

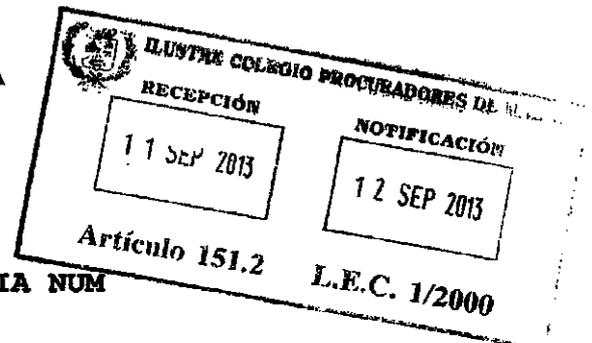


ADMINISTRACIÓN  
DE JUSTICIA

Juzgado de lo Mercantil N° 9 de Madrid

Procedimiento: Autos Civiles Juicio Ordinario N° 695/2012  
Demandantes: D. \_\_\_\_\_ y de \_\_\_\_\_

Procurador: Sr. GARCIA DE MATEO  
Abogado: Sra. DÍAZ FERNÁNDEZ  
Demandado: **BANCO SANTANDER S.A**  
Procurador: Sr. CODES FEIJOO  
Letrado: Sra. PI I AMORÓS



**SENTENCIA NUM**

En Madrid a 05 de septiembre de 2013

El Ilmo. Sr. D. Javier Yañez Evangelista, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil N° 9 de Madrid y su partido, ha visto los presentes autos de juicio ordinario, seguidos en este juzgado con el numero 695/2012, a instancia de D. \_\_\_\_\_ y de Dª \_\_\_\_\_

contra BANCO SANTANDER S.A sobre acción individual de nulidad y no incorporación de condiciones generales de la contratación y con base en los siguientes;

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Procurador Sr. Garcia De Mateo obrando en la representación procesal indicada presentó escrito de demanda que por turno de reparto correspondió a este Juzgado promoviendo juicio ordinario contra Banco Santander S.A, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimaba de aplicación, cuyo contenido se da por reproducido en la presente sentencia, solicitaba se dictase sentencia por la que:

2º) Se DECLARE ABUSIVA la Cláusula segunda bis apartado c) del contrato de préstamo, decretando su NULIDAD y se CONDENE a la demandada PERMITIR LOS CAMBIO DE DIVISA según los términos del resto de apartados de la cláusula, e interpretando el juzgador el resto del contrato del modo más favorable a la parte actora, en su calidad de consumidor y usuario, con expresa condena al pago de las costas del presente procedimiento

3º) SUBSIDIARIAMENTE, para el caso de no estimar el petitum anterior, se DECRETE LA NO INCORPORACION AL CONTRATO de la Cláusula segunda bis apartado c) por no cumplir con los requisitos de concreción, claridad, transparencia exigidos por la legislación aplicable y se CONDENE a la demandada PERMITIR LOS CAMBIO DE DIVISA según los términos del resto de apartados de la cláusula, e interpretando el juzgador el resto del contrato del modo más favorable a la parte actora, en su calidad de consumidor y usuario, con expresa condena al pago de las costas del presente procedimiento"

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda se dio traslado de la misma junto con los documentos que acompañaba al demandado para que se personara y contestase a la demanda dentro del plazo legal, En su escrito de contestación, el demandado se opuso a la demanda ejercitada, solicitando se dictase sentencia por la que desestimando la demanda ejercitada se absolviese a su patrocinado. Citando a las partes para la celebración de la preceptiva Audiencia Previa.

**TERCERO.-** Llegados el día y horas señalados comparecieron las partes debidamente representadas, previo intento de acuerdo sin resultado positivo, las partes se ratificaron en sus alegaciones y peticiones, proponiendo como medios de prueba la actora, interrogatorio de partes, dictamen de peritos y testifical. Por la demandada se interesó el interrogatorio de partes, testifical y ratificación del dictamen pericial al amparo del art 347. Admitidos los medios de prueba que se consideraron pertinentes y necesarios, se señaló día y hora para la celebración del acto del juicio.

**CUARTO.-** Llegados el día y hora señalados comparecieron las partes debidamente representadas, practicándose los medios de prueba con el resultado que es de ver en autos, tras lo cual se declararon los autos vistos para resolver.

**QUINTO.-** En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

##### **PRIMERO.- OBJETO DEL LITIGIO**

1. A través del presente procedimiento ejercita la parte actora acumuladamente acción individual de nulidad de la clausula segunda bis apartado c) del Préstamo en Divisas con Garantía Hipotecaria suscrito por las partes en fecha 26 de junio de 2007 por resultar abusiva y subsidiariamente acción de no incorporación de la misma condición general por no cumplir los requisitos de transparencia y comprensibilidad establecidos en el art 5 de la LCGC.

2. En esencia viene a sustentar su pretensión en el actor sobre la base de los siguientes argumentos: a) se le dio una información precontractual errónea e insuficiente, pues en todo caso por el director de la oficina donde se contrata el producto se le indica que libremente podría cambiar la divisa en la que se efectuaban los pagos, con el mero cumplimiento de un formal preaviso a la entidad bancaria b) Tampoco se le informó de la existencia de una clausula limitativa de esa facultad al momento de la lectura de la escritura de préstamo c) Durante la vigencia del préstamo se solicitó en diversas ocasiones el cambio de divisa y el banco lo rechazó remitiéndose a la política del banco y sin especificar los motivos concretos por los que se denegaba el cambio de divisa d) La cláusula controvertida resulta poco transparente y está falta de claridad y concreción con el único fin de aprovecharse de esta ambigüedad y oscuridad para interpretarla a su libre arbitrio según la ocasión, para tenerla en cuenta cuando le beneficie, perjudicando a los prestatarios o para

obviarla cuando ello le irroque beneficios, como habría ocurrido en el caso de la denegación del cambio a Libras interesado en diversas ocasiones por los actores e) Con independencia de lo anterior la cláusula resultaría abusiva al causar en perjuicio de los prestatarios un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones derivadas del préstamo y contravenir las exigencias de la buena fe.

3. Frente a tal pretensión se alza la demandada alegando en síntesis que: a) Fueron los actores quienes se interesaron por el producto por lo que conocían su funcionamiento, siendo en todo caso informado de las condiciones del préstamo b) La naturaleza del producto implica cierta complejidad que revierte igualmente en la naturaleza y condiciones del consumidor medio al que está dirigido c) La cláusula es clara legible y comprensible, de su contenido se desprende que el cambio de la divisa en la que efectuar la devolución del principal no es libre para el prestatario, sino que está supeditado al consentimiento de la entidad bancaria y que el mismo a su vez esta sujeto a un hecho objetivo como es la divisa elegida suponga un cambio fundamental en el tipo de cambio vigente, por lo que se trata de una condición simplemente potestativa, que por tanto no tampoco abusiva d) Tanto la cláusula como su ejecución responden a la necesidad de controlar el riesgo asumido por la entidad financiera evitando un incremento de endeudamiento en el cliente y ese sería el único motivo por el que se denegaron los cambios de divisa interesados en su momento, por lo que esa negativa redundó en beneficio del cliente y no del banco.

4. Aun cuando tal vez fuera más conveniente un control formal inicial de incorporación y sólo en caso de que el mismo resultase positivo realizar un control material de abusividad, por razones de congruencia hemos de realizar el examen en sentido inverso, pues con carácter principal se interesa la nulidad de la cláusula por resultar abusiva y sólo subsidiariamente se interesa la no incorporación. Del mismo se

omitirá cualquier valoración relativa a la existencia de vicios en el consentimiento, acción de nulidad no ejercitada y respecto de la que este juzgado carece de competencia objetiva.

**SEGUNDO.- VALORACION SOBRE LA ABUSIVIDAD DE LA CLAUSULA CONTROVERTIDA**

6 El tenor literal de la cláusula segunda Bis en lo que ahora interesa es el que sigue:

"El préstamo no obstante estar concertado en FRANCOS SUIZOS, puede ser convertido en cualquiera de las divisas admitidas a cotización en el mercado de Divisas de Madrid o moneda euro, con sujeción a las condiciones siguientes(...):

b) El prestatario deberá solicitar la conversión del préstamo en divisa mediante carta al banco que habrá de ser recibida por éste con al menos cinco días de antelación a la fecha de comienzo de cualquier periodo de interés.

c) El primer día hábil siguiente a la recepción de cualquier solicitud de las antes mencionadas, el Banco notificará al Prestatario su conformidad o disconformidad con la misma. Toda conformidad a este respecto estará sujeta a la condición de que no tenga lugar ningún cambio fundamental con respecto a la divisa opcional elegida en los mercados de moneda extranjera. Si tal cambio fundamental se produjera, el Banco lo pondrá en conocimiento del Prestatario lo antes posible y el préstamo será mantenido en la divisa elegida durante el precedente periodo de interés".

Valoración del carácter abusivo de una cláusula

7. Tal como señala la STJUE de 14 de Marzo de 2013: "para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un «desequilibrio importante» entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido. Asimismo, resulta pertinente examinar la

situación jurídica en que se encuentra ese consumidor para que cese el uso de cláusulas abusivas...

el juez nacional debe comprobar a tal efecto 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."

8. De otro lado El examen debe hacerse atendiendo al momento en que se contrata ( STS 9/5/2013 STJUE 21/2/2013)

9. En el presente caso la cláusula examinada vincula a la decisión del Banco la posibilidad del cambio de divisa, elemento este característico de la operación y que resulta un elemento esencial de cara a la contratación del producto, afectando a la ejecución misma del contrato.

10. Es cierto que la decisión del banco no resulta libre e incondicionada, sino que resulta supeditada a que el cambio implique un cambio fundamental con respecto a la divisa opcional elegida en los mercados de moneda extranjera. De otro lado es legítimo y justificado que el Banco pudiera ostentar un interés en que el cambio de divisa no implique un agravamiento notable del riesgo financiero de la operación.

11. Dicho lo anterior, resulta sin embargo que la redacción de la cláusula está falta de la debida transparencia, de modo tal que permite al consumidor conocer el funcionamiento económico de la cláusula y los parámetros en función de los que el consumidor podría optar por el cambio de divisa y esa falta de transparencia en el funcionamiento de la cláusula es lo que determina su abusividad. No es suficiente con la referencia a la existencia de un cambio fundamental en el cambio de la divisa elegida, pues no se facilitan a priori los elementos sobre los que se puede juzgar la existencia de ese cambio fundamental

12. Es cierto que debe tenerse en cuenta la naturaleza de los bienes y servicios objeto de la contrato y que como resalta la SAP Madrid 16 de marzo de 2012, citada por la demandada, en las operaciones de financiación en divisas, el

perfil del contratante medio es el empresas que operan en el ámbito internacional. Sin embargo y aún teniendo en cuenta la esencial complejidad de este producto es lo cierto que la cláusula en su redacción presenta una falta de transparencia, que impide predecir su funcionamiento, aún cuando se tuviera en cuenta el perfil de ese consumidor medio.

13. De otro lado es igualmente indiferente su en la ejecución del contrato las decisiones del banco han beneficiado o perjudicado al cliente o si las decisiones del mismo en torno al cambio de divisa, pudieran resultar equivocadas o perjudiciales para el mismo, lo decisivo es que la clausula contractual tal como está redactada suponga un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones e las partes en contra de las exigencias de la buena fe.

14. Puede traerse a colación por su similitud al presente caso la STJUE de 21 de Marzo de 2013, en la que examinaba por la compatibilidad con la directiva 93/13 de una cláusula que facultaba a la empresa suministradora a modificar unilateralmente el coste del suministro de gas, señalando al respecto el Tribunal que: "Una cláusula tipo que permita tal adaptación unilateral debe satisfacer, no obstante, las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia que imponen las citadas Directivas" ( ap 47), añadiendo que "tiene una importancia esencial a tal efecto determinar, por una parte, si en el contrato se expone de manera transparente el motivo y el modo de variación del coste relacionado con el servicio que ha de prestarse, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste". No es el mismo supuesto fáctico pero si se dan las mismas circunstancias, capacidad de una de las partes de interpretar unilateralmente el contenido y ejecución del contrato y necesidad en consecuencia de que el citado contrato, las circunstancias y condiciones bajo las cuales las partes pueden ejercitar sus derechos.

15. Las anteriores consideraciones determinan el carácter abusivo de la cláusula examinada.

### **TERCERO.- EFECTOS DE LA NULIDAD APRECIADA**

Conforme el art 10 de la Ley 7/98, conforme al que la declaración de nulidad de una o varias cláusulas no determina la nulidad de todo el contrato, si este pudiera subsistir sin tales cláusulas, lo que en definitiva al principio básico de conservación del negocio jurídico, ya declarado en la interpretación del art 10.4 de la LGDCU de 1984 (SAP Madrid 7/4/1999), de forma tal que si como ocurre en el presente caso la cláusulas declaradas nulas no afectan al objeto o causa del contrato o vician el consentimiento negocial prestado, sin que pueda integrarse el contrato por resultar contrario a la Directiva 93/13. En este sentido la STJUE 14 DE JUNIO 2012, considera que "el tenor literal del apartado 1 del citado artículo 6 resulta que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato en cuestión debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible ( ap 65).

**CUARTO .- COSTAS** En materia de costas y de conformidad con el art 394.1 de la LEC, procede su imposición a la demandada al haberse estimado la pretensión ejercitada

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

### **FALLO**

Con estimación de la demanda promovida por D.  
y de D<sup>a</sup>

contra BANCO SANTANDER S.A, debo declarar como declaro ABUSIVA la Cláusula segunda bis apartado c) del contrato de préstamo, decretando su NULIDAD y se CONDENE a la demandada PERMITIR LOS CAMBIO DE DIVISA según los términos del resto de apartados de la cláusula

En materia de costas procede su imposición a la demandada

Notifíquese a las partes indicándoles que esta sentencia no es firme y que contra la misma cabe recurso de apelación para ante la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, que en su caso, deberá interponerse ante este juzgado en el plazo de 20 días a contar desde la notificación de la presente.

Conforme a la Ley Orgánica 1/2009 de 3 de noviembre de 2009, se hace saber a las partes que para la interposición del recurso, deberá consignar la suma de **cincuenta euros** en la Cuenta de Depósitos Conforme a la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley y Consignaciones del Juzgado cuyo número es **4230 0000 02 seguido del nº de procedimiento. Deberá del mismo modo justificar la liquidación de la tasa prevista en la Ley 10/12**

Líbrese testimonio literal de esta sentencia, que quedará en las actuaciones, con inclusión del original en el libro de sentencias de este juzgado.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio mando y firmo

El Magistrado Juez

PUBLICACION.-Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Juez que la autoriza, estando celebrando Audiencia pública en el día de hoy que es el de su fecha.