

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 10 DE MADRID**

Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 2 - 28020

Tfno: 914932717

Fax: 914932719

42020310

NIG: 28.079.00.2-2016/0077873

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 429/2016**Materia: Contratos en general**
(01) 31062742552**Demandante::** D./Dña.

y D./Dña.

PROCURADOR D./Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON
ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN) en defensa de
PROCURADOR D./Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON**Demandado::** BANCO POPULAR ESPAÑOL SA
PROCURADOR D./Dña. JAIME QUIÑONES BUENO**SENTENCIA NUM.: 209/2017**

En Madrid a veintisiete de junio de dos mil diecisiete.

Doña María Dolores Fernández Alcalde, Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia NUM. 10 de Madrid , habiendo visto los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO 429/2016** seguidos ante este Juzgado, entre las siguientes partes: como demandantes ASUFIN en representación de sus asociados y
con Procurador Sharon Rodríguez de Castro Rincón y
Letrado Francisco de Asís Roldán Garrido como demandado Banco Popular Español SA con Procurador Jaime Quiñones Bueno y Letrado Jesús Pérez de la Cruz Oña acción de nulidad y subsidiaria de resolución de contrato y los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora Sharon Rodríguez de Castro Rincón en nombre y representación de la Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN) en representación de sus asociados y se formuló demanda de juicio ordinario contra Banco Popular Español SA fundándola en





los hechos y fundamentos de derecho contenidos en su escrito de demanda, que aquí se dan por reproducidos, suplicando en síntesis que, previos los trámites legales, se dictase sentencia en la que se declare la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario formalizado en la escritura pública de fecha 10 de junio de 2007 en todos los contenidos relativos a la opción multdivisas por los motivos subsidiarios de infracción de normas imperativas, abusividad y vicio en el consentimiento, declarando que el saldo adeudado referido a euros es el resultante de disminuir el total importe prestado la cantidad pagada hasta la fecha en euros declarando el contrato subsistente y que su amortización sea en euros utilizando como tipo de interés el referido en la escritura y la condena al demandado a estar y pasar por esta declaración, a la inmediata inaplicación de la cláusula multdivisa al recalcule de la misma y a la restitución al cliente de las cantidades percibidas en exceso por el banco por cada una de las cuotas devengadas desde la suscripción, la restitución de las cantidades cobradas por el concepto de cambio de divisa y las costas.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma y de los documentos aportados junto a ella a la demandada, personándose el procurador Jaime Quiñones Bueno, que en nombre y representación de Banco Popular Español SA contestó a la demanda oponiéndose a la misma y solicitando su desestimación con imposición a los demandantes de las costas.

TERCERO.- Citadas las partes a la celebración de la audiencia previa esta tuvo lugar el día 20 de febrero de 2017 en la forma que consta en la grabación audiovisual, señalándose para la celebración del juicio el día 26 de junio de 2017, acto en el que se practicó la prueba admitida de interrogatorio del demandante y testifical quedando, tras los trámites de conclusiones, las actuaciones vistas para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se ejercita por los demandantes un acción de nulidad contractual por error en el consentimiento o infracción de normas imperativas, y por ser una cláusula abusiva, de la escritura de préstamo en divisas con garantía hipotecaria otorgada por Banco Popular Español SA a favor de y





en fecha 19 de junio de 2007 ante el notario José Ángel Gómez Morán Etchart por un capital de 39.838.820 Yenes por su contravalor en euros de 238.000,00 euros, por un periodo de amortización con vencimiento el 10 de junio de 2029. En el caso de que la moneda de endeudamiento fuera en divisas se pactaba un tipo de interese variable de LIBOR mas un diferencial del 0,65 puntos y en caso de que fuera en euros, el tipo variable sería de EURIBOR mas un diferencial de 0.65 puntos.

Se afirma en la demanda que los demandantes que tenían otro préstamo hipotecario en euros, acudieron al Banco para obtener otra financiación, y que sus condiciones en principio no eran asumibles para ellos, que después recibieron una llamada de la directora de la entidad bancaria que les dio información sobre la hipoteca multidivisa que estaba referenciada al Libor que cotizaba muy por debajo del Euribor y a una moneda el yen japonés, muy estable y segura, sin que les informara de que el capital del préstamo tras 8 años pagando sería mas de 202.000 euros.

Que no recibieron ningún otro documento adicional distinto de la escritura de compraventa, que no les fue entregada con anterioridad, que no tuvieron oportunidad de negociar ni de modificar la cláusula multidivisa por que no se le explicó su contenido ni su extensión.

La cláusula respecto de la que se solicita la nulidad en la cláusula financiera 1, apartado 3, de la escritura de préstamo "cláusula multidivisa" cuyo tenor literal es el que sigue: *"La prestataria podrá, con un mínimo de 3 días hábiles de antelación al vencimiento de cada cuota de amortización, solicitar la sustitución de la divisa por otra de las cotizadas en España, incluida el euro, valorándose a estos efectos la divisa que se sustituya al cambio del vendedor, y la que se introduce a cambio del comprador. La sustitución deberá afectar al saldo pendiente del préstamo, de forma que en todo momento deberá estar utilizado y reflejado en una sola divisa."*

El tipo de cambio comprador y vendedor aplicado a cada uno de los cambios de divisa deberán ser los publicados por el Banco el día en que se solicite el cambio de la





divisa, salvo que las partes acordaran la aplicación de un cambio distinto, todo ello de conformidad con lo establecido en la presente Cláusula. La efectividad del cambio de divisa no se producirá hasta 2 días hábiles posteriores a la fecha de la solicitud.

A tal efecto, se harán los oportunos traspasos y el Banco reflejará el préstamo en la clase de divisa o, según el caso, en euros, que haya determinado la prestataria, quedando los diferentes saldos amparados, a todos los efectos, por lo pactado en el presente contrato y por la garantía hipotecaria que conlleva.

La prestataria comunicará al Banco, antes de las 12 horas del día en que finaliza el plazo para solicitar el cambio de la divisa en cada periodo de amortización, mediante telex o telegrama, o cualquier otro medio escrito del que quede constancia de su recepción, la clase de divisa por la que, en su caso, opta. A estos efectos, las solicitudes recibidas en día inhábil, o con posterioridad a las 13:15 horas de un día hábil, se tendrán por recibidas el día hábil inmediatamente posterior. Si no comunicara la variación de la moneda se entiende que opta por mantener la elegida para el periodo anterior.

Las solicitudes de cambio de divisa que se realicen dentro los tres últimos días hábiles anteriores al vencimiento de una cuota, se harán efectivas en las mismas condiciones que si hubieran sido recibidas el día hábil siguiente al vencimiento de dicha cuota.

En el día en que se haga efectivo el cambio de divisa, el Banco practicará una liquidación extraordinaria de intereses que abarcará el periodo comprendido entre la fecha de vencimiento de la cuota de amortización inmediatamente anterior a la solicitud de cambio efectuada y el día hábil anterior al que se haya hecho efectivo el cambio de la divisa. Del mismo modo, el pago de la siguiente cuota de amortización ordinaria, una vez hecho efecto el cambio de la divisa, se llevará a cabo en la fecha establecida en la Cláusula 2.1.b), si bien, el periodo de cálculo de esta cuota estará comprendido entre la fecha en que el cambio de la divisa se ha efectuado, y la fecha en que se produzca el pago de esta cuota ordinaria.





La sustitución de la divisa utilizada no supondrá, en ningún caso, la elevación del importe del préstamo, ni reducción del riesgo en vigor, salvo en caso de amortización, cualquiera que sea la causa, incluida la variación del tipo de cambio. Por tanto, la parte prestataria reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del préstamo, exonerando a Banco Popular Español, S.A de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en la moneda que, según el caso sea contratada pueda ser superior al límite pactado. Si se produjera dicho exceso, de manera que el contravalor en euros del capital pendiente de amortizar fuera superior en un 10% al importe de la responsabilidad hipotecaria que por principal corresponde, la prestataria deberá realizar una amortización extraordinaria de capital por el importe en que se cuantifique el referido exceso. En caso de que dicha amortización extraordinaria no se lleva a cabo en el plazo de dos meses contados desde la fecha en que el exceso se produzca, el Banco estará facultado para llevar a cabo la sustitución de la divisa contratada por euros.

La sustitución de la divisa utilizada implicará, en todo caso, la modificación del tipo básico de referencia aplicable, en los términos establecidos en el apartado 3.4 de la presente cláusula.

Para la determinación del contravalor a euros del saldo pendiente en cada momento se tendrá en cuenta el cambio vendedor de la divisa de que se trate publicado diariamente por el Banco.

El cambio de divisa realizado a solicitud de la parte prestataria devengará la comisión que se especifica en la Cláusula 4.5 del presente contrato. "

Se solicita la nulidad o anulabilidad parcial del contrato de préstamo hipotecario en todos los contenidos referentes a multidivisa subsistiendo en lo restante.





SEGUNDO.- La pretensión principal (nulidad parcial del contrato), interesa la nulidad por vulneración de las normas imperativas de la Ley de Consumidores y Usuarios, Ley de Condiciones Generales de Contratación, Ley de Mercado de Valores y como consecuencia de dichas infracciones provocar el error en el consentimiento de los contratantes, del mecanismo multidivisa previsto en la escritura de préstamo hipotecario suscrita, solicitando sea integrado el contrato con el resto de cláusulas, sin referencia alguna al mecanismo en divisas distintas al euro, de forma que se mantenga el préstamo, si bien en la moneda divisa en euros.

Lo que se ejercita es una nulidad parcial del clausulado de la hipoteca en lo que afecta a la multidivisa cuyos contenidos, si bien se refieren al objeto principal del contrato, en cuanto que afectan al índice tenido en cuenta para cuantificar el precio de la financiación (tanto principal como intereses), pueden ser separados del resto del préstamo hipotecario y permite que este pueda subsistir modificando la moneda alternativa como euros.

El contrato puede subsistir siempre que los contenidos afectados sean divisibles o separables del resto y haya base para afirmar que aún sigan concurriendo los elementos esenciales para funcionar sin necesidad de una nueva voluntad. Esto es lo que cabe deducir de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en torno a la nulidad de las cláusulas suelo que no por ello determinan la nulidad de los negocios en los que se insertan (las SS.T.S. de 12 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 2013 y 12 de enero de 2015).

En el mismo sentido la doctrina del Tribunal Europeo (STJUE de 30 de abril de 2014) en relación, precisamente, aun préstamo hipotecario multidivisa es que: *“El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional”*.

Esta doctrina responde al principio de protección al consumidor que inspira la normativa comunitaria y a la finalidad de reemplazar el equilibrio formal del contrato dando a los derechos y obligaciones de las partes un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas.





Como indica el Tribunal Europeo si no se permitiera sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria y se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales, como hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse.

Por todo ello, no hay motivo, para eludir la aplicación del principio de conservación del negocio jurídico, una de cuyas manifestaciones es la nulidad parcial, teniéndose como se solicita, por no puesta la cláusula multidivisa y el efecto de dicha nulidad parcial será la subsistencia del negocio.

TERCERO.- Se opone la caducidad de la acción ya que se entiende que el *dies a quo* comenzó, en el año de 2009 con la brusca caída del Euro frente al Yen, por entender la demandada que en ese momento con la información de los extractos mensuales, la parte actora ya era consciente del riesgo de tipo de cambio.

La naturaleza de la nulidad derivada del error vicio del consentimiento, que no es la de una nulidad radical, en la que la acción para exigir su declaración no está sometida a plazo alguno de ejercicio, sino la de una nulidad relativa o anulabilidad (STS núm. 603/2013, de 4 de octubre, y núm.119/2015, de 5 de marzo). El consentimiento existe pero está viciado por el error. El contrato es susceptible de confirmación, expresa o tácita, y asimismo, si la acción de anulación no es ejercitada en plazo, el contrato deviene inatacable por razón del vicio del consentimiento.

En esta clase de nulidad, el ejercicio de la acción está sometida al plazo previsto en el art. 1301 del Código Civil, conforme al cual la acción de nulidad durará cuatro años y este tiempo empezará a correr en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, desde la consumación del contrato. Ahora bien, debe ser de aplicación el criterio interpretativo fijado en la STS núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015, (ratificada en STS de 7 de julio de 2.015) en la que se concluye que *“La diferencia de complejidad entre las relaciones contractuales en las que a finales del siglo XIX podía producirse con más facilidad el error en el consentimiento, y los contratos bancarios, financieros y de inversión actuales, es considerable. Por ello, en casos como el que es objeto del recurso no puede interpretarse la*





"consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara. En la fecha en que el art. 1301 del Código Civil fue redactado, la escasa complejidad que, por lo general, caracterizaba los contratos permitía que el contratante aquejado del vicio del consentimiento, con un mínimo de diligencia, pudiera conocer el error padecido en un momento más temprano del desarrollo de la relación contractual. Pero en el espíritu y la finalidad de la norma se encontraba el cumplimiento del tradicional requisito de la "actio nata", conforme al cual el cómputo del plazo de ejercicio de la acción, salvo expresa disposición que establezca lo contrario, no puede empezar a computarse al menos hasta que se tiene o puede tenerse cabal y completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción. Tal principio se halla recogido actualmente en los principios de Derecho europeo de los contratos. En definitiva, no puede privarse de la acción a quien no ha podido ejercitarla por causa que no le es imputable, como es el desconocimiento de los elementos determinantes de la existencia del error en el consentimiento. Por ello, en relaciones contractuales complejas como son con frecuencia las derivadas de contratos bancarios, financieros o de inversión, la consumación del contrato, a efectos de determinar el momento inicial del plazo de ejercicio de la acción de anulación del contrato por error o dolo, no puede quedar fijada antes de que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia de dicho error o dolo. El día inicial del plazo de ejercicio de la acción será, por tanto, el de suspensión de las liquidaciones de beneficios o de devengo de intereses, el de aplicación de medidas de gestión de instrumentos híbridos acordadas por el FROB, o, en general, otro evento similar que permita la comprensión real de las características y riesgos del producto complejo adquirido por medio de un consentimiento viciado por el error."

Aplicando la doctrina contenida en esta sentencia, se debe valorar que efectivamente tras comenzar las fluctuaciones de la divisa los demandantes podrían comprobar como su cuota hipotecaria aumentaba pero esto solo implicaría que los demandantes pudieran apreciar el riesgo de incremento del tipo de interés, pero no del riesgo de aumento del principal que es fundamental en la naturaleza de este contrato.

No se pueden entender que con esos incrementos de las cuotas, se haya acreditado que los demandantes se dieran cuenta del riesgo del producto, dado que en ese momento no se podían evidenciar de forma clara las consecuencias perjudiciales, sobre todo en su incidencia sobre el principal prestado sin que conste que en ningún momento los demandantes cambiaran la divisa ni exista acto alguno que con claridad lleve a entender





que si conocían las consecuencias económicas globales de la financiación. En los extractos del banco no aparece con claridad el contravalor equivalente en euros y la carta que el demandante remite al Banco en fecha 15 de enero de 2013 (documento 12 de la demanda), si pone de manifiesto su conocimiento el aumento del principal, pero siendo la demanda de fecha 19 de abril de 2016, no se habría cumplido el plazo de caducidad .

En consecuencia, no existe prueba alguna de que de forma previa a esa carta, los demandantes tuvieran un completo conocimiento de la causa que justifica el ejercicio de la acción y por lo tanto la acción no habría caducado por lo que procede examinar la prosperabilidad de la acción ejercitada.

CUARTO.- Puesto que se ejercita una acción de nulidad parcial por vicio en el consentimiento y vulneración de normas imperativas se ha de partir de determinar la naturaleza del negocio jurídico cuestionado ya que es fundamental para concluir las obligaciones de información de la entidad financiera.

La naturaleza jurídica y características del pacto multidivisa del préstamo hipotecario cuya anulación se pretende fue abordada por la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015 según la cual:

" Lo que se ha venido a llamar coloquialmente " hipoteca multidivisa " es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplicar el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el libor (London Interbank Offerd Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).

El atractivo de este tipo de instrumento financiero radica en utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario. Las divisas en las que con más frecuencia se han concertado estos instrumentos financieros son el yen japonés y el franco suizo. Como se ha dicho, con frecuencia se preveía la posibilidad de





cambiar de una a otra divisa, e incluso al euro, como ocurría en el préstamo objeto de este recurso.

Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se deprecia, el importe en euros era menor, y si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros de 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 multidisivas " 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."





La anterior sentencia consideró la "hipoteca multidivisa", en tanto que préstamo, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. Por ello la Sala consideró que estaba incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 de dicha ley y que era un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores, en relación al art. 2.2 de dicha ley. La consecuencia según esta sentencia era que la entidad prestamista estaba obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores, tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y, en concreto, los del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores y el citado Real Decreto.

Por el contrario, la sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015 concluyó en los siguientes términos *"las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste. De ello resulta, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, que las operaciones de cambio que realiza una entidad de crédito en el marco de la ejecución de un contrato de préstamo denominado en divisas, como el controvertido en litigio principal, no pueden calificarse de servicios de inversión, de manera que esta entidad no está sometida, en particular, a las obligaciones en materia de evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que pretende prestar previstas en el artículo 19 de la Directiva 2004/39"*.

Por lo tanto el préstamo hipotecario objeto de este procedimiento no puede ser calificado como un instrumento financiero ni le es de aplicación, la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, modificada en 2007, como tampoco la normativa incluida en la directiva MIFID, que se traspuso en el año 2007 a la Ley precitada y entró en vigor el 21 de diciembre de 2007. (En este mismo sentido las SAP de Madrid, sección 9ª, de 15 de febrero de 2015 y de 30 de junio de 2015). Al no ser su naturaleza la de un instrumento financiero





complejo, no es exigible el cumplimiento de los deberes de información y transparencia recogidos en los artículos 78 y 79 bis de la citada Ley ni puede afirmarse la nulidad por infracción de tales normas.

No obstante esto no significa que no se mantengan los deberes de información que corresponden al deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 del Código Civil que *“conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar”* (STS 840/2013, de 20 de enero de 2014).

La Jurisprudencia (sentencias núm. 840/2013, de 20 de enero , y 716/2014 de 15 diciembre) , ha declarado que el incumplimiento de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error. Del mismo modo ha considerado infundadas las pretensiones de anulación por vicio de consentimiento en el caso de contratación de estos productos, cuando el contratante, pese a tener la consideración legal de minorista, tiene el perfil de cliente experimentado y la información que se le ha suministrado, pese a que pudiera no ser suficiente para un cliente no experto, sí lo es para quien tiene experiencia y conocimientos financieros (sentencia núm. 207/2015, de 23 de abril). Lo relevante para decidir si ha existido error vicio no es, si se cumplieron las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo.

La omisión en el cumplimiento de los deberes de información permite presumir la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que





contrata y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error del cliente.

Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. El 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 de 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.

No se puede decir que no se incrementa la cantidad a devolver sino que lo que se cambia es el contravalor al tener que adquirir el prestatario la divisa en la que se paga. Esto no deja de ser un enunciado teórico, que siendo cierto, desde el punto de vista formal, no se corresponde con la realidad económica que para el prestatario supone este préstamo en el que puede que tenga que devolver un precio superior al que intentó financiar.

El prestatario adquiere un bien (normalmente la vivienda) cuyo precio está en euros, y ese importe es el que le sirve de referencia y en el que garantiza y tasa el inmueble. La conversión en otra moneda de ese valor, es una ficción que no se corresponde con el bien adquirido y financiado, de tal forma que si la evolución de la divisa le es desfavorable al prestatario consumidor va a tener que devolver no solo unos intereses superiores, circunstancia que se podría dar igual si el índice fuera en su moneda, sino que el precio del bien que financió traducido en euros, puede ser muy superior.

La Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de





2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, cuyo plazo de transposición ya ha concluido, hace referencia a los problemas que se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban. En los artículos 13.f y 23 se contienen previsiones específicas para estos préstamos en moneda extranjera, que son sometidos a importantes limitaciones para reducir el riesgo de cambio de divisa que supone para los prestatarios, y a obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos para las entidades que los comercialicen.

Esta normativa pone de manifiesto el riesgo que de falta de comprensión que estos productos financieros tienen.

Esta juzgadora entiende que resulta de aplicación a este tipo de hipotecas la doctrina sentada por el Tribunal Europeo y el Tribunal Supremo sobre el control de transparencia de los préstamos hipotecarios con “cláusulas suelo” suscritos con consumidores, teniendo en cuenta que las dificultades de comprender el riesgo real de las hipotecas multidivisa es muy superior a las cláusulas suelo en las que la referencia del tipo de cambio es constante y en la misma moneda que el consumidor adquirió el bien financiado.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014 establece que *“la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical.”* Y de forma específica en relación con una cláusula multidivisa indica que

“el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las





consecuencias económicas derivadas a su cargo".

La Jurisprudencia (STS 241/2013, de 9 de mayo), ha entendido que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al equilibrio de las " *contraprestaciones* ", que identifica con el objeto principal del contrato, pero eso no impide que el sistema no las someta al doble control de transparencia.

Este doble control consistía, según la sentencia núm. 241/2013, en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, controlar que " *el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la " carga económica " que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en las presupuestas o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo*".

Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (artículos 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación) sino que además, supone que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio.

Estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.





En este caso, esto supone determinar si los contratantes tuvieron completo conocimiento, sobre las consecuencias económicas que derivan de la elección de la divisa extranjera, especialmente en cuanto a la relación del cambio de la divisa sobre el capital pendiente de amortizar del préstamo.

Se trata de una cláusula redactada por la entidad financiera sin intervención de los prestatarios y que éstos tienen la condición de consumidores con arreglo a la normativa de consumidores y usuarios actual, Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre y la anterior regulación Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Se trata de cláusulas comunes en todos los préstamos de esta naturaleza, sin que conste indicio alguno de negociación individual.

La cláusula multidivisa ya en si misma resulta confusa ya que por un lado se dice que *“La sustitución de la divisa utilizada no supondrá, en ningún caso, la elevación del importe del préstamo, ni reducción del riesgo en vigor, salvo en caso de amortización, cualquiera que sea la causa, incluida la variación del tipo de cambio.”*

No hay una advertencia clara y concreta sobre el riesgo de que el saldo pendiente lejos de minorar con los pagos, puede aumentar. Y por otro lado se dice que la parte prestataria asume el riesgo de que *“la posibilidad de que el contravalor en la moneda que, según el caso sea contratada pueda ser superior al límite pactado”*. Por lo tanto, no queda clara la forma en la que afecta la fluctuación de la divisa en el capital que resta por amortizar.

A esto se debe añadir que según la testigo, empleada de la entidad demandada que explicó el funcionamiento de la hipoteca a los demandantes, si bien les explicó el riesgo relativo al capital pendiente con simulaciones, lo hizo de acuerdo con la coyuntura en la que se encontraban, esto es de acuerdo con el funcionamiento favorable y positivo que en el pasado habían tenido estas hipotecas y la moneda del yen y con las ganancias que habían obtenido otros colectivos que se financiaron con ellas, por lo tanto la información verbal dada a los demandantes estaba condicionada por un planteamiento optimista y positivo que no reflejaba los riesgos que existían y que se constataron en el futuro.



Administración
de Justicia

La misma testigo ha reconocido que fue ella quien llamó a los demandantes para ofrecerles este tipo de hipoteca, después de haberles dado antes información sobre otra en euros. Por lo tanto la información que tenían los demandantes era la que les proporcionó la entidad, y esta era una información sobre las bondades del producto no sobre los riesgos reales. No consta ninguna información escrita ni sería suficiente una simulación con fluctuaciones mínimas al alza del coste de la hipoteca. No existe constancia de que se entregara información documental salvo la expresada en la escritura de préstamo y esta como ya se ha dicho utiliza expresiones confusas sobre el riesgo sobre el capital e incluye una tabla con un tipo de amortización que no se corresponde con la realidad, con un tipo de cambio fijo.

Es evidente que es posible un seguimiento del precio del Yen , o de otra moneda, para ello existen numerosas páginas webs, publicaciones y otras fuentes de consulta donde puede hallarse información sobre su coste , que el cliente podía el mismo comprar la moneda o esperar a que la comprara el Banco.

En este caso, los demandantes no abrieron ninguna cuenta para comprar divisas, aunque la testigo ha dicho que si les informó de esa posibilidad.

Los demandantes pudieron conocer el funcionamiento del préstamo en este sentido, el problema en estos productos es la dificultad de hacer predicciones a largo plazo como suelen ser las hipotecas, sobre el tipo de interés o el precio de la moneda, sin que exista información en las fuentes ordinarias de consulta , que permitan dar seguridad sobre esos elementos. Por lo tanto el consumidor no puede tener la seguridad ni siquiera del precio que le va a costar en realidad el bien adquirido cuando termine el periodo de amortización del préstamo.

No se trata en puridad de falta de información en cuanto al funcionamiento del mecanismo de conversión de la divisa escogida por otra, ni tampoco de la propia elección de la moneda, ni de la fluctuación, en cuanto la divisa escogida por los prestatarios como inherente al funcionamiento de la modalidad multidivisa (control de inclusión) se trata de la información sobre sus consecuencias (control de transparencia para conocer la carga económica del contrato) . Esto es si los contratantes tuvieron completo conocimiento, basado en criterios detallados y comprensibles, sobre las consecuencias económicas que derivan de la elección de la divisa extranjera, especialmente en cuanto a la relación del cambio de la



Madrid



divisa sobre el capital pendiente de amortizar del préstamo y la posibilidad de sufrir una variación al alza del principal en caso de depreciación del Euro respecto de la divisa elegida.

En cuanto a la información sobre las repercusiones económicas reales en la economía del contrato, de la prueba practicada no se puede afirmar que los demandantes tuvieran la información necesaria para conocer la naturaleza del contrato, ya que no habían contratado una hipoteca así con anterioridad, y solo buscaban una financiación mas barata para su adquisición cuando se les ofreció esta posibilidad .

En la escritura consta que el Notario autorizante ha tenido a la vista la oferta vinculante, aunque no se ha aportado y también que la parte prestataria ha hecho uso de su derecho a examinar el texto. El demandante ha manifestado que esto no es cierto y que no se le entregó oferta vinculante ni examinaron el texto . En cualquier caso se debe insistir en que el contenido de la escritura no es lo suficientemente claro como para derivar de su lectura la suficiente información sobre los riesgos.

La simple intervención notarial, como dice la *S.T.S 8 de septiembre de 2014* no garantiza la comprensibilidad real ni el control y cumplimiento de ese deber especial y esencial de facilitar la información, clara, completa, adecuada en cuanto al funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa y muy especialmente la relación entre dicho mecanismo y el detallado por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo.

Además, su constancia no supe el deber de información previa que corresponde a la entidad financiera ni implica que se ofreciera a los clientes información completa, adecuada, comprensible a fin de poder conocer, antes de la firma, los concretos riesgos derivados del funcionamiento de dicha elección de la modalidad multidivisa.

No existe tampoco copia de la oferta vinculante entregada al cliente, aun cuando no existía obligación legal de acuerdo con la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 derogada por la de 28 de octubre de 2011 sobre transparencia de las condiciones financieras del préstamo hipotecario al resultar la cuantía de aquel superior a 25 millones de pesetas (150.253,02), 238.000 euros.

Las declaraciones de la empleada de la demandada manifestando que si se les hicieron simulaciones positivas y negativas en un documento que no consta haya sido recibido, no permiten concluir que la información que se dice ofrecida se ajustara a la





parámetros exigibles. Pues más allá de su obvia e interesada declaración ningún otro medio asevera aquellas afirmaciones en cuanto a las simulaciones facilitadas a los clientes, consumidores y usuarios, en cuanto al impacto que tendría una revalorización o una depreciación de la divisa escogida frente al Euro.

En definitiva, el déficit de información ofrecida por la demandada a los prestatarios lleva a considerar que la entidad demandada incumplió la obligación de comportarse con diligencia y transparencia para con sus clientes en cuanto a los concretos riesgos asociados a la elección de la divisa escogida y riesgos derivados del tipo de cambio de la operación en la determinación del principal adeudado y las posibles modificaciones en cuanto a su cuantía a fin de que esos consumidores pudieran evaluar con criterios claros, precisos, detallados y comprensibles las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

Partiendo de todo ello, procede la nulidad parcial del préstamo hipotecario de autos, nulidad parcial que conlleva que, aún sin la parte afectada el contrato pueda subsistir de la misma forma que la doctrina plasmada en las *sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013* que entendió que la nulidad de las cláusulas suelo en el caso analizadas no había de comportar la de los contratos en los que se insertaban, por no imposibilitar su subsistencia.

De esta forma procede declarar la nulidad parcial del préstamo hipotecario en cuanto a los contenidos relativos a la opción multidivisa, subsistiendo los restantes, de manera que la cantidad adeudada será el importe de la hipoteca referenciado en euros menos las cantidades amortizadas en concepto de principal e intereses también convertidos en euros, de forma que el préstamo quede referenciado a euros y el tipo de interés al EURIBOR mas el diferencial pactado, y conforme se solicita, debiendo la entidad demandada proceder a recalcular el préstamo como si hubiera sido desde su inicio referenciado a euros y el tipo de interés al EURIBOR, con los intereses legales a favor de una u otra partes, según las cuotas resultantes sean inferiores o superiores a la suma que hubiese correspondido en euros, entregar a la parte actora el exceso de las cuotas pagadas por principal e intereses o a elección de la actora, proceder a su amortización del préstamo.

La petición de la letra f) del Suplico no resulta justificada ya que no se efectuó ningún cambio de divisa.





QUINTO.- En cuanto a las costas, de conformidad con el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento civil, estimada la demanda, procede imponerlas a la parte demandada.

FALLO.

Estimando la demanda formulada por la Procuradora Sharon Rodríguez de Castro Rincón en nombre y representación de la Asociación de Usuarios Financieros (ASUFIN) en representación de sus asociados y
frente a Banco Popular SA:

Primero: declaro la nulidad parcial de la escritura de préstamo en divisas con garantía hipotecaria otorgada por Banco Popular Español SA a favor de
y en fecha 19 de junio de 2007 ante el notario José Ángel Gómez Morán Etchart por un capital de 39.838.820 Yenes por su contravalor en euros de 238.000,00 euros, en cuanto a los contenidos relativos a la opción multidivisa, subsistiendo los restantes, de forma que el préstamo quede referenciado a euros y el tipo de interés al EURIBOR mas el diferencial pactado;

Segundo: condeno a la entidad demandada proceder a recalcular el préstamo como si hubiera sido desde su inicio referenciado a euros y el tipo de interés al EURIBOR, con los intereses legales a favor de una u otra parte, según las cuotas resultantes sean inferiores o superiores a la suma que hubiese correspondido en euros y a entregar a la parte actora el exceso de las cuotas pagadas por principal e intereses o a elección de la actora, proceder a su amortización del préstamo.

Tercero: condeno a la parte demandada en las costas del procedimiento.

Así lo acuerda, manda y firma el Sr. Dña. María Dolores Fernández Alcalde Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia Número 10 de los de Madrid, de lo que doy fe.

Notifíquese la presente resolución a las partes poniendo en su conocimiento que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial que se interpondrá ante este Juzgado en el plazo de VEINTE DÍAS contados desde el siguiente a la





notificación de esta resolución, exponiendo las alegaciones en que base la impugnación y citando la resolución apelada y los pronunciamiento que impugna, previo depósito de 50 euros que deberá consignar en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado nº 2438-0000-04-0429-16 de este Órgano en el Banco Santander, de conformidad con lo establecido en la LO 1/2009 de 3 de noviembre por la que se modifica la LOPJ, y que deberá acreditar la parte recurrente mediante la presentación del resguardo, haciendo saber que no se admitirá ningún recurso cuyo depósito no esté constituido.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá ingresarlas en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo beneficiario Juzgado de 1ª Instancia nº 10 de Madrid, y en el campo observaciones o concepto se consignarán los siguientes dígitos 2438-0000-04-0429-16.

Así mismo deberá aportar justificante del pago de la tasa prevista en la Ley 10/2012 de 20 de noviembre por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Juez que la suscribe estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que yo, el Letrado de la Administración de Justicia doy fe.

