



## Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Granollers

Calle Josep Umbert, 124 - Granollers - C.P.: 08402

TEL.: 936934590  
FAX: 936934593  
EMAIL: instancia5.granollers@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0809642120170073454

### Procedimiento ordinario 328/2017 -D3

Materia: Demandas sobre acciones individuales a las condiciones generales de contratación

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:  
Para ingresos en caja. Concepto: 0737000004032817  
Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.  
Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Granollers  
Concepto: 0737000004032817

Parte demandante/ejecutante: ASOCIACION DE  
USUARIOS FINANCIEROS ASUFIN  
Procurador/a: Francisco Toll Musteros  
Abogado/a: OSCAR SERRANO CASTELLS

Parte demandada/ejecutada: BANKINTER S.A  
Procurador/a: Veronica Trullas Paulet  
Abogado/a: Jose Luis Terron Guijarro

## SENTENCIA Nº 245/2018

**Magistrada: María Elena García-Perrote Forn**

Granollers, 17 de octubre de 2018

Vistos por Dña. M<sup>a</sup> Elena García-Perrote Forn, Juez del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Granollers, los presentes autos de juicio ordinario seguidos con el número 328/2017 con los siguientes

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Fue turnada en este Juzgado demanda de juicio ordinario en la que la meritada representación de la parte actora, el Procurador de los Tribunales D. Francisco Toll Musteros, en nombre y representación de la Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN), que actúa en defensa e interés de sus asociados, D.

y Dña. de formula demanda contra BANKINTER SA, representado por el Procurador de los Tribunales Dña. VERONICA TRULLAS arreglada a las prescripciones legales y en la que, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, suplica sentencia por la que estimando la demanda se condene a la parte demandada en los términos que son de ver.

**Segundo.-** Admitida a trámite la demanda, se dispuso el emplazamiento de la parte demandada, para que en el término legal, compareciere en autos y contestare a aquélla, lo cual verificó, en tiempo y forma, mediante la presentación de escrito de contestación a la demanda, arreglado a las prescripciones legales y suplicaba se desestimase la demanda.





**Tercero.-** Se convocó a las partes a la audiencia previa en fecha 24 de enero de 2018 en la que, tras fijarse los hechos controvertidos y verbalizarse la imposibilidad de llegar a un acuerdo, se propusieron las pruebas por las partes y fueron declaradas pertinentes, según consta en autos, consistente por ambas partes en documental por reproducida, así como por la parte actora y la demandada las testificales de las Sras y el interrogatorio de los actores por la parte demandada, practicándose la propuesta con el resultado que es de ver, quedando los autos vistos para sentencia.

**Cuarto.-** En la sustanciación del presente juicio se han observado las prescripciones legales en cuanto a la forma de pedir y modo de proveer.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.-Sobre las posiciones de las partes en relación a los hechos controvertidos.**

La parte actora, ASUFIN, en defensa de sus asociados D. y Dña ejercita con carácter principal una acción declarativa de nulidad del clausulado multidivisa contenido en la escritura de préstamo hipotecario suscrito el día 28 de septiembre de 2007 con la entidad Bankinter - en concreto las cláusulas financieras 1ª-capital; 2ª- amortización; 3ª- devengo, liquidación y pago de intereses y opción de cambio y comunicaciones y , 4ª -comisiones -, todo ello argumentando que se trata de cláusulas esenciales del contrato que resultan abusivas por falta de transparencia.

Con carácter subsidiario, ejercita una acción de nulidad por vicio en el consentimiento al amparo de lo previsto en el art. 1.300 del Código Civil y art. 1265 del CC, argumentando que la entidad bancaria no cumplió adecuadamente con su deber de información y que con ello hizo incurrir a la parte demandante en error en su consentimiento, dado que no era consciente de los riesgos que entrañaba la operación de préstamo hipotecario suscrito.

La parte demandada se opone a las pretensiones deducidas por la parte actora argumentando que la acción de nulidad por vicio en el consentimiento habría caducado, que el préstamo multidivisa fue formalizado en Yenes Japoneses, que la formalización del préstamo en divisa extranjera no convierte el préstamo en un producto de alto riesgo, que no resulta aplicable al préstamo la normativa MIFID, que el riesgo de cambio de divisas consta en la escritura y era conocido por la parte actora, que las cláusulas no producen desequilibrio y superan el control de transparencia, que no son abusivas y que, además, las consecuencias que de ello se derivarían no pueden suponer los efectos pretendidos por la parte actora.

**Segundo.- Sobre la acción declarativa de nulidad del clausulado multidivisa. Sobre la normativa aplicable. Sobre el perfil del contratante y control de transparencia. Sobre los efectos.**





La parte actora ejercita una acción declarativa de nulidad del clausulado multividisa contenido en la escritura de préstamo hipotecario suscrito con la entidad Bankinter S.A. el día 28 de septiembre de 2007 al amparo de lo dispuesto en el artículo 8 de la LCGC y de los artículos 82 y 83 del TRLGDCU, todo ello invocando el incumplimiento, por parte de la entidad prestamista, de las obligaciones contenidas en la para la Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, de la normativa de la Ley de Mercado de Valores, del Decreto 629/21993, de la normativa MiFID, de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre de Regulación del Mercado Hipotecario y de la Directiva 2004/39/CE.

La primera cuestión que debe ser analizada en esta instancia es, precisamente, la normativa aplicable préstamo hipotecario suscrito, hecho que exige analizar previamente cuál es la naturaleza del producto financiero analizado.

Para ello debe atenderse a lo dispuesto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, en su Sentencia de fecha 3 de diciembre de 2015, ya establece que *“el artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39 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 mensualidad.”*

Así se recoge también por el Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 15 de noviembre de 2017 en la que, modificando la doctrina jurisprudencial expuesta en su Sentencia 323/2015 de 30 de junio, establece que *“7.- Los Jueces y Tribunales deben aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ( art. 4.bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial ). Dado que la cuestión de qué debe entenderse por instrumento financiero, producto o servicio de inversión a efectos de la aplicación de la normativa sobre el mercado de valores es una cuestión regulada por el Derecho de la Unión (en concreto, por la Directiva MiFID), este tribunal debe modificar la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio, del pleno de esta sala, y declarar que el préstamo hipotecario denominado en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores.*

8.- *Lo anterior supone que las entidades financieras que conceden estos préstamos no están obligadas a realizar las actividades de evaluación del cliente y de información prevista en la normativa del mercado de valores. Pero no excluye que estas entidades, cuando ofertan y conceden estos préstamos denominados, representados o vinculados a divisas, estén sujetas a las obligaciones que resultan del resto de normas aplicables, como son las de transparencia bancaria. Asimismo, cuando el prestatario tiene la consideración legal de consumidor, la operación está sujeta a la normativa de protección de consumidores y usuarios, y, en concreto, a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, Directiva sobre cláusulas abusivas). Así lo entendió el*





*TJUE en los apartados 47 y 48 de la citada sentencia del caso Banif Plus Bank.”*

Sobre la base de lo anterior, debe concluirse que no resulta de aplicación al caso ahora enjuiciado la normativa invocada por la parte actora contenida en la Ley de Mercado de Valores (normativa contenida en la Directiva MIFID) y sí resulta de aplicación la Orden de 12 de diciembre de 1989, sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las Entidades de crédito, la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (ambas vigentes hasta el 29 de Abril de 2012) y la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.

En la misma línea, teniendo en cuenta que el préstamo hipotecario aportado con la demanda, dada su tipología, objeto y partes contratantes (entidad prestadora del dinero y consumidor), se enmarca en el ámbito de la contratación de consumo, resulta de aplicación la normativa especial de consumo, tanto la comunitaria como la estatal. En concreto, la Directiva 93/13/CEE el 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante RDL 1/2007), que derogó la Ley 26/1984, de 19 de julio, General de Defensa de los consumidores y usuarios y entró en vigor el 31 de noviembre de 2007.

Sentado lo anterior, advirtiendo que la normativa transcrita también impone a la entidad financiera el deber de información y de transparencia con sus clientes, procede analizar ahora si la entidad prestamista cumplió con su deber de información y si las cláusulas dispuestas superan el control de transparencia.

Para ello debe analizarse también si las citadas cláusulas son condiciones generales de la contratación o si fueron objeto de negociación individual por las partes.

En ese sentido, resulta relevante la declaración prestada por la antigua empleada de la entidad demandada, la Directora Sra. quien, si bien no recordaba la concreta comercialización de dicho producto con los actores, explico que, cuando se produjo la suscripción del préstamo, trabajaba en la oficina de Granollers. Que la oficina era reactiva con la comercialización de dicho producto. Que solo se ofrecía si se solicitaba por el cliente. Que este tipo de hipoteca lo suscribían los clientes que no querían el Euribor porque subía mucho de interés y este otro producto era mas bajo. Que se les ofrecia tanto la divisa yen, como el franco suizo o el dólar, aunque el yen era el mas ofertado pues el interés era más bajo. Que siempre advertían de la paridad de la divisa, del incremento del tipo de interés y de la volatilidad de la divisa. Que también advertían de la posibilidad de cambio de moneda. Que se solicitaba la misma documentación que para la contratación de cualquier riesgo, si bien con las coberturas de margen de endeudamiento más holgadas atendido el riesgo de la divisa. Que no valoraban el perfil del cliente. Que no se les daba ningún folleto informativo. Que las simulaciones se hacían en papel y a mano. Que se les informaba que la evolución del yen podría ir a mejor o a peor. Que nadie creía que tenia una hipoteca en euros. Que sabían perfectamente que debían de comprar divisas a través del banco. Que la divisa y el capital lo elegía y determinaba el







cliente. Que se les informaba de palabra sobre las oscilaciones del capital. En relación a las cláusulas del contrato de préstamo multidivisa, y concretamente sobre los documentos sobre el préstamo y la compra de divisas, refirió que eran impresos por el banco.

De ello se infiere las cláusulas contenidas en el contrato no eran negociables y que su contenido venía redactado por la asesoría jurídica de la entidad; así, puede concluirse que nos encontramos ante condiciones generales de la contratación, pues todas ellas reúnen las condiciones establecidas en el artículo 1 de LCGC - según el cual “*Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.*” - pues no consta prueba alguna que acredite que se llevara a cabo una negociación individual sobre cada una de ellas ni que las mismas no fueran impuestas por la entidad, recordando en esta materia que recae sobre el empresario la carga de acreditar que una cláusula preredactada no está destinada a ser incluida en pluralidad de ofertas de contrato dirigidos por un empresario o profesional a los consumidores; por ese motivo y con independencia de que el hecho de que la iniciativa en la contratación, por desconocimiento, partiera o no de la parte actora, es por lo que, vista la naturaleza de condición general de la contratación, será de aplicación al caso enjuiciado la normativa referida a las mencionadas condiciones generales de la contratación.

En el análisis de la cuestión sometida a examen deben distinguirse dos categorías distintas de cláusulas, diferenciando aquellas que definen el objeto principal del contrato o un elemento esencial del mismo, de aquellas que son meramente accesorias y no inciden sobre el mismo. Así, las cláusulas relativas al Capital objeto del Préstamo, a la Amortización, al Devengo y Cálculo de Intereses y al Tipo de Interés Aplicable y a la Comisión de cambio deben incluirse en la primera categoría, dado que todas ellas definen el objeto principal o un elemento esencial del mismo: el capital, el precio y la duración del contrato.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se hace eco de dicha consideración en su recientes Sentencia de fecha 20 de septiembre de 2017 cuando concluye que “*40-Habida cuenta de todas estas consideraciones, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «objeto principal del contrato», en el sentido de esa disposición, comprende una cláusula contractual, como la del litigio principal, incluida en un contrato de préstamo denominado en divisa extranjera que no ha sido negociada individualmente y según la cual el préstamo deberá reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató, dado que esta cláusula regula una prestación esencial que caracteriza dicho contrato. Por consiguiente, esta cláusula no puede considerarse abusiva, siempre que esté redactada de forma clara y comprensible.*”

De este modo, visto que lo que pretende la parte actora es la declaración de nulidad de unas cláusulas que definen el objeto principal o un elemento esencial del contrato, es necesario recordar que, tal como dispone art. 4.2º de la Directiva 93/13 CEE, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados entre consumidores, la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que





dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.

Sin embargo, la misma Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en fecha 20 de septiembre de 2017 recuerda que “43. *Con carácter preliminar, debe recordarse que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que la exigencia de redacción clara y comprensible se aplica incluso cuando una cláusula está comprendida en el concepto de «objeto principal del contrato» o en el de «adecuación entre precio y retribución, por una parte, [y] los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra», en el sentido del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 68). En efecto, las cláusulas contempladas en esa disposición sólo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible (sentencia de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 32).*

44. *Por lo que respecta a la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, según resulta del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia ha señalado que esta exigencia, recordada también en el artículo 5 de la citada Directiva, no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical, sino que, por el contrario, toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información, esa exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales, y por ende de transparencia, debe entenderse de manera extensiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 71 y 72, y de 9 de julio de 2015, Bucura, C-348/14, no publicada, EU:C:2015:447, apartado 52).*

45. *Por consiguiente, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 75, y de 23 de abril de 2015, Van Hove, C-96/14, EU:C:2015:262, apartado 50).*

46. *Esta cuestión debe ser examinada por el órgano jurisdiccional remitente a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de febrero de 2015, Matei, C-143/13, EU:C:2015:127, apartado 75).*

47. *Más concretamente, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trata, se comunicaron al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su*





préstamo. Desempeñan un papel decisivo en dicha apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de forma que permitan a un consumidor medio, a saber, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de crédito al consumo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de julio de 2015, Bucura, C-348/14, no publicada, EU:C:2015:447, apartado 66).

48. Por lo demás, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C: 2013:180, apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, apartado 50).

49. En el presente asunto, por lo que respecta a los préstamos en divisas como los controvertidos en el litigio principal, es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistémico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1) (DO 2011, C 342, p. 1), que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero (Recomendación A- Conciencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1).

50. Así pues, como el Abogado General ha señalado en los puntos 66 y 67 de sus conclusiones, por una parte, el prestatario deberá estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto el banco, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa. En consecuencia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar que el profesional comunicó a los consumidores afectados toda la información pertinente que les permitiera valorar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal sobre sus obligaciones financieras.

Habida cuenta de lo anterior, procede responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) debe interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de







reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto.

57. En efecto, para saber si una cláusula como la controvertida en el litigio principal causa en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el juez nacional debe verificar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, (LA LEY 11269/2013) Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, apartados 68 y 69).

Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 (LA LEY 4573/1993) ha de interpretarse en el sentido de que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio principal, y teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional, en este caso el banco, en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido de esa disposición.”

También el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 9 de mayo de 2013 (que reitera Sentencias de 8 de septiembre de 2014 y de 23 de diciembre de 2015) razona que:

“191. Sin embargo, el hecho de que una cláusula sea definatoria del objeto principal no elimina totalmente la posibilidad de controlar si su contenido es abusivo.

192. Es cierto que, como regla, no es susceptible de control, ya que el considerando decimonoveno de la Directiva 93/13 indica que “[...] la apreciación del carácter abusivo no debe referirse ni a cláusulas que describan el objeto principal del contrato ni a la relación calidad/precio de la mercancía o de la prestación”, y el artículo 4.2 que “[L]a apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida [...]”.

193. Pero, como sostiene la STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, apartado 40 “[...]no se puede impedir a los Estados miembros que mantengan o adopten, en todo el ámbito regulado por la Directiva, incluido el artículo 4, apartado 2, de ésta, normas más estrictas que las







establecidas por la propia Directiva, siempre que pretendan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección", y, según el apartado 44, los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva deben interpretarse en el sentido de que "[...] no se oponen a una normativa nacional [...], que autoriza un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible".

194. Esta posibilidad de que la normativa nacional autorice el control de las cláusulas que definen el objeto principal del contrato se reitera en el apartado 49 de la expresada STJUE de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, según el cual "los artículos 2 CE, 3 CE, apartado 1, letra g ), y 4 CE, apartado 1, no se oponen a una interpretación de los artículos 4, apartado 2, y 8 de la Directiva según la cual los Estados miembros pueden adoptar una normativa nacional que autorice un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas contractuales que se refieren a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, aunque estas cláusulas estén redactadas de manera clara y comprensible", y, de hecho, la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, modificó la Directiva 93/13/CEE añadiendo el artículo 8 bis a fin de que los Estados miembros informen a la Comisión si adopta disposiciones que "[...] hacen extensiva la evaluación del carácter abusivo a las cláusulas contractuales negociadas individualmente o a la adecuación del precio o de la remuneración".

195. En aplicación de tal doctrina esta Sala en las SSTS 401/2010, de 1 de julio, RC 1762/2006 ; 663/2010, de 4 de noviembre, RC 982/2007 ; y 861/2010, de 29 de diciembre, RC 1074/2007 , apuntaron, más o menos obiter dicta [dicho de paso] la posibilidad de control de contenido de condiciones generales cláusulas referidas al objeto principal del contrato. Esta posibilidad, sin embargo, fue cegada en la sentencia 406/2012, de 18 de junio, RC 46/2010, que entendió que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula , no se extiende al del equilibrio de las "contraprestaciones" -que identifica con el objeto principal del contrato- a las que se refería la LCU en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control de precio."

Una vez superada dicha cuestión, conviene analizar si las cláusulas impugnadas superan o no el control de transparencia, debiendo recordar que, en la línea expuesta por el Tribunal Supremo en su Sentencia 323/2015 (de la que se hace eco en su Sentencia de 15 de noviembre de 2017), los riesgos de tipo de préstamo hipotecario exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros, pues:

"Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. [...] El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital





*prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además 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 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.»*

En el presente caso, no consta acreditado que la entidad bancaria, sobre la que recae la carga probar tales extremos, entregara a los prestatarios la información precontractual necesaria para que éstos pudieran conocer adecuadamente la naturaleza y los riesgos vinculados a dichas cláusulas, pues no consta que, con anterioridad a la firma del contrato, se les entregara información por escrito sobre tales extremos, ni consta que se les explicara debidamente los riesgos que se derivaban del juego de la moneda nominal del préstamo -el yen japonés- respecto de la moneda funcional -el euro-, siendo ésta la moneda en que se realizaron efectivamente las prestaciones derivadas de su ejecución tales como la entrega efectiva del capital a los prestatarios y el pago efectivo de las cuotas mensuales de amortización, pues la documentación que obra en las actuaciones no resulta suficiente para acreditar que, al margen de la entrega documental preceptiva, se informara debidamente a los actores sobre el alcance y riesgos del producto contratado, pues el empleado de la entidad bancaria que comercializó el producto no recordaba nada de la contratación ni recordaba nada de lo que informó a los clientes.

Así, no consta acreditado que la entidad prestamista informara debidamente a los clientes sobre las posibles consecuencias derivadas de las fluctuaciones que se producían en la cotización de la divisa extranjera respecto del euro, pues tal como señala el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de noviembre de 2017, ello podía comportar un considerable incremento del importe de las cuotas del préstamo y la puesta en riesgo de su capacidad de afrontar el pago en caso de que se produjera una fuerte depreciación del euro respecto de la divisa, siendo dicha información necesaria para que los clientes pudieran comprender de forma adecuada y suficiente los efectos derivados del riesgo; y tampoco consta que la entidad bancaria informara a los clientes sobre la existencia de otros riesgos asociados como que la fluctuación de la divisa supone un recalcule constante del capital prestado (afectando a la posible obligación del prestatario de devolver en su solo pago la totalidad del capital pendiente amortizar), puesto que la equivalencia en la moneda funcional del importe en la moneda nominal del capital pendiente de amortizar varía según fluctúe el tipo de cambio y que la devaluación





considerable de la moneda funcional, en la que el prestatario obtiene sus ingresos, supone que se incremente significativamente la equivalencia en esa moneda del importe en divisa del capital pendiente de amortizar (pues en el momento del otorgamiento de la escritura pública - 28 de septiembre de 2007 - la equivalencia en euros del capital prestado era de 136.000 € y 9 años más tarde – en noviembre de 2016 – cuando los prestatarios ya habían amortizado parte del capital, la cifra que consta en el informe pericial aportado por la actora nos ilustra que el perjuicio o sobrecoste de la operación, a diferencia de si se hubiera efectuado de forma convencional en euros, es de 42.402,69 euros.

Tales riesgos deben ser objeto de una información precisa y adecuada por parte de la entidad bancaria, pues a diferencia del riesgo de que se produzca un cierto incremento del importe de la cuota de amortización – que sí podría ser previsto por un consumidor medio sin necesidad de una información explícita de la entidad bancaria - el riesgo analizado relativo al considerable incremento de cuota que puede producirse o al aumento del capital pendiente de amortizar no puede ser previsto por un consumidor medio sin haber obtenido previamente la información necesaria por parte de la entidad bancaria, siendo tales riesgos verdaderamente relevantes para que el prestamista pueda valorar la carga económica de un préstamo cuya moneda funcional es el euro, dado que ésta es la moneda en la que va a utilizar el capital dispuesto y es la moneda en la que va a pagar las cuotas de amortización o de capital pendiente en caso de vencimiento anticipado.

Ante la falta de información por parte de la entidad bancaria, conviene recordar que el Tribunal Supremo ya estableció en su Sentencia de fecha 8 de septiembre de 2013 que la lectura de la escritura pública por parte del Notario no sufre por sí sola el cumplimiento del deber de transparencia de la entidad bancaria y que, tal como se establece también en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 8 de junio de 2017, ello no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir, pues la información del Notario vendría a complementar la información previamente recibida por el consumidor, pero no la sustituiría.

A la vista de lo anterior y siguiendo ahora la línea de lo razonado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 15 de noviembre de 2017, debe señalarse que:

*“La falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no pudo comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos.” y que “la exigencia de medios de limitación del riesgo tales como la posibilidad de cambiar la divisa en la que está representado el capital del préstamo, y en concreto cambiar a la moneda en que el prestatario tiene sus ingresos, no releva al banco de sus obligaciones de información precontractual.”, además de que “la presencia de esa cláusula no elimina por sí sola el riesgo ligado a estos préstamos en divisas ni el carácter abusivo de las cláusulas ligadas a la denominación en divisa del préstamo objeto del litigio. Menos aún si el banco no informa al cliente de las consecuencias que trae consigo esa conversión de la divisa en que está representado el capital del préstamo.”*

Así, solo un “prestatario que reciba una adecuada información del banco durante





*la ejecución del contrato o que tenga amplios conocimientos del mercado de divisas, que pueda prever el comportamiento futuro de las distintas divisas en las que puede quedar representado el capital del préstamo, puede utilizar provechosamente esa posibilidad de cambio de divisa prevista en el contrato. Si no recibe esa información sobre el mercado de divisas y carece de esos conocimientos, el prestatario que haga uso de esa posibilidad de cambio de divisa porque esta se haya apreciado significativamente respecto de la moneda funcional, el euro, y haya aumentado el importe en euros que tiene que pagar mensualmente para el reembolso del préstamo, corre el riesgo de ir consolidando sucesivas cifras elevadas de capital pendiente de amortizar cuya equivalencia en euros se incremente progresivamente, si los cambios de moneda se realizan en el «pico» de mayor cotización respecto del euro de la divisa en que en cada momento esté representado el préstamo o en un momento cercano a esos «picos» de cotización.»*

No concurre en este caso el invocado carácter profesional de los prestatarios Sr. y Sra. ya que del contenido de sus interrogatorios se colige que sus actividades eran ajenas al mercado de divisas, pues él es pintor y ella administrativa, de modo que dichos desempeños, puestos en relación con el nivel académico referenciado de título de graduado escolar y con la categoría profesional que han referido, impiden presumir en los demandantes el conocimiento y experiencia suficiente como para exonerar a la entidad prestamista de su deber de informar adecuada y suficientemente al mismo sobre la naturaleza y riesgo del préstamo suscrito.

Por todo ello, la conclusión que se alcanza en esta instancia es que las cláusulas financieras: 1ª capital del préstamo, 2ª amortización, 3ª devengo, liquidación y pago de intereses y opción de cambio y comunicaciones, 4ª comisiones; contenidas en el contrato de préstamo suscrito el día 28 de septiembre de 2007 entre Bankinter, en calidad de prestamista, y los actores D. y Dña

en calidad de prestatarios, que conforman el clausulado multidivisa del contrato de préstamo, no superan el control de transparencia dado que los prestatarios no recibieron una información adecuada sobre la naturaleza de los riesgos asociados a las cláusulas relativas a la denominación en divisas del préstamo y su equivalencia con la moneda en que los prestatarios reciben sus ingresos, ni sobre las graves consecuencias asociadas a la materialización de tales riesgos.

Con relación a los efectos derivados de dicha declaración, tal como establece el Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 15 de noviembre de 2017, la declaración de nulidad de las citadas cláusulas supone *“la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros.”*, sustituyendo las cláusulas abusivas por el régimen contractual previsto en el contrato, siendo ello posible para evitar la nulidad total del contrato dado que de este modo se evita causar un perjuicio mayor al consumidor, pues de otro modo se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar.

En consecuencia, con estimación íntegra de la demanda, una vez declaradas nulas las cláusulas indicadas, la cantidad adeudada por los prestatarios debe ser el capital resultante referido en euros tras disminuir del importe prestado, salvo error u omisión, (136.000 euros) la cantidad amortizada por los prestatarios en concepto de principal e intereses también convertidos a euros, debiendo por ello la entidad demandada llevar a cabo un recálculo de todas las cuotas de amortización del préstamo desde el inicio de la relación, teniendo en cuenta los pagos efectuados en su contravalor en euros y fijando el







nuevo capital pendiente en euros, aplicando como tipo de interés de referencia el euribor, devolviendo también la diferencia cobrada de más y las comisiones de cambio de moneda cobradas más los intereses legales desde su cobro.

### **Tercero.- Sobre la acción de nulidad por vicio en el consentimiento.**

La estimación de la acción ejercitada con carácter principal hace innecesario entrar a analizar la acción de nulidad por vicio ejercitada con carácter subsidiario, así como las alegaciones de caducidad.

### **Cuarto.- Sobre las costas.**

El art.394.1 de la LEC establece que en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares.

Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.

En el presente caso, siendo total la estimación de la demanda, debe condenarse a la parte demandada al pago de las costas procesales causadas.

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

### **FALLO**

**Que debo estimar y estimo íntegramente** la demanda interpuesta por la ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (actuando en interés de D.

y Dña \_\_\_\_\_ representados por el procurador de los Tribunales D. Francisco Toll Musteros, frente a BANKINTER S.A., representada por la procurador de los Tribunales Verónica Trullas Paulet, y:

**Debo declarar y declaro** la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito el día 28 de septiembre de 2007 entre Bankinter, en calidad de prestamista, y D.

y Dña \_\_\_\_\_ en calidad de prestatarios, en todos los contenidos relativos a la opción multividisa y, en concreto, a los contenidos en las cláusulas financieras: 1ª capital del préstamo, 2ª amortización, 3ª devengo, liquidación y pago de intereses y opción de cambio y comunicaciones, 4ª comisiones; de modo que la cantidad adeudada por los prestatarios en concepto de capital prestado es el capital referenciado en euros que se obtenga tras disminuir del importe prestado (136.000 euros) la cantidad amortizada por los prestatarios durante la vigencia del contrato en concepto de principal e intereses también convertidos a euros, subsistiendo el contrato sin las cláusulas declaradas nulas y aplicando como tipo de interés de referencia el Euribor.

**Que debo condenar y condeno** a la entidad demandada a llevar a cabo un





recalculo de todas las cuotas de amortización del préstamo desde el inicio de la relación, teniendo en cuenta los pagos efectuados por los prestatarios en su contravalor en euros y a fijar el nuevo capital pendiente en euros, aplicando como tipo de interés de referencia el Euribor, condenando a la parte demandada a devolver a los actores la diferencia cobrada de más junto a los intereses legales devengados desde su cobro.

**Que debo condenar y condeno** a la entidad demandada a pagar a los actores las comisiones de cambio de moneda cobradas en aplicación de las cláusulas declaradas nulas más los intereses legales desde su cobro.

**Que debo condenar y condeno** a la parte demandada al pago de las costas procesales causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme.

**Modo de impugnación:** recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de Barcelona (art.455 LEC).

El recurso se interpone mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación, en el que se debe exponer las alegaciones en que se base la impugnación, citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre. Sin estos requisitos no se admitirá la impugnación (arts. 458.1 y 2 LEC).

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

La Magistrada





## Mensaje LexNET - Notificación

### Mensaje

<b>IdLexNet</b>	201810234295099	
<b>Asunto</b>	Notifica sentencia   Procedimiento ordinario	
<b>Remitente</b>	<b>Órgano</b>	JUTJAT DE PRIMERA INSTANCIA N. 5 de Granollers, Barcelona [0809642005]
	<b>Tipo de órgano</b>	JDO. PRIMERA INSTANCIA
<b>Destinatarios</b>	<b>Procurador</b>	TOLL MUSTEROS, FRANCISCO [690] (Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona)
<b>Fecha-hora envío</b>	18/10/2018 11:52	
<b>Documentos</b>	0809642005_20181017_1131_9607357_00.pdf(Principal) Hash del Documento: 55aa69dd2d6c1aba8f65f995f902a81fff5b7213	
<b>Datos del mensaje</b>	<b>Procedimiento destino</b>	PROCEDIMIENTO ORDINARIO[ORD] N° 0000328/2017
	<b>Detalle de acontecimiento</b>	Notifica sentencia

### Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
18/10/2018 12:42	TOLL MUSTEROS, FRANCISCO [690]-Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona	LO RECOGE	
18/10/2018 11:52	Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona (Granollers) (Granollers)	LO REPARTE A	TOLL MUSTEROS, FRANCISCO [690]-Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona

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

descargado en [www.asufin.com](http://www.asufin.com)