

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 52 DE MADRID

C/ Francisco Gervás, 10 , Planta 1 - 28020
Tfno: 914937096
Fax: 914937098
42020310



NIG: 28.079.00.2-2015/0084689

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 471/2015

Materia: Contratos en general

Demandante:: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. MARIA ROSARIO FERNANDEZ MOLLEDA

Demandado:: BANKINTER SA

PROCURADOR D./Dña. MARIA DEL ROCIO SAMPERE MENESES

SENTENCIA Nº 487/2016

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. MARÍA TERESA SANTOS GUTIERREZ

Lugar: Madrid

Fecha: veintiuno de diciembre de dos mil dieciséis

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por turno de reparto correspondió a este Juzgado la demanda de Juicio ordinario interpuesta por el Procurador D./Dña. MARÍA ROSARIO FERNÁNDEZ MOLLEDA, en nombre y representación de D./Dña. [REDACTED], y defendido por el letrado Sergio Baz Barrios, en la que tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente y que por economía procesal se dan por reproducidos, solicitada se dictara sentencia por la que estime la demanda y todo ello además con expresa imposición de costas a la demandada e intereses legales.

SEGUNDO.- Una vez admitida la demanda, se dio traslado de la misma a la demandada quien procedió a contestar a la demanda. En dicha contestación, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, solicitaba se dictara sentencia desestimando íntegramente los pedimentos de la actora y se absuelva al demandado con expresa imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Convocadas las partes, se celebró la audiencia previa al juicio a la que acudieron las partes asistidas de sus respectivos abogados. Comprobada la subsistencia del litigio entre ellas y descartando el posible acuerdo, una vez fijado con precisión el objeto del pleito los extremos de hecho y de derecho sobre los que existía controversia entre las partes, se pasó a la proposición y posterior admisión de pruebas.

Y siendo admitidas las consideradas pertinentes por su S.Sª, quedó registrado el desarrollo en soporte apto conforme a lo dispuesto en el art. 147 de la LEC, bajo la custodia de la Secretaria.

CUARTO.- Se celebró juicio, practicándose en ese acto las pruebas propuestas y

admitidas. Una vez practicadas todas las pruebas con el resultado que obra en autos se formularon las conclusiones sobre las mismas, quedando las actuaciones vistas para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento de la cuestión.

Se ejercita en el caso de autos demanda de nulidad parcial de la cláusula de “opción multidivisas” y demás cláusulas relacionadas recogidas en las escrituras de préstamo hipotecario por no haber emitido el demandante un consentimiento válido.

Afirma la parte actora Don [REDACTED] que sin tener conocimiento sobre el mercado de divisas y financiero, sin haber invertido en productos que le pudieran generar algún riesgo a finales de 2006 conoció a don Luis [REDACTED] -agente de Bankinter- que le ofreció un préstamo hipotecario con muy buenas condiciones informándole de sus bondades y que en vez de amortizarse en euros, se amortizaría en francos suizos pagando una cuota mensual muy inferior.

Siendo que, confiando en la profesionalidad, accedió a la contratación sin que en ningún momento se le advirtiera del riesgo de la operación, considerándose que el préstamo hipotecario con “opción multidivisas” es un producto de naturaleza altamente compleja que entraña complicaciones que pasan desapercibidas en personas sin formación financiera procediendo un sobre coste financiero significativo.

La parte demandada Bankinter alega en primer lugar excepción formal “defecto en el modo de proponer la demanda” que fue resuelta en el acto de juicio en sentido desestimatorio. Respecto del fondo señala la capacidad cognoscitiva del actor en el sentido de que el conocimiento del riesgo de fluctuación del tipo de cambio y de interés lo tiene cualquier persona sin necesidad de poseer conocimientos financieros específicos.

Se destaca que la iniciativa en la contratación fue por parte del actor, quien solicitó inicialmente información sobre la financiación particular de la hipoteca multidivisas.

Ofreciéndole información pormenorizada y exponiéndole un histórico de la evolución de distintas divisas con las que operaba Bankinter para que el actor decidiese libremente.

Se niega que se ocultare información referente a los riesgos inherentes al préstamo.

SEGUNDO.- Determinación jurídica de la demanda planteada. La viabilidad de la acción de nulidad planteada gira en torno a la demostración de que si el cliente bancario recibió toda la información que le era necesaria para conformar un juicio cabal y completo de la operación a realizar y esta obligación de informarse recae sobre la entidad financiera por ser la que lo conoce y debe transmitir tales conocimientos a la parte contratante de acuerdo con el principio general de la buena fe y de honradez en los tratos.

Siendo perfectamente coherente con el sentido jurídico que se solicite la nulidad parcial de las respectivas cláusula de "opción multidivisa" que figura en la escritura de constitución de hipoteca y en la póliza de préstamo que se acordó con la naturaleza de los respectivos prestamos (concertado en yenes) porque el problema radica en que la mencionada opción no puede ejercitarse sin grave perjuicio para el cliente anudado a la fluctuación de la moneda.

Pero esta petición de nulidad tiene una particularidad en el sentido de que la cláusula denominada "opción multidivisas" debe ser anulada en parte solamente en la medida en que fuese perjudicial al liquidar la equivalencia en euros según la paridad vigente en el momento en que se ejercite la opción. Queda con esta puntualización aclarada y resuelta la excepción que la demandada señala en el inicio de su contestación.

Por su parte la naturaleza jurídica y el funcionamiento económico de la hipotética multidivisa está descrita en *la STS de 30 de junio de 2015* antes citada, en " los siguientes términos:

"Lo que se ha venido en llamar coloquialmente " hipoteca multidivisa " 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".

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 de cada cuota de amortización, 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 recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo".

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015' entendió aplicable a estos productos la normativa MiFID argumentando lo siguiente: La Sala considera que la " hipoteca multidivisa " es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un

instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las -" cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 de dicha ley".

TERCERO.- Contratos suscritos objeto de autos.

Para la aplicación de lo expuesto al supuesto concreto planteado se hace preciso hacer constar que entre la relación concertada por las partes procesales y que han sido aportados por el actor junto a su escrito de demanda es de interés hacer mención:

- escritura de préstamo hipotecario suscrito el 8 de enero de 2007 en divisas con garantía hipotecaria

-escritura de compraventa de pleno dominio también en fecha 8 de enero de 2007 que se constituye en garantía del referido préstamo (ART 7 y 8)

En el exponente 1. se hace constar que la parte prestataria ha solicitado a Bankinter SA un préstamo de 132.000 euros disponibles para su contratación en cualquiera de las divisas disponibles en España.

El préstamo queda formalizado inicialmente en 214.645.20 francos suizos, equivalentes a 132.000 euros.

Expresamente en la segunda de las cláusulas financieras se señala ..."si se modificara el tipo de interés y/o la divisa, se ajustará las cuotas mensuales constantes..."

Destacándose que no consta una advertencia sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio a pesar de que se trataba de un préstamo en divisas. Siendo que la cláusula referida (tercera) al tipo de interés es difícil comprender para un cliente sin específico entendimiento financiero como es el supuesto del señor ██████████. Quedando acreditado por la documentación acompañada que una dedicación profesional a la Geología no atribuye un conocimiento sobre la profundidad de la hipoteca que se está tratando en autos.

No constando por otra parte que se haya procedido a un estudio y determinación concreta del perfil del cliente ya que conforme artículo 79 de la Ley 24/1988 de Mercado de Valores, la entidad de crédito debe solicitar de su cliente toda la información necesaria para su correcta identificación, situación financiera y experiencia inversora.

CUARTO.- Información dada por la Entidad Financiera.

No cabe duda que corresponde a la entidad demandada la carga de probar que informó de manera clara y suficiente a la actora el señor ██████████, de la naturaleza y efectos del producto así como de que era idóneo, en su caso, para la necesidad y características del cliente.

Esta distribución de la carga de la prueba resulta, en primer lugar, de la disposición contenida en el párrafo último del *artículo 217 LEC*, en el sentido de que para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores, los tribunales deberán tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio, y es claro que la demandada está en mejor situación para acreditar los extremos indicados pues conocía el producto que ofertó.

La expresada carga probatoria se infiere además de la correcta aplicación de la normativa antes reseñada, tanto anterior como posterior a la reforma introducida por la Ley 47/2007.

Así, en el *artículo 5 del RD 629/1993* citado se establecía lo siguiente:

"Las entidades ofrecerán y suministrarán a sus clientes toda la información de que dispongan cuando pueda ser relevante para la adopción por ellos de decisiones de inversión"

"Las entidades deberán disponer de los sistemas de información necesarios y actualizados con la periodicidad adecuada para proveerse de toda la información relevante al objeto de proporcionarla a sus clientes"

"La información a la clientela deberá ser clara, correcta, precisa y suficiente y entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación y haciendo hincapié en los riesgos que cada operación conlleva, muy especialmente en los productos financieros de alto riesgo, de forma que el cliente conozca con precisión los efectos de la operación que contrata"

La reforma introducida por la ley 47/2007 tiene como principios cardinales (según su Exposición de Motivos), "reforzar las medidas dirigidas a la protección de los inversores", indicando que "Precisamente como consecuencia de la creciente complejidad y sofisticación de los productos de inversión y el constante aumento en el acceso de los inversores a los mercados, la protección del inversor adquiere una relevancia prioritaria, quedando patente la necesidad de diferenciar entre distintos tipos de inversores en función de sus conocimientos"

En este orden de cosas, es especialmente relevante la disposición contenida en el artículo 79 de la ley reseñada que impone a las entidades que presten servicios de inversión el deber de "comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes", y el contenido del artículo 64 del RD 217/2008 sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que exige las mencionadas entidades que proporcionen a sus clientes "una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional".

La evolución legislativa posterior se orienta cada vez más a fortalecer la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos, y así el *artículo 6 de la ley 1/2013, de 14 de mayo*, exige que en la contratación de préstamos hipotecarios que se concedan en una o varias divisas, se precisará "que la escritura pública incluya, junto a la firma de cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine el Banco de España, por la que el prestatario manifieste que ha sido adecuadamente advertido de los posibles riesgos derivados del contrato".

Y más recientemente la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, cuyo plazo de transposición, aún no ha transcurrido, justifica su promulgación señalando los problemas existentes "en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado", así como que "algunos de los problemas observados se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban". En el considerando trigésimo, la Directiva añade que "debido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito. El riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato de

crédito, o bien mediante otros procedimientos. Entre tales procedimientos cabría, por ejemplo, incluir límites máximos o advertencias de riesgo, en caso de que las mismas sean suficientes para limitar el riesgo de tipo de cambio".

En los arts. 13.f y 23 se contienen previsiones específicas para estos préstamos en moneda extranjera, que son sometidos a importantes limitaciones para reducir el riesgo de cambio de divisa que supone para los prestatarios, y a obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos para las entidades que los comercialicen.

Finalmente, el *TJUE ha dictado una sentencia en 30 de abril de 2014, asunto C26/13*, que tiene por objeto una de estas hipotecas multidivisa en la que aplica e interpreta la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores, que sirve asimismo de orientación para resolver el caso de autos.

Hipotético que al ser aplicado al supuesto concreto sirve de base para concluir que el banco no acredita que obraran con la diligencia que legalmente le viene impuesto de informar sobre las características de la hipoteca multidivisas. No se demuestra que remitiera información antes de la firma ni al tiempo de la suscripción. Con el contenido de la redacción del documento número ocho –escrituras- el cliente no puede hacerse una idea cabal de la correlación entre el activo financiero y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo querido se añade la fluctuación del pasivo contratado para adquirirlo.

Extremo importante que un consumidor minorista no llega a comprender si no se le explica con profundidad. Es patente que solo se aprecia cuando se contrata un préstamo hipotecario el tipo de interés que se debe pagar. Se concluye en consecuencia que no se dio al actor la información referida.

QUINTO.- Error en el consentimiento que vició la voluntad contractual

Los hechos acreditados ponen de manifiesto que estamos ante un supuesto de error provocado del que expresamente se ocupa el artículo 4 103 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos (*PECL*), que vienen siendo utilizados por la Sala I del Tribunal Supremo como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil (entre otras, *STS, Sala I, de 17 de diciembre de 2008*), reconociendo tal precepto el derecho de la parte de anular el contrato cuando haya sufrido un error como consecuencia de la información facilitada por la otra parte, siempre que la parte inducida a error no hubiera celebrado el contrato en caso de haber obtenido una información adecuada.

En igual sentido se viene pronunciando la jurisprudencia de la Sala I del Tribunal Supremo que en la sentencia de 22 de mayo de 2006, entre otras, señala que "para que el error, como vicio de la voluntad negocia!, sea invalidante del consentimiento es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste (*sentencias de 12 de julio de 2002, 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de 2004*)", añadiendo más adelante que "y, además, y por otra parte, que sea excusable, esto es, no imputable a quien los sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el

ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración".

Como recuerda la reciente *STS de 21 de noviembre de 2012*, hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta: Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización contrato es equivocada o errónea. Y es lógico que un elemental respeto a la palabra dada -pacta sunt servanda- imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado (..) La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos".

Finalmente, la *STS de 20 de enero de 2014* especifica lo siguiente:

"El error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente cierta, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que sí el conocimiento de ambas cuestiones es correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error.

Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración de voluntad seriamente emitida"

Concluyendo y como señala la sentencia del Tribunal Supremo 30 de junio de 2015 lo determinado para estimar la demanda es que el actor al contratar no tenía un conocimiento suficiente de ese producto complejo y de los concretos riesgos asociados. La condición de minorista, la ausencia de formación financiera y la escasa información facilitada, permite justificar la existencia de error invalidante y excusable en la formación de la voluntad contractual. Máxime la confianza que generan en el cliente los postulados dados por su banco.

SEXTO.- La determinación de los efectos de la nulidad en la póliza de referencia ya que quedaron referidas indiciariamente en el segundo fundamento, no obstante se hace preciso pronunciarse con mayor amplitud en este, declarando que es procedente anular en parte las cláusulas de opción multidivisas en la medida de que para salir del yen se precisa abonar su valor en euros al tiempo de la opción y entender que el préstamo debe referenciarse a euros y que el actor puede salirse de la divisa según la equivalencia existente a la fecha de la escritura, lo que conlleva que se imponga a la entidad financiera la obligación de efectuar el recálculo de los intereses que debiera haber abonado el actor con arreglo a la indicada moneda al tipo pactado para los casos en que el capital pendiente está en euros y fijar definitivamente en esta moneda el capital pendiente de amortizar. Se trata con ello de permitir que la opción que se le atribuye al actor es referenciar a euros el préstamo no viéndose obligado a soportar las fluctuaciones experimentadas por las divisas y

permitiendo liquidar la deuda.

SEPTIMO.- Las costas serán impuestas al demandado conforme al principio de vencimiento objetivo regulador de nuestro ordenamiento.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación y administrando Justicia en virtud de la autoridad conferida por la Constitución española en nombre de S.M. el Rey,

FALLO

Que **estimando la demanda** interpuesta por DOÑA MARÍA DEL ROSARIO FERNÁNDEZ MOLLEDA en nombre representación de DON [REDACTED], y defendido por el letrado Sergio Baz Barrios, frente a Bankinter SA, representado por la procuradora Doña Rocío Sampere Meneses, y defendida por el letrado Patricia Borrás Cebrián debo declarar y declaro la nulidad parcial de las cláusulas referidas a la opción de divisas y relacionadas con las mismas, recogidas en el préstamo de fecha 8/01/2007, suscrito con la entidad demandada, por no haber emitido la demandante un consentimiento válido, prestado por error dejando subsistentes las otras cláusulas del contrato.

Condenándose a la entidad demandada a dejar referenciado el préstamo a moneda euros, aplicando el interés pactado y recalcular las cuotas pagadas hasta la fecha, aplicando el exceso del pago realizado a partir del devengo de la primera cuota de amortización anticipada del capital más los intereses legales correspondientes.

Con expresa imposición de costas al demandado.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de VEINTE DIAS, ante este Juzgado, para su resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid (artículos 458 y siguientes de la L.E.Civil), previa constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta 2546-0000-04-0471-15 de este Órgano.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá ingresarlas en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo beneficiario Juzgado de 1ª Instancia nº 52 de Madrid, y en el campo observaciones o concepto se consignarán los siguientes dígitos 2546-0000-04-0471-15

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

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

La Juez/Magistrada Juez

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