de 6 de octubre de 2020 (ROJ: STS 3130/2020); 25 y 26 de enero de 2021 (ROJ: STS 113/2021) y (ROJ: STS 118/2021), en relación con el “principio de efectividad” en materia de consumo.

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

FALLO

ESTIMAR la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. RODRÍGUEZ DE CASTRO, en nombre y representación de ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN), entidad ¹ actúa en defensa e interés de su asociado D. ² contra BANKINTER, S.A. y, en su virtud:

Se declara la nulidad de la totalidad del clausulado multilateral incorporado en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, por su abusividad, por falta de transparencia y falta de proporcionalidad.

Se condena a la demandada a estar y pasar por dicha declaración, teniendo por nulo puesto dicho clausulado; asimismo se condena a la demandada a recalcular y rebajar, con exclusión del clausulado multilateral, los cuadros de amortización del préstamo hipotecario suscrito con el demandante contabilizando el capital que, efectivamente, debió ser amortizado de haber sido este amortizado en su divisa natural (euro) y aplicando el índice contenido en la escritura (Libor), teniendo en cuenta también cualesquiera comisiones y gastos pagados, procediéndose a la devolución de las cantidades indebidamente percibidas con los intereses desde las fechas de los indebidos pagos.

Cantidades que se determinarían en ejecución de sentencia sobre la obligación de la entidad demandada de rebajar el cuadro de amortización del préstamo en los términos indicados en la presente resolución.

Se declara nulidad de la cláusula sexta por abusiva, denominada “Interés de demora” relativa al establecimiento de un tipo de interés nominal de 9,5 puntos incrementados al interés ordinario para la situación de impago; tendiéndose por nula dicha cláusula, devengándose únicamente el interés remuneratorio, según doctrina de nuestro TS.

Todo ello con expresa imposición de las costas de la instancia a la parte demandada.

Una vez firme la presente resolución, procedase conforme determina el art. 22 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/ceve mediante el siguiente código seguro de verificación: 1203956920249926630440



Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra ella podrá interponerse, ante este Juzgado, recurso de apelación en el plazo de veinte días desde el siguiente a la notificación. El recurso será resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid previa la constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta IBAN ES55 0049 5284 0000 04 7634 19 de esta Oficina Judicial de la cuenta general de Depósitos y Consignaciones abierta en BANCO DE SANTYANDER.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá realizarse en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo "beneficiario": Juzgado de 1ª Instancia nº 101 bis de Madrid; y en el campo "observaciones" o "concepto" habrán de consignarse los siguientes dígitos: 5284 0000 04 7634 19.

No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido (L.O. 1/2009 Disposición Adicional 15).

Llévese el original al libro de sentencias.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo, José M^º Ortiz Aguirre, Magistrado en Comisión de Servicios del Juzgado de Primera Instancia Núm. 101 bis de Madrid.

NOTA: De conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se informa que la difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



Madrid

