

**JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 9  
SALAMANCA**

Laura Nieto Estella  
PROCURADORA  
14-06-2019  
NOTIFICACION

SENTENCIA: 00534/2019

PLAZA DE COLÓN S/N  
Teléfono: 923284650/51, Fax: FAX 923284657  
Correo electrónico:

Equipo/usuario: MCM  
Modelo: N04390

N.I.G.: 37274 42 1 2018 0006502

**ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0001225 /2018**

Procedimiento origen: /

**Sobre COND.GNRLS.CTRTO.FINAC.GARNT.INMO.PRSTARIO.PER.FIS**

DEMANDANTE D/ña. [REDACTED]

Procurador/a Sr/a. LAURA NIETO ESTELLA

Abogado/a Sr/a. AITOR MARTÍN FERREIRA

DEMANDADO D/ña. BANCO BILBAO VIZCAYA

Procurador/a Sr/a. SUSANA OLARIZU ANITUA ROLDAN

Abogado/a Sr/a. LORENA MENENDEZ RODRIGUEZ

**S E N T E N C I A n° 534/2019**

Salamanca, a once de Junio de dos mil diecinueve.

Vistos por mí, Miguel Melero Tejerina, Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia N° 9 de Salamanca, los presentes autos de juicio ordinario seguidos a instancia de [REDACTED] representado por el procurador/a Dª Laura Nieto Estella y asistido por el **letrado D. Aitor Martínez Ferreira**; contra Banco Bilbao Argentaria, SA, representada por el Procurador/a representado por el Procurador/a Dª Susana Anitua Roldán y asistido por el letrado/a Dª Lorena Méndez Rodríguez.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** [REDACTED] presentó demanda de juicio ordinario frente a Banco Bilbao Argentaria, SA, ejercitando la acción de nulidad de la Cláusula multidivisa del contrato de préstamo hipotecario concertado con la demandada, debiendo ser sustituida por el interés referenciado al Euribor.

Solicita que se condene a la demandada a eliminar dicha cláusula con recálculo del préstamo. De forma subsidiaria, insta la nulidad total del contrato.

La parte demandada alega caducidad de la acción de anulabilidad y confirmación y se opone por considerar la validez de todas las cláusulas en atención al cumplimiento de la normativa vigente, la información transparente prestada y a las condiciones personales y de asesoramiento de los demandantes, negando su condición de consumidores.

**SEGUNDO.** Seguidamente se convocó a las partes al acto de la audiencia previa donde se convocó a las partes al juicio.

El día de la vista se celebró con asistencia de las partes y una vez practicada y dado traslado para conclusiones, quedaron los autos vistos para sentencia.

**TERCERO.** En la tramitación del presente juicio se han observado todas las prescripciones y términos legales.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** La acción de nulidad que se ejercita con carácter principal tiene un doble fundamento sin indicar la preferencia del mismo. Dada la condición de consumidores de los demandantes, los hechos expuestos encuentran su mejor encaje en la Ley 7/1998, de 13 de abril, en relación con el artículo 82 del texto refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y usuarios. Tales disposiciones regulan una nulidad radical para el caso de la contravención invocada en la demanda, que como tal no caduca ya que el paso del tiempo no puede subsanar los actos nulos de origen -"quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere". La imprescriptibilidad se establece de modo expreso en la normativa tuitiva de consumidores y usuarios.

Mediante la escritura de fecha 4/8/2008 se concertó un préstamo denominado multidivisa, hipoteca en Yenes en el que el capital se entrega en euros, pero la restitución se hacía al tipo de cambio de venta de esa divisa. El pago en divisas era impracticable, por lo que el demandante debía de cumplir sus obligaciones bajo el riesgo de fluctuación de la moneada.

La sentencia del TS 323/2015, de 30 de junio señalaba que, en este tipo de contratos, 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.

**SEGUNDO.** La parte actora considera que la cláusula que permite la aplicación del tipo de interés en Yenes es abusiva, al no superar el control de transparencia con infracción de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación el control

Efectivamente estamos ante una cláusula esencial definitoria del contrato, pero la jurisprudencia considera que además del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta.

La Sentencia de Pleno del TS nº 608/2017, de 15 de noviembre adapta la doctrina de la Sala Primera a la jurisprudencia del TJUE, que en el caso Banif Plus Bank (sentencia de 3 de diciembre de 2015) y consideró que las operaciones de cambio de divisa, accesorias a un préstamo que no tiene por finalidad la inversión, no constituyen un instrumento financiero distinto del propio préstamo, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste. Dado que la definición de los instrumentos financieros a efectos de la aplicación de la normativa sobre el mercado de valores es una cuestión regulada por el Derecho de la Unión (Directiva MIFID), que los tribunales españoles deben aplicar de conformidad con la jurisprudencia del TJUE, se concluye que el préstamo hipotecario en

divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de valores.

Ello no excluye la sujeción de las entidades financieras que conceden estos préstamos a las obligaciones de información que establecen las normas de transparencia bancaria y las de protección de consumidores y usuarios, en los casos en que el prestatario tiene la consideración legal de consumidor. Tal como señala la parte demandada, se trata de cláusulas que definen el objeto principal del contrato, lo que no obsta al especial deber de transparencia que señal el TS y respecto de las que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos comprendan no solo su contenido formal y gramatical, sino también su alcance concreto y puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. Dicha sentencia reitera la jurisprudencia reiterada del TJUE relativa al artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, para declarar que no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas. Ello implica no solo 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. En concreto, y como señala el TS, la entidad bancaria debía de informar 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 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.

En conclusión, el control de transparencia implica que la entidad bancaria ha de probar que las cláusulas multidivisa fueran objeto de negociación individual con una información de los riesgos inherentes adecuada a la condición de consumidor del demandante y sus características personales.

La más reciente Sentencia del TS de fecha 14/3/2019 reitera la doctrina anterior y se ajusta más al supuesto de hecho que nos ocupa la resolver un pleito contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA.

La escritura pública de préstamo hipotecario contiene claramente lo que son condiciones generales de la contratación redactadas por la entidad bancaria de forma prolija y no informa de los riesgos referidos. Por otra parte, el TS, citando su anterior sentencia 464/2013, de 8 de septiembre, señala que la lectura de la escritura

pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos el cumplimiento del deber de transparencia.

La propuesta de préstamo (documento nº 1 de la contestación) no está firmada y no aporta información relevante sobre los riesgos. La prueba de interrogatorio no ofrece ningún resultado relevante y la empleada de la entidad bancaria dice haber cumplido con estos deberes pero esta declaración se otorga por la persona obligada a prestar la información en nombre del banco, es subjetiva y no viene acompañada de ningún respaldo documental en lo que se refiere a las simulaciones, por lo que no tiene un valor probatorio superior al de interrogatorio de parte. El único dato de interés que arroja esta declaración es el reconocimiento de que el cliente fue captado por un agente de la entidad bancaria, por lo que es un hecho probado que el producto fue ofrecido a un consumidor ordinario, de profesión militar, lo que era completamente inadecuado para su perfil.

No consta otra cosa que una información genérica y prolija de carácter documental que fue insuficiente para las condiciones del demandante y no vino acompañada de la adecuada información precontractual.

En definitiva, la falta de transparencia de las cláusulas relativas a la multidivisa provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe y es nula, puesto que el demandante 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.

**TERCERO.** La STS de fecha 15 de noviembre de 2017 admite la nulidad parcial del contrato, con cita de la sentencia del TJUE de fecha 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13). Dicho criterio se reitera en la STS de fecha 14/3/2019.

Admite la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros. La parte demandada no impugna la referencia al Euribor.

La nulidad de la cláusula incluye la de las comisiones pactadas con motivo del cambio de divisa.

En cuanto a los efectos restitutorios de la nulidad, de los arts. 1295.1 y 1303 del Código Civil, se deduce la obligación recíproca de restitución de las prestaciones entre las partes.

La citada STS declara que el efecto de la nulidad parcial conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por los demandantes es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado (...) la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal e intereses y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiéndose que el préstamo que lo fue de ...- euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura (...).

**CUARTO.** La estimación de la demanda es íntegra por lo que procede la condena en costas de la parte demandada, según dispone el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

#### **FALLO**

Estimo íntegramente la demanda y declaro la nulidad parcial del contrato de préstamo con garantía hipotecaria firmado por las partes en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa, declarando que la cantidad adeudada por el demandante es el saldo vivo de la hipoteca referenciado en euros, resultante de disminuir al importe prestado de 178000 euros las cantidades amortizadas hasta la fecha de efectivo cumplimiento de sentencia en concepto de principal e intereses, también convertidas en euros, así como las cantidades abonadas en concepto de comisiones de cambio de divisas, y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, de manera que el préstamo quede referenciado a euros y el tipo de interés al Euribor conforme a las condiciones establecidas en la escritura (cláusula 3ª apartado B), condenando a la demandada a realizar el recálculo.

Condeno a la parte demandada a estar y pasar por esta declaración corriendo con todos los gastos que de ella derivasen.

Todo ello, con expresa condena en costas de la parte demandada.

La presente sentencia no es firme, y contra la misma podrá interponerse recurso de apelación ante este mismo Juzgado en el plazo de los veinte días a contar desde el siguiente a su notificación, y del que conocerá la Ilma. Audiencia Provincial de



Salamanca, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 458 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Notifíquese esta resolución a las partes, cuyo original quedará registrado en el Libro de sentencias quedando testimonio de esta en estos autos.

Así lo acuerdo, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjuicio, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.