



XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 7 OURENSE

SENTENCIA: 00229/2019

-

RÚA VELÁZQUEZ S/N. PLANTA 5ª. OURENSE

Teléfono: [REDACTED], Fax: 988687669

Equipo/usuario: ML

Modelo: N04390

N.I.G.: 32054 42 1 2018 0003705

OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000 [REDACTED] /2018

Procedimiento origen: /

Sobre COND.GNRLS.CTRTO.FINAC.GARNT.INMO.PRSTARIO.PER.FIS DEMANDANTE ,

DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. FRANCISCO PEREZ [REDACTED]

Abogado/a Sr/a. ROI SOLLA [REDACTED]

DEMANDADO D/ña. BANKINTER SA

Procurador/a Sr/a. GLORIA [REDACTED]

Abogado/a Sr/a.

SENTENCIA

En Ourense, a 30 de abril de 2019.

Vistos por D^a Ana María Manjón Manjón, Magistrado-Juez accidental del Juzgado de 1^a Instancia nº 7 de Ourense, los presentes autos de juicio verbal registrados bajo el nº [REDACTED], seguidos a instancia del Procurador Sr. Pérez Pérez, quien actúa en nombre y representación de D. [REDACTED] y asistidos del Letrado Sr. Solla [REDACTED] contra la entidad mercantil BANKINTER, S.A., representada por la Procuradora Sra [REDACTED] [REDACTED] bajo la dirección del Letrado Sr. [REDACTED], vengo a resolver sobre la base de los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Sr. Pérez Pérez, quien actúa en nombre y representación de [REDACTED], se presentó ante el Decanato de estos Juzgados de Ourense, demanda de juicio ordinario contra la entidad BANKINTER, S.A., en base a los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, interesando en el suplico que :

“1.-SE DECLARE QUE EL CLAUSULADO MULTIDIVISA ES NULO POR FALTA DE TRANSPARENCIA Y/O ABUSIVIDAD, declarando como efectos de la nulidad parcial, además de los que corresponda, que la cantidad pendiente de amortizar es la que resultaría de haber estado la hipoteca siempre denominada en euros, con el tipo de interés que obra en la propia escritura [Euribor + 0,85%], debiéndose aplicar el exceso de cantidades a la



amortización de la misma, y además, que se proceda a la devolución a los actores de los importes abonados en virtud de comisiones por cambio de divisa, o subsidiariamente, se aplique a la amortización de la hipoteca.

Asimismo, se declare nula por abusiva, la cláusula 7ª), que fija el interés de demora en el tipo de interés nominal más nueve puntos y medio.

2.- Además, se proceda a la devolución a los actores de la totalidad de comisiones por tipo de cambio de divisa.

3.- Con expresa condena en costas a la demandada”.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se acordó dar traslado a la demandada emplazándole para su contestación, quien presentó escrito contestando a la demanda dentro de plazo, en el sentido de oponerse a los pedimentos interesados, manteniendo la validez, legalidad y no abusividad de las cláusulas y, en su virtud, tras los trámites legales oportunos, interesó que se dicte sentencia, por la que desestime íntegramente la demanda, con imposición de costas a la parte actora, de forma solidaria.

Convocadas las partes a la preceptiva Audiencia Previa, la misma tuvo lugar en fecha de 19 de febrero de 2019, compareciendo ambas debidamente representadas, con el resultado que consta debidamente reproducido, proponiéndose como prueba documental, interrogatorio, testifical. La vista tuvo lugar el día en fecha de 11 de abril de 2019, 8/11/18 con el resultado que obra en autos, quedando los autos a la vista para sentencia.

TERCERO. - En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del proceso que determina la demanda es una pretensión de nulidad parcial por abusividad/falta de transparencia del clausulado multidivisa, y de la cláusula de intereses moratorios, interesando una condena genérica en todo lo relativo a contenidos y cláusulas relacionadas con la multidivisa en la escritura en cuestión, de forma que se entienda que el préstamo estuvo siempre referenciado a euros, y que las amortizaciones de principal e intereses se efectuaron también en euros, de forma que dicha declaración, implicaría que la cantidad adeudada es el saldo vivo en euros, resultante de disminuir al importe prestado inicialmente, el importe efectivamente amortizado en concepto de principal e intereses, también computados en euros, quedando el préstamo referenciado a euros y el tipo de interés al euríbor. Todo ello, comportaría el recálculo del cuadro de amortización como si la hipoteca hubiera estado referenciada siempre a euros, de forma que todo el perjuicio económico sufrido en la amortización del préstamo y por el tipo de interés, se aplicaría a amortizar el mismo, y además, se devolverían al cliente todas las comisiones de cambio efectuadas.

Acción, a la que se acumula la solicitud de nulidad por abusividad de la cláusula de intereses moratorios.

Todo ello sobre la base de que en el año 2008, la demandada ofreció a los actores contratar una hipoteca multidivisa, enfatizando las virtudes de la misma, y en concreto que supondría pagar menos cuota. Así, los actores otorgaron ante el Notario de Ourense, D^a. [REDACTED], en fecha 14 de agosto de 2008, una escritura de hipoteca multidivisa, sin que se le facilitase oferta vinculante, ni se le facilitase ningún tipo de simulación sobre, ni de





información precontractual sobre el producto que estaba contratando, siendo el préstamo por importe de CIENTO CINCUENTA MIL EUROS (150.000.-€), CON UN CONTRAVALOR DE VEINTICUATRO MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL YENES (24.645.000.-JPY). Se aporta la escritura como DOCUMENTO N°2. Señalando que la hipoteca se constituyó sobre la vivienda habitual de los prestatarios, exponiéndoles a los actores las ventajas, no los inconvenientes, y se les convenció de que era el producto que más les convenía. Si bien, la entidad financiera omitió un aspecto esencial en este tipo de préstamos, el cual no comunicó: que a través del recálculo, no solo varían los intereses, SINO EL PRINCIPAL DEBIDO AL BANCO, y que, en pocas semanas, debido a la fluctuación de la divisa, se podía incluso deber bastante más de lo solicitado inicialmente, pues con el recálculo constante del principal, pese a pagar las cuotas, no se amortizaban las cantidades que realmente correspondían, sino mucho menos, provocando un grave perjuicio al prestatario. Por lo que no se informó a los prestatarios de los verdaderos riesgos de la contratación de este producto, ni de que las fluctuaciones en el cambio y los valores de las divisas pudieran conllevar consecuencias tan desastrosas. Más que defectuosa, se produjo una absoluta nula información respecto del funcionamiento y de los riesgos de la cláusula multidivisa, tanto en la fase precontractual, como en la fase post-contractual. Los prestatarios siempre pensaron que independientemente de que la cuota variaría por causa de los intereses, el capital prestado se iría reduciendo según se fuera amortizando principal o intereses, lo que no era cierto puesto que los actores han sufrido un perjuicio económico, afirmando que de más de 50.000 euros, lo que acredita que si les hubieran explicado las consecuencias económicas de dicha cláusula, no hubieran suscrito dicha hipoteca. Manifestando que es el Banco, el que obtiene pingües beneficios pues, además de los intereses que cobra por la operación, se lleva una comisión con cada cambio de cuota en divisas (2 por mil de comisión de todos y cada uno de los cambios de divisa, con un mínimo de 15 euros), y además, mantiene al cliente con unos pagos mucho más elevados que los que corresponderían en euros.

Afirmando que mensualmente, el capital pendiente se recalcula en virtud del contravalor de la moneda elegida, así como que en el caso que nos ocupa no se efectuó una simulación sobre cómo le podrían afectar los cambios de divisa al prestatario, no se advirtió lo que podría suponer una apreciación constante de la divisa para el capital adeudado para las cuotas periódicas, no se efectuó ninguna comparación entre los posibles escenarios positivos y negativos que pudieran acontecer, no se ofreció ninguna modalidad del préstamo alternativa, en definitiva, si no se le explican estos extremos de manera comprensible al consumidor, cliente minorista, difícilmente podrá hacer una valoración de la adecuación del producto a su situación, así como de las ventajas del producto frente a los riesgos. Señalando que la información post-contractual, fue inexistente, así como que a día de hoy conocemos que el índice de referencia de la escritura de los actores, ha sido manipulado por las entidades financieras desde antes del año 2008.

En relación al perfil de los actores, señala que D. [REDACTED] es un empresario del sector sanitario, con estudios básicos, que ejerce cargos en varias sociedades, principalmente a través del grupo [REDACTED], que ampara a varias mercantiles, siendo su principal actividad la licitación en concursos públicos relacionados con asuntos sanitarios. Invirtiendo asimismo en varios proyectos empresariales como socio capitalista, en empresas de todo tipo. Y [REDACTED] es Funcionaria, con nulos conocimientos sobre el producto Multidivisa contratado.

Ambos tienen la cualidad de consumidores y usuarios, al adquirir la hipoteca cuya nulidad se pretende de forma totalmente ajena a su actividad empresarial.

La fundamentación jurídica acude a diversas normas situadas en la órbita del Derecho de protección del consumidor, incluyendo la Directiva 93/13/CEE y 2014/17/UE, preceptos de la Ley 7/1998 CGC, así como la LGDCU (RDL 1/2007 del TRLGDCU y Ley 26/84). Se hace





asimismo referencia a diversa doctrina jurisprudencial (incluyendo referencia a la sentencia TJUE, de fecha 20 de septiembre de 2017, así como a la STS de 15 de noviembre de 2017 entre otras).

Por su parte, la demandada, se opone a la demanda invocando la validez de las cláusulas, alegando la existencia de una información suficiente sobre cláusulas que describe como claras y comprensibles. Más concretamente, el banco demandado dedica el grueso de su contestación a explicar el funcionamiento de la cláusula multidivisa y concluye que se trata de una estipulación fácilmente comprensible y que resultaba beneficiosa para el cliente, dada la evolución de las correspondientes divisas; se destaca la capacidad del prestatario para conocer el contenido del contrato y se insiste en que el proceso de contratación había asegurado dicho conocimiento, con diversas reuniones entre las partes y con expresas advertencias, tanto en la documentación previa como en el propio contrato formalizado en la escritura pública, así como con actos de reconocimiento posterior; asimismo, se sostiene la imposibilidad de integrar el contrato en la forma que pretendía el demandante, y la consecuencia de injusto enriquecimiento que produciría su estimación. En cuanto a las cláusulas que atribuyen al prestatario los intereses de demora, se afirma que la misma no es abusiva, razonándose que en el caso que nos ocupa el interés de demora aplicado consistía en sumar 9,5 puntos al interés legal, sin olvidar que el primer préstamo hipotecario se suscribió en el año 2008, momento en el que el interés legal alcanzaba el 5,5%, esto es, los intereses moratorios pactados hace cerca de 10 años son conformes no sólo a la normativa de la época, sino incluso a la normativa actualmente vigente; si bien también señala que para el caso de que se declare la nulidad de esa cláusula se hace necesario establecer un tipo de interés moratorio sustitutivo, entendiéndose que ha de ser el interés remuneratorio que de común acuerdo las partes han fijado en la Cláusula Sexta del préstamo, de manera que la integración del contrato se haga conforme a la interpretación subjetiva del mismo. Así, garantizándose, en la medida de lo posible, el respeto a la voluntad de las partes se debe establecer como interés de demora aplicable en el supuesto de que las Cláusulas Séptima sea eliminada del contrato de Préstamo, el interés expresamente previsto en la Cláusula Tercera de la Escritura de préstamo, esto es, EURIBOR + 0'85. Por último, en relación a la solicitud de la devolución a los actores de la totalidad de comisiones por tipo de cambio de divisa, niega que se haya cobrado la comisión que reclaman, porque no se ha prestado ese servicio por parte de la entidad a los demandantes .

SEGUNDO.- Centrado el debate en los términos expuestos se ha de precisar que resulta improcedente la vulneración aducida de la Ley de Mercado de Valores (Ley 24/88), pues el de autos no es un instrumento financiero incluido en su ámbito de aplicación (artículo 2 en su primitiva redacción).

Al respecto, señala la STS, Civil sección 1 del 14 de marzo de 2019 (ROJ: STS 773/2019 - ECLI:ES:TS:2019:773) :

“QUINTO.- Decisión del tribunal: el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores

1.- La sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank , asunto C312/14 , posterior a la sentencia de esta sala 232/2015, de 30 de junio , declaró que el art. 4, apartado 1, punto 2, de dicha Directiva MiFID debe interpretarse en el sentido de que "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".

2.- Este tribunal, en su sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, asumió la doctrina sentada en la citada sentencia del TJUE y modificó la anterior de su sentencia 323/2015, de 30 de junio. Así lo hemos confirmado también en la sentencia 599/2018, de 31 de octubre.

A los argumentos expresados en la citada sentencia 608/2017 nos remitimos, por ser plenamente aplicables al caso objeto de este recurso.

3.- La consecuencia de lo expuesto es que no se han infringido los artículos 79 y 79 bis de la Ley del Mercado de Valores y los preceptos reglamentarios que los desarrollan, ni el art. 6.3 del Código Civil en relación con la infracción de estos preceptos de la Ley del Mercado de Valores.

4.- En el segundo motivo se denuncia también la infracción del art. 6.3 del Código Civil con relación al art. 48.2 de la Ley de Disciplina e Intervención de entidades de crédito y de la orden de 5 de mayo de 1994.

5.- Esta impugnación no puede ser estimada puesto que, al igual que declaramos en las sentencias 716/2014, de 15 de diciembre, 323/2015, de 30 de junio, y 608/2017, de 15 de noviembre, con relación al incumplimiento de las normas que imponen los deberes de información respecto de los productos y servicios de inversión, la Ley de disciplina e intervención de entidades de crédito y la Orden de 5 de mayo de 1994 no prevén la nulidad de los contratos bancarios en cuya concertación el banco haya incumplido los deberes de información, sino sanciones administrativas. En la sentencia 599/2018, de 31 de octubre, lo hemos reiterado en un asunto relativo a un préstamo multidivisa.

6.- El incumplimiento de los deberes de información exigibles a las entidades bancarias es relevante, como se verá más adelante, al realizar el control de transparencia de las cláusulas no negociadas en contratos celebrados con consumidores.

7.- Respecto del derecho a la vivienda digna que se recoge en los arts. 17.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 47 de la Constitución , se trata de un derecho social de configuración legal. No estando discutido que tal derecho se encuentra efectivamente desarrollado por el ordenamiento jurídico infraconstitucional aplicable en este litigio, y que este respeta su contenido esencial, no puede analizarse su infracción independientemente de la infracción de esas normas legales que los desarrollan."

Por otra parte, la sentencia de la AP de Pontevedra 324/2018, de 3 de octubre, recaída en relación con un préstamo referenciado en yenes y concertado con la aquí demandada, cuyos razonamientos resultan aplicables plenamente a las presentes (salvo comisiones), según esta juzgadora, señala las siguientes conclusiones:

1ª La hipoteca multidivisa no puede ser calificado como un producto financiero complejo, por lo que no es aplicable la legislación del mercado de valores y la Directiva Mifid.

2º Al tratarse de un contrato entre un empresario y un consumidor, en la medida en que nos hallemos ante condiciones generales de la contratación será de aplicación la Directiva 93/13, de 5 de abril, y el texto refundido de la Ley general para la Defensa de Consumidores y Usuarios.





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

3º Como la cláusula multividisa afecta a la determinación del interés remuneratorio del contrato de préstamo, es decir, a un elemento esencial del contrato, no queda sujeta al control de contenido, pero sí está sometida, además de al denominado control de incorporación, al control de transparencia.

4º El estándar de transparencia material exige acreditar que el prestatario recibió información precontractual suficiente para conocer: a) los riesgos derivados del comportamiento de la moneda nominal del préstamo en relación con la moneda funcional; b) el hecho de que las fluctuaciones en la divisa respecto del euro podían provocar no sólo oscilaciones en el importe de las cuotas de amortización, sino que tal aumento podía ser tan elevado que impidiera abonar su importe en caso de fuerte depreciación de la moneda funcional; c) la circunstancia de que la fluctuación de la divisa suponía un recálculo constante del capital prestado; y d) cualesquiera otros riesgos que pudiera estar asociados a otras cláusulas del contrato.

5º Esta información debe entregarse por escrito con calidad suficiente para que pueda ser entendida por un consumidor medio razonablemente informado y perspicaz, que normalmente espera que el funcionamiento del contrato determine una progresiva reducción de la cantidad a amortizar.

6º La carga de la prueba de la superación del control de transparencia se impone a la entidad prestamista que afirma el conocimiento por el prestatario, real y efectivo, de los términos de la cláusula.

TERCERO.- Y aplicando lo precitado a las presentes, de una valoración conjunta de la prueba ha resultado acreditado que los actores, cuyo perfil bien puede ser definido como conservador, solicitaron el préstamo para hacer el pago de una cantidad de dinero determinada en divisas, concretamente la cantidad necesaria para financiar la adquisición o construcción de una vivienda, optando por esta modalidad de préstamo al ofrecérsele desde la entidad bancaria unas condiciones más favorables que en otras modalidades, así se declaró por los testigos de la demandada que depusieron, independientemente de que éstos nieguen que fuera desde el Banco quien contactaran con ellos para ofrecerles la hipoteca multividisa, a pesar de reconocer que eran clientes habituales.

En concreto, y en cuanto al perfil de los contratantes, tan manido en este juicio, sin que se niegue que se trata de particulares pues como tales se contrató, a la vista de las actuaciones, constanding así expresamente en el doc 11 de la contestación, donde los actores operaban y consultaban la cuenta en línea, ha resultado acreditado que la titulación del contratante no es superior, pero es que además, a la vista del doc 9 contestación en concreto en su pg 7, Anexo 2 documento de autorización para administración de patrimonio fechado ya en el año 2005, es claro, evidente y nítido que los actores, que eran clientes habituales de la entidad, ya se señala como perfil de riesgo de ambos, conservador, y como criterios de inversión, se asume un nivel de riesgo también conservador (no mas de un 25% de renta variable).

Así, en cuanto a los Doc 5,6 y 7 de la contestación nada aportan, estimándose que los dos primeros hacen mas referencia a una publicidad y estrategia de marketing, siendo lo cierto que no consta acreditación alguna de titulación superior – que por otra parte, nada garantizaría, a la vista de lo manifestado por los propios actores en cuanto a su perfil, sin que nadie pueda ir contra sus propios actos- al margen de las sospechas que parece tener la actora, que a la vista del testimonio del testigo, Sr. [REDACTED], que depuso a instancias del actor quedan diluidas y sin base, al manifestar que si bien reconoce



que fue uno de los Abogados en una empresa del actor, la misma está ya liquidada desde el 2006, señalando que la única intervención del actor era ser socio capitalista, que no realizaba ninguna función, ni siquiera iba a la empresa, que sabe que su campo es el sector sanitario, y ello a pesar de que en la nota del registro conste como administrador, porque sabe que las labores de administración las hacía otra compañera, aclarando a mayores, que no le asesoraban al actor en conocimientos financieros, porque ellos mismos no tenían, únicamente, la compañera llevaba algo de fiscal, impuestos, pero tipo asesoría. Estimándose a la vista de las notas del Registro Mercantil, que el actor era un empresario con múltiples iniciativas en sectores muy variados.

Además cuando firmaron la información de la operación, que en ningún caso es equiparable a la oferta vinculante tal y como consta en el escrito de 10 de julio de 2008, obrante en el amplísimo Expediente de Riesgos (doc 3, y cuya documental incluye fechas hasta agosto de 2008 para la tramitación necesaria) ya figuraba que el actor era Gerente [REDACTED] y la actora, funcionaria, lo que no fue impedimento para su suscripción.

Siendo lo cierto que en la oferta vinculante (doc 1 contestación), que aparece fechada en el año 2008 se encuentra firmada por ambos, lo que puesto en relación con el testimonio de los testigos, permite tener por acreditado que la misma se hizo y en la fecha aproximada que se hizo; constando como doc 2 contestación que en fecha 1 de agosto de 2008 se efectuó la solicitud de préstamo a primera disposición, y si bien es cierto que a la vista del cotejo efectuado no forman parte del mismo cuerpo lo que así se manifiesta que es, constando firmada por tanto únicamente dicha solicitud, pero no la información al respecto, lo cierto es que ambos tienen el mismo titular, estimándose que se ha acreditado que fueron entregados en dicha fecha y formaban parte del mismo, entregando dos folios y firmando uno solo, y no solo partiendo de las reglas de la buena fe, que se presumen siempre, sino que así se desprende fundamentalmente del propio contenido de dicho doc 2 debidamente firmado donde consta "... tal y como se describe en el ejemplo propuesto a continuación de este documento cuyo contenido es conocido y comprendido por el prestatario", así como del testimonio del director oficina, quien, tras serle mostrado el doc 2, objeto del cotejo reconoce firma, y señala que el mismo se entregaba con las dos páginas, testigo que además señala que siempre se les explicaba diferentes tipos de interés, siempre con oferta vinculante, que también se explicaban riesgos tanto de cuota como capital, buscando el perfil adecuado a sus riesgos, señalando que alguna vez se denegó, sin que su testimonio nada más aporte toda vez que según señala el mismo no tuvo intervención en esta comercialización, aunque sí refiere que habitualmente lo explicaban los empleados [REDACTED] y [REDACTED] se lo explicaron.

En relación con el hecho de que el banco publicitara dicha hipoteca, consta unido a autos dicha publicidad con el membrete de ese banco, a pesar de la manifestación del director cuando señala que él no la conoce, que el Banco no publicitaba hipotecas, que era un producto reactivo, que no se buscaba.

Por otra parte depuso el comercializador del producto, empleado de la sucursal quien afirmó no recordar quien solicitó la hipoteca multidivisa, no reconociendo asimismo esa publicidad de su banco que le fue mostrada, afirmando que en Ourense esa publicidad no vio que se ofertara, si bien afirma que él tiene una hipoteca multidivisa, aclarando que si bien le explicó lo que era una multidivisa, no fu él quien formalizó la documentación, por lo que no sabe nada en relación a la Oferta vinculante, salvo que fue su compañera [REDACTED] quien lo hizo, pero se suele hacer con 15 días, va en todas las hipotecas; que incluso siempre se hacen simulaciones, siendo lo cierto al respecto que la demandada bien podía haber traído a dicho testigo a fin de acreditar la formalización y no lo ha hecho, carga de la prueba que a la misma correspondía.

Finalmente señala que el préstamo es convertible en divisas que cotizan en España, en aquel momento dice que había 7, así como que la divisa la eligió el cliente.





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

En relación al Doc 8 de la contestación nada aporta, pues se refiere a que la actora junto con otras dos personas con iguales apellidos están en posesión de unas acciones, lo que cuadra perfectamente con la herencia a la que alude la actora y que fue vendida, sin que por tanto nada aporte, ni por supuesto acredite que tenga una amplia experiencia en inversiones, siendo un producto cuya contratación resulta habitual. Y el Doc 13 de la contestación, absolutamente nada aporta, al tratarse de un modelo de carta a nadie dirigida y fechada con posterioridad a la demanda.

Por otra parte, la escritura pública de préstamo hipotecario preveía que el ingreso del capital prestado en la cuenta de los prestatarios se haría, como se hizo, en euros, y fijaba el tipo de cambio aplicado para hallar la equivalencia del capital denominado en divisa (yen japonés) con el capital que se entregó efectivamente en euros, que era el tipo de cambio de venta de esa divisa que tenía fijado el banco. Por tanto, el importe del capital del préstamo denominado en la divisa inicial, el yen japonés, era la equivalencia, al tipo de cambio fijado, del importe que el prestatario necesitaba en euros.

La valoración del bien hipotecado contenida en la escritura se hizo en euros y la fijación de la extensión de la garantía hipotecaria se hizo también en euros.

Y al respecto señalar que en cuanto a la pretensión de la parte actora solicitada a mayores de la nulidad por abusividad y falta de transparencia, relativa a la devolución de las comisiones cobradas por cambio de divisa, conviene señalar que el clausulado predispuesto por Bankinter , S.A., preveía en el apartado 5^a relativo a comisiones



5º) COMISIONES Y COMPENSACIONES. -----

a).- Se establecen las siguientes comisiones: -----

Este Préstamo devengará en el momento de su constitución y por una sola vez, una comisión de apertura del **0,466 %** sobre el límite inicial de la operación, con un mínimo de **CERO EUROS**. Esta comisión se liquidará en el momento de la firma del presente contrato. -----

Asimismo, se devengará una comisión de cambio en tanto por mil del **2,00** sobre el contravalor de la disposición del préstamo, siempre que esta sea en una divisa diferente a la de la cuenta de abono y sobre el contravalor de los pagos de principal e intereses del préstamo, siempre que esta sea una divisa diferente a la de la cuenta de adeudo, con un mínimo de **QUINCE EUROS**. Esta comisión se devenga y liquida en el momento en que se efectúe el cambio de la divisa. -----

En caso de modificación de condiciones (sustitución del adquirente autorizada expresamente por Bankinter), se aplicará una comisión del **0,50 %** sobre el límite vigente de la operación. -----

Se aplicará una comisión del **0,50 %** sobre el límite vigente de la operación, en los casos de modificación del tipo de interés cuando el cliente haya solicitado: el cambio de tipo de interés fijo a un nuevo tipo de interés fijo, el cambio de tipo de interés fijo a tipo de interés variable, o el cambio de tipo de interés variable a tipo de interés fijo. -----

En caso de cuotas vencidas y no pagadas, se establece una comisión de **DOCE EUROS CON CERO DOS CENTIMOS DE EURO**, para compensar los gastos de regularización de la posición y se devengará en

que:

Es decir, se señalaba la posibilidad de hacer los pagos de las amortizaciones en divisas o en euros. Los apuntes en la cuenta de los prestatarios, en la que el banco ingresó el capital prestado y el prestatario abonaba las cuotas de amortización, se hacían en yenes, dado que el actor poseía una cuenta en yenes con la que procedían a satisfacer sus cuotas, realizando ellos mismos los cambios, por lo que no se ha acreditado que le cobraran comisiones al respecto, esto es, no se ha acreditado el cobro de la comisión que reclaman, porque no se ha acreditado que se prestara ese servicio por parte de la entidad demandada a los demandantes. Esto se evidencia de las posiciones (Documento núm. 3 bis) de los actores, donde consta una cuenta en divisa titularidad de los actores, siendo lo cierto que a la vista del doc 11 de la contestación, no figura ningún cobro por la comisión que se reclama, como tampoco lo hace a la vista del doc 12 de la contestación, donde constan las remisiones por carta de las cuantías amortizadas e intereses, con su desglose, objeto del presente procedimiento, en las que se constata que en todas ellas se hace figurar la cantidad adeudada en yenes, lo que significa que tiene razón la demandada en este aspecto y no consta acreditado que ninguna comisión se cobró por dicho concepto, por lo que dicha pretensión ha de ser desestimada.

A la vista de lo anterior, y siguiendo al respecto lo señalado por la sentencia de la AP de Pontevedra precitada, es lo cierto que la entidad bancaria hubiera debido extremar la diligencia en cuanto a la información a proporcionar a los prestatarios para que pudieran tomar una decisión fundada y comprender las consecuencias en las cuotas -y en el saldo final pendiente de amortización- de una fuerte depreciación del euro y/o de una apreciación del yen o de la divisa por la que en cada momento se optase. Pero es que aunque, se hubiera explicado al prestatario que el contravalor de la deuda podía variar en función del tipo cambio, como refieren los testigos, nada aporta, antes al contrario, se trata de algo connatural al tipo de préstamo, sin que exista prueba alguna de que, además de explicar que las cuotas se calcularían en función de la cotización de la divisa elegida, se expusiesen las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, y, en particular, que se informase a los clientes consumidores de que la fluctuación de la divisa suponía un recálculo constante del capital prestado, lo que exigía un seguimiento permanente



de la evolución de la divisa -difícil para un profano- para poder obtener el rendimiento a la modalidad de préstamo, como tampoco de que las fluctuaciones en la cotización de la divisa extranjera respecto del euro no solo podían provocar oscilaciones en el importe de las cuotas del préstamo, sino que el incremento de su importe, como efecto de la devaluación del euro o apreciación de aquella divisa extranjera, podía llegar a ser tan considerable que pusiera en riesgo su capacidad de afrontar el pago en caso de una fuerte depreciación del euro respecto de la divisa.

Por otra parte, en la solicitud de préstamo en divisas de 1 de agosto de 2008, consignada en un documento pre-redactado por la entidad bancaria y que el cliente se limita a firmar, se hace constar simplemente que la parte prestataria solicita un préstamo en divisas con garantía hipotecaria de 150.000 euros, por su contravalor en yenes y que el prestatario " reconoce que el préstamo se formalizará en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del préstamo, exonerando a BANKINTER , S.A., de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor de la divisa de disposición del préstamo pueda ser superior al límite pactado " (doc 2 contestación).

En suma, la información precontractual suministrada, verbal y documentalmente, no se ha acreditado que atienda a las exigencias expuestas.

No consta que se proporcionara información sobre el riesgo de fluctuación, sino tan sólo sobre el importe de las distintas cuotas a pagar, según se realizaran en divisas o en euros, lo que resulta en sí mismo engañoso, pues dicha información se refería al cambio en ese momento temporal concreto, cuando el riesgo del producto no estaba ahí, sino en la fluctuación de la relación entre las divisas y el euro, en la variación que podían sufrir las cuotas mensuales de amortización en diversos escenarios de fluctuación de las monedas, y en la situación del capital pendiente de pago, que también sufriría la alteración correspondiente.

La oferta vinculante y la escritura de formalización del préstamo no contienen ninguna información sobre los extremos precitados.

Y si bien es cierto que la oferta vinculante , evidentemente de fecha anterior a la escritura, no lleva fecha, salvo año 2008 (doc 1 contestación) y la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria esta fechada el día 14/08/2008, es lo cierto que resulta la imposibilidad del transcurso de los 15 días afirmados por los testigos, y más teniendo en cuenta ese mes, lo que pone de manifiesto que se trató de un simple trámite carente de contenido real, en el sentido de que supusiese el suministro de información o aclaración de ninguna clase. Y en la escritura pública de préstamo se indica que los actores tienen " a mi juicio y según intervienen, la capacidad legal necesaria y legitimación suficiente para esta escritura de PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA... ", constando asimismo que dicha escritura les fue leída , manifestando conformidad, así como que fue redactada según minuta presentada por la entidad financiera, y que el proyecto de escritura estuvo a disposición de los prestatarios los tres días hábiles anteriores.

El cuadro de amortización que se acompaña con el escrito de contestación a la demanda ilustra sobre las variaciones de las cuotas sobre la inicialmente prevista y sobre las modificaciones del capital pendiente (doc 11); y finalmente, las comunicaciones de las sucesivas liquidaciones (doc 12) evidencian las variaciones que experimentó la cuota mensual de amortización del préstamo.





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

En el doc 8 de la demanda consta informe pericial realizado por Economista, no impugnado por la demandada que en definitiva concluye que: “Del trabajo realizado, podemos concluir que:

1. Debería haber prevalecido en todo momento criterios de prudencia por parte de la entidad bancaria a la hora de ofrecer una hipoteca en Yenes japoneses a los prestatarios, que en calidad de consumidores merecían un asesoramiento completo, detallado, y con la premisa de una máxima defensa de sus intereses. Unido esto al tipo de cliente al que se le oferta, que no cumple el perfil necesario para esta modalidad de producto financiero complejo, y cuyos objetivos eran la financiación de una vivienda, hacen a juicio de este Perito inapropiada la comercialización de la hipoteca multi-divisa en Yenes Japoneses en el momento en el que se suscribió la misma. A la vista de lo acontecido el Banco no actuó diligentemente a la hora de asesorar sobre el tipo de préstamo a contratar y, en consecuencia, la falta de información y el deficiente asesoramiento motivaron la contratación de un producto financiero que ha causado al cliente un grave perjuicio económico.
2. La evolución del tipo de cambio ha hecho aumentar el coste de las amortizaciones de capital en 45.556,26 EUR. Por lo que se refiere al tipo de interés aplicado ha aumentado el coste por este concepto en 3.691,76 EUR. En conjunto, los pagos periódicos realizados suman 49.279,38 EUR más que si hubiera mantenido la misma hipoteca en euros.
3. El capital pendiente de amortizar, una vez convertidos los Yenes japoneses a euros, es de 57.702,55 EUR, frente a los 59.138,30 EUR que hubiera sido una hipoteca en condiciones normales sin multidivisa. La diferencia negativa para el prestatario es de 1.435,75 EUR.
4. Por tanto, como consecuencia de que la hipoteca está en divisa distinta al euro, el prestatario ha sufrido un perjuicio económico de 50.715,13 EUR, según los datos disponibles a Febrero de 2018.”

En definitiva, que se ha acreditado tal y como se señala en la sentencia de referencia que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que las divisas fluctúan y que, en consecuencia, las cuotas de un préstamo denominado en divisa extranjera pero en el que los pagos efectivos se hacen en euros pueden variar conforme fluctúe la cotización de la divisa. Pero no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, la necesidad de un análisis continuo de la evolución de la divisa para no resultar perjudicado con la fluctuación y del coste disuasorio, por el cambio vendedor/comprador, que implicaría la elección mensual o periódica de la divisa más beneficiosa, así como los costes permanentes que entraña la práctica de la liquidación mensual y, en suma, la posibilidad de que la variación del importe de las cuotas debida a la fluctuación de la divisa puede ser tan considerable que altere el equilibrio de las recíprocas obligaciones de las partes. De ahí la necesidad de una información adecuada sobre las consecuencias que puede llegar a tener la materialización de los riesgos, sobre todo en los casos en que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en la divisa ni acostumbre a realizar operaciones con divisas. Sin embargo, tal información no consta que se haya proporcionado en dichos términos, antes al contrario, la información facilitada centraba el foco en los eventuales beneficios, obviando apuntar siquiera los evidentes riesgos, por lo que se estima que, al igual que el caso examinado en la STS de constante referencia, el préstamo no supera el control de transparencia material, y también genera un desequilibrio contractual, pues se



ocasiona una divergencia en la información suministrada al cliente en relación con la que podría obtener el banco, lo que lleva a la desestimación de dicha pretensión.

Con lo cual, procede concluir que el clausulado multidivisa cuestionado no supera el control de transparencia.

Y como se afirma en las mencionadas sentencias del TS, núms. 608/2017, de 15 de noviembre , y 599/2018, de 31 de octubre , "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, o con la opción de mantener los préstamos que ya tenían concedido y que fueron cancelados con lo obtenido con el préstamo multidivisa, que originó nuevos gastos a los prestatarios, a cuyo pago se destinó parte del importe obtenido con el nuevo préstamo". Como también "la situación económica de los prestatarios se agravó severamente cuando el riesgo de fluctuación se materializó, de modo que no solo las cuotas periódicas de reembolso se incrementaron drásticamente, sino que la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se incrementó en vez de disminuir a medida que iban pagando cuotas periódicas..."

De ahí la procedente declaración de nulidad parcial del clausulado multidivisa del contrato de préstamo.

CUARTO.- INTERÉS DE DEMORA

Pues bien, conforme a numerosa jurisprudencia, se estima que la cláusula impugnada relativa a los intereses de demora es una cláusula predispuesta, no negociada individualmente, cuyo carácter abusivo cabe enjuiciar con base en el artículo 82 TRLGDCYU y, en particular, el artículo 85.6 de dicho texto legal, al decir que " Las cláusulas que vinculen cualquier aspecto del contrato a la voluntad del empresario serán abusivas y, en todo caso, las siguientes: 6. Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones ". Como parámetros legales de comparación sobre tal proporcionalidad, el artículo 1.108 del Código Civil establece que " si la obligación consiste en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal ". También el artículo 114 LH determina que " los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil " .

El Tribunal Supremo, sobre esta cuestión, en STS de 3 de junio de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2041), tras reiterar la doctrina sentada en Sentencias anteriores, como la de 22 de abril de 2015 , se ha ratificado sobre el carácter abusivo de las cláusulas que fijan un interés de demora en los préstamos personales que impongan un recargo superior a dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio y ha extendido este mismo criterio al préstamo hipotecario para la adquisición de la vivienda habitual.

La STS núm. 671/2018, de 28 de noviembre ha precisado, sobre este tipo de cláusulas, que " los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma ", subsistiendo el resto del contrato, y en consecuencia, que





ADMINISTRACIÓN
DE JUSTICIA



ADMINISTRACIÓN
DE XUSTIZA

se sigan devengando los intereses remuneratorios que se hubieran pactado sobre el capital pendiente de pago.

Es por ello que, en las presentes, a la vista del contenido de la cláusula 7ª) de la escritura donde se fija el tipo de interés vigente para esta operación más un diferencial de sobregiro de 9,5 puntos, lo que asimismo es aplicable al saldo, dando su contenido por íntegramente reproducido, es procedente declararla abusiva y por tanto nula. Debiendo señalarse en cuanto a los efectos de dicha nulidad que se fija como tipo de interés moratorio sustitutivo, el interés remuneratorio que de común acuerdo las partes han fijado en la Cláusula 3ª), garantizándose así, en la medida de lo posible, el respeto a la voluntad de las partes, con lo que se fija como interés el expresamente previsto en la Cláusula Tercera de la Escritura de préstamo, esto es, EURIBOR + 0'85, tal y como se solicitó en la demanda, mostrándose conforme la demandada si se declarara la nulidad.

QUINTO.- Las cantidades objeto de condena han de ser incrementadas con los intereses legales sobre las cantidades objeto de restitución, situando el dies a quo para el cómputo en el momento en que se haya producido el pago indebido.

Tal afirmación debe considerarse una consecuencia del principio general de indemnidad del consumidor que dimana del art. 6.1 de la Directiva 13/1993.

SÉXTO - COSTAS

Estimadas parcialmente las pretensiones de la parte demandante, conforme a lo previsto en el art. 394.2 LEC, no ha lugar a la imposición de las mismas.

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

FALLO

Que ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por el Procurador Sr. [REDACTED] quien actúa en nombre y representación de D. [REDACTED] Y Dª. [REDACTED] contra la entidad mercantil BANKINTER, S.A., representada por la Procuradora Sra [REDACTED] y en consecuencia:

- DECLARO LA NULIDAD PARCIAL POR FALTA DE TRANSPARENCIA DEL CLAUSULADO MULTIDIVISA contenido en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 14 de agosto de 2008, declarando como efecto de la nulidad parcial, que la cantidad pendiente de amortizar es la que resultaría de haber estado la hipoteca siempre denominada en euros, con el tipo de interés que obra en la propia escritura, esto es Euribor + 0,85%, condenando a la entidad demandada a aplicar el exceso de cantidades a la amortización de la misma.



- DECLARO LA NULIDAD, por abusiva, de la cláusula séptima de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria de fecha 14 de agosto de 2008, que fija el interés de demora en el tipo de interés nominal más nueve puntos y medio.
- No ha lugar al resto de pretensiones interesadas.

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma podrán interponer recurso de APELACIÓN ante este Juzgado dentro del plazo de VEINTE DÍAS desde el siguiente a la notificación, exponiendo las alegaciones en que se base la impugnación y citando la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Del presente recurso conocerá la Audiencia Provincial de Ourense (artículos 458 y 463 LEC en redacción dada por Ley 37/2011, de 10 de octubre).

De conformidad con la Disposición Adicional decimoquinta de la LOPJ introducida por LO 1/2009, de 3 de noviembre, para la interposición del referido recurso de apelación será necesaria la previa constitución de un depósito de CINCUENTA EUROS (50 euros) que deberá ser consignado en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano judicial, [REDACTED] de la entidad Banco de Santander, aportando constancia documental del mismo. No se admitirá a trámite el recurso si no se ha constituido el referido depósito.

Así lo acuerda manda y firma D^a Ana María Manjón Manjón, Magistrado Juez accidental del Juzgado de Primera Instancia N^o 7 de Ourense.

