



Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Barcelona

Gran Vía de les Corts Catalanes, 111, edifici C, planta 7 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549413
FAX: 935549513
EMAIL: instancia13.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120168179321

Procedimiento ordinario 714/2016 -2A

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

Parte demandante/ejecutante: ASOCIACIÓN DE
USUARIOS

Parte demandada/ejecutada: CAIXABANK SA
Procurador/a: Ramon Feixó Fernández-Vega
Abogado/a:

Procurador/a: Pedro Moratal Sendra
Abogado/a: MARIA JOSE LUNAS DIAZ

SENTENCIA Nº 174/2017

Magistrada: Marta Teresa Montañes Delmas

Lugar: Barcelona

Fecha: 13 de noviembre de 2017

VISTOS por **DOÑA MARTA MONTAÑÉS DELMÁS**, Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia número trece de los de esta ciudad, los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO** seguidos con el número **714/2016**, sobre nulidad de contrato, a instancia de **ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS (ASUFIN)**, quien actúa en nombre e interés de su asociado, , representada por el Procurador de los Tribunales, Sr. Don Pedro Moratal Sendra y defendida por la Letrado, Doña María José Lunas Díaz, contra **CAIXABANK, S.A**, representado por el Procurador de los Tribunales, Sr. Don Ramón Feixó Fernández-Vega y defendido por la Letrado, Doña M^a Paz Barrera Vargas, procede dictar la presente resolución,



Descargado en www.asufin.com



Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Montañaes Delmas, Maria Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: En fecha 23 de septiembre de 2016 se presentó por la representación procesal de ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS (ASUFIN), quien actúa en nombre e interés de su asociado, , demanda de juicio ordinario contra la entidad CAIXABANK, S.A, ejercitando acción de nulidad, solicitando se dictase sentencia que declarase la nulidad o anulabilidad de la cláusula u opción multidivisa del préstamo hipotecario multidivisa suscrito con la asociada en cuyo interés se actúa en estos autos, y, en su caso, de cuantas novaciones o carencias se hubieren suscrito, bien sea por el incumplimiento de normas imperativas o prohibitivas, bien sea por el dolo con que operó la entidad o el error en que incurrieron los consumidores en la suscripción de este producto, o, subsidiariamente, por la declaración de abusividad o falta de transparencia de dichas cláusulas, en los términos descritos en la presente demanda. Asimismo, se declare la nulidad o no incorporación del resto de cláusulas abusivas o poco transparentes insertas en el contrato en los términos expuestos en la presente demanda o que de oficio sean apreciadas por el juzgador.

En virtud de lo anterior, se condene a la entidad demandada a eliminar de su contrato dicha condición general sobre la opción multidivisa y sus accesorios o cualquier otra que, con independencia de los términos en que esté redactada y el nombre que se les dé, produzca el mismo efecto y a prohibir su utilizaciónE futura. Idénticamente, se condene a eliminar el resto de cláusulas consideradas abusivas.

En consecuencia, se condene a la entidad demandada a recalcular el importe pendiente de amortizar a través de un cuadro de amortización en euros, referenciado al tipo de interés y diferencial previsto para este supuesto en el contrato, así como a devolver a la prestataria las cantidades que se hubiesen cobrado en exceso en virtud de la aplicación de la cláusula declarada nula



Descargado en www.asufin.com



actualizado con los intereses legales correspondientes. A tal fin se condenará a la entidad a estar y pasar por esta declaración, adaptando al efecto las medidas necesarias para esta adaptación, como la elaboración de la tabla comparativa entre lo efectivamente abonado por todos los conceptos y lo que se tendría que haber abonado y corriendo con todos los gastos que se deriven del cumplimiento del fallo.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 22 de la LCGC, para el caso de estimarse la nulidad de las cláusulas en base a esta norma, se dicte mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia estimatoria en el mismo.

Y se condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento.

Subsidiariamente, se declare el incumplimiento de la demandada de las obligaciones contractuales que le son inherentes, entre otras las relativas a la información durante todo el contrato, y, en consecuencia, se condene a la entidad, a indemnizar al cliente en los daños y perjuicios producidos, con expresa condena en costas y demás consecuencias legales.

Subsidiariamente, para el caso de que se considere conforme a derecho el contrato litigioso y se considere que la entidad demandada no podía prever el cambio radical y sobrevenido de las circunstancias económicas que habían dado lugar a la suscripción del producto, se aplique la cláusula "rebus sic stantibus", reduciendo la deuda pendiente de pago en relación con la hipoteca multivisa que la consumidora tiene suscrita con la demandada, según las pautas indicadas anteriormente o el mejor criterio del Juzgador. Todo ello con expresa condena en costas.

SEGUNDO: Se dictó Decreto en fecha 3 de noviembre de 2016, admitiendo la demanda a trámite, dando traslado de la demanda a la demandada emplazándola para que la contestara en 20 días hábiles.

Codi. Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ6FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Montaña Leas Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





TERCERO: En fecha 14 de diciembre de 2016 se presentó por la representación procesal de CAIXABANK, S.A, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la demanda y solicitando la desestimación de la demanda con condena en costas a la actora.

CUARTO: Mediante Diligencia de Ordenación se tuvo por contestada la demanda, señalándose para la celebración de la Audiencia Previa el día 27 de marzo de 2017 a las 10.30 horas.

QUINTO: El día señalado para la celebración de la audiencia previa, asistieron procurador y letrado de la parte actora y procurador y letrado de la parte demandada y tras manifestar no haber llegado a un acuerdo entre las partes, no concurriendo obstáculos procesales que impidan la continuación del pleito y que debieran ser resueltos en la Audiencia, se pronunciaron las partes sobre los documentos presentados no impugnando ninguna de las partes la autenticidad de los presentados por la adversa sin perjuicio de la valoración de su contenido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 427 de la LEC, y se fijaron los hechos del debate sobre los que existía controversia, solicitando a continuación el recibimiento del pleito a prueba. Por la actora, se propuso como pruebas, documental consistente en dar por reproducidos los documentos acompañados a la demanda; más documental consistente en que se requiera a la entidad demandada para que aporte todos los justificantes de las operaciones de compra de la divisa en el mercado relativas a satisfacer las necesidades de compra de divisa de la actora por cada periodo y que justificarían el cobro de la comisión correspondiente en cada caso y la actuación de mera intermediaria, sin interés propio, de la entidad. En caso de no existir, que se aporte certificación negativa expedida por el representante legal de la entidad; más documental consistente en que se requiera a la entidad demandada para que aporte el contrato con el que habría cubierto la posición de riesgo contraída con este préstamo y que justificaría su falta de conflicto de interés en la formalización de este préstamo, o, en caso de no existir, certificación negativa del representante legal de la entidad; más documental consistente en que se requiera a la entidad demandada para que aporte certificado emitido por el responsable legal de la

Codi Segur de Verificació: 9DYZ2P3AFQ6FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montserrat Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





entidad acreditativo del número total de hipotecas multidivisa comercializadas por la entidad entre los años 2006 y 2010, individualizados por años e indicando el saldo total concedido por años, a fin de acreditar que se realizó una comercialización intensa por parte de la demandada y que no fue una venta singular a requerimiento del cliente; más documental consistente en que se requiera a la entidad demandada para que aporte la documentación acreditativa sobre la catalogación dada para su comercialización a las hipotecas multidivisas; las fichas, notas informativas o circulares internas emitidas para los productos litigiosos así como la identificación y formación de las redes de venta autorizadas para dichas emisiones y los planes de formación o actividades formativas concretas diseñadas para dar a conocer las características, riesgos y categoría de clientes objetivo, para estos productos, así como la constancia de la asistencia a estos cursos y superación de los mismos del comercial que intervino en estas operaciones; pericial de la perito Doña Nuria García Pascual y testifical de . Por la entidad demandada se propuso como pruebas, documental consistente en que se den por reproducidos los documentos acompañados en el escrito de contestación a la demanda; interrogatorio de la actora y testifical de . Se admitieron todos los medios de prueba excepto la más documental 3, propuesta por la parte actora. La parte actora recurrió en reposición la inadmisión de la más documental 3. La demandada impugnó el recurso, desestimándolo esta juzgadora, formulando la actora la oportuna protesta. Por su parte, la demandada recurrió en reposición la admisión de la más documental 1, 2 y 4 propuestas la parte actora. La actora impugnó el recurso, desestimándolo esta juzgadora, formulando la demandada la oportuna protesta y a continuación se señaló para la celebración del juicio el día 7 de noviembre de 2017 a las 12.00 horas. En dicha fecha se practicaron todos los medios de prueba y a continuación, se concedió a las partes la palabra a fin de valorar las pruebas practicadas y formular sus conclusiones sobre los hechos fundamentos objeto de controversia, lo que verificaron y tras lo cual se declararon los autos conclusos para dictar sentencia.

SEXTO: En la tramitación del presente juicio se han observado las

Codi. Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5PJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Lees Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Por la representación de la actora, ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS (ASUFIN), quien actúa en nombre e interés de su asociado, _____, se interpuso demanda sobre nulidad de contrato, a sustanciar por los trámites de juicio ordinario contra CAIXABANK, S.A.

Sucintamente los hechos de la demanda son los siguientes: La actora tenía suscritas dos hipotecas, una con la entidad IBER CAJA S.A y otra con BANCO SABADELL S.A. La primera sobre su vivienda habitual y la segunda sobre una segunda vivienda. A mediados del año 2007, la actora se planteó buscar una mejor solución financiera estudiando la posibilidad de unificar sus dos hipotecas con el fin de pagar menos cuota y liberar a los fiadores.

Acudió a la sucursal de la entidad de BARCLAYS BANK, S,A (hoy CAIXABANK S.A) con la idea de mejorar las condiciones financieras de sus préstamos. Así pues, se le ofreció la posibilidad de contratar una hipoteca en divisa extranjera que, según se le informó, le resultaría más beneficiosa que la hipoteca tradicional beneficiándose de un tipo de interés menor, ya que el LIBOR se encontraba varios puntos por debajo del EURIBOR y que teniendo el cuenta la paridad entre el Euro y el Franco Suizo, su estabilidad y su carácter mucho más controlado, esta opción le reportaría un recorte importante de la obligaciones financieras que iba a contraer sin tener que hacer frente a grandes oscilaciones en un futuro.

Teniendo en cuenta que las viviendas fueron tasadas en 130.144,56 euros y 222.650,01 euros respectivamente y que el importe calculado como cuantía del préstamo que finalmente se otorgó ascendió a 218.000 euros, es decir, un 67% del valor conjunto de tasación y que además la actora formaba parte del sector aéreo, resultó que ella tenía "el privilegio" de poder acogerse a esta modalidad

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Montaña Leas Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





de financiación tan ventajosa, como así finalmente se hizo.

La cliente no contó con ningún tipo de asesoramiento externo o independiente más allá del que le prestó la entidad al aconsejarle la suscripción de este producto que, según le detallaron, resultaba sumamente beneficioso para ella. Basó por tanto su decisión en la información suministrada por la entidad y en la confianza depositada en una entidad como la demandada, que goza de un importante prestigio y así tomó la decisión de suscribir dicha hipoteca el 31 de mayo de 2007.

En el momento de la firma ante Notario, que duró escasamente 15 minutos, éste tampoco realizó ningún tipo de advertencia especial sobre los riesgos de este producto, limitándose a una lectura rápida y poco detallada de los aspectos esenciales, tales como el importe prestado, el número de años, el tipo de interés de referencia y la descripción de la garantía hipotecaria constituida.

Para evaluar el préstamo hipotecario multidivisa objeto de litigio se aporta el informe pericial de Doña Nuria María García Pascual y Doña Esperanza Meroño Pardo de Vera, como documento 6 de la demanda.

En cuanto a lo que se dijo a la cliente sobre este producto, se realizó una comercialización basada únicamente en los efectos de la hipoteca multidivisa en la cuota mensual, abstrayéndose de cualquier otro dato o consecuencia que pudiera tener en otros elementos de la hipoteca y basándose en los casos en que se ofreció esta información que ni siquiera fueron todos, en los datos históricos de tipos de interés y divisas.

La entidad, en su apuesta destacada por ofrecer datos sobre la cuota y sus beneficios, ocultó o cuando menos minimizó, los riesgos reales del producto y se ocupó de destacar los beneficios potenciales del mismo, desatendiendo la más mínima pauta de diligencia profesional y buena fe y en total incumplimiento de la normativa bancaria y financiera.

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5PJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montserrat Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





En definitiva, en el momento previo a la firma, el cliente únicamente tenía un conocimiento no sólo limitado sino más bien sesgado de lo que realmente era esta hipoteca. Pensaba que estaba contratando una hipoteca llena de ventajas, beneficiada de un tipo de interés muy reducido a cambio de una comisión por tipo de cambio de la divisa mes a mes y de la que, en caso de no resultar cómoda, podría escapar sin problemas mediante el cambio de divisa de referencia, y se consideraba privilegiada por haber podido acceder a esta modalidad que solo era ofrecida a unos cuantos "elegidos".

Todos los defectos informativos de la fase precontractual podrían haberse subsanado en la fase contractual con una correcta redacción del contrato que exponga de forma clara, contundente, completa y con ejemplos reales que permitan conocer a ciencia cierta las variables del producto y sus riesgos reales. Sin embargo, el análisis del clausulado únicamente arroja mayor confusión sobre el producto, pues incurre en los mismos errores que la información precontractual y además al utilizar un lenguaje técnico y entremezclar datos habituales de cualquier hipoteca convencional con los de esta modalidad de financiación el volumen, densidad y complejidad de los términos es mayor que en las explicaciones verbales.

Se ha de recordar que tras las informaciones recibidas en la fase precontractual el cliente accede al documento contractual directamente en la fecha de la firma, cuando acude a la Notaría correspondiente. El Notario se limita a firmar una escritura conforme a minuta facilitada por la entidad, sin dar expresa cuenta de los riesgos especiales de este tipo de préstamos. Por su parte, el contrato carece de la información completa y adecuada sobre los riesgos reales del producto, resultando en muchos puntos contraria a la legislación tuitiva de protección a los consumidores. Una lectura del contrato no es suficiente para conocer la naturaleza real y riesgos de este producto.

En definitiva, los actores únicamente recibieron la escritura de préstamo en el mismo acto y momento de la contratación, no recibiendo documento

Codi. Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5PJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Leas Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





adicional previo, completo y comprensible que detallara de forma minuciosa los riesgos, funcionamiento, efectos y simulación de escenarios diversos.

Tampoco se les entregó el folleto informativo, ni la oferta vinculante completa que identificara todas las condiciones financieras con explicación detallada y comprensible sobre todas las implicaciones y escenarios. Tampoco se les entregó una hoja con los riesgos del producto o información de riesgos, en la que se detallara de una manera clara y comprensible para un particular, todos y cada uno de los escenarios que podrían surgir durante la vigencia de este producto.

La contratación de esta hipoteca ha implicado para la actora el pago de liquidaciones mensuales de cuotas e intereses elevados, además de que el capital pendiente ha aumentado considerablemente con el sobrecoste que ello implica.

Tal y como se expone en el informe pericial, *“A fecha 31 de marzo de 2016, y tras haber abonado 96.718,88 euros en cuotas, el capital pendiente del cliente traducido a euros asciende a 245.606,14 euros. Si el cliente hubiera realizado los pagos directamente en euros el capital pendiente sería de 164.869,56 euros y además habría hecho un esfuerzo inferior en las cuotas mensuales de 10.372,15 euros. Así el perjuicio económico del cliente teniendo en cuenta este doble efecto ascendería a 91.108,73 euros”*.

Ante estas cifras desproporcionadas, es patente el perjuicio sufrido por la actora, que ha visto incrementada su hipoteca sin que nadie en la entidad le haya advertido previamente de ello.

En definitiva, el contrato firmado supone una vulneración de normas imperativas (Ley de Mercado de Valores, Ley de Consumidores y Usuarios, Ley de Condiciones Generales de la Contratación). Asimismo, concurre un caso de dolo y error en la prestación del consentimiento pues no existió la preceptiva información sobre el producto.

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Leas Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





Por su parte el **demandado CAIXABANK, S.A.**, se opuso a la demanda, solicitando la desestimación de la demanda con expresa condena en costas a la actora. Se basa, en síntesis, en los hechos siguientes: El préstamo multidivisa fue formalizado en francos suizos sin que pueda la actora alegar que tal formalización en francos suizos se le ocultó. Fue la propia actora la que decidió formalizar el préstamo en francos suizos, para tratar de beneficiarse del tipo de cambio imperante en aquel momento y los bajos tipos de interés de esta moneda. La obligación de la actora es devolver el préstamo en francos suizos, junto con los intereses correspondientes. En lo que respecta al principal del préstamo, las cuotas son constantes durante cada periodo de revisión (variando una vez se revisa el tipo de interés aplicable). Las obligaciones contractuales asumidas por el cliente en un préstamo multidivisa son idénticas a las asumidas en un préstamo formalizado en moneda nacional. No obstante, el hecho de que la devolución de las cantidades deba realizarse en divisa extranjera implica que el cliente debe conocer y aceptar lo que se conoce como el riesgo divisa o riesgo de tipo de cambio, y el hecho de que el tipo de interés se calcule de conformidad con el Libor implica que el cliente debe conocer y aceptar la referencia a este índice.

La demanda intenta defender que estos productos son de alto riesgo por estar referenciados a una divisa extranjera, lo que podrá implicar que las cuotas del préstamo sean mayores o menores. El mero hecho de que el importe de las cuotas fluctúen dependiendo de una variable -la divisa-, no hace que el contrato sea de alto riesgo, pues de lo contrario todos los préstamos hipotecarios serían de alto riesgo, al estar habitualmente referenciados los intereses a un factor fluctuante -Euribor o el tipo de referencia aplicable-.

Todas las entidades financieras del mundo, así como todos los inversores, consideraban en 2007 y 2008 que el Euro seguiría apreciándose en relación con el Franco Suizo, y que el Libor para el Franco Suizo era un índice con mejor perspectiva que el Euribor. Es evidente que la situación de tipo de cambio Euro/Franco Suizo en aquella época es la que motivó que la demandante se

Codi. Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ6FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Montaña Leos Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





interesara por la suscripción del préstamo multdivisa. Este tipo de cambio Euro/Franco Suizo ha sido históricamente uno de los tipos de cambio más estables y por lo tanto menos volátil.

Los analistas financieros coincidían en que el Euribor seguiría manteniendo una tendencia alcista. Buena prueba de ello son las numerosas noticias publicadas en prensa económica durante aquellos años.

Y la situación de los tipos Libor del Franco Suizo en 2007 y 2008 era precisamente la contraria. Así, los tipos Libor del Franco Suizo en el año 2006 estaban en torno al 1,50% mientras que el Euribor alcanzaba cuotas del 5,50%.

De ahí que la demandante estuviera interesada en suscribir el préstamo en Francos Suizos, dado que en lugar de pagar sus cuotas referenciadas al Euribor (en tipos muy altos cercanos al 5,50%), las pagaría a un tipo inferior (alrededor del 1% de acuerdo con las previsiones) y no sólo eso; haría sus pagos en Francos Suizos, que según todas las previsiones, iban a continuar en el mismo rango de tipo de cambio debido a la estabilidad de la moneda.

En cuanto a la comercialización del préstamo, la práctica habitual antes de la contratación de estos préstamos es que se produzcan varias reuniones en las que se informa del riesgo divisa, haciendo ver a los clientes que si contratan en divisa extranjera, ello podía suponer que las cuotas (calculadas a Euros) aumentarían considerablemente (aunque también podía suceder todo lo contrario).

Por otro lado, la propia escritura de préstamo hipotecario es muy clara en cuanto a la formalización del préstamo en Francos Suizos.

La escritura informa de la posibilidad de cambiar a otra moneda de entre las negociadas en el mercado de divisas de Madrid, asumiendo evidentemente el coste financiero que ello suponga.

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Lees Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





Es importante subrayar que la firma de la escritura se produce ante Notario, que comprueba la identidad, capacidad y legitimación de las partes contratantes para suscribir el préstamo multdivisa. El Notario se aseguró de que el cliente no tuviera ninguna duda antes de firmar el préstamo multdivisa.

Codi Segur de Verificació: 9DYYJ2P3AFQ5PJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Montañes Delmas, Maria Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06

**Descargado en www.asufin.com**



Por otro lado, no es de aplicación la legislación del mercado de valores, es decir, la normativa MIFID no resulta de aplicación a los préstamos multdivisa.

Por lo tanto, el objeto del presente pleito consiste en dilucidar si se dan o no los requisitos de las distintas acciones ejercitadas por la parte actora, que son las siguientes: acción de nulidad parcial de la cláusula relativa a la MULTIDIVISA por error/dolo en el consentimiento y subsidiariamente, acción de nulidad por infracción de normas imperativas en sus obligaciones de información, diligencia, transparencia y lealtad y subsidiariamente, acción de declaración de abusividad o falta de transparencia de dicha cláusula en cuestión.

Cabe aclarar en este apartado que la parte actora no formuló con claridad y precisión en su escrito de demanda, tal y como exige el artículo 399 de la LEC, la pretensión relativa a la declaración de nulidad de otras cláusulas abusivas o poco transparentes insertas en el contrato de autos (como por ejemplo, la cláusula 5ª relativa a gastos y tributos a cargo de la parte prestataria; cláusula 6ª relativa a los intereses de demora; cláusula 6ª bis relativa a causas de resolución anticipada o la cláusula 18ª relativa a la jurisdicción, entre otras no detalladas expresamente), motivo por el que la propia parte demandada solo se opuso en su escrito de contestación a la demanda a la nulidad de la cláusula multdivisa del préstamo y así se fijó por esta juzgadora en el acto de la audiencia previa como hechos controvertidos (artículo 428 de la LEC), estableciendo únicamente la nulidad relativa a la cláusula multdivisa del préstamo de autos como tales, sin objeción alguna por ninguna de las partes litigantes, por lo que la parte actora puede instar en un futuro la nulidad de otras cláusulas que considere abusivas o poco transparentes en el préstamo hipotecario de 31 de mayo de 2007 mediante la oportuna demanda de juicio ordinario sin que lo sentenciado en el presente procedimiento produzca los efectos de cosa juzgada (artículo 207 de la LEC).

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montañes Delmas, Maria Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





SEGUNDO: Son hechos no controvertidos que la parte demandante y BARCLAYS BANK concertaron un PRÉSTAMO HIPOTECARIO EN DIVISAS, con garantía hipotecaria sobre dos fincas de la actora. El préstamo fue formalizado mediante escritura pública autorizada por el Notario de Madrid, Don Francisco Arriola Garrote, el día 31 de mayo de 2007 y se adjunta como documento 1 de la demanda, en virtud del cual, BARCLAYS BANK entrega en este acto a la parte prestataria, que, lo recibe, en concepto de préstamo, la cantidad de TRESCIENTOS SESENTA MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO FRANCOS SUIZOS (360.354 FRANCOS SUIZOS), mediante su abono en la cuenta corriente nº (...). Se hace constar expresamente que el contravalor del principal del préstamo al cambio correspondiente al segundo día hábil anterior a la fecha de la escritura es de DOSCIENTOS DIECIOCHO MIL EUROS (218.000 EUROS) (...). El presente préstamo se conviene en la modalidad de multimonedas, de forma que el préstamo podrá quedar representado en cada uno de los periodos de mantenimiento de moneda y de interés, en cualquiera de las monedas que se indican a continuación en tanto sean negociadas en el mercado de divisas de Madrid, a solicitud del prestatario, y con sujeción a las condiciones establecidas en el presente contrato: Dólar USA, yen japonés, franco suizo, libra esterlina inglesa y euro. La transformación de la moneda, en caso de que la parte prestataria elija en cualquiera de tales períodos una moneda distinta a la del anterior, no constituye novación o modificación alguna del presente préstamo. La parte prestataria deberá reintegrar las cuotas comprensivas de pago de capital e intereses en la moneda en que esté representado el préstamo en cada momento. Los cambios de moneda podrán realizarse únicamente en la fecha de inicio de cada uno de los períodos de mantenimiento de moneda y de interés en que se divide la presente operación crediticia. A tal fin, la parte prestataria deberá manifestar su voluntad al BANCO, suscribiendo el documento cuyo modelo se describe más adelante y entregándolo en la oficina del BANCO reseñada en la cláusula 8ª de esta escritura, con cinco días hábiles de antelación, cuando menos, a la expresada fecha de inicio. El principal del préstamo quedará representado en la nueva moneda elegida por la parte prestataria y el importe de

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5PJIB1MWWDFSDA5CGQ0T1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Les Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





ésta se obtendrá por la cotización que tenga la anterior moneda en que estuviera representado el préstamo en relación a la nueva moneda, según los cambios de divisa que rijan en el Mercado Español de Divisas, dos días hábiles antes de la fecha de inicio del período de mantenimiento de moneda y de interés en que haya de realizarse el cambio, al cambio vendedor del BANCO en cuanto a la anterior moneda y al cambio comprador del BANCO respecto a la nueva moneda (...). La CLÁUSULA SEGUNDA indica que el presente préstamo se establece por un plazo de duración que finalizará el día 31 de mayo de 2037 (...). El capital prestado, y los intereses pactados, se devolverán, respectivamente, mediante el pago sucesivo de 360 cuotas mensuales (...). Los pagos de la cuota de amortización de capital y devengo de intereses, hasta la primera revisión del tipo de interés, serán de 1.503,76 francos suizos al mes. En cuanto al TIPO DE INTERÉS APLICABLE, el principal del préstamo devengará durante el primer vencimiento, intereses al tipo nominal anual inicial del 2,92%. En relación a la REVISIÓN DEL TIPO DE INTERÉS, el tipo de de interés nominal anual aplicable en cada uno de los periodos de mantenimiento de interés será el que resulte de incrementar un margen constante positivo de 0,60 puntos al tipo de interés de referencia pactado (...). Será el tipo de oferta o prestador para depósitos a plazo de un mes en la divisa en que esté representado el préstamo en cada momento (LIBOR a un mes), en el Mercado Interbancario de Londres (LONDON INTERBANK OFFERED RATE) a las 11 horas de Londres. Dicho tipo de referencia será, para el correspondiente período de interés, el que aparezca publicado, como tipo medio de oferta del segundo día hábil anterior al de inicio de cada período de interés a las 11 de la mañana, hora de Londres, en la página electrónica "LIBOR 01", suministrada por REUTERS, o cualquier otra página similar que pudiera reemplazarla en estos servicios (...).

TERCERO: NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DE LA HIPOTECA MULTIDIVISA.

Las hipotecas multividiva han sido objeto de diversas resoluciones judiciales en los últimos años. El esquema básico de funcionamiento de este producto responde a la conjunción entre un préstamo con garantía hipotecaria al

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5PJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montserrat Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





modo convencional y una particular forma determinar la moneda en la que se entrega el capital y en la que deben abonarse las cuotas periódicas de amortización, que, en términos muy generales, puede realizarse en distintas divisas, a elección del prestatario, aunque en ocasiones se requiere el consentimiento de la entidad bancaria. Se supone que, en términos muy simples, la ventaja de este tipo de préstamos multidivisa está en utilizar como referencia una moneda depreciada respecto del euro si los tipos de interés del país de esa moneda son más bajos que los del euro, así como en la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro.

En la reseña de la jurisprudencia existente sobre las hipotecas multidivisa es ya clásica la cita de la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 16 de marzo de 2012 (ROJ: SAP M 4871/2012) que indica que *los préstamos mutidivisa responden a una operativa nacida con vocación de ser utilizada fundamentalmente por empresas que comercian en el ámbito internacional y no tanto para ser un instrumento de crédito para el consumidor, aunque nada impide a éste asumir el riesgo que entraña, si es consciente de las ventajas e inconvenientes que puede reportar. El considerable nivel de complejidad que tienen los préstamos hipotecarios multidivisa como el que se analiza se debe a que para entender su funcionamiento y sus ventajas es necesario conocer la operativa de referencias como el LIBOR, sobre las que un ciudadano medio carece de información, así como de los factores que intervienen en las variaciones de los tipos de cambio en el mercado de divisas, factores que por su diversidad, ajenidad y especialidad, no están al alcance de la información generalmente accesible para un consumidor y cliente minorista. La sentencia analizaba la pretensión relativa a una hipoteca multidivisa comercializada por BANKINTER S.A., en la que el núcleo de la controversia estaba en la forma de fijar el contravalor de los euros a francos suizos, en concreto, si debía estarse al fijado en una de las cláusula financieras del contrato o al tipo de cambio oficial a esa fecha, que resultaba inferior y, por ello, más favorable para el prestatario. La demanda, que pretendía la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula que fijaba un tipo de cambio distinto del oficial y el recálculo de toda la operación aplicando el tipo de cambio oficial, fue*

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ6FJIB1MWWDFSDA5CGQ0T1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Montaña Leos Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





desestimada por el Juzgado de lo Mercantil en una sentencia que fue confirmada por la Audiencia, que consideró que no era abusivo que en el contexto de un préstamo en divisas el banco, que proporciona al cliente en el momento de la contratación una moneda extranjera, aplicara el tipo de cambio vendedor que dicha entidad crediticia estuviera ofertando al mercado en lugar del tipo oficial, si, como se apreció en ese caso, las consecuencias de la aplicación de la cláusula estaban concretadas al tiempo de la firma de la escritura pública mediante la cuantificación exacta del importe en divisa por el que quedó concedido el préstamo, lo que evitaba cualquier resultado sorpresivo sobre el tipo de cambio aplicado.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18, de 16 de septiembre de 2013 (ROJ: SAP M 13506/2013) se refiere a una hipoteca multidivisa comercializada por Barclays Bank, aunque no es posible determinar si el contenido de la escritura es similar a la del préstamo que constituye el objeto de este procedimiento, ya que de los razonamientos de la *sentencia se desprende que la firma se produjo antes de la entrada en vigor la reforma de la LMV por la normativa MiFID el 21 de diciembre de 2007* (fecha de entrada en vigor de la Ley 47/2007, de reforma de la LMV) y no es posible determinar con certeza, de la mera lectura de la sentencia, si lo que se discutía era la hipoteca multidivisa, o alguna de sus cláusulas, o un documento de pignoración unido a dicha hipoteca, o el juego conjunto de ambos contratos. La sentencia confirma la dictada por el Juzgado de Primera Instancia 57 de Madrid y considera para ello la existencia de un contrato de asesoramiento y mediación suscrito entre el actor y un tercero y el resultado de las pruebas, de las que resultaba que en ese caso concreto no existía incumplimiento alguno de BARCLAYS en su condición de comercializadora de los productos suscritos por el recurrente. La sentencia estimó que era indiferente el hecho de que los productos se adquirieran mediante apalancamiento, que era la opción de financiación elegida por el demandante. Sí resulta interesante, por su vinculación con la controversia de este procedimiento, destacar que esta sentencia considera que la normativa MiFID no es aplicable por razones cronológicas (los contratos se habían firmado antes del 21 de diciembre de 2007, pero se había subsanado algún detalle de su

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ6FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Leas Delmas, Maria Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





firma en mayo de 2008, lo que llevaba al recurrente a reclamar la aplicación de la normativa MiFID). La Audiencia da por hecho que esa normativa sí es aplicable a la hipoteca multidivisa después de su entrada en vigor y dice: *"no siendo dable, el estimar que para la subsanación de firma, se hiciera preciso y solo en dicho momento, la realización de los en ese momento preceptivos test MIFD cuando en el acto que se trataba de meramente subsanar, y que se había llevado a efecto cinco meses antes, no lo eran.*

Otra sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18, del 18 de noviembre de 2013 (ROJ: SAP M 21734/2013) confirma la sentencia desestimatoria del Juzgado de Primera Instancia sobre una hipoteca multidivisa del Banco de Santander que se había pactado como novación de un préstamo anterior, pero su motivación no guarda relación con la controversia delimitada en este procedimiento porque la demanda y el recurso se basaban en la vulneración de la Ley 36/2003, de 11 noviembre y porque la Audiencia consideró que una y otro confundían los instrumentos de cobertura de los tipos de interés con la constitución de un nuevo préstamo (con multidivisa) al que su eventual finalidad de refinanciación no dotaba de las características de los instrumentos de cobertura.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19, de 17 de julio de 2013 (ROJ: SAP M 12853/2013) revocó la dictada por el Juzgado número 97 en fecha 4 de febrero de 2013. La sentencia de primera instancia había estimado la nulidad total del contrato (se trataba de una hipoteca multidivisa comercializada por KutkxaBank) por error-vicio en el consentimiento. No consideró de aplicación la normativa MiFID (si bien debe tenerse en cuenta que esa sentencia es anterior a la *STJUE de 30 de mayo de 2013*, a la que más adelante se hará referencia) y sí el TRLGDCU, la Ley 36/2003, la Orden de 5 de mayo de 1994 y la Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de Entidades Bancarias. La sentencia de apelación revocó la sentencia básicamente por considerar *que el perfil del contratante, no permite atribuir el error a defectuosa información, cuando pudo y debió ampliar la que se le ofrecía de no estimarla suficiente, o negarse al contrato mismo, lo que cabe argumentar es que pensaba*

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ6FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Montaña Les Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





que se trataba de un contrato de seguro, inasumible atendidos sus conocimientos. En el asunto resuelto por estas sentencias, el demandante era un abogado que se publicitaba como especialista en operaciones mobiliarias, derecho bancario e hipotecas multidivisas.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4ª, de 22 de enero de 2014 (ROJ: SAP B 1661/2014) revocó la dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 44 de Barcelona, que había declarado la nulidad total de préstamo por apreciar error en el consentimiento de la parte demandante, provocado por la falta de información facilitada por la entidad bancaria (Catalunya Banc S.A.). En el supuesto enjuiciado en esas sentencias, no resultaba de aplicación el TRLGDCU, porque los demandantes no tenían la condición de consumidores, ni se estimó tampoco aplicable la normativa MiFID. El fundamento jurídico tercero de la sentencia de primera instancia consideró que una hipoteca multidivisa no encajaba en el ámbito objeto del artículo 2 de la LMV. En cambio, la sentencia de la Audiencia (FJ séptimo), al ratificar esa decisión del Juzgado, se basa más en criterios cronológicos que objetivos, ya que explica la inaplicabilidad de la norma porque la operación se había realizado antes del 21 de diciembre de 2007. La sentencia de apelación, después de explicar que en el terreno del error *"incluso con contratos similares, las respuestas a dar pueden y deben ser diferentes, pues dada la acción ejercitada, ha de estudiarse caso por caso, si se da el error denunciado, lo que depende las más de las veces de la información y comercialización del producto y también de la condición del contratante, por lo que esta decisión no es extrapolable a otras personas que contrataran un préstamo de las mismas características, menos cuando sean consumidores, cosa que no alcanza al aquí prestatario"*, estima el recurso interpuesto por la entidad bancaria porque considera que no existió defecto de información ni error en el consentimiento, decisión en la que tuvo un peso específico, según resulta del fundamento jurídico séptimo -aunque es posible que exista algún error en la numeración de los fundamentos de la sentencia, al menos en la versión publicada en el CENDOJ- el hecho de que los demandantes fueran miembros de un despacho de abogados (*"tampoco se nos antoja puedan incurrir en error miembros de un despacho de Abogados, y menos*

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ6FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Montaña Leas Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





que sea excusable, pues si bien no tienen por qué tener conocimientos financieros, el propio prestatario es quien dirige ahora dirige el procedimiento, y su socio, Sr. Casimiro Antonio, también administrador de empresas, había participado en numerosas operaciones de financiación a promotor, como se puso de manifiesto en la prueba testifical, que se tildaron de más complejas, teniendo además gestoría y asesoría").

La Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7, ha dictado dos sentencias muysimilares en fechas 10 y 14 de febrero de 2014 (ROJ: SAP O 265/2014 y SAP O 266/2014). Estas sentencias, referidas a hipotecas multidivisa de Bankinter, consideran: (i) La imposibilidad de declarar la nulidad parcial del contrato, con cita de las STS de 4 de diciembre de 1986 y 12 de noviembre de 1987, que "vedan la declaración de nulidad parcial de determinadas cláusulas contractuales, en un negocio en el que se ha producido el error como vicio esencial del consentimiento, no escindibles del contrato que debe analizarse como un todo y por tanto la nulidad de aquellas sólo tiene sentido instando la nulidad contractual en su conjunto (...) sin que pueda compartirse la argumentación que esgrime el apelante en su recurso de que cabe instar la nulidad parcial puesto que lo de elementos accesorios o accidentales al negocio cuando las combatidas sin embargo, afectan a la esencia de la modalidad del préstamo hipotecario pactado". (ii) La diferencia entre las hipotecas multidivisa y los swaps (explicación que resultaba necesaria -FJ 3º- porque la demanda invocaba "una prolija cita de preceptos y jurisprudencia referidas en gran medida a la contratación de otro tipo de productos, como las permutas financieras, pese a que la demanda también se distingue por la singular parquedad expositiva de los hechos que la fundamentan, pues es la fundamentación jurídica la que constituye la práctica totalidad de su contenido desde la página 4 a la 56, cuando resulta sin embargo esencial para su pretensión tanto la descripción del clausulado contractual que se impugna, como los antecedentes y el íter formativo de la voluntad en la relación cliente - banco"). (iii) La hipoteca multidivisa analizada en esos casos como un préstamo hipotecario en una moneda extranjera que contiene un tipo de interés variable con referencia al índice LIBOR (...) y especialmente por las fluctuaciones de

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ6FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Data i hora 14/11/2017 09:06

Signat per Montaña Les Delmas, Marta Teresa;





dicha moneda respecto del euro (...) En definitiva la moneda en que se verifica el préstamo y el índice empleado no desvirtúan al naturaleza del contrato convirtiéndolo en un producto de inversión de capital en un mercado extranjero, como se califica en la demanda, ni en un producto especulativo (...). Se trata de un préstamo a interés variable, con un índice referencial que puede producir mayor incertidumbre en cuanto a la variación de los intereses, por definirse a través del índice reseñado y estar sujeto a la variabilidad de las fluctuaciones de los tipos de cambio y cotización de divisas". (iv) Que la información suministrada fue correcta, y no sólo se acomoda a los términos de la Orden de 5 de mayo de 1994 (en la que es el Notario quien debe advertir con claridad al prestatario de los riesgos del producto), tal y como señala la apelada, del riesgo de fluctuación de tipos de cambio, riesgo evidente por lo demás y conocido por una persona de la formación del actor [en los casos enjuiciados por estas sentencias, odontólogo, ingeniero técnico y directora de una empresa municipal de transporte] (aunque no sea un inversor experto en productos financieros) que pretende contratar el producto en la previsión de que esa fluctuación le sea favorable en el tiempo, máxime cuando las advertencias sobre las consecuencias del préstamo en divisas se especifican en el exponiendo III de la escritura y vienen además completadas por la labor informativa desarrollada previamente a su contratación por la entidad bancaria instrumentada en los distintos documentos acompañados con la contestación y suscritos por el demandante (documentos 2 y siguientes, folios 526 y siguientes) donde se le detalla el funcionamiento del contrato en condiciones suficientes para conocer los posibles riesgos derivados de la fluctuación monetaria en relación con el interés pactado....". La prueba sobre la información facilitada lleva a la Audiencia a considerar que no hubo error o que, de concurrir, sería inexcusable. (v) Que no resultaba de aplicación la LMV, porque la hipoteca multidivisa analizada no es un instrumento financiero incluido en el ámbito de aplicación de la LMV, aunque no se ofrece mayor explicación sobre esta cuestión, que tampoco se localiza en la sentencia de instancia (al menos en una de las que se analizan en la *sentencia, SPJI 6 Gijón de 23 de abril de 2013*, Ordinario 841/2012, también anterior a la *STJUE de 30 de mayo de 2013*). (vi) Que ninguna de las cláusulas contractuales era per se abusiva y que no se motivaba adecuadamente la vulneración de

Codi. Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ6FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Montaña Les Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





normas imperativas en el recurso.

Desde otro punto de vista, algunos Juzgados de lo Mercantil se han pronunciado sobre la nulidad parcial de las cláusulas multidivisa de préstamos hipotecarios: la *sentencia del Juzgado número 9 de Madrid de 5 de septiembre de 2013* (Ordinario 695/2012) declara la nulidad parcial por considerar abusiva la cláusula que vinculaba a la autorización del banco la posibilidad de cambio de divisa, no porque afectara al equilibrio de las prestaciones y al principio de buena fe (control de contenido) sino por la falta de transparencia apreciada en su redacción, que impedía al consumidor "conocer el funcionamiento económico de la cláusula" en el contexto de un producto que se define como esencialmente complejo. La *sentencia del Juzgado de lo Mercantil 4 de Barcelona de 9 de diciembre de 2013* rechaza considerar la hipoteca multidivisa enjuiciada (comercializada por Banco Popular Español S.A.) como un híbrido entre préstamo hipotecario y derivado financiero, pero considera que los demandantes suscribieron el contrato "en la errónea creencia de que podían asumir el pago del préstamo, ya que no eran realmente conscientes del riesgo que suponía una extraordinaria apreciación del yen sobre el euro", porque el valor en euros del capital prestado variaba de forma constante y sustancial en función de las variaciones del tipo de cambio y los demandantes no eran conscientes de ese factor de aleatoriedad.

Mención especial merece la STJUE de 30 de abril de 2014 en el asunto C-26/13, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Kúria (Tribunal Supremo) de Hungría, relacionada con un contrato identificado como «préstamo hipotecario denominado en divisas, garantizado mediante hipoteca» firmado entre un consumidor y una entidad bancaria (Jelzálogbank), cuya operativa guarda una sustancial semejanza con este caso. Conforme a la cláusula I/1 de dicho contrato, Jelzálogbank concedió a los prestatarios un préstamo por importe de 14.400.000 forintos húngaros. En el préstamo se había estipulado que «la determinación en divisas de la cuantía del préstamo se realizará al tipo de cotización de compra de la divisa extranjera -francos suizos- aplicado por el banco que esté vigente el día de la entrega del préstamo». Así, el préstamo se

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Montaña Les Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





representó en 94.240,84 francos suizos (CHF). Los prestatarios debían devolver esa suma en veinticinco años, mediante cuotas mensuales. Pero según la cláusula III/2, el prestamista fijaría "el importe en forintos húngaros de cada una de las cuotas mensuales adeudadas en función de la cotización de venta de la divisa [extranjera] aplicada por el banco el día anterior al del vencimiento", de modo que se sometía el importe de las cuotas al riesgo de fluctuación.

Esta cláusula había sido declarada abusiva en primera y en segunda instancia porque no era clara y comprensible y no permitía conocer la diferencia en el modo de calcular el importe del préstamo según se tratara de su entrega o de su devolución. Además de ello, se había considerado abusiva porque facultaba al banco para calcular las cuotas mensuales de devolución vencidas sobre la base de la cotización de venta de la divisa, mientras que el importe del préstamo entregado se fijó por este último en función de la cotización de compra que aplica para esa divisa, lo que le confería una ventaja unilateral e injustificada en el sentido del *artículo 209 del Código civil* húngaro, porque realmente no ponía a disposición del prestatario divisas extranjeras, sino que hacía depender el importe de la cuota mensual de devolución, denominado en forintos húngaros, de la cotización corriente del franco suizo, como índice para fijar el importe de las cuotas de devolución del préstamo entregado en forintos húngaros. Es decir, no realizaba a favor de los prestatarios ninguna prestación de servicios financieros de compra o de venta de divisas, por lo que no podía aplicar un tipo de cambio a efectos de la amortización del préstamo distinto del utilizado en el momento de su entrega, en concepto de contrapartida de una prestación de servicio virtual.

El Jelzálogbank recurrió en casación y es en ese contexto en el que el Tribunal Supremo planteó la cuestión prejudicial, sobre tres extremos distintos: si la cláusula discutida formaba parte de la definición del objeto principal del contrato, el alcance de los requisitos de transparencia de este tipo de cláusulas y los efectos de la declaración de abusividad sobre el contrato. En lo que ahora interesa, el TJUE establece en su sentencia que la exigencia de transparencia (claridad y comprensibilidad, en términos del *artículo 4.2.) de las cláusulas contractuales no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un*

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ6FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Leas Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





plano formal y gramatical (apartado 71), porque el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información y, en consecuencia, esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva. Y, en concreto, en una hipoteca en divisa extranjera, una cláusula contractual como la cláusula III/2 antes mencionada, que permite al profesional calcular la cuantía de las cuotas mensuales de devolución en función de la cotización de venta de la divisa extranjera aplicada por ese profesional, produce el efecto de elevar los gastos del servicio financiero a cargo del consumidor, en apariencia sin límite máximo. Recuerda el TJUE que los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13, y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma otorgan una importancia esencial para el cumplimiento del requisito de transparencia a la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo (apartado 73). Para ello, el tribunal nacional debe determinar si, a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes, entre ellos la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso podía no sólo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de una divisa extranjera, aplicada en general en el mercado de valores mobiliarios, sino también evaluar las consecuencias económicas potencialmente importantes para él de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución a cuyo pago estaría obligado en definitiva, y por tanto el coste total de su préstamo. Es decir, el contrato de préstamo debe exponer de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, 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

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Montaña Lees Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





consecuencias económicas derivadas a su cargo.

Por último, conviene destacar en cuanto a la naturaleza jurídica y características del pacto multidivisa del "préstamo hipotecario multidivisa" cuya anulación se pretende, la reciente Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015, Ponente Don Rafael Sarazá Jimena, concluyendo en el Fundamento de Derecho Séptimo en los términos que siguen: "Lo que se ha venido en 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 aplica 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 será menor, y si se aprecia,

Codi. Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5PJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Les Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





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 del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo.

Esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas "hipotecas multidivisa" se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos.

En una fecha posterior a la celebración del contrato objeto del litigio fue dictada la Directiva 2014/17/UE (LCEur 2014, 313) 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 aún no ha transcurrido, por lo que no es aplicable para la resolución de este recurso.

Como justificación de dicha norma, el considerando cuarto de la Directiva hace referencia a los problemas existentes «en relación con la irresponsabilidad





en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado », así como que «algunos de los problemas observados 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 el considerando trigésimo, la Directiva añade que «debido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito. El riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato de crédito, o bien mediante otros procedimientos. Entre tales procedimientos cabría, por ejemplo, incluir límites máximos o advertencias de riesgo, en caso de que las mismas sean suficientes para limitar el riesgo de tipo de cambio».

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 (...).

CUARTO: RIESGOS PRINCIPALES DE LA HIPOTECA MULTIDIVISA.

A juicio de esta juzgadora, la verdadera naturaleza, el modo de funcionamiento y los riesgos que entraña la hipoteca multidivisa que aquí se enjuicia entrañan una considerable complejidad para clientes minoristas sin una adecuada formación, sin relación con los mercados financieros y con ingresos y gastos exclusivamente en euros. Obviamente, su funcionamiento y sus riesgos pueden llegar a entenderse con una adecuada explicación y la forma en la que se pacta puede recoger de forma clara y transparente los derechos y obligaciones de las partes y todas las variables que resultan de interés en la carga jurídica y económica del contrato de préstamo y en la afectación que ello supone para la garantía hipotecaria, pero no es una tarea que, en este caso





concreto, pueda calificarse de sencilla.

La sistematización del contenido esencial del préstamo hipotecario, en la forma en que ha sido expuesto en el fundamento jurídico anterior, exige realizar un detallado estudio de la escritura, analizar todas sus cláusulas y exponer su contenido en pautas ordenadas que se han considerado necesarias para facilitar la motivación y comprensión de esta resolución. Ahora bien, el contenido de la escritura es mucho más farragoso y complicado que lo que pudiera desprenderse del resumen expuesto y una primera lectura, incluso para un jurista, plantea bastantes incógnitas que llaman a una segunda y a una tercera lectura sin que finalmente no en todos los casos se encuentre una respuesta razonable a las dudas que suscita.

El considerable nivel de complejidad que tiene este préstamo hipotecario multidivisa se debe a que para entender su funcionamiento y sus ventajas es necesario conocer la operativa de referencias como el LIBOR, sobre las que un ciudadano medio carece de información, así como de los factores que intervienen en las variaciones de los tipos de cambio en el mercado de divisas, factores que por su diversidad, ajenidad y especialidad no están al alcance de la información generalmente accesible para un consumidor y cliente minorista. A ello habría que añadir que un ciudadano con el perfil de la demandante sólo podría entender el funcionamiento y los riesgos de lo que contrata si recibe la información adecuada sobre lo que significa realmente el riesgo de cambio de las monedas. Ciertamente, los efectos de ese riesgo son tan sutiles que pueden pasar desapercibidos para un consumidor medio sin especial información, pese al impacto económico que luego supondrán durante la vida del contrato. Veamos de forma separada los distintos tipos de riesgo:

1.- El tipo de interés aplicable, que es el primer factor de riesgo en un préstamo a interés variable, depende de una referencia como el LIBOR (*London Interbank Offerd Rate*, en términos muy resumidos, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres) sobre el que un cliente minorista español no dispone de especial información, a diferencia de lo que puede suceder, por ejemplo, con

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Montañaes Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





el Euribor, respecto del que los medios de comunicación ofrecen información periódica, homogénea y entendible.

2.- Aunque el importe de las cuotas sólo variaría en función de las revisiones del tipo de interés, según el tenor literal de la escritura, el riesgo de fluctuación de la moneda es un riesgo esencial con un impacto económico importantísimo sobre la vida del contrato. Las implicaciones de la diferencia entre la moneda nacional del prestatario, que es la moneda en la que el consumidor opera, porque en ella recibe sus ingresos y tiene sus activos (también llamada moneda funcional) y la moneda del crédito (moneda nocional) son esenciales. Hay dos cuestiones distintas en el riesgo asociado a la fluctuación del tipo de cambio:

a). El riesgo más evidente es el siguiente: quien recibe un préstamo en yenes/francos suizos para afrontar deudas en euros y se obliga a devolver ese préstamo en yenes o en francos suizos (o en otra divisa de su elección) tenderá a pensar, salvo que se le explique lo contrario, que el capital que debe es una suma prefijada que ha quedado determinada en euros y que, como tal, sólo podrá modificarse a la baja, en mayor o medida, al restar las cuotas amortizadas. Es decir, tenderá a pensar que el capital prestado es de los euros que necesita y que se irá reduciendo en función del contravalor en euros de los francos suizos o yenes pagados. Asumirá, pues, el **riesgo de que la fluctuación de los tipos de cambio perjudique el valor en euros de las cuotas amortizadas**. Este riesgo puede tener una doble representación mental para quien realiza el esfuerzo económico en euros: (i) con la misma cantidad de euros se podrá amortizar menos capital, si el tipo de cambio es desfavorable al euro o (ii) para mantener el mismo nivel de reducción de capital es preciso aportar más euros, lo que se traduciría en una subida de la cuota.

b). Ahora bien, además de estos riesgos, existe otro más importante asociado a la fluctuación de los tipos de cambio, que explica que, pese al pago de las cuotas y pese a que éstas retribuyen capital e intereses, el capital del préstamo no se reduzca, sino que se incremente, y es que el tipo de cambio se

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ6FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montañaes Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





aplica no sólo a las cuotas periódicas de amortización, sino que supone también un **recálculo constante del capital prestado, que no es una cantidad fija, sino una representación en francos suizos o en yenes de los euros recibidos que se recalcula cada mes en función del tipo de cambio.**

Por tanto, el riesgo que para la obligación de pago del prestatario supone la fluctuación de la moneda se traduce en los siguientes factores, que se exponen en el orden en que una persona sin especial formación en la materia puede percibirlos:

a). Con el mismo esfuerzo económico en la moneda funcional, la capacidad de reducir la deuda, el capital prestado, puede ser inferior a lo previsto si el franco suizo o el yen se aprecia sobre el euro.

b). Las cuotas de amortización periódicas pueden variar, además de por el tipo de interés aplicable, por el cambio aplicable a las monedas, siendo incluso probable que esa variación sea mucho más acusada que la que producen las modificaciones del Libor.

c). El riesgo del tipo de cambio sobre el capital pendiente de devolución en francos suizos o en yenes tiene una doble posibilidad: que se limite a ser una simple representación inicial del capital prestado o que actúe como factor de recálculo permanente del contravalor en euros aplicable al montante del capital en francos suizos o en yenes. En este segundo caso, los efectos que ello produce durante toda la vida del préstamo son importantísimos, porque la aplicación del riesgo de fluctuación no sólo al cálculo de las cuotas o al porcentaje de deuda amortizada, sino también al propio capital hace posible que su cuantía se incremente notablemente pese al continuo pago de las cuotas.

d). El aparente beneficio que resulta del ahorro en el tipo de interés (LIBOR) puede quedar neutralizado con el riesgo de sobrecoste de amortización del capital si éste queda sometido al mencionado sistema de recálculo permanente.

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Leas Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





e). Existe otro riesgo que debe contemplarse para los supuestos de cambio de divisa: que la opción de cambiar la divisa aplicable al préstamo suponga una previa consolidación en euros del capital prestado, esto es, la materialización en euros del incremento que la fluctuación de las monedas tiene sobre el principal prestado. La intensidad de este riesgo se ve acentuada porque los prestatarios sólo pueden acudir a un cambio de divisa, como teórica solución a una evolución del riesgo de fluctuación que les resulta desfavorable, si están al corriente de las obligaciones de pago: en una coyuntura económica adversa, tendrían que advertir con suficiente antelación el riesgo de no poder atender sus obligaciones de pago, porque en otro caso, si ese riesgo les sorprende, ya no pueden cambiar la moneda y quedan atrapados en la evolución de la divisa de que se trate. En el primer caso, los prestatarios capaces de predecir ese riesgo y de actuar en consecuencia quedarían, no obstante, *atrapados* en el riesgo básico enunciado en este apartado: tendrían que asumir que deben un capital probablemente muy superior al recibido en euros. No obstante, esa asunción del riesgo, por muy ilimitada que sea, es lícita si el prestatario-cliente es perfectamente consciente de ella y la consiente con todas las consecuencias.

f). Todos estos riesgos tienen dificultad añadida: las cuotas de amortización, el tipo de interés (obligatoriamente, salvo que no exista variación en el tipo aplicable) y la divisa de pago (facultativamente) se determinan cada mes, lo que se supone que obliga a los prestatarios a estar permanente pendientes, durante los casi treinta años de vida del préstamo, de una información difícilmente accesible. En teoría, cada una de las trescientas sesenta cuotas mensuales debía ir precedida de una decisión sobre la divisa aplicable y sobre la forma de gestionar su pago, mediante su contravalor en euros o mediante la puesta a disposición del banco de la divisa de pago.

Así, tal y como establece la perito Doña Nuria M^a García Pascual en su dictamen pericial que se acompaña como documento 6 del escrito de demanda, (...) *La escritura de préstamo analizada no detalla, ni cuantifica el riesgo de tipo de cambio. En este caso, el préstamo hipotecario se ha referenciado a una*





moneda diferente al euro, por lo que requiere de un seguimiento de la evolución del tipo de cambio entre el euro y el franco suizo (...). El tipo de cambio no es una variable constante sino que experimenta variaciones a lo largo del tiempo; por ejemplo, respecto del franco suizo, una variación en el tipo de cambio de tan sólo el 5% (pasar de 1,653 euros/francos suizos inicial a 1,5704 euros/francos suizos) provoca un incremento en el capital del préstamo de más de 11.000 euros. No constan en la escritura ejemplos con los distintos escenarios del tipo de cambio para que la clienta pudiese conocer qué repercusión existía en la cuota a pagar y en el capital pendiente.

La volatilidad del tipo de cambio genera importantes efectos tanto sobre las mensualidades como sobre el principal del préstamo adeudado, originando así 2 posibles escenarios:

- Que la divisa se aprecie con respecto al euro, por lo que se obtendrían menos unidades de divisa por euro. En este escenario, el cliente se vería perjudicado porque el pago de intereses iría en aumento y por tanto las mensualidades a pagar serían más altas.
- Que la divisa se deprecie con respecto al euro, en cuyo caso obtendríamos más unidades de divisa por euro y el cliente se podría beneficiar del ahorro en el pago de intereses y en consecuencia las mensualidades del préstamo multdivisa descenderían.

El tipo de cambio también tiene efectos sobre el principal adeudado, ya que las oscilaciones entre ambas monedas provocan que constantemente el principal a devolver sea diferente.

En un escenario negativo para el cliente de apreciación de la divisa respecto al euro, podemos encontrarnos que aun habiendo pasado varios años desde la constitución del préstamo y habiendo efectuado el pago de las cuotas correspondientes, incluso podría darse el supuesto de que el cliente podría llegar a deber más de la cuantía adeudada inicialmente como así ha ocurrido.





Destacamos, por ejemplo, cómo en diciembre de 2010, la deuda pendiente en euros asciende a 265.686,50 euros, un 21,87% más que el capital inicial, porcentaje que supone excederse del límite del 20%, recogido en la cláusula 6ª bis 1g, como causa de resolución anticipada del préstamo (...).

QUINTO: NORMATIVA APLICABLE AL CONTRATO. NORMATIVA MiFID.

Una de las cuestiones jurídicas controvertidas es si una hipoteca multidivisa como la que vincula a las partes está o no sometida a la normativa MiFID. Ya se ha hecho referencia antes a los pronunciamientos judiciales existentes en esta materia. En pura teoría, un préstamo multidivisa puede atender a distintas configuraciones económicas y a distintas modalidades de asunción y reparto del riesgo de fluctuación de las monedas. En el préstamo multidivisa al que se refiere la demanda, el riesgo del tipo de cambio sobre el capital pendiente de devolución en yenes no se limita realmente a ser una simple representación inicial del capital prestado, sino que ha actuado como factor de recálculo permanente del contravalor en euros del montante del capital debido en yenes, lo que provoca una pérdida total de referencias entre el activo (la vivienda hipotecada y la capacidad de pago del prestatario, valorados en euros) y el pasivo que lo financia, valorado en yenes, no sólo en una representación inicial, sino a lo largo de toda la vida del préstamo.

El activo financiado (vivienda) está valorado en euros y es fácil conocer su valor, mediante una tasación o por comparación con otros inmuebles similares. Sin embargo, el pasivo que lo financia está afectado por múltiples variables y se modifica continuamente, incluso al alza, aunque se abonen las cuotas pactadas. El precio teórico del contrato para el prestatario es el tipo de interés, pero si tiene que asumir el riesgo de fluctuación de la moneda sobre el capital su contraprestación no es tan simple: el precio que debe pagar es el tipo de interés y el otro diferente cuyo valor no está determinado en el contrato, sino que se irá determinando en futuro sobre el precio de un concreto activo, que realmente hace las veces de activo subyacente: el tipo de cambio de las divisas.

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Montañes Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





Los derivados financieros son contratos en los que la cuantificación de la obligación de una de las partes depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente. El activo subyacente puede ser diverso, y entre los más típicos están las divisas. Para clarificar la calificación jurídica del contrato, se expondrán a continuación las definiciones al uso de los productos de inversión que se negocian en los mercados de valores (productos financieros), contenidas en la información pública ofrecida por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en su página web (<https://www.cnmv.es/portal/Inversor/Derivados.aspx>):

1.- Una primera aproximación a este tipo de productos exige distinguir entre productos simples y productos estructurados, que se diferencian no tanto por su mayor o menor complejidad -entendida como dificultad de entendimiento-, como por su composición: un producto simple es un producto único, mientras que un producto estructurado combina varios productos simples.

2.- Los productos simples se clasifican en fondos de inversión, productos de renta fija pública, productos de renta fija privada, acciones, participaciones preferentes y productos derivados, llamados así por tratarse de productos financieros cuyo valor se basa en el precio de otro activo (acciones, oro, materias primas, divisas, tipos de interés...) denominado activo subyacente. A su vez, los productos derivados pueden ser adoptar distintas modalidades, ya típicas (futuros, opciones, warrants, certificados y CFD (contratos por diferencias), ya atípicas. Pero básicamente, un derivado es una contratación a plazo en la que se establecen todos los detalles en el momento del acuerdo, mientras que el intercambio efectivo se produce en un momento futuro. Y, dice la CNMV: son productos sujetos al efecto apalancamiento, ya que la inversión inicial necesaria es reducida en comparación con la exposición al subyacente que se obtiene, por lo que los resultados pueden multiplicarse, tanto en sentido positivo como negativo, en relación con el efectivo desembolsado. Por lo tanto, son productos de riesgo elevado. Y pone el siguiente ejemplo gráfico:

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Montaña Leas Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





... EN OTRAS PALABRAS...

Imaginemos que vamos a comprar al supermercado un kilo de naranjas. Lo normal es que el acuerdo y la transacción se realicen en el mismo momento, es decir, a la entrega del kilo de naranjas se paga el precio establecido.

Supongamos ahora que acordamos con el frutero que para la semana que viene me venda un kilo de naranjas al precio al que están hoy. Esto se podría entender como un derivado o contrato a plazo (hemos fijado los detalles del acuerdo, la cantidad y el precio en el momento actual, si bien el intercambio se hará en una fecha futura).

Por lo tanto, la variación del precio podrá jugar a nuestro favor si el precio del kilo de naranjas sube, o en contra si el kilo de naranjas baja de precio, beneficiándose el frutero del acuerdo realizado.

A lo que cabría añadir que la misma situación se genera si lo que se acuerda es que el cliente se lleva ya el kilo de naranjas y se obliga a pagar por él el precio al que esté el producto dentro de una semana. Este ejemplo es equiparable a la situación que se crea con este préstamo multidivisa, en el que parte del precio se paga "a plazo" y se determina a futuro sobre la referencia del cambio euro/yen o franco suizo.

De lo expuesto hasta ahora se deduce que el contrato que nos ocupa incluye para la determinación de una parte de la contraprestación a la que debe hacer frente el prestatario un verdadero derivado financiero, lo que conllevaría la aplicación de la LMV, esto es, de la normativa MiFID, porque el artículo 2 de esta norma establece que quedan incluidos en su ámbito de aplicación, entre otros, los "contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo".

Codi. Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ6FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Montaña Leas Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





Es cierto que el artículo 79 quáter LMV, en coherencia con el artículo 19.9 de la Directiva MiFID, establece que las reglas esenciales de esa normativa MiFID no serán de aplicación cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes para entidades de crédito y para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información. En la determinación de si este precepto puede aplicarse al préstamo multidivisa que constituye el objeto de este procedimiento, deben darse en este punto por reproducidos los datos aportados más arriba sobre el funcionamiento del producto y la forma en que el tipo de interés de referencia (LIBOR) y los tipos de cambio euro/yen o franco suizo han influido en la determinación de las cuotas de amortización mensuales y en la propia representación en euros del capital pendiente. De los datos numéricos aportados se desprende sin especial dificultad que las variaciones apreciadas responden en esencia a las variaciones en el tipo de cambio euro/yen o franco suizo. Estas variaciones imprimen al préstamo hipotecario un riesgo muy elevado.

La SJUE de 30 de mayo de 2013 (asunto C-604/11), es clave en la solución de este extremo. Esta sentencia resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Madrid, sobre las dudas que suscitaba la interpretación del *artículo 4, apartado 1 y del artículo 19, apartados 4, 5 y 9, de las Directiva MiFID* a las permutas financieras. Debe precisarse, en este punto, que el artículo 19.9 de la Directiva, aunque similar al artículo 79. quáter LMV, tiene un tenor literal diferente: "*en caso de que se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a normas europeas comunes para entidades de crédito y créditos al consumo relativas a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información, dicho servicio no estará sujeto además a las obligaciones establecidas en el presente artículo*".

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ6FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Leas Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





El empleo de ese adverbio lleva al TJUE a dar por sentado que para aplicar la excepción del artículo 19.9 " *dicho servicio ya ha estado sujeto a otras disposiciones legales o normas referentes a la evaluación de los riesgos de los clientes o a las exigencias en materia de información. Se dará este caso únicamente si formaba parte intrínseca de un producto financiero en el momento en que se realizó esa evaluación o dichas exigencias se cumplieron respecto a ese producto*" (apartado 41).

El fallo del TJUE concluye que *el artículo 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39/CE (...) debe interpretarse en el sentido de que, por una parte, un servicio de inversión sólo se ofrece como parte de un producto financiero cuando forma parte intrínseca de éste en el momento en que dicho producto financiero se ofrece al cliente y, por otra parte, lo dispuesto en la legislación de la Unión y en las normas europeas comunes a las que se refiere dicho precepto debe permitir una valoración del riesgo de los clientes o establecer requisitos de información que incluyan asimismo el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate, para que este servicio deje de estar sujeto a las obligaciones enunciadas en dicho artículo 19.*

A juicio de esta juzgadora, si el efecto inherente al cambio de divisas funciona como un derivado financiero, nos hallaríamos ante un servicio de inversión que forma parte intrínseca del préstamo hipotecario en el momento en que se ofreció a la demandante, por lo que no resultaría de aplicación la excepción prevista en el artículo 19.9 de la Directiva ni, en consecuencia, la prevista en el artículo 79 quáter LMV. En esta valoración se tienen en cuenta los siguientes razonamientos de la sentencia citada:

a). El artículo 19.9 de la Directiva 2004/39 supone una excepción al sistema de evaluaciones que dicho artículo prevé para la prestación de servicios de inversión, por lo que debe ser objeto de interpretación estricta, ya que dichas evaluaciones son medidas que pretenden garantizar la protección de los inversores y ese fin de protección es uno de los objetivos de la Directiva (apartado 39).

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ6FJIB1MWWDFSDA5CGQ0T1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Montaña Lees Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





b). En segundo lugar, en cuanto a la cuestión de si las disposiciones o normas en materia de evaluación o de información, mencionadas en el *artículo 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39*, a las que ya está sujeto el producto financiero de que se trata deben ser similares a las obligaciones establecidas en los apartados 4 y 5 del mismo artículo, el TJUE considera que dicho apartado 9 no indica que sea precisa tal similitud. Pero debe tenerse muy presente:

Que si no exige esa similitud es porque la naturaleza del instrumento financiero a que se refiere el servicio de inversión puede ser muy diferente de la del producto financiero ofrecido, por lo que pueden requerir otras evaluaciones o la obtención o facilitación de otra información, pero siempre en función del objetivo de proteger al cliente (apartado 45).

Además, que dichas disposiciones o normas deben referirse a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información (apartado 47).

Y que dichas disposiciones o normas deben permitir la valoración de los riesgos de los clientes o establecer requisitos de información que asimismo incluyan el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate para que este servicio deje de estar sujeto a las obligaciones enunciadas en el *artículo 19 de la Directiva 2004/39*.

A estos argumentos cabe añadir que el propio fallo del TJUE expresa que para excluir la normativa MiFID no basta con la mera existencia de una normativa del Estado miembro que discipline un determinado producto o servicio financiero al margen de aquella regulación, porque exige que esa otra normativa sea derecho de la Unión Europea y se refiera a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información. En consecuencia, la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 no cumple esos requisitos que debe tener la norma alternativa, habida cuenta, por un lado, de que su regulación no contempla la valoración de riesgos de los clientes ni los requisitos de información en patrones

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5PJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Montaña Leas Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





equiparables a las exigencias de la LMV y del RD 217/2008, de 15 de febrero y, por otro, de las exiguas referencias a los préstamos en divisas en la citada Orden Ministerial, que parecen responder a un patrón contractual mucho más simple que el que nos ocupa y que no incluyen una específica regulación de la valoración de los riesgos de los clientes ni a los requisitos de información de la entidad bancaria.

Si la Orden citada no cumple los requisitos del ámbito de excepción que se analiza, procede la aplicación de la normativa MiFID, en cuanto tiende precisamente a evitar que los clientes de servicios de inversión vinculados a una operación tradicional de crédito puedan quedar desprotegidos por el hecho de que los dos productos estén indisolublemente unidos. En el mismo sentido, la configuración interna del producto derivado, que responde a la voluntad de la entidad bancaria en el diseño del producto y no a la del cliente, no puede desembocar en un nivel de protección de inferior calidad e intensidad que la que establece la LMV en garantía de los clientes minoristas.

La solución podrá ser distinta cuando se trasponga al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) número 1093/2010, pero el plazo de trasposición finaliza el 21 de marzo de 2016 y hasta tanto, las exigencias de protección mencionadas sólo podrán cubrirse mediante la normativa MiFID. Precisamente la reforma ha sido necesaria porque *(4) la Comisión ha determinado una serie de problemas que sufren los mercados hipotecarios de la Unión en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado, incluidos los intermediarios de crédito y las entidades no crediticias. Algunos de los problemas observados 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 y porque (30) " debido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito . El riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato de crédito, o bien mediante otros procedimientos. Entre tales procedimientos cabría, por ejemplo, incluir límites máximos o advertencias de riesgo, en caso de que las mismas sean suficientes para limitar el riesgo de tipo de cambio.

En definitiva, resultarán de aplicación al contrato, además de las normas aplicables a los préstamos hipotecarios (Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, Orden de 5 de mayo de 1994 y Ley 36/2003), los artículos 79 y siguientes de la LMV y el RD 217/2008, de 15 de febrero.

SEXTO: NULIDAD DEL CONTRATO POR ERROR EN EL CONSENTIMIENTO Y EL DOLO OMISIVO.

El artículo 1.261 del Código Civil establece como uno de los requisitos esenciales para que exista un contrato, junto al consentimiento y la causa, el objeto cierto que sea materia del negocio jurídico, de tal manera que a falta de tales requisitos el contrato debe considerarse inexistente y por ello nulo de pleno derecho. Para la concurrencia de este requisito es necesario que en el contrato queden definidos los derechos y obligaciones que asumen las partes como consecuencia del contrato, esto es, las prestaciones que deben realizar y las que tienen derecho a recibir de la contraparte.

Además del objeto y de la causa, la validez del contrato exige la prestación del consentimiento, que en este caso la demanda considera viciado por un error relevante y excusable causado por el dolo omisivo de la entidad bancaria demandada. Tradicionalmente se ha distinguido entre el error obstativo, de un lado, también denominado error en la declaración negocial (SAP Madrid,





Sección 14, de 3 de septiembre de 2012), determinante de la inexistencia del negocio por falta de uno de sus requisitos esenciales, como es el consentimiento, ex art. 1261 CC, pues se produce una ausencia radical de voluntad; y, de otro lado, el error sobre el contenido del contrato, como vicio del consentimiento, que sólo provoca la anulabilidad del contrato. La reiterada doctrina jurisprudencial dictada en torno al error regulado en el artículo 1266 del Código Civil, recopilada, entre otras, en la SAP de León, Sección 1ª, de 1 de marzo de 2012, recuerda que "para que el error, como vicio de la voluntad negocial, sea invalidante del consentimiento es preciso, por una parte, que sea sustancial o esencial, que recaiga sobre las condiciones de la cosa que principalmente hubieran dado motivo a la celebración del contrato, o, en otros términos, que la cosa carezca de alguna de las condiciones que se le atribuyen, y precisamente de la que de manera primordial y básica motivó la celebración del negocio atendida la finalidad de éste (STS de 12 de julio de 2002 , 24 de enero de 2003 y 12 de noviembre de 2004); y, además, y por otra parte, que sea excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe, con arreglo a la cual el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando éste no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración (STS de 24 de enero de 2003 , 17 de febrero de 2005 y 17 de julio de 2006).

En fin, si para determinar si concurre error invalidante del contrato es preciso que se califique como esencial y excusable, es necesario establecer, en cada contexto concreto, qué es lo esencial y qué es lo excusable, *porque si el error supone el desconocimiento o el conocimiento sustancialmente erróneo de presupuestos básicos para la contratación con un grado razonable de discernimiento, primero hemos de determinar cuáles son esos presupuestos básicos y, muy fundamentalmente, a qué régimen jurídico está sujeto el intercambio de información preciso para determinar si el consentimiento se ha*

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montserrat Delmas, Maria Teresa:

Data i hora 14/11/2017 09:06





emitido sin error (SAP León ya citada).

Es importante tener en cuenta, además, uno de los últimos pronunciamientos dictados hasta la fecha por el Tribunal Supremo sobre el error, referido a un contrato de permuta financiera, en un supuesto en el que dicho error fue tratado como vicio del consentimiento, no como error obstativo. Se trata de la STS de 20 de enero de 2014, que reproduce en parte la de 21 de noviembre de 2012, y que puede resumirse en los siguientes términos:

1.- Aunque en muchos casos un defecto de información puede llevar directamente al error de quien necesitaba de dicha información, no es correcta una equiparación, sin matices, entre uno y otro, al menos en términos absolutos. El incumplimiento de los deberes de información de la entidad bancaria no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que 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.

2.- La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en la apreciación del error unos criterios razonablemente rigurosos.

3.- El error como vicio de la voluntad concurre cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización de un contrato es equivocada o errónea. Para que la "representación equivocada" merezca esa consideración, es necesario que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

4.- El artículo 1.266 del Código Civil dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer -además de sobre la persona, en determinados casos- sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Leas Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (artículo 1.261.2 CC). Además el error ha de ser esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato-que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

5.- El error vicio exige que la representación equivocada se muestre como razonablemente cierta. Las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración en el momento de la perfección del contrato. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas circunstancias, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano. Difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre el futuro con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia. Aunque conviene apostillar que la representación ha de abarcar tanto al carácter aleatorio del negocio como a la entidad de los riesgos asumidos, de tal forma que si el conocimiento de ambas cuestiones era correcto, la representación equivocada de cuál sería el resultado no tendría la consideración de error .

6.- Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, excusable. La jurisprudencia valora la conducta del ignorante o equivocado, de tal forma que niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

7.- Cuando resulta de aplicación la LMV, el hecho de que su artículo 79 bis.3 imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros

Codi. Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5PJIB1MWWDFSDA5CGQ0T1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Montaña Leos Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





complejos el deber de suministrar al cliente minorista una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir "orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos", muestra que esta información es imprescindible para que el cliente minorista pueda prestar válidamente su consentimiento. Dicho de otro modo, el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada, y este error es esencial pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero.

8.- Cuando las normas aplicables determinan la existencia de concretos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera, como sucede con la LMV, la existencia de esos deberes incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error, pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error le es excusable al cliente.

Por otro lado, cuando se alega el error como vicio de consentimiento por omisión de los deberes de información de la entidad bancaria, también debe tenerse en cuenta que el dolo, como vicio del consentimiento, puede manifestarse a través de conductas pasivas o reticentes que, resultando finalmente engañosas, inducen a contratar a quien no hubiera llegado a hacerlo si el otro contratante hubiera actuado con la debida diligencia y con la buena fe exigible poniendo de manifiesto el alcance del contrato (SAP de León, Sección 1ª, de 1 de marzo de 2012). El TS (sentencia de 5 marzo de 2010) recuerda que la jurisprudencia ha establecido como manifestaciones del dolo no sólo la "insidia directa o inductora de la conducta errónea del otro contratante" sino también "la reticencia dolosa del que calla o no advierte a la otra parte en contra del deber de informar que exige la buena fe", omitiendo *hechos o circunstancias influyentes y determinantes para la conclusión del contrato y respecto de los que*

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQ0T1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montañes Delmas, Maria Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





existe el deber de informar según la buena fe o los usos del tráfico .

SÉPTIMO: Una vez expuestas estas consideraciones previas, y antes de entrar en el fondo del asunto, se examinará el primer motivo de oposición que invoca la entidad demandada en su escrito de contestación a la demanda, relativo a la CADUCIDAD de la acción de nulidad que la actora ejercita (artículo 1301 CCV).

En primer lugar, la doctrina ha venido distinguiendo en lo que aquí nos interesa los siguientes grados de ineficacia negocial o contractual: a) inexistencia cuando en el contrato falta alguno de los elementos esenciales que señala el artículo 1261 del Código Civil; b) nulidad radical o absoluta, que tiene lugar cuando el contrato, aun reuniendo sus elementos esenciales, es opuesto a alguna ley que declara expresamente esta clase de nulidad; y c) anulabilidad o nulidad relativa que se produce cuando el contrato, reuniendo sus elementos esenciales, adolece de vicios en la formación o constitución de alguno o algunos de ellos. Es a este último grado de ineficacia que se refiere el artículo 1300 del Código Civil que, presuponiendo la concurrencia en el contrato de los elementos esenciales -consentimiento, objeto y causa-, contempla el supuesto de que adolezca de alguno de los vicios que los invalidan, conforme a la ley. Así pues, la inexistencia no entraña más que una apariencia objetiva de contrato, sin realidad subjetiva, de la que no puede surgir nexo alguno que ligue las voluntades de los que lo celebran; en la nulidad relativa, si bien existe realidad contractual, en los requisitos sustanciales se contiene algún defecto que la vicia. Mientras la nulidad absoluta o de pleno derecho se puede hacer valer por vía de acción o de excepción, se ha declarado que la relativa sólo se puede ejercitar accionando (SSTS 25 de mayo de 1987 y 6 de octubre de 1988). La inexistencia del contrato no precisa instancia de parte y puede ser apreciada de oficio por los Tribunales. Por lo que aquí importa y en cuanto a sus efectos, difiere la nulidad absoluta y la relativa en que la absoluta cumple el principio "quod nullum est nullum producit effectum", mientras que la relativa admite la posibilidad de confirmación establecida en los artículos 1309, 1311, 1312 y 1313. La excepción de caducidad de la acción no cabe admitirse en los casos de inexistencia o nulidad absoluta y





sí en la hipótesis de nulidad relativa. Al ser la nulidad absoluta perpetua e insubsanable, no cabe la prescripción de la acción o excepción que en ella se funde. En la STS de 29 de abril de 1997, con cita de la Sentencia de 23 de julio de 1993, se establece que el plazo «sanatorio» de 4 años del artículo 1301 del CCV es aplicable solamente a los contratos en que concurren los requisitos del artículo 1261 (artículo 1300 del CCV), tratándose de un plazo aplicable a los llamados contratos anulables. Los contratos afectos de nulidad absoluta, radicalmente nulos, inexistentes en derecho, no pueden convalidarse por el transcurso del tiempo ya que la acción de nulidad es imprescriptible y los efectos de la sentencia que la estima son declarativos, no constitutivos; "ex tunc" no "ex nunc". La nulidad propiamente dicha, absoluta o de pleno derecho, tiene lugar cuando el contrato es contrario a las normas imperativas y a las prohibitivas o cuando no tiene existencia por carecer de alguno de sus elementos esenciales, pues según el artículo 1261 del CCV, no existe si falta el consentimiento, el objeto o la causa y al faltar uno de ellos, la consecuencia ineludible es la del artículo 1265, estando al margen de posibilidad sanatoria y de todo plazo prescriptivo justo por ser la expresión del nada jurídico, que siempre y en todo momento puede ser alegado. El artículo 1300 del CCV sólo es aplicable a los supuestos en que existe verdadero contrato por reunir los requisitos del artículo 1261 del CC, pero no cuando por simulación absoluta hay inexistencia de causa y total privación de efectos contractuales, según el artículo 1275 del Código Civil.

En definitiva, si un contrato que reúne los requisitos del artículo 1261 del Código Civil se halla afectado por algún vicio del consentimiento (error y dolo entre ellos), el contratante cuyo consentimiento se encuentra afectado por el vicio puede ejercitar acción para que se declare la nulidad del contrato, la cual se halla sujeta a un plazo de caducidad (artículos 1300 y 1301 CCV), pero la acción de nulidad queda extinguida desde el momento en que el contrato haya sido confirmado válidamente (artículo 1309 CCV), confirmación que no necesita el concurso de aquél de los contratantes a quien no correspondiese ejercitar la acción de nulidad (artículo 1312 CCV) y que purifica el contrato de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración (artículo 1313 CCV), confirmación que puede hacerse expresa o tácitamente, entendiéndose que hay confirmación tácita cuando, con conocimiento de la causa de nulidad y habiendo

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5PJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Leas Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





ésta cesado, el que tuviese derecho a invocarla ejecutase un acto que implique necesariamente la voluntad de renunciarlo (artículo 1311 CCV).

Pues bien, expuesto lo anterior, la actora solicita en su demanda la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por las partes en escritura pública el 31 de mayo de 2007 en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa, nulidad que se funda en un vicio del consentimiento por error en el objeto.

Partiendo de ello, la acción principal ejercitada por la actora en orden a la anulación del referido contrato se debe considerar como acción de nulidad o anulabilidad, ex artículos 1.300 y 1.301 del Código Civil, que no de nulidad radical por ausencia de tal elemento esencial de todo contrato (artículo 1.261.1º del Código Civil), toda vez que el consentimiento prestado por error no es equiparable al supuesto de falta o inexistencia del mismo, dado que se afirma precisamente su existencia, si bien afectada de vicio que lo invalida, cual es el haberse prestado por error recayente sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo (artículo 1.266 del Código Civil), lo que integra un supuesto de anulabilidad del contrato que debe ser hecho valer por la parte mediante el ejercicio de la correspondiente acción prevista en el citado artículo 1.300 de dicho texto legal.

Así, el artículo 1301 del Código Civil establece que la acción de nulidad solo durará cuatro años y que en los supuestos de error, dolo o falsedad de la causa, comenzará a correr desde la consumación del contrato, lo que nos plantea la duda de seguir la doctrina sentada en la sentencia del TS de fecha 27 de marzo de 1989 y decir que “el momento de la “consumación” no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes” y entender que no existe motivo para declarar caducada o prescrita la acción o admitir que la consumación del contrato se produce cuando las partes tienen pleno

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montañaes Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





conocimiento de las prestaciones que han asumido en el contrato y de la contraprestación que recibirán por ello, lo que permite adelantar en los contratos de tracto sucesivo el plazo de cómputo a un momento anterior a aquel en que se llegan a agotar todas las obligaciones nacidas del contrato, solución acogida por esta juzgadora.

Al respecto, lo primero que debe destacarse es que el Tribunal Supremo ha considerado este tipo de hipotecas como auténticos productos financieros. Ciertamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015 lo calificó como instrumento financiero derivado. Dice el Tribunal Supremo en la referida sentencia que " *Lo que se ha venido en 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 aplica 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 Offered 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...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 será 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 del*

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montserrat Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





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".

Sobre la base de que nos hallamos ante un producto financiero, hemos de determinar cuál sería el "dies a quo" para el cómputo del plazo de caducidad. Al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 señaló que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1301 del Código Civil, la acción de nulidad sólo durará cuatro años, que se contabilizarán desde la consumación del contrato y no desde el perfeccionamiento. En este sentido, se indica que *no puede confundirse la consumación del contrato a que hace mención el artículo 1301 del Código Civil, con la perfección del mismo, de forma que "la consumación del contrato tiene lugar cuando se produce «la realización de todas las obligaciones» (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1897 , 20 de febrero de 1928 y 11 de julio de 1984), «cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1989) o cuando «se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó» (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1983)".*

En concreto, y en relación a las acciones que persiguen la anulación de un contrato bancario o de inversión por concurrencia de vicio del consentimiento, no puede interpretarse la "consumación del contrato" como si de un negocio jurídico simple se tratara, por lo que *"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 (art. 4:113). (...) 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".

Y en el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 2016, que indica respecto a la caducidad de la acción y la interpretación a estos efectos del artículo 1.301 del Código Civil lo siguiente: "hemos establecido en sentencias de esta Sala 489/2015, de 16 de septiembre, y 769/2014, de 12 de enero de 2015 , que «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».

Sobre esa base y teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, conforme a dicha jurisprudencia el cómputo del plazo de prescripción de la acción de anulabilidad por error/vicio en el consentimiento entablada por la actora no se inició desde que se perfeccionó el contrato cuya nulidad se pretende sino desde

Codi. Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montañaes Delmas, Maria Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





que la actora estuvo en disposición de conocer los riesgos patrimoniales de la operación.

Esta juzgadora considera que las personas sin formación ni conocimientos financieros especializados, como es el caso de la , aparte de no tener capacidad de análisis, son incapaces de detectar los hechos que los expertos en mercados financieros sí pueden detectar. En el caso de este tipo de hipotecas concedidas a particulares en divisas, como el franco suizo o el yen japonés, las entidades insisten en el factor de los bajos tipos de interés de estas monedas, comparando únicamente los distintos tipos de interés de las mismas respecto al tipo de interés del euro en la fecha de contratación, olvidándose del importante riesgo que supone la depreciación del euro frente a esas divisas y omitiendo el tipo de cambio a plazo.

Si los riesgos no se identifican (por ejemplo la indeterminación del principal en euros a devolver al Banco, la indeterminación de la cuota mensual a pagar por intereses y amortización de capital, la variabilidad de la cuota por efecto en los cambios de los tipos de interés de la divisa de referencia, etc), no es posible valorarlos ni cuantificarlos. Si se identifican pero no se valoran ni cuantifican, los titulares no disponen de una visión sobre la probabilidad de concurrencia de dichos factores, ni el impacto que tendrán en su capital.

En este sentido, se puede concluir que la actora no podía saber que iba a perder dinero desde el momento de la firma de su hipoteca. No se podía imaginar que el mercado financiero ya esperaba una apreciación del franco suizo con respecto al euro, lo que iba a dar lugar a que la deuda del préstamo hipotecario fuera en aumento en lugar de reducirse. De la misma forma, la clienta tampoco podía saber de antemano que el ahorro en tipo de interés que la misma percibe en la contratación se iba a ir perdiendo ligeramente conforme avanzara el tiempo, sin poder ser concedora de ello, puesto que la clienta no tiene acceso a esta información. Por tanto, la clienta nunca pensó que las

Codi. Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Leas Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





previsiones jugaban en contra de ella. Además, dado que el importe de las cuotas de la actora disminuía, no se podía percatar de los efectos que el tipo de cambio tenía sobre su principal.

Por otro lado, en el informe pericial que se aporta como documento 6 de la demanda, se indica que *el capital pendiente que existe a 31 de marzo de 2016 no sólo no se ha reducido sino que se ha incrementado hasta los 245.606,14 euros, pese haber transcurrido casi 9 años de amortización y haber pagado un total de 96.718,88 euros. Si se hubiese optado desde el inicio por euros, el capital actualmente sería de 164.869,56 euros, 80.736,58 euros menos que el capital pendiente actual. Por otro lado, la clienta ha pagado de más hasta marzo de 2016 un total de 10.372,15 euros por tener el préstamo en divisas. Así el perjuicio total es de 91.108,73 euros. A esto habría que añadir la comisión de cambio aplicada en cada mensualidad*". Por lo tanto, no fue hasta que la actora tuvo conocimiento del contenido y conclusiones de dicho informe pericial cuando pudo por primera vez constatar la verdadera naturaleza y consecuencias del préstamo hipotecario que hacía 9 años había contratado. Un indicio significativo en este sentido es el hecho de que fue en ese momento cuando la ahora demandante puso sus preocupaciones en manos de un letrado. De haberlo constatado antes, por puro sentido común puede pensarse, habría solicitado entonces la ayuda de un abogado.

En definitiva, no habiendo transcurrido, a la fecha de interposición de la demanda rectora del presente procedimiento (23 de septiembre de 2016) en la que se ejercitó por la actora la referida acción sobre anulabilidad de dicho contrato, el plazo de caducidad de cuatro años fijado para la misma por el artículo 1.301 del Código Civil, no debe considerarse caducada la acción, desestimándose la excepción opuesta al no haber transcurrido más de cuatro años desde ese momento, pues la demanda se interpone en fecha 23 de septiembre de 2016.

Es por todo ello que no cabe sino desestimar la excepción planteada por

Codi. Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQ0T1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Montañaes Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





el demandado CAIXABANK, S.A, lo cual lleva a esta Juzgadora a entrar a valorar el fondo del asunto.

OCTAVO: EL DEBER DE INFORMACIÓN DE LA ENTIDAD BANCARIA.

Uno de los principales hechos controvertidos en este procedimiento se refiere a la información proporcionada por la demandada sobre el producto contratado, en una doble vertiente: cuál era la información exigible y cuál la facilitada. La información exigible será analizada en este fundamento jurídico, mientras que la información facilitada se estudiará, junto con la valoración de las pruebas practicadas, en el fundamento jurídico siguiente, en el que se analizarán las pruebas practicadas sobre tal información, su suficiencia, exactitud y corrección. Si la información es inveraz, o si su insuficiencia o inexactitud determinó el error de los contratantes, habrá de examinarse si ello afecta a elementos sustanciales del contrato, relacionados con la finalidad del mismo, si es imputable a uno u otro contratante y si el posible error es excusable.

La información que la entidad bancaria debe facilitar en este tipo de contratos está sometida a una regulación exhaustiva que ha sido analizada en muchas de las sentencias dictadas sobre productos financieros. La ya citada STS de 20 de enero de 2014 señala que *ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto. La infracción de esta normativa sectorial, reguladora de los deberes de información y de transparencia, no produce directamente*

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Montañaes Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





ningún efecto sobre los elementos del contrato, pero es importante reseñar los hitos más relevantes de esta regulación porque en ella se establecen las pautas del deber de información, de modo que marca un listón mínimo en la actuación de las entidades bancarias, superado el cual habrá de concluirse en la existencia de indicios de una adecuada formación del consentimiento; y por debajo de él habrá que estar a lo que resulte de las pruebas, a la aplicación de las reglas sobre distribución de la carga de la prueba, en caso de que no existan pruebas suficientes sobre hechos relevantes y al carácter imperativo, en su caso, de las normas incumplidas (artículo 6.3 CC).

Como ha señalado reiteradamente la jurisprudencia, la carga de probar que la información facilitada fue la exigible según las normas aplicables y las características del caso concreto, corresponde a la entidad bancaria demandada, por los principios de disponibilidad y facilidad de la prueba y por la dificultad que tendría para la parte demandante la prueba de un hecho negativo.

En todo caso, no conviene perder de vista que el carácter sinalagmático del contrato no impide, como ha destacado también la jurisprudencia, que deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual, de acuerdo con la norma general del artículo 7 del Código Civil .

La normativa sectorial regula con detalle las obligaciones de información que debe cumplir la entidad sobre los productos y servicios que ofrece. Se expondrán, a continuación los preceptos de estas normas que resultan más relevantes para la resolución de este concreto asunto:

1.- Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Su artículo 48.2 establece las obligaciones básicas de las entidades de crédito para la protección de los legítimos intereses de su clientela, que se traducen en:

a). *Establecer que los correspondientes contratos se formalicen por*





escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación, en especial, las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras de los créditos o préstamos hipotecarios (...) La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independenciadelacuantíadelosmismos . (...)

d). Dictar las normas necesarias para que la publicidad, por cualquier medio, de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito incluya todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones (...).

h). Determinar la información mínima que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes con antelación razonable a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, así como las operaciones o contratos bancarios en que tal información pre-contractual será exigible. Dicha información tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y, cuando pueda verse afectada, a su situación financiera.

2.- La Orden de 5 de mayo de 1994, tenía por finalidad primordial, según su exposición de motivos, *garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios* , presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, *exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos y pretende asimismo facilitar al prestatario la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar*. Desde 2007 la Orden resulta de aplicación, por mandato de la Ley 26/1988, a todos los préstamos hipotecarios que recaigan sobre viviendas, aunque su cuantía sea superior a los 150.253,03.- euros fijados en su artículo

Codi. Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Lees Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





primero, y supone para las entidades de crédito dos obligaciones básicas:

a). La entrega del folleto informativo, regulada en el artículo 3: 1. *Las entidades de crédito deberán obligatoriamente informar a quienes soliciten préstamos hipotecarios sujetos a esta Orden mediante la entrega de un folleto cuyo contenido mínimo será el establecido en el anexo I de esta norma.*

b). La entrega de la oferta vinculante, regulada en el artículo 5: " 1. *Efectuadas la tasación del inmueble y, en su caso, las oportunas comprobaciones sobre la situación registral de la finca y la capacidad financiera del prestatario, la entidad de crédito vendrá obligada a efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo. La oferta se formulará por escrito, y especificará, en su mismo orden, las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras señaladas en el anexo II de esta Orden para la escritura de préstamo. La oferta deberá ser firmada por representante de la entidad y, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, tendrá un plazo de validez no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega. 2. En el documento que contenga la oferta vinculante se hará constar el derecho del prestatario, en caso de que acepte la oferta, a examinar el proyecto de documento contractual, con la antelación a que se refiere el núm. 2 del art. 7, en el despacho del Notario autorizante.*

Las normas específicas sobre préstamos en divisas de la citada Orden son las siguientes:

a). El artículo 7.3.6 señala que en cumplimiento del Reglamento Notarial y, en especial, de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, deberá el Notario, en el caso de que el préstamo esté denominado en divisas, advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.

b). En el Anexo II, al regular la cláusula de amortización, se establece que

Codi. Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ6FPJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Leas Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





dicha cláusula especificará, si se tratara de préstamos en divisas, las reglas a seguir para la determinación del valor en pesetas de cada cuota. En el mismo sentido, en la cláusula sobre intereses ordinarios se especificarán las reglas aplicables para el cálculo en pesetas del importe de los intereses. En la cláusula sobre comisiones, la comisión de apertura incluirá, de forma implícita, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo.

3.- La Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, cuyo artículo 19 regula, como antes lo había hecho el RDL 2/2003, los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios, en los siguientes términos: *1. Las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. La contratación de la citada cobertura no supondrá la modificación del contrato de préstamo hipotecario original. 2. Las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés. Las características de dicho instrumento, producto o sistema de cobertura se harán constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de préstamos hipotecarios, dictadas al amparo de lo previsto en el artículo 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito.*

4.- La Ley del Mercado de Valores fue modificada por la Ley 47/2007, para incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito. La introducción de la distinción entre clientes profesionales y minoristas ha servido para extremar las obligaciones de información en las operaciones realizadas con éstos últimos, en





los términos regulados en el artículo 79 bis, que regula exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los clientes potenciales. Son deberes básicos de la entidad bancaria los de diligencia y transparencia -artículo 79 LMV- y específicos los métodos para cumplir con la obligación de información -artículo 79 bis LMV-, que se traducen en un conjunto de derechos exigibles por el cliente y en particular los siguientes, según la sistematización contenida en la SAP de Alicante, Sección 8, de 19 de septiembre de 2013:

1º.- En la obligación de *comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios.*

2º.- En la obligación de *mantener, en todo momento, adecuadamente informados a sus clientes.*

3º.- En la obligación de prestar información que *deberá ser imparcial, clara y no engañosa.*

4º.- En la obligación de *asegurarse en todo momento de que disponen de toda la información necesaria sobre sus clientes.*

5º.- En la obligación de prestar a los clientes *información adecuada sobre (...) sobre los instrumentos financieros y... sobre los gastos y costes asociados de modo que les permita comprender la naturaleza y los riesgos del servicio de inversión y del tipo específico de instrumento financiero que se ofrece pudiendo, por tanto, tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa.*

Como indica la STS de 20 de enero de 2014, los deberes de información regulados en el artículo 79 bis no se reducen a que la información dirigida a sus clientes sea imparcial, clara y no engañosa (apartado 2), sino que además deben proporcionarles, "de manera comprensible, información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión", que "deberá incluir orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos o





estrategias" (apartado 3).

Con posterioridad a la reforma de la LMV, el ya mencionado RealDecreto 217/2.008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión ha reforzado los mismos principios inspiradores de la citada reforma. El artículo 60 regula las condiciones que debe cumplir la información para ser imparcial, clara y no engañosa, exigiendo, en primer lugar, que la información sea exacta y no destaque los beneficios potenciales de un servicio de inversión o de un instrumento financiero sin indicar también los riesgos pertinentes, de manera imparcial y visible. En segundo lugar, que sea suficiente y se presente de forma que resulte comprensible para cualquier integrante medio del grupo al que se dirige o para sus probables destinatarios. En tercer lugar, que no oculte, encubra o minimice ningún aspecto, declaración o advertencia importantes. Su artículo 64, al regular la información sobre los instrumentos financieros, insiste en incluir en la información que debe facilitarse los riesgos conexos al instrumento financiero de que se trate y especifica que la entidad financiera debe *" proporcionar a sus clientes (...) una descripción general de la naturaleza y riesgos de los instrumentos financieros, teniendo en cuenta, en particular, la clasificación del cliente como minorista o profesional"*. Y aclara que esta descripción debe *" incluir una explicación de las características del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los riesgos inherentes a ese instrumento, de una manera suficientemente detallada para permitir que el cliente pueda tomar decisiones de inversión fundadas"*.

En su apartado 2, concreta que *"en la explicación de los riesgos deberá incluirse, cuando sea justificado en función del tipo de instrumento financiero en cuestión y de los conocimientos y perfil del cliente, la siguiente información:*

a) *Los riesgos conexos a ese tipo de instrumento financiero, incluida una explicación del apalancamiento y de sus efectos, y el riesgo de pérdida total de la inversión.*

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Lees Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





b) *La volatilidad del precio de ese tipo de instrumento financiero y cualquier limitación del mercado, o mercados, en que pueda negociarse.*

c) *La posibilidad de que el inversor, asuma, además del coste de adquisición del instrumento financiero en cuestión, compromisos financieros y otras obligaciones adicionales, incluidas posibles responsabilidades legales, como consecuencia de la realización de transacciones sobre ese instrumento financiero.*

d) *Cualquier margen obligatorio que se hubiera establecido u otra obligación similar aplicable a ese tipo de instrumentos".*

El artículo 79 bis 6 establece que cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, incluidos en su caso los clientes potenciales, en el ámbito de inversión correspondiente al tipo de producto o de servicio concreto de que se trate; y sobre la situación financiera y los objetivos de inversión de aquel, con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Esta información es la base del test de idoneidad regulado en el artículo 72 del RD 217/2008. A través del test de idoneidad se valoran tres bloques esenciales: conocimientos y experiencia del cliente, situación financiera y objetivos de inversión. Siguiendo la información pública de la CNMV (www.cnmv.es), por fijar una referencia homogénea a la que tienen acceso tanto las entidades bancarias como los clientes, se estima que para valorar el primer bloque, con el que se trata de determinar si el cliente puede comprender el producto y los riesgos que conlleva, la entidad financiera debe obtener información sobre los siguientes extremos: (i) Los tipos de servicios, operaciones e instrumentos financieros con que está familiarizado. (ii) La naturaleza, volumen y frecuencia de las operaciones sobre instrumentos financieros y el período durante el cual se han llevado a cabo. (iii) El nivel de formación y su profesión. Sobre su situación financiera (segundo bloque), que debe permitir, entre otras cosas, conocer las necesidades de liquidez o la

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Montañaes Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





tolerancia al riesgo, la entidad debe indagar: (i) El nivel y la fuente de ingresos periódicos. (ii) Sus activos - líquidos, inmuebles e inversiones-. (iii) Los compromisos financieros periódicos. Y por último, para saber cuáles son sus objetivos de inversión, la entidad debe recabar información sobre (i) el horizonte temporal deseado para la inversión (ii) las finalidades de inversión (iii) y el perfil de riesgo, fijando la pérdida máxima que el cliente estaría dispuesto a asumir. Y, en todo caso, si la entidad no obtiene esta información, debe abstenerse de recomendar servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente.

El artículo 79 bis 7 de la LMV establece, por lo demás, la obligación de realizar la evaluación de la conveniencia, esto es, de solicitar *al cliente que facilite información sobre sus conocimientos y experiencia en el ámbito de inversión correspondiente al tipo concreto de producto o servicio ofrecido o solicitado, con la finalidad de que la entidad pueda evaluar si el servicio o producto de inversión es adecuado para el cliente. La entidad entregará una copia al cliente del documento que recoja la evaluación realizada.* El objetivo del análisis de conveniencia es que la entidad obtenga los datos necesarios para valorar si, en su opinión, el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender la naturaleza y riesgos del servicio o producto ofrecido, advirtiéndole en aquellos casos en que juzgue que el producto no es adecuado. Los factores a analizar en el ámbito de la conveniencia, según el artículo 74 del ya citado Real Decreto 217/2008, son: (i) su experiencia inversora, es decir, la naturaleza, el volumen y la frecuencia de las transacciones del cliente sobre instrumentos financieros y el periodo durante el que se hayan realizado; (ii) el nivel de estudios, la profesión actual o anteriores que resulten relevantes, es decir, su nivel general de formación y experiencia profesional; (iii) su nivel general de conocimientos financieros o, lo que es lo mismo, los tipos de instrumentos financieros con los que esté familiarizado.

El TS considera (STS de 20 de enero de 2014) que las entidades financieras deben 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. El test de conveniencia debe realizarse cuando se prestan servicios que no conllevan asesoramiento. Se entiende por tales los casos en que el prestatario del servicio opera como simple ejecutante de la voluntad del cliente, previamente formada.

Debe citarse, además, el artículo 70 quáter de la LMV, que establece que las empresas que presten servicios de inversión deberán organizarse y adoptar medidas para detectar posibles conflictos de interés entre sus clientes y la propia empresa o su grupo, o entre los diferentes intereses de dos o más de sus clientes, frente a cada uno de los cuales la empresa mantenga obligaciones. Igualmente, deberán aprobar, aplicar y mantener una política de gestión de los conflictos de interés que sea eficaz y apropiada a su organización, destinada a impedir que los conflictos de interés perjudiquen los intereses de sus clientes.

Por otro lado, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, es también de aplicación a este supuesto, ya que la parte demandante es persona física que ha actuado en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. El artículo 60, sobre la información previa al contrato, establece que "antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo".

Su artículo 80 establece que en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, éstas deberán cumplir los siguientes requisitos: A) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Leas Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





documento contractual. B) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. C) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

Tienen la consideración de cláusulas abusivas las definidas en el artículo 82 y, en todo caso, las que vinculen el contrato a la voluntad del empresario, limiten los derechos del consumidor y usuario, determinen la falta de reciprocidad en el contrato, impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato o contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable. También tienen la consideración de cláusulas abusivas (artículo 89), las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

La parte demandada ha discutido que el control de abusividad que se pretende en la demanda pueda proyectarse sobre las cláusulas multidivisa, porque considera que forman parte del objeto principal y del precio del contrato. Esta alegación se basa en el contenido de los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13, que establecen que [artículo 3] "1. *Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato*". Pero el artículo 4.2 añade: "*la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible*".

La transcripción de estos dos preceptos evidencia que el control judicial de

Codi. Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ6FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Montaña Les Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





abusividad por el contenido queda excluido, por mandato del artículo 4.2, en las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, siempre y cuando estén redactadas de forma clara y transparente. La idea básica que justifica esta exención del control de contenido es el necesario respecto a la libertad de precios en el marco de una economía de mercado (artículo 38 de la CE), que debe conjugarse con la defensa de los consumidores y usuarios que el *artículo 51 CE* impone a los poderes públicos al exigir que garantice mediante procedimientos eficaces sus legítimos intereses económicos.

Debe citarse, en este punto, la STJUE dictada el 30 de abril de 2014 en el asunto C-26/13, a la que se ya se ha hecho referencia en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia, que contiene los siguientes pronunciamientos de interés sobre esta cuestión:

I.- El artículo 4.2 de la Directiva, que no contiene ninguna remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance, debe ser objeto en toda la Unión europea de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate (apartados 37 y 38).

II.- El artículo 4.2 de la Directiva establece una excepción del mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece, por lo que debe ser objeto de interpretación estricta (apartado 42), sobre los criterios facilitados por el TJUE (apartados 46-50) en sus pronunciamientos sobre el objeto principal del contrato:

a). Deben ser cláusulas contractuales que describan prestaciones esenciales, por contraposición a las cláusulas de carácter accesorio.

b). El hecho de que una cláusula haya sido negociada por las partes en ejercicio de su autonomía contractual y en el contexto de las condiciones del mercado no implica necesariamente que esa cláusula forme parte del objeto





principal del contrato, porque las cláusulas negociadas individualmente no entran por principio en el ámbito de aplicación de esa Directiva. Por tanto, no se puede plantear la cuestión de su posible exclusión del ámbito de aplicación del artículo 4, apartado 2.

III.- Desde la perspectiva de las cláusulas relacionadas con la «adecuación entre precio y retribución, por una parte y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra», el alcance de esta categoría es reducido: *al estar limitada la exclusión de la apreciación del carácter abusivo de una cláusula a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, no cabe aplicarla cuando se impugna la asimetría entre la cotización de venta de la divisa extranjera, que ha de utilizarse para el cálculo de las cuotas de devolución en virtud de esa cláusula, y la cotización de compra de esa divisa, que se ha de utilizar para el cálculo del importe del préstamo entregado, en virtud de otras cláusulas del contrato de préstamo.* Como el prestamista realmente no realiza ningún de servicio de cambio por el cálculo de las cuotas en divisas, no hay contrapartida a la "retribución", esto es, al sobre coste asumido por el consumidor.

Mucho antes de estas sentencia del TJUE, la jurisprudencia del TS ya había evolucionado hacia la ampliación la tutela judicial en las cláusulas que definen el objeto principal del contrato por dos vías:

a) La apuntada en la STS de 1 de julio de 2010 (y reproducida en otras sentencias, como la ya citada de la SAP Madrid, Sección 28, de 16 de marzo de 2012), que tras el dictado de la STJUE de 3 de junio de 2010, que resolvió la cuestión prejudicial planteada por el TS sobre las cláusulas de redondeo, consideró posible realizar un control jurisdiccional del carácter abusivo de las cláusulas que se refieran a la definición del objeto principal del contrato o a la adecuación entre, por una parte, precio y retribución y, por otra, los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, incluso aunque estuviesen redactadas de manera clara y comprensible, al no haberse





incorporado al ordenamiento español el *artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE* y ser los límites impuestos por la norma europea de mínimos, pudiéndose garantizar en un Estado miembro un mayor nivel de protección al consumidor.

b). A través del denominado control de incorporación y del control de transparencia, también conocido como "control de abusividad en abstracto" o "doble control de transparencia". La importancia de las últimas sentencias del Tribunal Supremo y, señaladamente, de la de 9 de mayo de 2013, dictada sobre las conocidas como *cláusulas suelo*, radica en que arbitran la posibilidad de controlar en abstracto la abusividad de las cláusulas que definen el objeto esencial del contrato aplicando esos controles de incorporación y de transparencia. La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2013 definió el control de transparencia como un parámetro abstracto de validez de las cláusulas predispuestas y no negociadas, que se sitúan fuera del ámbito del «error propio» o «error vicio». Es decir, es un control que se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato y que tiene por objeto que el adherente o consumidor conozca o pueda conocer con sencillez, en primer lugar, la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, *la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener*; y, en segundo lugar, la carga jurídica del mismo, es decir, *la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo* .

La primera sentencia que hizo referencia detallada al control de transparencia fue la de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2012. La verdadera aportación de esta sentencia y de la posterior de 9 mayo de 2013 radica en la aceptación expresa de que el control de inclusión y el control de transparencia pueden proyectarse, a diferencia del control de contenido, sobre los elementos esenciales del contrato. En otras palabras, el control de abusividad por el contenido no puede afectar al objeto principal del contrato, pero si puede ejercerse sobre las cláusulas que lo delimitan si éstas no cumplen los requisitos

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ6FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Leas Delmas, Maria Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





de incorporación y transparencia.

- El denominado control de incorporación o inclusión, que en principio tiene su proyección natural en los contratos en los que existan condiciones generales de la contratación, supone de aplicar, en primer lugar, el filtro negativo del artículo 7 de la LCGC: no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato. Salvado ese primer filtro, es necesario superar otra criba, ahora positiva, prevista en este caso en los artículos 5.5 y 7 de la misma Ley: la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles. El mismo razonamiento, aplicado ya a los contratos con consumidores, incluyan o no condiciones generales, nos conduce al artículo 80 del Texto Refundido, que regula los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente en los términos antes transcritos. El primero de los filtros mencionados consiste, pues, en acreditar que el adherente o consumidor no tuvo ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración. El TS, en la sentencia de 9 de mayo de 2013, considera suficiente que la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la "oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas" para superar este control, independientemente de que el adherente o el consumidor realmente las haya conocido y entendido.

- El segundo de los filtros, aplicado a los contratos con consumidores, se integra ya en el control de transparencia. El Tribunal Supremo, en el auto de 6 de noviembre de 2013, desestimatorio del incidente de nulidad posterior a la sentencia sobre las *cláusulas suelo* recuerda que el control de transparencia de las cláusulas abusivas como diferenciado del previo control de inclusión no es una novedad "inesperada" introducida por la sentencia de 9 de mayo de 2013: El Informe de la Comisión Europea sobre la aplicación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de Abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (COM/2000/0248 final) afirma:

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Lees Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





«El principio de transparencia, que constituye la base del artículo 5, presenta distintas funciones según que se asocie a unas u otras disposiciones de la Directiva.

»En efecto, el principio de transparencia puede aparecer como un medio para controlar la inserción de condiciones contractuales en el momento de la conclusión del contrato (si se analiza en función del considerando nº 20 [31]) o el contenido de las condiciones contractuales (si se lee en función del criterio general establecido en el artículo 3)».

La doctrina científica ha teorizado también sobre esta cuestión, como se ha puesto de manifiesto en alguno de los escritos de las partes promotoras del incidente y en el del Ministerio Fiscal. Y este Tribunal se había pronunciado ya en ese sentido, declarando la abusividad de condiciones generales por falta de transparencia (sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 834/2009, de 22 de diciembre, y núm. 375/2010, de 17 de junio) y considerando el control de transparencia como distinto del mero control de inclusión, en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 406/2012, de 18 de junio (...), cuya doctrina es reiterada en la núm. 221/2013, de 11 de abril.

Las aportaciones del Tribunal Supremo sobre el control de transparencia se traducen en las siguientes afirmaciones, contenidas todas ellas en la STS de 9 de mayo de 2013:

1.- Puede entenderse aplicable a cualquier cláusula predispuesta y no negociada, aunque no sea una condición general de la contratación.

2.- El conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, no obligaría a ninguna de las partes. Es decir, no hay consentimiento sin previo conocimiento, lo que enlaza con las explicaciones ya ofrecidas sobre el control de inclusión o incorporación y

Codi. Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5PJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Montaña Les Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





con el doble filtro de la transparencia en los contratos con consumidores, que es equivalente al filtro de incorporación más el de transparencia en los de contratos con adherentes no consumidores.

3.- La transparencia de las cláusulas no negociadas individualmente en contratos suscritos con consumidores incluye el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.

4.-Es muy importante el apartado 211 de la sentencia de 9 de mayo de 2013: *"la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de cláusulas abusivas. Es preciso que la información suministrada supere el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato.* La superación de este control implica:

a). Que debe permitir al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato.

b). Que debe identificarse con claridad que esa cláusula incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago.

c). Que el consumidor debe tener un conocimiento real y "razonablemente completo" de cómo esa concreta cláusula juega o puede jugar en la economía del contrato.

d). Que ese tipo de cláusulas no pueden estar "enmascaradas entre informaciones abrumadoramente exhaustivas que, en definitiva, dificultan su identificación y proyectan sombras sobre lo que considerado aisladamente sería claro".

e) Que debe garantizarse que la información que obtiene el consumidor le ofrezca la posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de

Codi. Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQ0T1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Montaña Leas Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





contratación del producto.

5.- Si la cláusula en cuestión no supera el control de transparencia, ello determina la nulidad de la condición general o cláusula predispuesta y en la medida que afecte al consentimiento, objeto o a la causa del contrato (elementos esenciales, según el artículo 1261 del Código Civil -CC -), la posible nulidad del contrato, según los casos, con la necesidad de restitución de todo lo que las partes hubiesen entregado en consideración al mismo (artículo 1.303 CC).

En definitiva, esta perspectiva de la información exigible ha sido ya abordada en el análisis de la Ley del Mercado de Valores en referencia a los clientes clasificados como minoristas, que es el caso que nos ocupa. Cuando, además de esa clasificación, el cliente no tiene formación ni experiencia en este tipo de productos financieros complejos, es necesario extremar la claridad en las explicaciones ofrecidas e incrementar el control sobre el grado de comprensión del contenido del contrato y de sus riesgos. Esta afirmación es especialmente aplicable a los supuestos en que es el banco quien asume la iniciativa de promover la contratación del producto.

La perspectiva del contenido material de la información está muy relacionada con la calidad de la información que facilita la entidad bancaria. Es precisamente antes de llevarse a cabo la contratación cuando se debe ilustrar al cliente sobre las características del producto. En el contenido de la explicación precontractual es esencial que la información aclare todas las circunstancias relativas al funcionamiento y a los riesgos de la hipoteca multidivisa y, en particular:

La incidencia del tipo de referencia aplicable en la obligación de pago del prestatario: índice aplicable, periodos de revisión y evolución pasada y previsible del índice en cuestión.

La determinación de todos los elementos que intervienen en la determinación de las cuotas mensuales. Esas cuotas mensuales equivalen a la

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5PJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Leas Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





representación mental que se hace el prestatario sobre la adecuación entre los recursos de que dispone y la obligación de pago que puede asumir. Por ello, es esencial que los elementos que influyen en su determinación se expliquen de forma clara, con apoyo de simulaciones si es preciso.

La forma de aplicación de las cuotas amortizadas y en qué medida se aplican a reducir el capital, los intereses o ambas partidas.

Los distintos niveles de riesgo identificados en el fundamento jurídico cuarto y vinculados al genérico riesgo de fluctuación de la moneda, es decir:

Que con el mismo esfuerzo económico en la moneda funcional, la capacidad de reducir la deuda, el capital prestado, puede ser inferior a lo previsto si la divisa se aprecia sobre el euro.

Que las cuotas de amortización periódicas pueden variar, además de por el tipo de interés aplicable, por el cambio aplicable a las monedas, siendo incluso probable que esa variación sea mucho más acusada que la que producen las modificaciones del Libor.

Que el riesgo del tipo de cambio sobre el capital pendiente de devolución en divisa no se limita a ser una simple representación inicial del capital prestado, sino que actúa como factor de recálculo permanente del contravalor en euros aplicable al montante del capital en divisa, lo que supone la aplicación del riesgo de fluctuación no sólo al cálculo de las cuotas o al porcentaje de deuda amortizada, sino también al propio capital y, a la vez, hace posible que la cuantía del propio capital se incremente notablemente pese al continuo pago de las cuotas.

Que el aparente beneficio que resulta del ahorro en el tipo de interés (LIBOR) puede quedar neutralizado con el riesgo de sobrecoste de amortización del capital si éste queda sometido al mencionado sistema de recálculo permanente.

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ6FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Leas Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





Que la opción de cambiar la divisa aplicable al préstamo supone una previa consolidación en euros del capital prestado, esto es, la materialización en euros del incremento que la fluctuación de las monedas tiene sobre el principal prestado.

Que esta opción, además del citado inconveniente, está limitada al puntual cumplimiento por el prestatario de todas las obligaciones de pago, que en otro caso queda atrapado en la evolución de la divisa de que se trate.

Que todos estos riesgos tienen dificultad añadida, y es que el prestatario, para optimizar las posibles ventajas que para un consumidor supone la contratación de este tipo de hipoteca, deberá tener en cuenta múltiples factores, todos los meses, para tomar la decisión más adecuada sobre la divisa aplicable y sobre la forma de gestionar su pago, ya con su contravalor en euros, ya mediante la puesta a disposición del banco de la divisa de pago.

Respecto a la forma de transmitir esta información, los parámetros de calidad en productos complejos como el que nos ocupa implican recursos como (i) la realización de simulaciones con todos los escenarios posibles; (ii) favorecer el tiempo de reflexión facilitado al cliente, aunque este no lo pida expresamente, sobre la conveniencia de suscribir la orden de compra; (iii) la facilitación de borradores de la documentación contractual para que el cliente pueda consultarlos en su casa o contrastarlos con terceras personas, con conocimientos especializados; (iv) la explicación de la información necesaria a todos los titulares que van a suscribir el producto, y no sólo a uno de ellos; (v) la plena adecuación entre el resultado de los test de conveniencia e idoneidad, siempre que sean rigurosos, y el producto ofrecido o contratado; y (vi) la entidad debe adoptar todas las medidas necesarias para que la información verbal, que es la que asume el cliente con mayor facilidad, recopile todos los datos relevantes, esencialmente sobre los factores de riesgo, cuando sea previsible que por una eventual relación de confianza y/o por el tamaño y contenido técnico de la documentación contractual el cliente no va a leer detenidamente todos los

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ6FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Leas Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





documentos que se le ponen a la firma. Se trata, con esta cautela, de evitar la firma de declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, así como las declaraciones de adhesión o conformidad a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad efectiva de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

NOVENO: VALORACIÓN DE LA PRUEBA.

La valoración de las pruebas practicadas sobre los hechos controvertidos debe partir de la consideración de que es carga de la prueba de la parte demandada, como antes se ha anunciado, acreditar que la información facilitada a la demandante fue suficiente y eficaz, tal y como sostiene la contestación a la demanda.

Los datos relevantes que han quedado acreditados son los que se detallarán a continuación, intentando ordenar en la medida de lo posible los hechos relevantes siguiendo el iter lógico de la contratación.

1.- En cuanto a la iniciativa contractual para suscribir este préstamo hipotecario en divisas, a la clienta se le ofreció por parte del Banco este tipo de préstamo con la intención de unificar deudas y mejorar las condiciones financieras de los dos préstamos que tenía suscritos con Banco de Asturias y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja, créditos hipotecarios usuales, en moneda nacional y sin opciones de cambio de divisa que fueron cancelados al suscribir el de Barclays Bank. El motivo por el que se le recomendó este tipo de hipoteca es porque en el momento de la firma, las cuotas que se tenían que pagar por una hipoteca multidivisa nominada en Francos Suizos con LIBOR, eran inferiores a las que resultaban de un préstamo estándar del mismo importe, nominado en Euros y con índice de referencia Euribor. En cuanto a la información precontractual, la demandante alega en su demanda que la entidad de crédito no le informó sobre el funcionamiento, características y riesgos del préstamo hipotecario multidivisa, ni en fase precontractual ni contractual, en concreto, no se informó del riesgo de que la deuda total incrementaría y de tener que devolver más dinero del realmente prestado. Se

Codi. Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Data i hora: 14/11/2017 09:06

Signat per Montañaes Delmas, Marta Teresa;





trataba de un producto financiero de alto riesgo no adecuado para el perfil del cliente, consumidora, conservadora sin conocimientos financieros ni económicos. Incluso cuando se inició la fuerte apreciación del Franco Suizo respecto al Euro, lo que se preveía duradero, la entidad demandada no informó a sus clientes de que la mejor opción era abandonar la divisa.

Por su parte, la entidad demandada defiende que informó perfectamente a la demandante del funcionamiento, características y riesgos del préstamo hipotecario multidivisa, que no hay que olvidar que la actora solicitó al banco, sin que le fuera ofrecido por este último.

En este sentido, hay que citar la prueba testifical practicada.

En primer lugar, la propia [redacted] reconoció en acto de juicio que *antes de la contratación del préstamo de autos no era cliente de Barclays. Quería reunificar las dos hipotecas que tenía en una sola. Una compañera de trabajo le comentó que Barclays ofrecía condiciones muy ventajosas para las auxiliares de vuelo. Pero nunca le habló de hipoteca multidivisa. Cuando acudió a Barclays, le plantearon que podía reunificar sus dos hipotecas en una. No acudió a ninguna otra entidad. Le ofrecieron un préstamo en francos suizos. Solo le ofrecieron ese tipo de préstamo. El tipo de interés (LIBOR) era más bajo que el EURIBOR. Con esta nueva hipoteca multidivisa, le quedaría una cuota mensual de unos 900 euros mientras que lo que estaba pagando con la hipoteca en euros ascendía a unos 1.100 y pico de euros mensuales. Ella contrató esta hipoteca multidivisa porque se lo pintaron muy bien. Le mencionaron el yen japonés pero no se lo ofrecieron. Le explicaron que este tipo de hipoteca tenía un tipo de interés (LIBOR) más bajo; que las dos hipotecas que tenía se podían reunificar en una y que podía haber variación de la cuota a pagar cada mes pero mínima. Y que por el colectivo al que pertenecía (azafata) iba a tener asesoramiento siempre aunque nunca le asesoraron de nada. No sabía que su hipoteca iba a ser en francos suizos. No ha sabido en todo este tiempo que tenía una hipoteca en francos suizos. El día de la Notaría, no tuvo tiempo para leer la escritura. Lo que sí sabía era la duración de la*





hipoteca: 30 años. Sabía además cual era el capital del préstamo: Unos 211.000 euros. No le hablaron nada de francos suizos. No recuerda lo que leyó el Notario en la Notaría. Recuerda unos recibos que le remitía el Banco donde sí aparece la mención de francos suizos. Mes a mes su cuota iba incrementándose pero lo veía normal y el Banco le dijo que no se preocupase. Hasta el año 2015, ella no se da cuenta de lo que iba pagando de más. Fue a finales del 2015 cuando una compañera de trabajo le dice que su vivienda no la puede vender porque debe al Banco mucho más del importe inicial del préstamo (...).

Por otro lado, el testigo , ex empleado de CAIXABANK, explicó que *trabajó en Barclays desde el año 1986. Recuerda a la actora. Le atendió él. Ella tenía dos hipotecas y quería unificarlas en una sola. Le ofreció este tipo de hipoteca multidivisa porque la cliente se lo pidió. El le pidió toda la documentación económica para acreditar su solvencia y le ofreció el préstamo. Se le explicó el producto. El cliente se hipotecaba en francos suizos. El cliente tiene que comprar francos suizos para pagar la hipoteca. Existe un doble riesgo: el tipo de interés que varía mensualmente y el tipo de cambio. Se le explicó simulaciones en francos suizos y se le explicó diferentes escenarios así como la posibilidad de cambiar de divisa. No se entregaba oferta vinculante. Los tipos de cambio podían variar y eso significaba que variaba también la deuda pendiente. Se le entregó a la cliente el importe en euros de los francos suizos prestados. No se pueden dar previsiones futuras. Pero sí se puede ver la evolución anterior. Al Banco le da lo mismo contratar una hipoteca en euros que en divisa extranjera. En particular, al testigo el Banco le bonificaba si contrataba hipotecas en euros. Conoce la escritura. Al cliente se le explica el doble riesgo, el del tipo de interés y el del tipo de cambio (...).*

En resumen, el empleado del Banco resaltó en todo momento que fue la propia cliente quien se interesó por este producto, puesto que la oficina no tenía el objetivo de comercializar con este tipo de hipoteca. El Banco no ofrecía este tipo de producto. En el año 2007 el Euribor estaba muy alto y el Libor muy bajo. Deduce que la razón por la que la cliente quería contratar este tipo de producto era que la misma quería pagar menos cuota hipotecaria. En este tipo de

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ6FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Les Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





producto, él explicaba a los clientes lo que era un préstamo hipotecario multidivisa y sus características, haciendo simulaciones con divisas variables, tanto favorables como desfavorables. Todo eso se explicaba y se informaba porque en esta hipoteca no solo hay que tener en cuenta el interés sino el tipo de cambio. Se explica también que la cuota hipotecaria puede variar en función del tipo de interés y también puede variar tanto la cuota como el principal en función del valor de la divisa en el mercado. Se informa también que tanto la cuota como el global del préstamo hipotecario multidivisa puede variar según la evolución de la divisa, lo que requiere de un seguimiento más detallado que en un préstamo hipotecario normal. No es una hipoteca convencional. Este riesgo aparece en la cláusula multidivisa de la escritura pública. Sostiene que antes de la firma de la escritura pública se suele mantener una o dos reuniones previas como mínimo. No se entrega ningún folleto informativo. No envían ninguna información periódica de la evolución de la divisa, sino que el cliente puede consultar las webs oficiales (...).

2.- La información precontractual escrita es sencillamente inexistente. No se realizó oferta vinculante. No se ha aportado tampoco el expediente del préstamo, la evaluación de la solvencia de la demandante, los informes del departamento de riesgos ni ningún otro documento. La entidad bancaria incumplió, además, su obligación de ofrecer un instrumento de cobertura, conforme al artículo 19 de la Ley 36/2003 y de incluir la propuesta en la oferta vinculante.

En otros asuntos similares de hipoteca multidivisa, el Banco de España considera que la omisión de la oferta vinculante y de la información precontractual escrita implica una falta de transparencia no ajustada a una actuación acorde con las buenas prácticas bancarias. Así pues, la información precontractual y/o publicitaria ofrecida en estos casos ha de contener los datos más relevantes sobre las características y riesgos de los préstamos multidivisa, de tal forma que los clientes estén en disposición de formarse una opinión fundada y real sobre sus características esenciales para evaluar si se ajusta a sus necesidades, perfil y situación financiera. El cliente ha de estar en

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Leas Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





condiciones de percibir que se le está informando sobre un producto que le expone a un riesgo de tipo de cambio, de forma que no se haga énfasis de manera exclusiva sobre los posibles efectos positivos del ahorro producido por el diferencial entre los distintos tipos de interés aplicables y se haga mención (o se haga pero de forma que difícilmente puede llamar la atención del potencial cliente) a los efectos negativos del tipo de cambio. La simulación de cuotas ha de ser entregada a los clientes en el momento de la comercialización, siendo deseable también que la entidad la aporte (junto con la acreditación de dicha entrega) a los expedientes para su debida valoración. En todo caso, deberán estar respaldadas por hipótesis financieras razonables e indicar de forma clara que las previsiones no son necesariamente un indicador fiable de los resultados futuros. Sería recomendable que la entidad se asegurase de que en todos los canales de comercialización de este tipo de préstamos se facilite el folleto informativo correspondiente con todas las condiciones financieras sexenales de la operación. Se considera especialmente relevante que en dicho folleto informativo, y en caso de no existir, en el documento de solicitud de financiación formalizado por los clientes se indique, además, las medidas que conforme al contenido de la escritura puede adoptar la entidad en caso de que una evolución adversa del tipo de cambio provoque que el contravalor del préstamo en divisas a euros exceda del capital inicialmente concedido.

3.- La información que BARCLAYS (ahora CAIXABANK) recabó de la demandante fue muy escasa y limitada a sus ingresos. En la contestación no consta ninguna información y el empleado del Banco ha declarado que no indagó en su perfil, ni en su formación, ni su experiencia en productos de riesgo ni en su conocimiento y/o experiencia del mercado de divisas. También ha reconocido que no realizó ningún tipo de test, que la entidad no considera necesario. Esta juzgadora discrepa de esa opinión y considera que la entidad bancaria debió realizar el test de conveniencia a la demandante, como ya se ha explicado e incluso, aunque la entidad bancaria no considerara de aplicación la LMV, debió recabar los datos necesarios para conocer la formación, la experiencia y demás circunstancias de la demandante, aunque sólo fuera por una aplicación elemental del artículo 48 de la Ley 26/1988 y por la necesidad de

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ6FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Montaña Leas Delmas, Maria Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





fijar el umbral adecuado de la información que la demandante necesitaba para entender los riesgos y el funcionamiento de la hipoteca multidivisa. Debió indagar para ello en su experiencia inversora, en su nivel de estudios, en la profesión actual o anterior que resultaran relevantes, en su nivel general de formación y experiencia profesional y en su nivel general de conocimientos.

4.- Sobre la información precontractual verbal, la declaración del empleado del Banco no tiene, a juicio de esta juzgadora, la credibilidad suficiente para entender que ese proceso de información verbal supliría las carencias de la información precontractual escrita. En la siempre delicada tarea de valorar la credibilidad de las distintas versiones personales ofrecidas sobre unos mismos hechos, es evidente que la versión de la demandante, al declarar como parte, no puede ser tomada por válida, por lo que sólo puede tenerse en cuenta en lo que le perjudique o en lo que resulte corroborado por otros elementos de prueba. La versión contraria es la del empleado de la entidad demandada, que, aunque es teóricamente tercero ajeno al proceso y a las partes, es verdaderamente protagonista de los hechos e intenta defender su propia actuación profesional, por lo que su declaración debe ser valorada con mucha cautela. Y en este caso, no es prueba suficiente de la adecuada información verbal facilitada por las siguientes razones:

a). Porque, como valoración global, se ha advertido que el testigo intenta mantener su declaración en una versión formal de los hechos apegados a la tesis de la contestación a la demanda, pero ese apego pierde consistencia cuando debe responder a preguntas concretas, sobre las que las respuestas son vagas, imprecisas o simplemente inexistentes, por la falta de recuerdo de los extremos inquiridos: los requisitos internos fijados por la entidad para el ofrecimiento de esta modalidad de hipoteca, la vinculación entre el riesgo de incremento de capital y los elementos de protección de los que se dotó la entidad bancaria para protegerse de ese riesgo, que realmente son desconocidos para el testigo, o las evasivas con las que responde a los riesgos concretos sobre los que informó, aludiendo de forma sistemática a conceptos generales como el largo plazo de la hipoteca, su forma de actuar general ("informar de todo a todos

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ6FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Montaña Lees Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





los clientes") y el riesgo genérico del tipo de cambio.

b). Porque carece de credibilidad y de coherencia la aparente excelencia de la información verbal facilitada en su contraste con la llamativa, por absoluta, inexistencia de todo soporte documental precontractual, informativo o de apoyo a una explicación verbal. Si se tiene en cuenta la explicación de los riesgos realizada en el fundamento jurídico cuarto de esta resolución, se entenderá que es muy difícil hacerse una idea cabal del funcionamiento de una hipoteca multidivisa, máxime en personas del perfil de la demandante, sin un adecuado apoyo visual, documentado y escrito: explicaciones gráficas, simulaciones, ideas fuerza... Una información verbal precisa, al menos en las condiciones que concurren en la valoración de esta declaración testifical, no es creíble sin la aportación de esos soportes escritos. El empleado del Banco no disponía de un borrador de la escritura (pese a que las cláusulas multidivisa se exponen en contenidos-modelo), ni pudo explicar a la demandante la correspondencia entre la información verbal eventualmente facilitada y los contenidos concretos de esta escritura, lo que habría sido necesario para despejar todas las dudas que suscita la falta de claridad de la escritura en cuestión. Tampoco disponía del modelo de carta que tendría que cumplimentar la demandante para el cambio de moneda, ni pudo mostrársela, en consecuencia.

c). Porque, en concreto, el testigo empleado del Banco acaba haciendo abstracción del riesgo real de incremento del capital prestado y refiere las simulaciones que dice haber realizado al importe de las cuotas, pero sin ejemplos concretos de cómo la fluctuación de los tipos de cambio podía afectar al capital y de cómo el cambio de divisa consolidaba el aumento de la deuda. El testigo equipara lo que denomina "simulación" con la indicación del contravalor en euros del capital inicial y en los efectos del tipo de cambio sobre las cuotas mensuales, de modo que los escenarios adversos quedarían limitados a un incremento de esas cuotas, sin entrar en los detalles del resto de los riesgos asociados al tipo de cambio.

d). Porque, en todo caso la calidad de la información facilitada no pudo

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5PJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Lees Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





serla adecuada. De todo lo expuesto hasta ahora se deduce que la demandante carecía de las condiciones estructurales previas necesarias para procesar con facilidad los riesgos de la hipoteca multidivisa. No se acompañaron con ejemplos reales de funcionamiento, ni se facilitó el borrador de la escritura, ni se aplicó un adecuado control de comprensión.

6.- El contenido de la escritura pública no supera el control de transparencia sobre los riesgos de la cláusula multidivisa.

En este sentido, el contrato de préstamo multidivisa objeto de demanda presenta confusión en relación a la determinación del tipo de interés aplicable al mismo, al indicar que se aplicará “*el tipo de interés publicado en la página LIBOR 01 en la pantalla de Reuters*” indicación del todo incomprensible para toda persona ajena al contexto y especialización de los mercados financieros; esto es, tan solo un experto en finanzas podrá entender que significa “pantalla de Reuters”. Asimismo, resulta imposible conocer la información publicada en esa pantalla ya que no tiene acceso público disponible, por estar restringida a las entidades y agentes financieros que contratan, mediante el pago de una cuota mensual, los servicios del sistema de información de mercados denominado Reuters. Además, la escritura de préstamo multidivisa expresa que para acreditar el tipo de interés LIBOR aplicable “*bastará con aportar la certificación expedida por la Confederación Española de Cajas de Ahorro*”, condición que dificulta aún más que la parte demandante pueda tener acceso a qué tipo de interés está siendo aplicado a la financiación hipotecaria que ha contratado.

Esta dificultad de acceso a información incumple con la obligación por parte de las entidades financieras de informar a sus clientes sobre los datos que representan condiciones particulares en sus transacciones financieras de inversión y de financiación.

Adicionalmente, el contrato de préstamo incorpora la posibilidad de modificar el plazo sobre el que se determina el tipo de interés aplicable a la financiación multidivisa, inicialmente establecido en periodos de 1 mes; condición





que implica una mayor dificultad en acceso a la información relevante para el deudor. Por lo tanto, la entidad acreedora debería haber realizado una labor continuada de información a favor de la parte deudora, por la que ésta última hubiera sido concedora de la referencia de interés aplicable en cada periodo mensual y, en su caso, de los cambios en los periodos de referencia y el tipo de interés aplicable en consecuencia.

En definitiva, la escritura no proporcionaba información transparente y de calidad sobre la determinación de todos los elementos que intervienen en la determinación de las cuotas mensuales, la forma de aplicación de las cuotas amortizadas y en qué medida se aplican a reducir el capital, los intereses o ambas partidas ni sobre los distintos niveles de riesgo identificados en el fundamento jurídico cuarto y vinculados al genérico riesgo de fluctuación de la moneda, es decir: (i) Que con el mismo esfuerzo económico en la moneda funcional, la capacidad de reducir la deuda de capital puede ser inferior a lo previsto si el yen se aprecia sobre el euro. (ii) Que el mayor riesgo de variación de las cuotas de amortización no estaba en las oscilaciones del tipo de interés aplicable, sino en el cambio aplicable a las monedas. (iii) Que el riesgo del tipo de cambio sobre el capital pendiente actúa como factor de recálculo permanente del contravalor en euros aplicable al montante del capital en francos suizos, lo que supone la aplicación del riesgo de fluctuación no sólo al cálculo de las cuotas o al porcentaje de deuda amortizada, sino también al propio capital y, a la vez, hace posible que la cuantía del propio capital se incremente notablemente pese al continuo pago de las cuotas. (iv) Que la opción de cambiar la divisa aplicable al préstamo supone una previa consolidación en euros del capital prestado, esto es, la materialización en euros del incremento que la fluctuación de las monedas tiene sobre el principal prestado.

En estas condiciones, la advertencia final que el Notario hace en la escritura, alejada de todas las cláusulas anteriores, en la que la prestataria se ratificó íntegramente en el contenido de la escritura, dando su consentimiento libremente prestado, no pasa de ser una declaración de ciencia ficticia, porque ni la información precontractual escrita y verbal ni la propia escritura fueron

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ6FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Data i hora 14/11/2017 09:06

Signat per Montaña Leas Delmas, Marta Teresa;





suficientes ni adecuadas para que esa información realmente fuera explicada a la demandante y comprendida por ella.

DÉCIMO: CONSECUENCIAS JURÍDICAS APLICABLES.

La correlación entre las normas citadas en esta sentencia y el resultado de las pruebas practicadas supone la aplicación de las siguientes consecuencias jurídicas:

1.- Los contenidos de la escritura referidos a la opción multidivisa no superan el control de transparencia y deben reputarse nulos por abusivos. En la aplicación de esta consecuencia jurídica deben distinguirse dos niveles:

a). Aunque se trata de contenidos que se refieren al objeto principal del contrato, **pueden ser objeto de control de abusividad precisamente por no superar el control de transparencia.** Como indica la STJUE de 30 de abril de 2014, *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.* Y este objetivo no se consiguió en la escritura. Las razones por las que se concluye en la no superación de ese control, ni el correlativo control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato son las que se exponen a continuación, siguiendo los criterios de la STS de 9 de mayo de 2013.

Tal y como está redactada la escritura, su lectura no garantiza en absoluto que el prestatario pueda conocer con sencillez la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado (*la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener*) ni la

Codi. Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5PJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Data i hora: 14/11/2017 09:06

Signat per Montañaes Delmas, Marta Teresa;





carga jurídica del mismo (*la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo*).

No existe documentación precontractual que incluya simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del LIBOR, del Euribor o del tipo de cambio euro/franco suizo en el momento de contratar.

Tampoco existe documentación precontractual que contenga información clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir- o advertencia de que al concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas.

La escritura no cumple (siempre en referencia a los contenidos multidivisa) los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez legalmente exigibles.

Aunque la demandante pudo percibir que se trataba de contenidos que definían el objeto principal del contrato y que podían incidir en el contenido de su obligación de pago, no pudo tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo esos contenidos podían jugar en la economía del contrato.

La única advertencia real sobre el riesgo de fluctuación está enmascarada junto con la exhaustiva información sobre protección de datos, de forma que se dificulta su identificación y la comprensión de la importancia de lo que considerado aisladamente sería claro, porque está inmerso en otras informaciones que diluyen la atención de la demandante, en su condición de consumidora.

No se garantizó que la información obtenida por la demandante, en su condición de consumidora, le ofreciera la posibilidad real de comparar las

Codi. Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQ0T1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Leas Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





distintas ofertas y alternativas de contratación del producto.

b). La falta de transparencia de esos contenidos no tendría por qué suponer necesariamente que estemos ante cláusulas desequilibradas y que el desequilibrio sea importante en perjuicio del consumidor. La jurisprudencia comunitaria elaborada en la interpretación de la Directiva 93/13 ha ido perfilando los criterios que deben tenerse en cuenta al analizar la abusividad de una determinada cláusula, algunos de ellos generales, esto es, aplicables en principio respecto de cualquier cláusula, y otros específicos para cada una de las cláusulas más habituales en los contratos con consumidores, como la que fija el interés de demora o la del vencimiento anticipado. La STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C 415/11) es importante en cuanto recopila las indicaciones que expone sobre los criterios generales, en aplicación de los cuales deberá el juez nacional decidir el concreto carácter abusivo de una cláusula.

Pues bien, con carácter general, para cualquier cláusula incluida en un contrato de consumo y no negociada individualmente, habrá que tener en cuenta los siguientes parámetros: (i) La naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato. (ii) Todas las circunstancias que concurran en su celebración. (iii) Respecto de los parámetros de la *"buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato"*, la Directiva únicamente fija los conceptos abstractos, por lo que habrá que atender a *"las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido"*, mediante un *"análisis comparativo"* con el que podrá valorarse *"si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente"*. (iv) Medios de los que dispone el consumidor *"con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas"*. (v) Para constatar si se han respetado las exigencias de la buena fe, el juez nacional debe comprobar *"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"*. La aplicación de estos criterios al presente caso implica la

Codi. Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ6FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Les Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





consideración de abusividad en los contenidos relacionados con la multidivisa, por los siguientes elementos de juicio:

Es evidente el carácter no negociado de las cláusulas que regulan la aplicación de la opción multidivisa. Se trata de un clausulado general redactado unilateralmente por la entidad bancaria y así se hace constar de forma expresa en la escritura pública. En todo caso, correspondía a la entidad bancaria la carga de probar que estas concretas cláusulas fueron objeto de negociación individual, por lo que, no existiendo prueba alguna en este sentido, debe concluirse que nos hallamos antes cláusulas predispuestas y que se cumple el primero de los requisitos precisos para entrar el control de abusividad.

En relación con la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, es importante destacar que el contrato, por un lado, afecta a dos viviendas habituales de la demandante y, por otro, responde a la necesidad de renegociar los dos préstamos anteriores. La entidad bancaria, que debió analizar la situación económica de la demandante, tuvo que ser consciente de esa realidad, que de hecho quedó plasmada en el contrato al elevar la necesidad de refinanciación a categoría de finalidad esencial, lo que aleja el contrato de cualquier ánimo especulativo y lo sitúa en el ámbito doméstico de la necesidad de reducir las cuotas de la hipoteca con la simple intención de poder pagarlas.

Sobre las circunstancias de la contratación, se da aquí por reproducido el contenido del fundamento jurídico anterior sobre el incumplimiento por parte de la entidad bancaria de sus obligaciones legales y del particular incumplimiento del deber de información. Dice la SAP Álava, Sección 1ª, de 9 de diciembre de 2013: *en el ámbito de la contratación o intervención bancaria, y, en general, de las entidades financieras, la importancia de la negociación previa y de la fase precontractual alcanza especial intensidad, exigiéndose un plus de atención y diligencia por parte de la entidad que comercializa u ofrece, y dentro de su actividad que no es gratuita, los productos financieros al informar al cliente, precisamente por su posición preeminente y privilegiada respecto del cliente* . O, en palabras de la SAP Baleares, sección 3, de 13 de noviembre de 2012 (ROJ

Codi. Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ6FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Montaña Leas Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





SAP IB 2185/2012): en el ámbito de la protección del consumidor, del cliente bancario o del inversor, la información es considerada por la ley como un bien jurídico y el desequilibrio entre la información poseída por una parte y la riqueza de datos a disposición de la otra es considerado como una fuente de injusticia contractual. Por ello el legislador obliga al empresario, el banco o la entidad financiera a desarrollar una determinada actividad informativa.

Los parámetros de la "buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato": (i) se vieron vulnerados por el desajuste apreciado en la forma en que la entidad bancaria redactó sin previa negociación con los demandados los elementos contractuales que le protegían del riesgo de fluctuación, con importantísimos efectos sobre los derechos de los demandantes, que podían ver resuelto de un día para otro un contrato programado con veintiocho años de duración y por circunstancias completamente ajenas a su comportamiento contractual. Esa autoprotección del banco no fue acompañada de una información honesta y leal sobre la forma en que ese mismo riesgo afectaba a los prestatarios; y (ii) si entramos en el análisis comparativo exigido por el TJUE para valorar si -y, en su caso, en qué medida- estas cláusulas dejan a los consumidores en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente, la diferencia es sustancial. El artículo 1.753 CC, regulador del contrato de préstamo, establece que el que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible adquiere su propiedad y está obligado a devolver al acreedor otro tanto de la misma especie y calidad. Y el artículo 1170 establece que el pago de las deudas en dinero debe hacerse en la especie pactada. Por tanto, el derecho aplicable en defecto de pacto impide que el acuerdo sobre la especie afecte a la clase de divisa en que se ha efectuado el préstamo y sobre todo, y esto es esencial, no puede modificarse el "tanto" de lo prestado.

Los medios de los que disponen los consumidores con arreglo a la normativa nacional para el cese de este tipo de cláusulas abusivas son limitados. La ejecución hipotecaria se ha tramitado, de hecho, y no puede destacarse la posibilidad de que el análisis de los posibles motivos de abusividad vinculados a

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ6FJIB1MWWDFSDA5CGQ0T1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Les Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





la cláusula multidivisa se remita al procedimiento declarativo, lo que evidencia que los consumidores no siempre pueden promover el cese de estas cláusulas cuando son demandados por el banco, o al menos no en condiciones de una razonable seguridad jurídica, por lo que se ven obligados a acudir a un proceso declarativo y se encuentran, finalmente, en una situación similar a la de los deudores hipotecarios demandados de ejecución antes de la STJUE de 14 de marzo de 2013 y de la reforma introducida en la LEC por la Ley 1/2013.

En la comprobación de *"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"*, esta juzgadora considera que ha quedado suficientemente justificado que la respuesta sería negativa. Es evidente que un consumidor cuyos ingresos y gastos lo son exclusivamente en euros, que carece de formación académica y financiera y de cualquier relación con el mercado de divisas y que necesita financiación para conservar un bien básico, como lo es la vivienda, no asumiría conscientemente la posibilidad de deber más de lo que recibe y de obligarse a pagar cuotas cuya cuantificación no puede conocer sobre razonables parámetros de certeza si recibe una información completa, leal y equitativa sobre las consecuencias y riesgos que ello supone.

El desequilibrio apreciado perjudica al consumidor, por la precaria situación jurídica que ocupa en el contrato ante el riesgo de fluctuación de moneda y porque, como resulta de la prueba pericial, existe un perjuicio económico real que ha supuesto el incremento de las cuotas, hasta el punto de no poder hacer frente a su pago, *ya que según el dictamen pericial, el capital pendiente que existe a 31 de marzo de 2016, no solo no se ha reducido sino que se ha incrementado hasta los 245.606,14 euros, pese a haber transcurrido casi 9 años de amortización y haber pagado un total de 96.718,88 euros. Si se hubiese optado desde el inicio por euros, el capital actualmente sería de 164.869,56 euros, 80.736,58 euros menos que el capital pendiente actual. Por otro lado, la clienta ha pagado de más hasta marzo de 2016 un total de 10.372,15 euros por tener el préstamo en divisas. Así, el perjuicio total es de 91.108,73 euros. Y a*

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ6FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montserrat Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





esto habría que añadir la comisión de cambio aplicada en cada mensualidad. En las condiciones actuales de financiación en divisa diferente a la moneda de curso local, el prestatario desconoce el importe total que deberá pagar al prestamista para cancelar su deuda pendiente hasta el año 2037, pudiendo ser un importe total que supere en múltiplos a la cantidad inicialmente obtenida.

c). **En particular, resulta abusiva la cláusula de asunción de riesgos, que se considera ficticia.** El ya citado artículo 89 del TRLGDCU establece que, en todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato. Es interesante, sobre esta concreta cuestión, la *SAP Baleares, sección 3, de 13 de noviembre de 2012 (ROJ SAP IB 2185/2012)*, que después de señalar que " *en la práctica, se suele hacer constar en los contratos que suscriben los consumidores, clientes bancarios o inversores minoristas, manifestaciones formales de haber sido, efectivamente, informados, con lo que se pretende que quede acreditado documentalmente el cumplimiento de las obligaciones legales de información a cargo de las entidades* " (...) explica " *que la inclusión en el contrato de una declaración de ciencia en tal sentido en el caso del inversor, básicamente, que conoce los riesgos de la operación- no significa, sin embargo, que se haya prestado al consumidor, cliente o inversor minorista la preceptiva información, no constituye un presunción "iuris et de iure" de haberse cumplido dicha obligación ni de que el inversor, efectivamente conozca los riesgos, último designio de toda la legislación sobre transparencia e información* ". Distingue a continuación dos contenidos diferentes de los contratos, estrechamente vinculados porque " *las declaraciones de ciencia iluminan el curso del proceso mental que concluye con la formación de la voluntad interna expresada en la correspondiente declaración*".

- Las manifestaciones de voluntad, como " *exteriorización de un hecho psíquico interno destinado a producir efectos jurídicos de manera que cuando éstos son los queridos por el agente nos hallamos ante una declaración de*





voluntad".

- La declaración de ciencia, que está dirigida a "dejar constancia de una serie de hechos, situaciones o características que han de acompañar a la declaración de voluntad para que ésta produzca efectos jurídicos". Lo que distingue la declaración de voluntad de la de ciencia es que esta última, contiene una referencia a la realidad que la primera no precisa: "una declaración de ciencia es, en efecto, una expresión de que el negocio se ha realizado en un determinado contexto, bajo una situación, o tomando en consideración ciertos hechos".

Y continúa la sentencia que se analiza: " esta diferencia entre declaración de voluntad y declaración de ciencia, tiene una repercusión en cuanto a los vicios que pueden afectar a una u otra. Así, la declaración de voluntad puede verse afectada por el error vicio de la voluntad que da lugar a la anulabilidad del contrato. En cambio, las declaraciones de ciencia pueden perder eficacia, además de por vicios en el consentimiento, si se demuestra que la correspondencia con la realidad que contienen es inexistente, si el hecho al que se refieren no se dio, si el dato influyente en la conclusión del contrato no existía o era distinto del que se tuvo en cuenta en el momento de celebrarlo".

Todo ello conduce a considerar que son nulas las declaraciones de ciencia si se acredita que los hechos a los que se refieren son inexistentes o "ficticios", como sucede en este caso, en el que la presunción de que la correspondencia con la realidad que indican que se genera ha quedado desvirtuada por las pruebas practicadas.

2.- La entidad bancaria vulneró las normas legales aplicables, en el siguiente sentido:

a). El **TRLDCU** en los términos explicados en el fundamento jurídico anterior.

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5PJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Les Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





b). El **artículo 48 de la Ley 26/1988**, al incumplir obligaciones básicas de las entidades de crédito para la protección de los legítimos intereses de su clientela y, en particular (i) su obligación de asegurar el contrato reflejara de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos y las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras de los créditos o préstamos hipotecarios; (ii) su obligación de incluir en la publicidad de las hipotecas multidivisa todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones. (iii) La obligación de facilitar la información realmente necesaria sobre la hipoteca multidivisa con antelación razonable para permitir a la demandante conocer sus características esenciales y sus riesgos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y a su situación financiera.

c). La **Orden de 5 de mayo de 1994** porque no ha garantizado la adecuada información y protección de los deudores hipotecarios, ni hizo entrega del folleto informativo regulado en el artículo 3, ni de la oferta vinculante regulada en el artículo 5

d). La **Ley 36/2003**, *en su artículo 19*, por no ofrecer un producto de cobertura de los riesgos del préstamo hipotecario.

e). La **Ley del Mercado de Valores**, *por incumplimiento de los deberes de diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios -artículo 79 LMV-*, de la obligación de prestar información imparcial, clara y no engañosa y de la obligación de asegurarse de que disponía de toda la información necesaria sobre sus clientes -artículo 79 bis-

f). El **Real Decreto 217/2.008**, *en sus artículos 60* (sobre las condiciones que debe cumplir la información para ser imparcial, clara y no engañosa), 64 (información sobre riesgos) y 72 y 74 (test de idoneidad y de conveniencia).

La demanda considera que estos incumplimientos deben conllevar la aplicación del artículo 6.3 del CC, cuestión discutida y discutible. Uno de los pronunciamientos más recientes sobre ella es la STS de 17 de febrero de 2014

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Leas Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





(ROJ: STS 1353/2014), que después señalar lo innecesario que resulta *destacar la importancia que una adecuada información del inversor tiene, además de para el transparente funcionamiento de los mercados financieros, para una correcta formación de la voluntad de quien contrata con el prestador de los servicios de inversión* , señala que *omitir esa información - que ha de ser imparcial, suficiente, clara y, en ningún caso, engañosa - puede dar lugar a distintas infracciones. En primer término, a la de las normas que la imponen. También puede constituir una actuación contraria a la buena fe que ha de presidir la contratación - sentencia 840/2013, de 20 de enero de 2014 -; en la sentencia 243/2013, de 18 de abril, destacamos que los llamados códigos de conducta, impuestos por normas jurídicas a las empresas de servicios de inversión, integran el contenido preceptivo de la llamada " lex privata " o " lex contractus " que nace al celebrar, con sus clientes, los contratos para los que aquellos están previstos, pues se trata de estándares o modelos de comportamiento contractual, impuestos por la buena fe, a las prestadoras de tales servicios y, al fin, de deberes exigibles a la misma por el otro contratante. Para esas, y otras, infracciones está el ordenamiento dotado de los correspondientes remedios. Pero no aclara, en realidad, si la vulneración de las normas que aquí se consideran infringidas conllevaría el remedio de la nulidad absoluta del artículo 6.3.*

Como señala la SAP Barcelona, sección 15, del 20 de noviembre de 2013 (ROJ: SAP B 11785/2013), la jurisprudencia se ha ocupado con cierta reiteración de la cuestión de la relación existente entre una norma administrativa que impone unas determinadas obligaciones de forma imperativa y la validez de acuerdos civiles que contradigan esta regulación. La STS de 11 de Junio del 2010 (ROJ : STS 3061/2010) se refiere a ella en los siguientes términos: " *la sentencia de 9 octubre 2007, con cita de otras, ha declarado que " (...) en relación con el art. 6.3 (...) "el juzgador debe analizar la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, para concluir con la declaración de la validez del acto contrario a la Ley si la levedad del caso lo permite, reservando la sanción de nulidad para los supuestos en que concurren trascendentales*

Codi. Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Les Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





razones que hagan patente el carácter del acto gravemente contrario a la Ley, la moral o el orden público "; con cita de la STS 24-4-96 , dice que " cuando la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico, deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez "; y también, que a la nulidad no es obstáculo el que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto. La sentencia de 30 de noviembre de 2006 (recurso núm. 5670/00), citando otras anteriores, declara que la ilicitud administrativa puede comportar la nulidad civil del contrato que incurra en la misma. Otras sentencias ratifican la doctrina general de la de 25 de septiembre de 2006, [...]" . Asimismo la sentencia de 22 diciembre 2009 señala que "no es aceptable la afirmación de la parte recurrente en el sentido de que la infracción de normas administrativas no puede dar lugar a la nulidad de un contrato, pues esta Sala, en aplicación del artículo 6.3 CC, invocado como infringido, tiene declarado que cuando, analizando la índole y finalidad de la norma legal contrariada y la naturaleza, móviles, circunstancias y efectos previsibles de los actos realizados, la normativa administrativa resulta incompatible con el contenido y efectos del negocio jurídico deben aplicarse las pertinentes consecuencias sobre su ineficacia o invalidez (STS de 25 de septiembre de 2006) y no es obstáculo a la nulidad que la prohibición administrativa no tenga carácter absoluto (STS de 31 de octubre de 2007). En sentido similar se pronuncia el TS en sus sentencias de 22 de Diciembre del 2009 (ROJ: STS 8533/2009) y 17 de junio de 2010 (ROJ: STS 4216/2010).

La citada SAP de Barcelona establece que, en la aplicación de la jurisprudencia del TS, para determinar los efectos de la irregularidad en la que se ha incurrido, es preciso analizar si los actos realizados resultan compatibles o incompatibles con la norma administrativa, juicio que debe hacerse a partir de la consideración de la finalidad perseguida por la norma infringida y por el propio negocio realizado a su amparo.

Ahora bien, son pocas las resoluciones que aplican la nulidad radical ex artículo 6.3 CC. Lo admiten las recientes SAP Las Palmas, sección 4, de 27 de marzo de 2014 , la SAP de Barcelona citada, si bien aprecia también error en el

Codi. Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montañales Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





consentimiento y concluye que *concurren todos los presupuestos para que deba estimarse la acción de nulidad , tanto al amparo del art. 6.3 CC como del 9.2 LCGC, en relación con el art. 1261 CC , y la SAP de Huelva, sección 3, del 05 de diciembre de 2013 (ROJ: SAP H 1338/2013)*, que considera que las normas de la LMV integran de modo imperativo la actividad contractual, tanto la fase precontractual como el acto mismo de contratación como el desenvolvimiento del contrato, y su infracción puede dar lugar a la nulidad del contrato. Y se pronuncia en contra de esta posibilidad las *SAP Zaragoza, sección 5, de 19 de julio de 2013*. La STS de enero de enero de 2014, ya citada, reseña el apartado 57 de la *STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Genil (C-604/2011)* que pone de relieve que, *"si bien el artículo 51 de la Directiva 2004/39 prevé la imposición de medidas o de sanciones administrativas a las personas responsables de una infracción de las disposiciones aprobadas para aplicar dicha Directiva, esta no precisa que los Estados miembros deban establecer consecuencias contractuales en caso de que se celebren contratos que no respeten las obligaciones derivadas de las disposiciones de Derecho interno que traspone el artículo 9, apartados 4 y 5, de las Directiva 2004/39, ni cuáles podrían ser esas consecuencias"*. En consecuencia, *"a falta de normas sobre la materia en el Derecho de la Unión, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las consecuencias contractuales de la inobservancia de dichas obligaciones, respetando los principios de equivalencia y efectividad [vid Sentencia de 19 de julio de 2012, caso Littlewoods Retail (C-591/10), apartado 27]"*.

Considerando que en esa sentencia de 20 de enero de 2014 el TS consideró que el incumplimiento de la norma más imperativa de las aquí reseñadas (la omisión de un test, en ese caso de idoneidad) no se utiliza como base de la nulidad apreciada, y que en todo caso procederá la nulidad solicitada por efecto de la abusividad razonada en el apartado anterior y por los efectos del error y del dolo que a continuación se explicarán, no se vinculará esa nulidad a la aplicación del artículo 6.3, por tratarse de una cuestión jurisprudencialmente dudosa y no decisiva para el contenido de esta resolución.

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montaña Leos Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





3.- Los hechos probados acreditan la existencia del error del consentimiento prestado por la demandante y del dolo omisivo de la entidad bancaria en los contenidos relacionados con la multividiva. Por todo ello, como la prestación del consentimiento en supuestos como el que nos ocupa sólo puede considerarse libre y voluntariamente efectuada tras haber cumplido la entidad bancaria sus obligaciones de información, debe concluirse que nos hallamos ante un supuesto de nulidad por vicio en el consentimiento de la parte demandante y dolo omisivo de la entidad bancaria demandada, porque el consentimiento formalmente prestado quedó invalidado por un error tan relevante y excusable, en los términos que describe el art. 1266 CC, que lo convirtieron en inoperante. Desde luego, ese error no pudo ser salvado por la formación personal ni por la experiencia financiera de la demandante, completamente insuficientes para entender la naturaleza y funcionamiento de hipoteca multividiva, ni los riesgos asociados. El error es excusable precisamente porque está causado por la conducta omisiva de la entidad bancaria y tiene la entidad suficiente como para invalidar el consentimiento de la parte demandante, porque recae sobre un elemento esencial de las obligaciones económicas y jurídicas asumidas, no le es imputable y no pudo ser salvado por una diligencia media atendidas todas las circunstancias expuestas.

Resulta de aplicación, en este punto, la doctrina expuesta en la STS de 20 de enero de 2014 sobre la omisión de los test regulados en la LMV, sobre la que el TS considera que, si bien no impide que en algún caso el cliente goce del conocimiento necesario y por lo tanto no haya padecido error al contratar, lleva a presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y sus riesgos asociados que vicia el consentimiento. Por eso la ausencia del test no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo, presunción que en este caso se convierte en prueba por el efecto de los restantes medios probatorios y del conjunto de los hechos acreditados.

4.- El sentido de esta resolución no puede verse alterado por la argumentación expuesta por la parte demandada acerca del contexto económico y de las previsiones disponibles sobre la evolución del LIBOR, del Euribor y del

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montserrat Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





tipo de cambio euro/franco suizo. Cabe precisar que si se entiende que la hipoteca multidivisa, como producto de elevado riesgo, era un producto inadecuado al perfil de la demandante no es porque el devenir posterior de los hechos haya desembocado en la pérdida patrimonial que actualmente sufre. La reflexión debe ser otra: no era inadecuado porque haya salido mal. Es inadecuado porque ante perfiles conservadores, la entidad bancaria no debe aconsejar ni comercializar inversiones de riesgo, por beneficiosas que parezcan en el momento de su contratación. Como indica la STS de 17 de abril de 2013, como un perfil conservador no es compatible con inversiones de riesgo, la pérdida o depreciación de la inversión por circunstancias no conocidas a la fecha en que se realizó no puede ser calificada como caso fortuito del artículo 1105 del CC si la entidad bancaria hace correr al patrimonio del cliente un riesgo que éste no deseaba. Si las normas expuestas le obligaban a respetar ese perfil conservador y, por tanto, a no invertir su patrimonio en productos de riesgo, no puede luego oponer la materialización de un riesgo que nunca debió existir.

DÉCIMO PRIMERO: CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD APRECIADA

Sobre las consecuencias que debe tener la nulidad apreciada, su efecto no puede volcarse sobre la totalidad del contrato, ya que:

1-. La apreciación de la nulidad total del contrato sería contraria a la jurisprudencia del TJUE y al fin de protección de los consumidores. La STJUE de 14 de junio de 2012, entre otras muchas, *ha declarado que la Directiva 93/13 /CEE " se opone al artículo 83 [en la redacción vigente a la fecha de la demanda que dio lugar a este procedimiento] que atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva. Ello pondría en peligro la consecución del objetivo a largo plazo artículo 7 de la Directiva 93/13 (el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores). De integrarse el contrato, estarían tentados a utilizar cláusulas*

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Montaña Leas Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Por ello hay que limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor".

2.- Resulta de aplicación, mutatis mutandi, la doctrina expuesta por el TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013 sobre la nulidad parcial de los contratos. Después de recordar que *a diferencia de otros, como el italiano y el portugués que en los artículos 1419.1 y 292 de sus respectivos códigos civiles regulan de forma expresa la nulidad parcial de los contratos, nuestro Ordenamiento positivo carece de norma expresa que, con carácter general, acoja el principio utile per inutile non vitiatur [lo válido no es viciado por lo inválido]*, se indica en el apartado 265 que la jurisprudencia ha afirmado la vigencia del *favor negotio en tutela de las iniciativas negociales de los particulares, en virtud del cual, en primer término, debe tratarse de mantener la eficacia del negocio en su integridad, sin reducirlo, y cuando ello no es posible, podar el negocio de las cláusulas ilícitas y mantener la eficacia del negocio reducido (SSTS 488/2010 de 16 julio. RC 911/2006; 261/2011, de 20 de abril, RC 2175/2007; 301/2012, de 18 de mayo, RC 1153/2009; 616/2012, de 23 de octubre, RC 762/2009).*

A continuación, la sentencia analiza el principio *utile per inutile* en condiciones generales (cuya legislación especial contempla el fenómeno de la nulidad parcial y limita la declaración de nulidad a las condiciones ilícitas cuando, pese a su supresión, el contrato puede subsistir) para explicar en el apartado 268 su aplicación en contratos con consumidores: *La LCU, en su redacción original, también admitió que la nulidad de alguna o algunas de las cláusulas no negociadas individualmente no era determinante de la nulidad del contrato, al disponer en el artículo 10.4 que "serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo. La previsión de la norma nacional concordaba con lo previsto en la Directiva 93/13 cuyo vigésimo primer*

Codi. Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQ0T1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Montaña Lees Delmas, Maria Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





*considerando indica que"[...] los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia" y que en el artículo 6.1 dispone que"[l]os Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor [...] las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas". Finalmente, razona en el apartado 274 que no cabe identificar "objeto principal" con "elemento esencial" del contrato y que el tratamiento dado a las cláusulas suelo es determinante de que no forme "parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa", para concluir que *la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia.**

3.- La inaplicación de los contenidos multidivisa es perfectamente posible en la práctica, porque el contrato permite entender que el préstamo lo fue de 218.000 euros y las partes pactaron como una de las posibilidades de ejecución del contrato que la prestataria podía solicitar el cambio de la divisa siempre que se cumplieran unas condiciones.

4.- La solución de la nulidad total del contrato es contraria a la finalidad de protección de los consumidores que consagra, como cuestión de interés público, la Directiva 93/13/CEE y el TRLGDCU, ya que produciría un efecto mucho más perjudicial para la demandante-consumidora que para la entidad bancaria demandada-profesional, al verse obligada a devolver en una sola vez la totalidad de un préstamo cuya devolución estaba programada en casi treinta años. El caso analizado por la STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13) es, en este extremo, diferente al que aquí se enjuicia, porque el préstamo hipotecario no

Codi. Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montserrat Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





podía subsistir sin la cláusula de conversión de la divisa que se considera abusiva. Pero, incluso, en ese supuesto, el TJUE modula la interpretación del apartado 6.1 de la Directiva, que impide al juez nacional que constata la nulidad de una cláusula abusiva integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula, para posibilitar la nulidad parcial que podía arbitrarse como solución mediante la aplicación de una disposición supletoria del derecho nacional.

Recuerda el TJUE que el artículo 6.1 de la Directiva impide al juez nacional que constata la nulidad de una cláusula abusiva integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula, lo que se justifica; (i) por el interés público que se anuda a la protección de los consumidores; (ii) por la obligación de los Estados miembros de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas; y (iii) porque si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas se pondría en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13, pues esa facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen (...los profesionales seguirían estando tentados de utilizar esas cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la invalidez de las mismas, el contrato podría ser integrado no obstante por el juez nacional en lo que fuera necesario, protegiendo de este modo el interés de dichos profesionales.- Apartado 79).

Ahora bien, ello no impide que el juez nacional, aplicando los principios del Derecho contractual, suprima la cláusula abusiva y la sustituya por una disposición supletoria del Derecho nacional, que se presume no contiene cláusulas abusivas. Esa medida se justifica, en primer lugar, porque es acorde con la finalidad de la Directiva: reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas (apartado 82). Y en segundo lugar, porque en el caso analizado por la sentencia, si se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ6FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Signat per Montaña Leas Delmas, Marta Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





especialmente perjudiciales (hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de su capacidad económica) de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse, porque ese efecto penaliza al consumidor más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas como esas en los contratos que ofrezca (apartado 84).

En definitiva, se declara la nulidad parcial de la escritura de préstamo hipotecario suscrita por las partes en fecha 31 de mayo de 2007 en cuanto a los contenidos relativos a la opción multivisa, de manera que la cantidad adeudada por la demandante sea el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, y resultante de disminuir al importe prestado de 218.000 euros, las cantidades amortizadas hasta la fecha en concepto de principal e intereses también convertidos a euros, de manera que el préstamo quede referenciado a Euros y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiéndose que el préstamo lo fue de 218.000 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura (EURIBOR a un mes incrementado en un diferencial positivo de 0'60 puntos), condenando a la demandada CAIXABANK, S.A a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a recalcular las cuotas pendientes de amortización teniendo en cuenta los pagos efectuados en su contravalor a euros y fijando el capital pendiente de pago en euros, debiendo soportar todos los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

DÉCIMO SEGUNDO: El artículo 394 de la LEC establece que *en los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.* Por lo que debe condenarse en costas a la parte demandada CAIXABANK, S.A, al estimarse íntegramente la demanda.

VISTOS los preceptos legales citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación,





FALLO

Que desestimándose la excepción de caducidad alegada por la representación procesal de la parte demandada, debo estimar y estimo totalmente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales, Don Pedro Moratal Sendra, en nombre y representación de ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS (ASUFIN), quien actúa en nombre e interés de su asociado, _____, sobre nulidad de contrato, contra CAIXABANK, S.A, declarando la nulidad parcial de la escritura de préstamo hipotecario suscrita por las partes en fecha 31 de mayo de 2007 en cuanto a los contenidos relativos a la opción multidivisa, de manera que la cantidad adeudada por la demandante sea el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros, y resultante de disminuir al importe prestado de 218.000 euros, las cantidades amortizadas hasta la fecha en concepto de principal e intereses también convertidos a euros, de manera que el préstamo quede referenciado a Euros y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiéndose que el préstamo lo fue de 218.000 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura (EURIBOR a un mes incrementado en un diferencial positivo de 0'60 puntos), condenando a la demandada CAIXABANK, S.A a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a recalcular las cuotas pendientes de amortización teniendo en cuenta los pagos efectuados en su contravalor a euros y fijando el capital pendiente de pago en euros, debiendo soportar todos los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

Inscríbase la presente sentencia estimatoria en el correspondiente Registro de Condiciones Generales de la Contratación.

Se condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme, y que contra ella cabe interponer **RECURSO DE APELACIÓN** del

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5FJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montañes Delmas, Maria Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





que conocerá la Audiencia Provincial de Barcelona. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de **veinte días hábiles** contados desde el día siguiente al de su notificación, exponiendo las alegaciones en que se base tal impugnación, además de citar la resolución apelada, con expresión de los pronunciamientos que impugna (Art. 458 LEC), previa constitución del depósito que prevé la disposición adicional decimoquinta de la LOPJ en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/09 de 3 de noviembre.

Líbrese testimonio de la presente sentencia que se unirá a los presentes autos quedando el original en el libro de sentencias de este Juzgado.

Así, por esta mi sentencia, la pronuncio, mando y firmo.

Codi Segur de Verificació: 9DYJ2P3AFQ5PJIB1MWWDFSDA5CGQOT1

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html

Signat per Montañes Delmas, Maria Teresa;

Data i hora 14/11/2017 09:06





Mensaje LexNET - Notificación

Mensaje

IdLexNet	201710177499386	
Asunto	Notificaci3 sent3ncia Procedimiento ordinario	
Remitente	3rgano	JUTJAT DE PRIMERA INSTANCIA N. 13 de Barcelona, Barcelona [0801942013]
	Tipo de 3rgano	JDO. PRIMERA INSTANCIA
Destinatarios	MORATAL SENDRA, PEDRO [760]	
	Colegio de Procuradores	Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona
Fecha-hora env3o	14/11/2017 12:22	
Documentos	0801942013_20171114_0956_6414749_00.pdf(Principal) Hash del Documento: a396a9c065444a92d23ccfb1850a2299a90ca30e	
Datos del mensaje	Procedimiento destino	PROCEDIMIENTO ORDINARIO[ORD] N3 0000714/2016
	Detalle de acontecimiento	Notificaci3 sent3ncia

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acci3n	Acci3n	Destinatario de acci3n
14/11/2017 14:22	MORATAL SENDRA, PEDRO [760]-Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona	LO RECOGE	
14/11/2017 12:22	Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona (Barcelona)	LO REPARTE A	MORATAL SENDRA, PEDRO [760]-Il·lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona

(*) Todas las horas referidas por LexNET son de 3mbito Peninsular.