

**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 14
VALLADOLID**

SENTENCIA: 00194/2017

CALLE NICOLAS SALMERON N°5
Teléfono: 983216551-58, Fax: 983216559
Equipo/usuario: P
Modelo: N04390

N.I.G.: 47186 42 1 2017 [REDACTED]
ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO [REDACTED] /2017 [REDACTED]

Procedimiento origen: /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE , DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]
Procurador/a Sr/a. BEATRIZ EMILIA GUTIERREZ CAMPO, BEATRIZ EMILIA GUTIERREZ CAMPO
Abogado/a Sr/a. ,
DEMANDADO D/ña. BANKINTER SA
Procurador/a Sr/a. JOSE MIGUEL RAMOS POLO
Abogado/a Sr/a.

S E N T E N C I A n° 194/2017

JUEZ QUE LA DICTA: MAGISTRADO-JUEZ GUINALDO LÓPEZ.

Lugar: VALLADOLID.

Fecha: cuatro de agosto de dos mil diecisiete.

Demandante: [REDACTED], [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]
GUTIERREZ .

Procurador/a: BEATRIZ EMILIA GUTIERREZ CAMPO, BEATRIZ EMILIA
GUTIERREZ CAMPO .

Demandado: BANKINTER SA.

Procurador/a: JOSE MIGUEL RAMOS POLO.

Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO [REDACTED] /2017.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO- Por la procuradora SRA. Gutiérrez Campo en nombre y representación de Don [REDACTED] y doña [REDACTED] [REDACTED] se formuló demanda de juicio ordinario ejercitando acción de nulidad por vicio de consentimiento de la cláusula mult divisas y subsidiariamente acción de nulidad de condición general de contratación por falta de transparencia y alternativamente a ambas acciones ,

acción de indemnización de daños y perjuicios y ello en relación al préstamo hipotecario de 7-2-2007 y posterior ampliación de fecha 14-2-2008 en cuanto a la citada cláusula referida a la formalización de la operación en divisa distinta al euro en concreto la cláusula tercera A) devengo y cálculo de intereses , tipo de interés aplicable en divisas .

Admitida la demanda se emplazó a la parte demandada que contestó mediante escrito presentado por el Procurador SR. Ramos Polo y dirección letrada del letrado de Madrid SR. Carnicero Becker , que se opuso a la pretensión deducida de contrario . Citadas las partes al acto de la Audiencia Previa, en ese acto se ratificaron en sus respectivos escritos alegatorios y solicitaron el recibimiento del pleito a prueba. En la fecha señalada para la celebración de la vista , 20-7-2017 , tras practicar la prueba propuesta y admitida e informar los letrados por su orden quedaron los autos para Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO - se ejercita por la parte actora, en las presentes actuaciones, acción de nulidad por vicio de consentimiento de la cláusula multidivisas y subsidiariamente acción de nulidad de condición general de contratación por falta de transparencia y alternativamente a ambas acciones , acción de indemnización de daños y perjuicios y ello en relación al préstamo hipotecario de 7-2-2007 y posterior ampliación de fecha 14-2-2008 en cuanto a la citada cláusula referida a la formalización de la operación en divisa distinta al euro en concreto la cláusula tercera A) devengo y cálculo de intereses , tipo de interés aplicable en divisas .

Se alega que los actores clientes minoristas consumidores sin conocimientos financieros, ambos profesores de educación secundaria, acudieron a Bankinter para busca financiación y a propuesta de la entidad demandada se firmó un préstamo en fecha 7 de febrero de 2007 por importe de 348.000 euros para la adquisición de su vivienda habitual en modalidad de multidivisas, que el empleado le dijo que era un producto maravilloso y ante sus dudas que no se preocuparan que el banco les asesoraría que tanto le animaron que pidieron ampliación de préstamo de 30.000 euros en fecha 14 de febrero de 2008 (Ver Hecho 1 y 2).Se describe el funcionamiento real del préstamo y las características de estos préstamos , se denuncia la falta de información precontractual y contractual

sobre riesgo y complejidad así como la falta de claridad y transparencia con el cliente , que la entrega de capital del préstamo se efectúa en euros por tanto , se dice , la entrega de francos suizos es ficticia .Se añade que pese a los requerimientos efectuados a la demandada no han obtenido respuesta satisfactoria (Ver hechos III a VI).

En el apartado de la fundamentación jurídica, se alega la consideración de condición general de la contratación de la cláusula objeto de la Litis, que la acción que se pretende con carácter principal es la de nulidad parcial de los préstamos suscritos entre las partes en lo relativo a la modalidad multidivisas.

se invoca la existencia de error en el consentimiento y dolo omisivo y el incumplimiento del deber de informar por parte de la entidad según la normativa aplicable ; ley 26/1988 de 29 de julio sobre disciplina e intervención de la entidades de crédito , , la orden de 5 de mayo de 1994 vigente al tiempo de suscribir el contrato y que conlleva para las entidades la obligación de entrega de folletos informativos y de oferta vinculante que contiene obligaciones específicas cuando se trata de préstamos en divisas , la ley 36/2003 de 11 de noviembre , la ley de Mercado de Valores modificada por ley 47/2007 para incorporar al ordenamiento español la directiva 2004/39/CE , artículos 1261 y sus del cc y artículo 6.3 del cuerpo legal citado así jurisprudencia aplicable al caso desde la perspectiva de la normativa de protección de consumidores y usuarios.

Se solicita se dicte sentencia en los términos que se especifica en el suplico;

1º- Se declare la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario de 07-02-2007 y posterior ampliación de fecha 14-02-2008 por vicio en el consentimiento, en cuanto al clausulado referido a la formalización de la operación en divisa distinta del euro, concretamente la CLÁUSULA TERCERA.
A) DEVENGO Y CÁLCULO DE INTERESES, TIPO DE INTERÉS APLICABLE EN DIVISAS.

Y que como consecuencia de dicha declaración de nulidad se condene a la entidad demandada a liquidar el préstamo tomando como base o capital prestado los 348.500,00 euros primero y los 30.000 euros entregados después en la ampliación de préstamo hipotecario, estipulados en ambas escrituras y aplicando las condiciones financieras contempladas en el documento contractual, CLÁUSULA TERCERA. B) DEVENGO Y CÁLCULO DE INTERESES, TIPO DE INTERÉS APLICABLE EN EUROS, esto es, a

un interés variable con periodicidad anual, determinándose el tipo de interés mediante la adición de un margen de 0,60 puntos porcentuales al índice euribor, todo ello durante el plazo estipulado en la escritura de 07-02-2007 (**doc. n° 1**), aplicándose al pago de las cuotas que resulten de tal liquidación las cantidades abonadas por la actora en razón de la operación.

2°- Con carácter subsidiario, se declare la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario de 07-02-2007 y posterior ampliación de fecha 14-02-2008 por falta de transparencia entendido como control de legalidad, en cuanto al clausulado referido a la formalización de la operación en divisa distinta del euro, concretamente la CLÁUSULA TERCERA. A) DEVENGO Y CÁLCULO DE INTERESES, TIPO DE INTERÉS APLICABLE EN DIVISAS.

Y que como consecuencia de dicha declaración de nulidad se condene a la entidad demandada a liquidar el préstamo tomando como base o capital prestado los 348.500,00 euros primero y los 30.000 euros entregados después en la ampliación de préstamo hipotecario, estipulados en ambas escrituras y aplicando las condiciones financieras contempladas en el documento contractual, CLÁUSULA TERCERA. B) DEVENGO Y CÁLCULO DE INTERESES, TIPO DE INTERÉS APLICABLE EN EUROS, esto es, a un interés variable con periodicidad anual, determinándose el tipo de interés mediante la adición de un margen de 0,60 puntos porcentuales al índice euribor, todo ello durante el plazo estipulado en la escritura de 07-02-2007 (**doc. n° 1**), aplicándose al pago de las cuotas que resulten de tal liquidación las cantidades abonadas por la actora en razón de la operación.

3°-Con carácter subsidiario, y para el caso de que se desestimaran las otras dos peticiones, **que se condene a la entidad demandada a reparar los daños y perjuicios causados a la actora,** mediante la liquidación del préstamo en moneda euros, por lo que igualmente solicitamos que se condene a la entidad demandada a liquidar el préstamo, tomando como base o capital prestado los 348.500,00 euros primero y los 30.000 euros entregados después en la ampliación de préstamo hipotecario, estipulados en ambas escrituras y aplicando las condiciones financieras contempladas en el documento contractual, esto es, a un interés variable con periodicidad anual, determinándose el tipo de interés mediante la adición de un margen de 0,60 puntos porcentuales al índice euribor, todo ello durante el plazo estipulado en la escritura de 07-02-2007 (**doc. n° 1**), aplicándose al pago de las cuotas que resulten de tal liquidación las cantidades abonadas por la actora en razón de la operación.

Todo ello con imposición a la entidad demandada de las costas derivadas de este proceso.

Admitida la demanda la parte demandada CONTESTA y se opone a la pretensión deducida de contrario, Con carácter preliminar se invoca la CADUCIDAD DE LA ACCION DE NULIDA POR ERROR DEL PRESTAMO OBJETO DE LA LITIS.

Se explica el funcionamiento del préstamo hipotecario que suscribieron los actores en fecha 7 de febrero de 2007, que en la demanda, se dice, se hace de forma tendenciosa e interesada ya que el año 2007 el Euribor llevaba tiempo subiendo de forma pronunciada y sin pausa mientras que los intereses del franco permanecían más bajos Y ADEMÁS QUE LA INICIATIVA FUE DE LOS ACTORES, QUE OTRA CUESTION ES QUE EN LOS AÑOS SIGUIENTES AL CONTRATO SE VIVIERA UNA SITUACION DE CRISIS MUNDIAL SIN PRECEDENTES. se dice que los prestatarios tienen CAPACIDAD PARA COMPRENDER EL CONTRATO Y LOS RIESGOS . Se afirma que el préstamo se comercializó con pleno consentimiento de la parte demandante, que se celebraron varias reuniones donde se le explicó la características del producto y sus riesgos que firmaron el documento de préstamo en divisas y que a lo largo de los años hasta 2016 no se quejaron , que los riesgos se advierten en el documento previo a la escritura y en esta también y en la escritura el notario hace constar que no existe discrepancia entre la oferta vinculante y la escritura . Que durante la vida del contrato la parte actora ha recibido información mensual de todo y se ha pagado las cuotas de amortización que tenían a su disposición una tarjeta de coordinadas activa para acceder a la Web de Bankinter y consta que se conectaron. QUE NO HUBO ENGAÑO SINO UNA DECISION SUYA QUE LAMENTABLEMENTE , DE DICE NO CONLLEVO LAS CONSECUENCIAS ESPERADAS Y SI GENERO OBLIGACIONES DE CUMPLIMIENTO NECESARIO QUE ASUMIO HASTA LA DEMANDA . Se invoca lo declarado por el TS en sentencia de fecha 30 de junio de 2015 y la imposibilidad de realizar previsiones sobre el tipo de cambio , manifestando que el Banco respeto la normativa aplicable a los consumidores y sobre las condiciones generales de la contratación , alegando jurisprudencia aplicable a su argumentación . Se niega que la multidivisas pueda ser considerada condición general de contratación, que ha sido negociado individualmente lo que excluye, se dice, la abusividad y en consecuencia la nulidad. Que no resulta aplicable la normativa Mifid.

SE NIEGA LA POSIBILIDAD DE INTEGRACION DEL CONTRATO Y SE DENUNCIA ENRIQUECIMIENTO INJUSTO RESPECTO A LOS EFECTOS QUE SE PRETENDEN EN EL SUPPLICO DE LA DEMANDA (Ver Hechos).

En el apartado de la fundamentación jurídica , , se alega la Caducidad de la acción por vicio de consentimiento , la imposibilidad de declarar la nulidad parcial de los contratos por vicio de consentimiento y la inexistencia de vicio de consentimiento , así como la inaplicación de la ley del mercado de valores , la carga de probar el error y que la confirmación impide alegar la existencia de vicio de consentimiento y la caducidad de la acción de acuerdo con el artículo 1301 del cc .Se afirma la validez del consentimiento prestado por los actores y la inexistencia de error, así como el cumplimiento por la Entidad de las obligaciones de información , se niega que estemos ante un producto complejo y no le es aplicable la normativa Mifid. Que el negocio jurídico ha sido válidamente confirmado durante la vigencia del contrato y la vulneración por los actores de la doctrina de los actos propios se denuncia la incompatibilidad de la presunción deducida de nulidad parcial con los efectos regulados en el artículo 1.303 del CC, se alega la falta de nulidad por contravención normativa imperativa y la inaplicación de la orden de 5 de mayo de 1994. **se alega también la inexistencia de cláusulas abusivas y el control de transparencia excluido respecto de la a condiciones generales que definen el objeto principal de un contrato** (Ver FD de la contestación).

Se solicita se dicte sentencia en los términos especificados en el suplico.

Citadas las partes al acto de la Audiencia Previa, se ratificaron en sus respectivos escritos alegatorios, las partes solicitaron el recibimiento del pleito a prueba , que fue practicada en el acto de la vista , (prueba de interrogatorio , prueba testifical y prueba documental , con el resultado que consta en las actuaciones- y tras informar los letrados por su orden quedaron los autos para sentencia .

SEGUNDO.-Alegada la excepción de:

A)- Caducidad de la acción -Ciertamente, el *artículo 1.301 CC* al referirse al cómputo temporal en que se inicia el plazo de caducidad de 4 años dispone que "en los (casos) de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato".

Como se ha venido indicando en otros pronunciamientos judiciales el problema se centra en determinar el "die a quo"

de inicio del plazo de caducidad, pues mientras unos consideran que se corresponde con el mismo día de suscripción del contrato, habida cuenta que en ese mismo momento se produjo la consumación del mismo, cumpliendo cada parte sus respectivas prestaciones, otros entienden que el plazo no empezaría a contar sino desde la fecha del vencimiento del plazo de amortización previsto por parte de la entidad emisora.

La respuesta a tal cuestión se puede encontrar en la *STS de 11 de junio de 2003*, que nos recuerda como el artículo 1.301 del Código Civil establece que en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años empezará a correr desde la consumación del contrato. Precizando por su parte la *sentencia del TS de 11 de julio de 1984* que, de cara a hacer cómputo del plazo de vigencia de la acción de anulabilidad, es de tener en cuenta que aunque ciertamente el cómputo para el posible ejercicio de la acción de anulabilidad por error se produce a partir de la consumación del contrato, o sea, hasta la realización de todas las obligaciones, como por otra parte también reconoce la *sentencia de 27 de marzo de 1989* precisando que el artículo 1.301 del Código Civil señala que en los casos de error o dolo la acción de nulidad del contrato empezará a correr "desde la consumación del contrato". Añadiendo la citada doctrina jurisprudencial que el momento de la consumación no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que la consumación sólo tiene lugar, cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes.

Por tanto, el TS deja claro que la consumación de los contratos sinalagmáticos no se ha de entender producida sino desde el momento en que cada una de las partes ha cumplido la totalidad de las obligaciones derivadas del mismo, debiéndose por ende distinguir entre la perfección, la consumación y el agotamiento del contrato, que no se produciría hasta que el contrato dejara de desplegar todos los efectos que le son propios. Debiendo quedar fijada la consumación en el momento en que se produce el cumplimiento recíproco de la totalidad de las prestaciones pactadas. Y en reciente sentencia, *STS, Civil del 12 de enero de 2015* el TS ha añadido: "Al interpretar hoy el art. 1301 del Código Civil en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede obviarse el criterio interpretativo relativo a « la realidad social del tiempo en que [las normas] han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas », tal como establece el art. 3 del Código Civil .

La redacción original del artículo 1301 del Código Civil , que data del año 1881, solo fue modificada en 1975 para suprimir la referencia a los « contratos hechos por mujer casada, sin licencia o autorización competente », quedando inalterado el resto del precepto, y, en concreto, la consumación del contrato como momento inicial del plazo de ejercicio de la acción.

La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actual, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del litigio no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, **no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos (art. 4:113).**

En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento.

Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo

adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error."

Doctrina esta que ha de llevar a la que la excepción en ningún modo puede admitirse que comienza el plazo de caducidad desde el mismo momento en que firmaron la escritura pública de préstamo, sino desde que fueran conscientes del error sufrido, lo que necesariamente se vincula con el transcurso del tiempo, el gravamen derivado del cambio de la moneda pactada y la advertencia de que el capital prestado se acomodaba a dicho cambio en claro perjuicio no deseado, **cuestiones todas ellas que, en este caso concreto la acción si estaría caducada a la luz de la documental unido a las actuaciones y argumentación contenida en la contestación respecto a este particular, AHORA BIEN, EN ESTE CASO CONCRETO, LA ACCIÓN EJERCITADA NO ES SOLO DE NULIDAD POR VICIO DE CONSENTIMIENTO SINO TAMBIEN DE NULIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA APLICABLE, CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN, NULIDAD DE PLENO DERECHO Y NO ANULABILIDAD O NULIDAD RELATIVA.**

Así las cosas, nos encontramos ante un conflicto que viene planteándose en relación a los denominados "prestamos multidivisas", habiéndose tomado en el presente como divisa el franco suizo.

Nuestro T. Supremo, ya en la S. de 30 de junio de 2015 (Pleno de la Sala de lo civil), definió las características de este producto, indicando que "Lo que se ha venido en llamar coloquialmente "hipoteca multidivisas" es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank Offered Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).

El atractivo de este tipo de instrumento financiero radica en utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario. Las divisas en las que con más frecuencia se han concertado estos instrumentos financieros son el yen japonés y el franco suizo. Como se ha

dicho, con frecuencia se preveía la posibilidad de cambiar de una a otra divisa, e incluso al euro.

Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recalcu constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo.

Esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas "hipotecas multidivisas" se han apreciado, por lo que los prestatarios deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, cantidad que puede ser absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos.

".

Pese a la afirmación que se efectúa en la contestación, este tipo de productos, conforme recuerda la SAP de Valladolid, secc. 3 de 30 de junio de 2016 no tiene una mecánica sencilla y de fácil comprensión, siendo un instrumento financiero que entraña cierta complejidad y un elevado riesgo para el cliente que lo contrata.

En el momento actual se han suscitado divergencias de criterio entre el Supremo y el TJUE sobre la aplicabilidad o no a este tipo de operaciones de la denominada normativa MIFID. **Así, nuestro Alto Tribunal señala que: "la "hipoteca multidivisas " es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado, encontrándose incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 de dicha ley. Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores, en relación al art. 2.2 de dicha ley."** Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló en Sentencia de 3 de diciembre de 2015 interpretando la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, que debe interpretarse en el sentido de que, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, 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 mensualidades. **El TJUE al interpretar una directiva que, por definición, establece unos "mínimos", en nada impide que sean mejorados por la legislación nacional en atención a la función tuitiva del consumidor que la norma persigue. En este sentido ya la mencionada SAP de Valladolid de 30 de junio de 2016 clarifica que no resulta incompatible pues una Directiva comunitaria y la ley estatal que la transpone, son instrumentos diferentes.**

En efecto, la Ley estatal tiene que respetar el contenido mínimo de la Directiva, pero puede tener un ámbito de aplicación más amplio permitiendo la inclusión de otros instrumentos financieros que la Directiva no incluye.

En nuestra legislación, la norma en la que se define que debe entenderse por cláusulas abusivas es el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios. El art. 82.1 establece que se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. El art. 62.2 determina que se prohíben, en los contratos con consumidores y usuarios, las cláusulas que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato.

Por su parte la Ley de Condiciones Generales de la Contratación hace referencia a las cláusulas abusivas en su art. 8.2: "En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiéndose por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios". **El Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, señaló que el hecho de que las cláusulas se refieran al objeto principal del contrato en el que están insertadas, no es obstáculo para que una cláusula contractual sea calificada como condición general de la contratación, ya que estas se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo y las condiciones generales pueden ser objeto de control por la vía de su incorporación a tenor de lo dispuesto en los artículos 5.5 LCGC-"[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez"-, 7 LCGC-"[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]".**

Las Condiciones Generales tal y como concluye la STS de 9 de mayo de 2013, han de superar el doble filtro; de incorporación y de transparencia, y en relación a este último el tenor del artículo 80.1 TRLCU dispone que "[e]n los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...], aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa [...]-; b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al

consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido". Lo que permite concluir que, además del filtro de incorporación, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo". Y añade nuestro Supremo que "la transparencia de las cláusulas no negociadas, en contratos suscritos con consumidores, incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato".

CUARTO - Teniendo en cuenta lo supra argumentado; de la actividad probatoria desarrollada en las presentes actuaciones resulta:

A)- El Banco a quien corresponde la carga de la prueba propuso prueba documental y personal:

a)- Prueba de interrogatorio:

El actor SR. [REDACTED], manifestó ser funcionario jubilado, que había trabajado como profesos de lengua y literatura en Instituto, que no era cliente de Bankinter antes del préstamo que decidieron comprar casa en Valladolid y un familiar les indico que fueran a Bankinter ([REDACTED] que trabajo en Bankinter pero después de la hipoteca) que ellos tenían ya un préstamo normal ,que el empleado de Bankinter le explico el producto multidivisas que era la primera vez que oía hablar de este producto que les dijo que era un buen producto y muy seguro y estable el franco suizo , que fue Cesar con el que hablaron y no le explico los riesgos que les dijo con euros pagarías esto y con francos esto que ellos se fiaron porque les dijo que estaría informados y asesorados e incluso les animo a incrementas la cantidad del préstamo y lo ampliar9on para reformas , que los extractos los miraba por encima que la cuota mensual se la retraían de la nómina , Que a los dos años empezaron a ver que a otros les bajaba la cuota y a ellos no , que a finales del año 2014

fueron hacer una consulta al banco y aunque el empleado les dijo que podían cambiar de divisa también les dijo que no les convenía por los gastos y porque el momento no era adecuado , que él no controla mucho de finanzas , que ellos recibieron euros y pagaban euros , que no les hicieron simulaciones ni le ofrecieron seguro para evitar los riesgos de las oscilaciones de la moneda , que nunca le explicaron que podían deber más dinero que el prestado , (Ver prueba de interrogatorio) .

La actora SRA. [REDACTED] manifestó: que es profesora de secundaria en Instituto , licenciada en filología Hispánica , que consultaron varias Entidades para préstamo destinado a adquirir casa en Valladolid y entre ella Bankinter que aquí les informaron de una hipoteca que tenían en divisas (ellos ya tenían una hipoteca normal en euros) que el empleado [REDACTED] les hizo cálculos en euros y en francos de la cuota , que ellos no tenían conocimiento de este tipo de producto , que el SR. [REDACTED] insistió en la bondades del producto y que ellos les asesorarían en todo momento , que este tipo de hipoteca era más favorable para el cliente , que el franco era seguro y estable e incluso les animo a pedir más dinero y eso es lo que hicieron ampliando el préstamo para reformar la casa que compraron , que les dijo que les informarían pero luego no lo hicieron , que tanto [REDACTED] como el notario leyeron muy deprisa y no se enteró , que se fío de [REDACTED] , **que miraba las cuotas y si se dio cuenta que subía mientras que otras de familiares y conocido bajaba** que fueron a finales de 2014 al Banco y hablaron con una empleada , [REDACTED] que les indico que pasar a euros no era oportuno que esperaran , niego que eligieron esa modalidad por indicación de una sobrina , que esta entro a trabajar más tarde en el Banco . Se le exhibe DC nº 7 de la contestación , extracto de 2007 y manifiesta que ella se fijaba en el importe en euros , que a ellos les ingresaron el importe del préstamo en euros y nunca le indicaron que podían deber más dinero que el prestado que de haberlo sabido nunca habría contratado este tipo de préstamo .(Ver prueba de interrogatorio) .

b)-Prueba testifical: testigo SR. [REDACTED] , manifestó ser empleado d Bankinter y conocer a los actores que ellos fueron los que eligieron el producto, que no recuerda si le preguntaron riesgos pero que él se los explico , que no sabe si el préstamo se ingresó en francos , que tampoco recuerda que les indicara que pidieran más préstamo , **QUE NO LES EXPLICO QUE PUDIERAN DEBER MAS CANTIDAD QUE LA PRESTADA PORQUE NO EXISTE ESA POSIBILIDAD** , y admitió que si ahora cambiaran a euros los actores deberían más cantidad que la que recibieron pese a haber pagado todas las cuotas, que desconocia el

proceso de cambio en divisas que hace el banco , que desconocia si la comisión por cambio estaba incluida en la TAE , que no hacían seguro para cubrir riesgo de cambio y no informaban de este extremo porque no es obligatorio y encarecería el producto , que e l explico el producto y no parecía que tuvieran dudas los actores , que hizo simulaciones pero no se acuerda de las que hizo , que no recuerda los tipos que manejo QUE NO ENTREGO NI FOLLETO NI TRIPTICO QUE SE HACIA TODO VERBAMENTE, QUE ES CON LA FORMALIZACION CUANDO YA EXISTE ESCRITOS , QUE NO ERA POSIBLE PREDECIR LA INTENSIDAD DE LA CRISIS (Ver Prueba testifical).

El testigo SR. [REDACTED], manifestó que trabaja en Bankinter desde 1998 que ahora lo hace en Zamora, que conoce a los actores que son clientes de la oficina de Puente colgante donde él trabajaba en 2007, Que [REDACTED] les derivó a esta oficina que tenían una hipoteca normal que se canceló y se les concedió un préstamo multidivisas que se lo explico y nunca ha tenido más contacto con ellos, que antes de la escritura le dieron oferta vinculante que lo dice el notario en la escritura que él no sabe quién se la entregó que eso lo gestiona la gestoría , que el no tuvo nada que ver con la ampliación y que no tenía previsiones de futuro el banco y el hizo simulaciones tanto favorable como desfavorable , que no sabe la reunión que tuvo con los clientes que explicó los riesgo pero no sabe lo que entendieron los clientes , que no les dijo que después de pagar cuotas podían deber más dinero , que él no sabe el proceso de comprar divisas , que no sabe si el Banco compra , que no es habitual que se comercialice el préstamo en una oficina y luego se formalice en otra , que no recuerda las simulaciones que hizo (Ver prueba testifical).

A LA prueba testifical del notario renunció la parte demandada y proponente (Ver grabación).

B)- Entre la documental unida a las actuaciones no existe folleto informativo, ni oferta vinculante, ni test, ni seguro de riesgos ni simulaciones. No se conoce de forma inequívoca la información suministrada por el comercial del producto al tiempo de suscribir el contrato más allá de lo manifestado por el empleado del Banco - que continúa siéndolo en el momento de la vista - y que han sido matizadas sustancialmente por los actores, (el documento nº 9 de la contestación no contiene ni firma ni sello)

La redacción del contrato efectuada por el banco respecto a la cláusula multidivisas es genérica y claramente

insuficiente, en efecto no contiene una información clara e inequívoca sobre los efectos y riesgos de este tipo de hipotecas.

En definitiva las afirmaciones contenidas en la contestación sobre la información prestada por la Entidad y el conocimiento de los actores AL TIEMPO DE SUSCRIBIR EL CONTRATO están huérfana de prueba, al tiempo de suscribir el contrato REPETIMOS, (información precontractual y contractual). La información es ciertamente detallada y reiterada tras la contratación.

Así las cosas, de la documental unida a las actuaciones resulta que ni siquiera el primer filtro, esto es, el filtro de incorporación concurre dado que su redacción es confusa, con remisiones a otras cláusulas, no se entiende clara, sencilla y comprensible sin una adecuada explicación, que no consta se ofreciera. Es precisa una lectura conjunta de la cláusula financiera con el juego de remisiones que hace que para una persona media sea complicado entender el funcionamiento del préstamo.

Asimismo, tampoco se supera el segundo de los filtros, el de comprensibilidad y transparencia, no se proporciona la debida información a la parte actora, no ha quedado acreditado en forma convincente.

Los demandantes no consta posean cualificados conocimientos financieros, ni que estuviera familiarizado con las divisas, no obrando prueba objetiva de que se le hubiere explicado mínimamente los riesgos del producto, ya reseñados en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015, ni de que se le realizasen escenarios posibles de evolución de las divisas a fin de que fuera consciente de la entidad del riesgo que iba a asumir.

Conforme criterio jurisprudencial consolidado corresponde a la entidad bancaria la carga de la prueba de que realizó la actividad informadora del producto y sus riesgos, y que la misma se adecuaba al grado de conocimiento del prestatario.

En efecto el Banco demandado no ha acreditado que las cláusulas contractuales REALTIVAS A LA MODALIDAD DDE MULTIDIVIDSA están redactadas de manera clara y comprensible para el consumidor medio normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz desde el plano no solo formal y gramatical sino también en cuanto a su alcance

concreto para evaluar las consecuencias económicas potencialmente significativas de tales cláusulas y sus consecuencias financieras.

REPETIMOS NADA SE HA PROBADO EN ESTE CASO- SIN DESCONOCER QUE TAL EXIGENCIA NO PUEDE LLEGAR A OBLIGAR AL PROFESIONAL A ANTICIPAR E INFORMAR AL CONSUMIDOR SOBRE ACONTECIMIENTOS POSTERIORES NO PREVISIBLES, COMO LOS QUE CARACTERIZAN LAS FLUCTUACIONES DE LOS TIPOS DE CAMBIO DE DIVISAS NI QUE EL PROFESIONAL ASUMA LAS CONSECUENCIAS DE ELLO. EL EFECTO EL CARACTER ABUSIVO O NO DE LAS CLÁUSULAS DEBE VERIFICARSE EN RELACION AL TIEMPO DE CELEBRACION DEL CONTRATO -Por tanto ha

de acogerse la nulidad interesada, y la consideración del contrato en euros, a la que no es obstáculo que se trate de una nulidad parcial, pues este tipo de supuestos es algo consolidado (ver nulidades de cláusula suelo, de cláusulas abusivas, etc...), e igualmente opera el principio de conservación de los contratos. Así se acoge la tesis marcada por la SAP Madrid, secc. 13 del 12 de septiembre de 2016 (y en similar sentido la SAP de Valladolid, secc. 3 de 04/10/2016) según la cual "la nulidad parcial conlleva que, aún sin la parte afectada el contrato pueda subsistir siempre que los contenidos afectados sean divisibles o separables del resto y haya base para afirmar que aún sigan concurriendo los elementos esenciales para funcionar sin necesidad de una nueva voluntad -STJUE de 30 de abril de 2014 -en relación, precisamente, aun préstamo hipotecario multidivisas - (en el mismo sentido las SS.T.S. de 12 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 2013 y 12 de enero de 2015). Sin duda la aquí debatida cláusula multidivisas se refiere al objeto principal del contrato. Más no formando parte inescindible de su objeto y causa, no cabe concluir sin embargo que nos encontremos ante una condición esencial toda vez que con los precisos ajustes (como préstamo en euros y referenciado al Euribor), el negocio puede subsistir; posibilidad de préstamo en euros y referencia Euribor que significativamente preveía la propia escritura. No hay motivo, por tanto, para eludir la aplicación del principio de conservación del negocio jurídico, una de cuyas manifestaciones es la nulidad parcial.

En consecuencia se tendrá por no puesta la cláusula multidivisas y el efecto de dicha nulidad parcial será la subsistencia del negocio y condenar a la Entidad demandada a dejar refrenciado el mencionado préstamo en euros EN LOS TERMINOS QUE ESTABLECE LA ESCRITURA DEL PRESTAMO OBJETO DE LA LITIS Y CUYOS EFECTOS - A FALTYA DE ACUERDO DE LAS PARTE -SE DETERMINARAN EN EJECUCION DE SENTENCIA

Por todo lo expuesto procede estimar la nulidad interesada en la demanda con carácter subsidiario , con el correspondiente recalculation del préstamo, como una operación en euros.

TERCERO.- El art. 394 de la L.E.Civil establece el régimen de costas aquí aplicable.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso,

F A L L O

Estimando sustancialmente la demanda presentada por la Procuradora Sra. Gutiérrez Campo en nombre y representación de Don [REDACTED] y Doña [REDACTED] [REDACTED] contra Banco Bankinter SA se declara la nulidad de las cláusulas referidas a la opción de divisas y relacionadas con la misma recogidas en el préstamo objeto de esta Litis dejando subsistentes las otras cláusulas del contrato condenado a la Entidad demandada a dejar referenciado el mencionado contrato de préstamo a moneda Euros dejándose para ejecución de sentencia el recalculation del préstamo con esta nueva referencia sobre la base de un préstamo hipotecario otorgado por 348.000 euros más otros 30.000 de principal con un tipo de interés equivalente al Euribor /año y adición de 0,60 puntos porcentuales al índice Euribor .

Las costas se imponen a la parte demandada en aplicación de lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC.

Así por ésta mi sentencia, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronuncio mando y firmo.

MODO DE IMPUGNACIÓN: recurso de apelación, que se interpondrá ante el Tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente de la notificación de aquélla. Dicho recurso carecerá de efectos suspensivos, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo resuelto (artículo 456.2 L.E.C.).

Conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea:

beneficiario de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.

El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el BANCO SANTANDER en la cuenta de este expediente 4851-0000-04-000217 indicando, en el campo "concepto" la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación"

En el caso de que deba realizar otros pagos en la misma cuenta, deberá verificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando, en este caso, en el campo observaciones la fecha de la resolución recurrida con el formato DD/MM/AAAA.

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

EL/LA MAGISTRADO/JUEZ,



RED
ABFA
Abogados y Economistas