

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 46 DE MADRID

C/ Capitán Haya, 66 , Planta 7 - 28020

Tfno: 914932867

Fax: 914932869

42020310

NIG: 28.079.00.2-2015/0083425

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 464/2015

Materia: Contratos en general

Demandante:: D./Dña.

Procurador D./Dña. MARIA ROSARIO FERNANDEZ MOLLEDA

Abogado D./Dña. SERGIO BAZ BARRIOS

Demandado:: BANKINTER SA

Procurador D./Dña.

Abogado D./Dña.



(01) 30921445521

SENTENCIA Nº 83/2017

En Madrid, a veintinueve de marzo de dos mil diecisiete

Vistos, por el Ilmo. Sr. D. Javier Sánchez Beltrán, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 46 de Madrid, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO seguidos al número 464/2015, en virtud de demanda interpuesta por la Procuradora Doña María del Rosario Fernández Molleda, en representación de Doña contra BANKINTER,
S.A., sobre declaración de nulidad.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el mencionado Procurador, en la representación indicada, se presentó demanda de Juicio Ordinario, en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que es timó de aplicación, terminaba suplicando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

1. Se declare la NULIDAD de la cláusula referida a la opción multidivisa, dejando subsistentes las otras cláusulas del contrato.
2. Se CONDENE a la entidad demandada a dejar referenciado el mencionado préstamo a moneda EUROS, aplicando el interés pactado y recalculando las cuotas pagadas hasta la fecha, aplicando el exceso del pago realizado a partir del devengo de la primera cuota a la amortización anticipada del capital, más los intereses legales correspondientes.
3. Subsidiariamente, en el improbable caso de que se estime que el contrato no puede

subsistir sin la cláusula multivisa, la nulidad total del contrato, condenando a la entidad demandada a otorgar un préstamo hipotecario tradicional en euros, con un tipo de interés equivalente al Euribor más 0,55 puntos, sobre el capital pendiente de amortizar una vez recalculado el préstamo a euros.

4. Subsidiariamente, para el caso de no estimarse la pretensión principal, se acuerde dictar resolución en la que se estime la acción resolutoria basada en el incumplimiento del deber de información por parte de la entidad bancaria e incumplimiento de normas imperativas y de diligencia y buena fe, condenando a dicha entidad a indemnizar, en concepto de daños y perjuicios, la pérdida patrimonial sufrida sobre los criterios establecidos en la prueba pericial aportada con la demanda o sobre los previstos en la escritura de préstamo, y por último la condonación de parte de la deuda pendiente de pago en aplicación de la cláusula rebus sic stantibus.

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

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se acordó emplazar a la parte demandada para que y contestara a la demanda, lo cual realizó dentro de plazo, oponiéndose a la demanda en base a los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, y terminaba reclamando se dictara sentencia por la que se desestimara la demanda.

TERCERO.- Contestada la demanda, se convocó a las partes a una audiencia, y, comparecidas ambas, a lo no oponerse de acuerdo las partes, sin alentar totalmente las pretensiones de sus escritos, se pronunciaron sobre los documentos presentados por la contraria, fijando los hechos sobre los que no existía conformidad, proponiéndose por cada parte las pruebas que consideraron oportunas en apoyo de sus pretensiones y, una vez acordadas las declaradas pertinentes, se dio por concluida la audiencia y se emplazó a las partes para la celebración del juicio.

CUARTO.- En el día señalado se practicaron las pruebas declaradas pertinentes en la forma que consta en autos y, a continuación, oralmente y por su orden, las partes en conclusión y por medio de sus abogados, hicieron un resumen de las pruebas practicadas, ratificándose en los hechos y fundamentos de derecho alegados en sus respectivos escritos de demanda y contestación, aplicando que se dicte sentencia conforme a los suplicios de los referidos escritos.

QUINTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales, salvo en lo relativo al plazo para dictar sentencia debido al cúmulo de asuntos que pesan sobre este Juzgado, algunos de especial complejidad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En fecha 23 de febrero de 2007 se otorgó ESCRITURA DE PRÉSTAMO EN DIVISAS por la sociedad Bankinter S.A. a favor de Doña [REDACTED] (documento número 7 de los aportados por la demanda), en cuya CLÁUSULA FINANCIERA PRIMERA se establece lo siguiente:

“BANKINTER, S. A., entrega a DOÑA [REDACTED], (en adelante, parte prestataria o la parte prestataria), que recibe un préstamo multidivisa de CIENTO OCHENTA Y SIETE MIL EUROS (187.000,00), por su contravalor en las divisas convertibles en España. Dicho contravalor se calculará en base al cambio vendedor de el/la EUROS que ofrece BANKINTER, en el momento en el que la parte prestataria ordena la primera disposición, en relación a la divisa elegida y en un plazo no superior al segundo día hábil anterior a la fecha en que tenga efecto la mencionada primera disposición del préstamo. Sin perjuicio de que la parte prestataria pueda contratar un seguro de cambio con el Banco fuera del plazo anteriormente citado.-----

El préstamo inicialmente que da formalizado en 307.540,20 FRANCOS SUIZOS, contravalor en divisas a efectos informativos, sujeto a confirmación en el momento de la disposición. -----

La parte prestataria declara haber recibido del Banco el importe de este préstamo, en EUROS o en la divisa elegida, mediante ingreso que el Banco ha efectuado el día de hoy, en la cuenta corriente que mantiene en la Oficina de Bankinter, S.A., sita en c/c. número 0128- [REDACTED], reconociéndose deudora de dicha Entidad por la expresada suma, con garantía de la hipoteca recogida. en este mismo acto”.

En la CLÁUSULA FINANCIERA SEGUNDA, párrafo segundo, se hace constar lo siguiente: “La amortización se efectuará en la divisa pactada inicialmente o variará conforme al apartado D) de la Cláusula Financiera Tercera”.

Y en la CLÁUSULA FINANCIERA TERCERA se indica lo siguiente:

“D).- OPCION CAMBIO DE MONEDA Y COMUNICACIONES.

Al vencer cada periodo de amortización, la parte prestataria podrá sustituir una divisa por otra de las cotizadas en España. El contravalor de la divisa saliente se calculará en base al cambio comprador de EURO publicado por BANKINTER en un plazo no superior al segundo día hábil anterior a la fecha en que tenga efecto el cambio de divisa y la divisa entrante se calculará en base al cambio vendedor del EURO publicado por BANKINTER en el mismo plazo. Igualmente, podrá convertirse a EUROS. La sustitución afectará al saldo pendiente del préstamo, de forma que en todo momento deberá estar dispuesto en una sola divisa”.

SEGUNDO.- En la cuestión objeto de presente procedimiento ha de estarse a la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo, siendo de destacar en tal sentido la Sentencia de la Sala Primera, de lo Civil, sección Pleno, número 323/2015, de 30 de junio

(ponente Rafael Saraza Jimena), en cuyo Fundamentos de Derecho Séptimo establece lo siguiente:

“.....

3.- 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.....

4.- 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 recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido a bonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses de vencidos 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 adude 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 de los intereses, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas "hipotecas multidivisa" se han

apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos.

.....

6.- La determinación de la normativa aplicable a este tipo de negocio jurídico para determinar cuáles eran las obligaciones de información que incumbían a la entidad prestamista no es una cuestión pacífica.

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. 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.

La consecuencia de lo expresado es que la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y, en concreto, los del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores y el citado Real Decreto.

.....

8.- Como declaramos en la sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014, y hemos reiterado en sentencias posteriores, estos deberes de información responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 del Código Civil y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el art. 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionarse en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar.

.....”

En definitiva, siendo la llamada hipoteca multidivisa un producto financiero

complejo, apto solamente para clientes cualificados, debe acreditarse por la entidad bancaria que, previamente a la celebración del contrato, se ha dado al cliente una información clara, precisa y entendible de sus características y de sus posibles consecuencias, incluso de los elevados riesgos que entraña, máxime cuando en los años 2007 y 2008, en que se produjo el comienzo de la crisis financiera que se viene padeciendo durante los últimos años, los tipos de interés de otras divisas, entre ellas el yen y el franco suizo, eran notablemente menores que las del Euribor, por lo que multitud de personas necesitadas de un préstamo hipotecario para la adquisición de una vivienda se vieron lógicamente atraídas por esa situación; pero ya entonces se podía prever por las entidades financieras una bajada del Euribor prácticamente segura, siendo evidente que los clientes confían en la entidad bancaria como institución digna de confianza, y que la entidad está obligada a velar por los intereses de sus clientes.

En concreto, en el caso del presente procedimiento resulta especialmente elocuente el informe pericial elaborado por el perito Don Carlos de Anta Pug (documento número 11 de los aportados con la demanda), realizando en acto de ratificación manifestaciones como las siguientes: “para tomar una posición en divisas es conveniente que la persona que va a tomar esa posición disponga en primer lugar de alguna información que cotice en el mercado como precio de derivados que implícitamente indican qué expectativa ha y en la evolución de ese tipo de cambio; en segundo lugar es muy importante que disponga de previsiones fiables, existiendo servicios de información financiera que emiten determinadas opiniones que hacen algunas entidades sobre el tipo de cambio que esperan a determinados vencimientos; en este sentido, el Sistema de Información Bloomberg”, refiriéndose a él en la página 31 de su informe; añadiendo que “esta información responde a la suscripción de un servicio profesional a la que tienen acceso las entidades financieras y quien tenga contratado este servicio, siendo especialmente importante cuando se va a tomar una decisión de endeudamiento importante y a largo plazo, no habiendo forma gratuita de acceder a este tipo de información”.

Incluso aunque en Internet se pudiera encontrar información sobre las previsiones de tipos de interés de otras divisas, sin duda no con la misma inmediatez y fiabilidad que con esos sistemas especializados, es evidente que la clave para poder beneficiarse de las características de una hipoteca multidivisa radica en la destreza y experiencia de quien tiene conocimientos financieros elevados, de tal forma que pueda estar continuamente pendiente de la situación de diversas divisas, para poder sustituir la inicialmente prevista en la escritura de préstamo por la que más pueda convenirle a sus intereses; y, obviamente, un consumidor medio difícilmente dispone de conocimientos financieros, incluso de tiempo, para poder tomar decisiones atinadas en un producto claramente complejo y especulativo como es la hipoteca multidivisa, de tal manera que si no lo hace así puede producirse la situación paradójica de que, a pesar de que el prestatario cumpla su obligación de pago satisfaciendo mensualmente la cuota que corresponda, pasados unos meses o años vea aumentada, incluso multiplicada, su deuda en concepto de principal. Y es precisamente a la entidad bancaria a la que corresponde asegurarse de que el cliente tiene los conocimientos e información

suficiente para entender la complejidad del producto adquirido y para manejar sus variables sin perjuicio de su patrimonio; así, es reiterada la jurisprudencia en el sentido de que aunque, en principio, la carga de la prueba corresponde a la que alega, tratándose de productos financieros, la prueba sobre un asesoramiento adecuado debe ser sobre el profesional, respecto del cual la diligencia exigible no es la genérica de un buen padre de familia, sino la específica de un ordenado empresario y representante leal en defensa de los intereses de sus clientes, de tal forma que son las entidades que diseñan los productos financieros y las que los ofrecen a sus clientes las que deben realizar un esfuerzo adicional, tanto mayor cuanto menor sea el nivel de formación financiera del cliente, con el fin de que éste comprenda el alcance de su decisión, si es, o no, adecuada a sus intereses, y si le va a poner en una situación de riesgo no deseada; por tanto, en el ámbito del mercado financiero tiende a producirse una inversión en la carga de la prueba, lo cual es lógico desde la perspectiva del cliente, puesto que se trataría de probar un hecho negativo, como es la ausencia de una información precisa, detallada, leal, entendible y no propicia a la confusión, por parte de la entidad financiera; y ello en aplicación de lo establecido en el artículo 217-7. de la L.E.C., según el cual, para la aplicación de los principios relativos a la carga de la prueba, deberá tenerse presente la disponibilidad y facilitar probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio. Pues bien, la anterior doctrina es aplicable al presente procedimiento en relación a la información que le fue facilitada a la cliente, de palabra y por escrito, por la propia comercial de la entidad bancaria.

En definitiva, no habiéndose acreditado por la parte demandada que hubiera facilitado a la hoy demandante una información suficiente, clara, precisa, sino más bien parcial, equívoca y sesgada sobre la hipoteca multidivisa, ha de concluirse que la hoy demandante no pudo hacerse una representación correcta de las características técnicas de la misma y de las posibles consecuencias nefastas en función de la volatilidad en el mercado de divisas, lo cual implica la prestación de un consentimiento viciado por error sobre la sustancia de la cosa objeto del contrato, considerando dicho error como excusable atendiendo a la condición minorista de la demandante y al carácter complejo del referido instrumento financiero. En consecuencia, se considera procedente la estimación de la demanda, conforme a los artículos 1265, 1266 y 1300 del Código Civil, declarando la nulidad parcial del préstamo hipotecario formalizado en escritura pública de fecha 23 de febrero de 2007, solamente en relación a la cláusula de opción multidivisa.

TERCERO.- Se imponen las costas del procedimiento a la parte demandada, conforme el artículo 394 de la L.E.C.

Vistos los preceptos legales citados y general de pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Doña María del Rosario Fernández Molleda, en representación de Doña [REDACTED], contra BANKINTER, S.A., debo declarar y declaro la nulidad parcial del préstamo hipotecario formalizado en escritura pública de fecha 23 de febrero de 2007 (documento número 7 de los apartados con la demanda), solamente en relación a la cláusula de opción multidivisa; y debo condenar y condeno a la demandada a estar y pasar por dicha declaración, así como a recalcular la hipoteca en Euros, aplicando el exceso del pago realizado, a partir del devengo de la primera cuota, a la amortización anticipada del capital, más los intereses legales correspondientes.

Se imponen las costas del procedimiento a la parte demandada.

Así por esta sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

El/la Juez/Magistrado/a Juez

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 2540-0000-04-0464-15 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 46 de Madrid, y en el campo observaciones o concepto se consignarán los siguientes dígitos 2540-0000-04-0464-15

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.

PUBLICACIÓN: En la fecha 29 de marzo de 2.017 fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.