

**JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E
INSTRUCCIÓN Nº 01 DE ALCORCÓN**

C/ Carballino, s/n, esq. C/ Timanfaya , Planta
Baja - 28925

Tfno: 916129511

Fax: 916427182

42010143

NIG: 28.007.00.2-2016/0007096

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 2/2017

Materia: Otros asuntos de parte general

NEGOCIADO FU

Demandante: D./Dña. [REDACTED] y D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. JOSE JAVIER FREIXA IRUELA

Demandado: CAIXABANK SA

PROCURADOR D./Dña. MIGUEL ÁNGEL MONTERO REITER



(01) 31155199430

SENTENCIA Nº 156/2017

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. MARÍA JESÚS PARRÓN CAMBERO

Lugar: Alcorcón

Fecha: quince de septiembre de dos mil diecisiete

Vistos por la Ilma. Sra. Dña. María Jesús Parrón Cambero, Magistrada-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de esta ciudad, los presentes autos de juicio ordinario seguidos ante este Juzgado bajo el n.º 2/2017 a instancia de don [REDACTED] y doña [REDACTED] representados por el Procurador don José Javier Freixa Iruela y asistidos por el Letrado don Miguel Martínez Truchaud, contra la entidad Caixabank S.A. (antes Barclays Bank S.A.) representada por el Procurador don Miguel Ángel Montero Reiter y asistida por el Letrado don Juan González González.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se presentó demanda el 30 de diciembre de 2016 solicitando:

« 1.- Se declare la nulidad parcial del préstamo en divisas suscrito por don [REDACTED] y doña [REDACTED] con número de protocolo [REDACTED] en todo lo relativo al clausulado multdivisa por vicio en el consentimiento de mis representados, conllevando como efecto propio de la nulidad la declaración de que quede referenciado únicamente a euros, manteniendo el resto de pronunciamiento que no impliquen cláusulas multdivisa y que, en consecuencia se declare que la cantidad adeudada por la parte actora es el saldo vivo de la

hipoteca referenciado a euros resultante de disminuir al importe prestado de ciento setenta mil euros (170.000,00 €) la cantidad amortizada hasta la fecha que recaiga sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiendo que el préstamo lo fue ciento setenta mil euros (170.000,00 €) y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de intereses la referencia Euribor y el diferencial fijado en la escritura (cláusula tercera bis-) (+0.50 puntos) o en su defecto tomando como tipo de intereses la referencia fijado en la propia escritura (cláusula tercera bis-) (libor +0.50 puntos)

» Todo ello con la consecuencia obligada de condena a Caixabank, S.A. a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su objetivo cumplimiento.-

» Subsidiariamente para el caso de no estimarse la pretensión anterior, se declare la anulación del clausulado multidivisa del préstamo suscrito por Don [REDACTED] y al Doña [REDACTED] con número de protocolo [REDACTED], por infracción por parte de la entidad bancaria de normas imperativas y prohibitivas, y por abusividad, falta de claridad y transparencia, conllevando como efecto propio de la nulidad, la declaración de que quede referenciado únicamente a euros, manteniendo el resto de pronunciamientos que no impliquen cláusulas multidivisa y que en consecuencia se declare que la cantidad adeudada por la parte actora es el saldo vivo de la hipoteca [...]

» Subsidiariamente, y para el caso no sean admitida a las anteriores pretensiones, se declare la nulidad de pleno derecho de la cláusula multidivisa como Condición General de Contratación del préstamo hipotecario suscrito por mis representados Don Emilio Sesmero García y Doña [REDACTED] con las mismas consecuencias de las anteriores pretensiones y con la consecuencia obligada de condena Caixabank a estar y pasar por esa declaración y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su objetivo cumplimiento.

» Consecuentemente a la estimación de la demanda por cualquiera de los pedimentos anteriormente indicadas, se imponga expresa condena en costas a la demandada».

Admitida a trámite la demanda por decreto de 12 de enero de 2017, se emplazó a la entidad demandada para que, en término de veinte días, compareciera y contestara a la demanda, lo que formalizó en tiempo y forma oponiéndose a la demanda y solicitando su desestimación.

SEGUNDO.- Se convocó a las partes a la celebración de la audiencia previa, que tuvo lugar el día 23 de mayo de 2017 sin que las partes llegasen a un acuerdo, ratificándose ambas partes en sus escritos de demanda y contestación. Se admitió la testifical propuesta por la parte demandante y demandada del empleado que comercializó la hipoteca multidivisa, así como la pericial propuesta

por la parte demandante, celebrándose el juicio el 12 de septiembre de 2017, quedando tras la práctica de la prueba los autos conclusos para dictar sentencia.

TERCERO.- En la sustanciación de este juicio se han observado los preceptos y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora ejercita con carácter principal acción para que se declare la nulidad parcial por vicio del consentimiento del contrato con préstamo multidivisa con garantía hipotecaria concertado entre las partes el 11 de julio de 2007 para adquisición de vivienda habitual en el que el capital se concedió en yenes japoneses, la devolución de las cuotas se debía realizar en la divisa inicialmente pactada y el tipo de interés se referenció al Libor. Fundamentaba su pretensión en: 1º) Incumplimiento por parte de la entidad bancaria de los deberes precontractuales mínimos de información con vulneración de la normativa de protección de consumidores, bancaria y del mercado financiero, así como de las normas reguladoras de las condiciones generales de contratación: alega que en el momento de la contratación no se informó de las condiciones particulares del préstamo, en especial cómo funcionaba el pago de las cuotas ni el efecto que el tipo de cambio podía tener en la cuota mensual ni en el capital pendiente de amortizar ni la previsión de evolución de la divisa referenciada, realizando la contratación bajo la creencia de que su cuota hipotecaria sería más baja que en un préstamo tradicional y que se les estaba ofreciendo una hipoteca favorable para el colectivo al que pertenecía el demandante (policías municipales); que no les fue entregado ningún tipo de folleto informativo, ni oferta vinculante, ni borrador resumen de la escritura pública con antelación ni documento informativo de riesgos o comparación de escenarios alternativos; 2º) Carácter abusivo de la cláusula seis bis-letra g del préstamo que prevé la posibilidad de dar por vencida la obligación en caso de que “a su contravalor calculado en euros del capital pendiente de amortización en cada fecha de pago de cuotas comprensivas de capital e intereses fuese superior en más de un 20%”, lo que a juicio del demandante denota el conocimiento por parte de la entidad bancaria del riesgo de fluctuación y su afectación en el capital y no solo en la cuota mensual, y las previsiones desfavorables de la divisa en el momento de la contratación, de las que los demandantes no fueron informados, desconociendo la carga económica y jurídica del contrato; 3º) Deber de información de la entidad bancaria conforme a las exigencias de la buena fe del artículo 7 del Código Civil y del artículo 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos incumpliendo la normativa sectorial (Código de conducta, Ley de disciplina e intervención de entidades de crédito, Ley de medidas de

reforma económica sobre la oferta de cobertura de riesgos del tipo de interés, normativa pre-MiFID) y de consumidores; 4º) Carácter de condición general de contratación de la “cláusula multidivisa” y su carácter abusivo por falta de claridad y transparencia en especial de : - cláusula primera que recoge que la parte prestataria recibe yenes japoneses con contravalor en euros, mientras que todas las garantías relacionadas se llevan siempre en euros; falta de advertencia que el cambio de moneda lleve asociado una variación en la cuantía de la deuda pendiente; no aparecer las advertencias del Sr. Notario sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios. Alega que la falta de transparencia impidió reconocer la “cláusula multidivisa” como definitoria del objeto principal del contrato, lo que incide o puede incidir en el contenido de la obligación de pago y en el conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato; 5º) Vicio del consentimiento por ausencia de información previa y por falta de información del riesgo de tipo de cambio en la cuota mensual y en el capital pendiente de amortizar y del riesgo del tipo de interés por el tipo de referencia aplicado (libor) en personas con nulos conocimientos financieros.

Subsidiariamente ejercía acción de nulidad del cláusulado multidivisa por considerarlo abusivo, con falta de claridad y transparencia y subsidiariamente a la anterior la nulidad como condición general de contratación.

SEGUNDO.- La parte demandada se opone a la demandada alegando que fueron los demandantes quienes se dirigieron a la entidad bancaria para financiar su vivienda, cancelando una hipoteca anterior formalizada en euros, optando por esta hipoteca porque las condiciones eran más atractivas que las que fueron ofertadas por otras entidades financieras, con una redacción clara de los extremos relevantes de las condiciones, habiéndose reducido siempre el capital pendiente de amortización. Fundamenta su pretensión 1.º) En cuanto a la acción principal: a) Caducidad de la acción de nulidad por vicio del consentimiento: indica que el dies a quo de la caducidad estaría bien desde el momento de la contratación (julio de 2007) o en cualquiera de los siguientes momentos: octubre de 2008, segundo semestre de 2008 (cuando el importe de las cotas ascendió por la depreciación del euro frente al yen) o segunda mitad del 2009 (cuando la demandante abrió una cuenta de ahorro en yenes japoneses para adquirir la divisa por sí misma); b) Imposibilidad de decretar la nulidad parcial por vicio del consentimiento ; c) Inexistencia de error en el consentimiento por conocimiento del significado de la opción multidivisa, afirmando haber informado sobre la naturaleza, características y funcionamiento del préstamo hipotecario multidivisa y en particular sobre el riesgo de tipo de cambio inherente al mismo, declarando la demandante haber sido informada en una cláusula expresamente destinada al efecto (estipulación adicional primera del préstamo). En todo caso, el error sería inexcusable pues podría haberse evitado con la debida diligencia que concreta en la lectura de la escritura y se habría convalidado

mediante los actos propios de los demandantes; 2º) En cuanto a la acción subsidiaria de nulidad por falta de transparencia: a) no ser producto de inversión, y por tanto ser inaplicable la normativa de protección de inversores minoristas; b) información con arreglo a la normativa sectorial; c) redacción clara y comprensible con explicación de funcionamiento e implicaciones; d) contratación ante notario; e) actos propios por inexistencia de reclamaciones y pago pacífico; 3º) Superación del control de abusividad por falta de ganancia o pérdida para la entidad en función de la evolución del tipo de cambio, por la posibilidad de cambiar a euros, lo que redundaba en beneficio del cliente, y por el interés remuneratorio especialmente bajo con abaratamiento de la financiación, habiéndose producido el efecto negativo para la economía de los demandantes por acontecimientos exógenos e inesperados. En todo caso la nulidad por abusividad no supondría el recálculo de la operación y subsidiariamente, lo habría de ser con efectos al periodo posterior al 9 de mayo de 2013.

TERCERO.- Caducidad de la acción principal de nulidad por vicio del consentimiento.

En primer lugar, se ha de entrar a examinar la excepción de caducidad alegada por la entidad demandada por el transcurso de cuatro años, computado el dies a quo según la STS 769/2014 de 12 de enero de 2015. Establece esta sentencia 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».

La demandada ha fijado el dies a quo de la caducidad de la acción, bien desde el momento de la contratación (julio de 2007) o en cualquiera de los siguientes momentos: octubre de 2008, segundo semestre de 2008 (cuando el importe de las cuotas ascendió por la depreciación del euro frente al yen) o segunda mitad del 2009 (cuando la demandante abrió una cuenta de ahorro en yenes japoneses para adquirir la divisa por sí misma).

Como argumenta la SAP de Madrid, sección 25ª de 30 de mayo de 2017, así como la de 7 de junio de 2017 : «[...] el impulso de contratar en una determinada divisa sólo cabe entenderlo por dos razones, o bien porque el prestatario dispone de la divisa como medio de pago, interesándole así la devolución en ese tipo de moneda, o bien porque quiere beneficiarse de una relación de cambio netamente favorable a la moneda nacional respecto a la divisa, en cuyo caso

hace una valoración estratégica pensando que la divisa se mantendrá en niveles de cambio inferiores a la moneda nacional. Por eso, en un supuesto como el presente, donde los demandantes afirman que contrataron el producto al serles ofrecido por el Banco, pues de otro modo ellos nunca habrían contratado el préstamo en divisa, sólo es concebible que les impulsara esa segunda posibilidad. Siendo eso así, el riesgo se comprende desde los primeros momentos en que se encarece la divisa».

En cuanto a los momentos indicados por la demandada como inicio del plazo de caducidad para probar que la parte actora, a partir de estos momentos, tuviera una comprensión real de las características y riesgo del producto, no lo es el primer momento de la contratación en el que no se ha realizado ninguno de los elementos que permitirían identificar el riesgo, ni tampoco el momento afirmado por la demandada de que la demandante decidiera abrir una cuenta en yenes para adquirir la divisa por sí misma, al no haberse aportado ningún tipo de prueba de dicha afirmación. Otro de los momentos significativos a efectos de caducidad es la constancia por parte del demandante de que el capital pendiente de amortizar en euros era superior al capital prestado y tampoco existe ningún elemento de prueba por parte de la demandada de este hecho, constando en los recibos aportados por la demandante que la información remitida por el banco no expresa el contravalor en euros.

En cuanto al momento indicado como el segundo semestre del 2008, cuando el importe de las cuotas ascendió por la depreciación del euro frente al yen, atendiendo al cuadro aportado con la demanda en la documental adjunta al informe pericial denominado “Funcionamiento hipoteca multidivisa alternativa euros- situación real”, puede apreciarse que el riesgo concretado en la influencia del tipo de cambio en las cuotas hipotecarias, se concretó de manera significativa a partir de agosto del 2011 donde las cuotas ascendieron de manera significativa durante un largo periodo de tiempo, llegando a su punto álgido en julio de 2012, superando en más de 300 euros la cuota inicial. Por tanto, puede entenderse que el riesgo tuvo que ser conocido en ese momento y por tanto, a fecha de interposición de la demanda en diciembre de 2016 la acción de nulidad por vicio del consentimiento estaba caducada.

Procede entrar por tanto en la acción subsidiaria relativa a la nulidad del cláusulado multidivisa por considerarlo abusivo, por falta de claridad y transparencia, para lo que se realizara una breve exposición relativa a la naturaleza de la hipoteca multidivisa y la normativa aplicable.

CUARTO.- Naturaleza jurídica de la hipoteca multidivisa.

La naturaleza de los contratos como el de autos ha sido ya definida por la STS de 30 de junio de 2015 , calificándolos 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 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 [...]. La Sala considera que la " hipoteca multidivisa " es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 de dicha ley. Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79 bis 8 de la ley del mercado de Valores, en relación al art. 2.2 de dicha ley». Por consiguiente, y así se recoge en la indicada resolución, «la consecuencia de lo expresado es que la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores».

Sin embargo, en la STJUE sala 4ª de 3 de diciembre de 2015 (asunto C-312/14) después de considerar que este tipo de préstamo no es un servicio auxiliar del anexo I sección B de la Directiva 2004/39, dice que tampoco puede considerarse un instrumento financiero, particularmente un contrato de futuro, del anexo I sección C. porque " en un contrato como el controvertido en el litigio principal, no puede distinguirse entre el contrato de préstamo propiamente dicho y una operación de futuros de venta de divisas, por cuanto el objeto exclusivo de ésta es la ejecución de las obligaciones esenciales de este contrato, a saber, las de pago del

capital y de los vencimientos, entendiéndose que una operación de este tipo no constituye en sí misma un instrumento financiero. Por tanto, las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste”.

La SAP Zamora 1/2017 de 3 de enero de 2017 en relación a esta aparente contradicción entre lo resuelto por el Tribunal Supremo y el TJUE afirma que « una Directiva comunitaria y la ley estatal que la transpone son instrumentos diferentes, de tal manera que la Ley estatal tiene que respetar el contenido mínimo de la Directiva, pero puede tener un ámbito de aplicación más amplio permitiendo la inclusión de otros instrumentos financieros que la Directiva no incluye. Además debe ponerse de manifiesto que la propia Sentencia del TJUE hace referencia a la obligación de los Jueces nacionales de comprobar, en cada caso concreto, si en una hipoteca multidivisa hay un servicio de inversión y eso es precisamente lo que lleva a cabo el Tribunal Supremo que concluye en el sentido señalado anteriormente».

Además de por las razones esgrimidas por la STJUE antes citada podría concluirse que no son aplicables los instrumentos de protección tales como los test de conveniencia o idoneidad, por razones temporales, pero no significa que no sean aplicables los principios básicos de protección al inversor (79 Bis LMV, hoy Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015) sobre los riesgos que encierra la operación. En todo caso compartiendo la posición mantenida por nuestro Tribunal Supremo en relación a la naturaleza jurídica del contrato de que tratamos y la aplicabilidad al mismo de la normativa relativa al Mercado de Valores y MiDIF, se va a prescindir de su examen, pues a diferencia de la única sentencia del Tribunal Supremo antes citada en la que se analizó la hipoteca multidivisa desde la perspectiva de la normativa bancaria, en este caso estamos ante un consumidor que actúa en ámbito ajeno a su actividad empresarial y que concierta un préstamo hipotecario destinado a la «financiación de la adquisición, construcción o rehabilitación de viviendas, de conformidad con las normas que regulan el mercado hipotecario[...]», estando acreditado que el préstamo lo fue para adquisición de vivienda habitual, la cual fue adquirida el mismo día de contratación del préstamo hipotecario, por lo que es de aplicación la normativa de consumidores.

QUINTO.- La información exigible desde la perspectiva de la normativa de protección de consumidores y usuarios.

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, establece en su artículo 60 sobre la información previa al contrato 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». El 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 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. El artículo 10 bis de la Ley de Consumidores de 1984, aplicable según la fecha del contrato, regula que « Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso, se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional primera de esta Ley».

Podría discutirse, lo que por la parte demandada no se ha realizado, si el control de abusividad que se pretende en la demanda pueda proyectarse sobre las cláusulas multidivisa, al formar parte del objeto principal y del precio del contrato. El artículo 4.2 de la Directiva 93/13 establece que " 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".

Es constante la doctrina jurisprudencial (STS 406/2012, de 18 de junio ; 827/2012, de 15 de enero de 2013 ; 820/2012, de 17 de enero de 2013 ; 822/2012, de 18 de enero de 2013 ; 221/2013, de 11 de abril ; 638/2013, de 18 de noviembre ; y 333/2014, de 30 de junio)sobre el deber de transparencia en la contratación bancaria, entre la más reciente hay que citar la STS 705/2015 de 23 de diciembre de 2015, que afirma la procedencia de realizar este control de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y prestación. Ya en la STS 138/2015, de 24 de marzo se afirmaba que este doble control consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, « conforme a la Directiva93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de18 de junio , el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en 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 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 condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato ».

La superación de este control implica según la jurisprudencia del Tribunal Supremo que debe permitir al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que debe identificarse con claridad que esa cláusula incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago, 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, 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" y que debe garantizarse que la información que obtiene el consumidor le ofrezca la posibilidad real de comparar las distintas ofertas y alternativas de contratación del producto.

En este ámbito del consumidor hay que destacar que el TJUE también se ha pronunciado sobre las hipotecas multidivisas. Así en la STJUE, Sala Cuarta, de 30 de abril de 2014 C-26/13 se analizó la hipoteca multidivisa desde la perspectiva de su adecuación a la directiva 93/13 de protección de consumidores, declarando en lo que aquí interesa que:

« El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que:

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

3) El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional».

Como principio inspirador a la hora de valorar la información que ha de darse en este tipo de contratos hay que atender a 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) nº 1093/2010 que debía haber sido incorporada al derecho español en un plazo de dos años que ya ha transcurrido. En esta directiva se hace una mención especial a los préstamos en moneda extranjera, destacando una garantías mínimas como son

a) que el consumidor tenga derecho a convertir el préstamo a una moneda alternativa en condiciones especificadas, o b) que se hayan implantado otras disposiciones que limiten el riesgo de tipo de cambio al que está expuesto el consumidor en virtud del contrato de crédito. También el prestamista les debe dirigir advertencias regulares, en papel o en otro soporte duradero, como mínimo cuando el valor del importe adeudado por el consumidor del préstamo o de las cuotas periódicas difiera en más del 20 % del importe que habría correspondido de haberse aplicado el

tipo de cambio entre la moneda del contrato de crédito y la moneda del Estado miembro que estaba vigente en la fecha de celebración del contrato de crédito. En la advertencia se informará al consumidor del incremento del importe adeudado por este, se mencionará cuando proceda el derecho de conversión en una moneda alternativa y las condiciones para ello, y se explicará cualquier otro mecanismo aplicable para limitar el riesgo de tipo de cambio a que esté expuesto el consumidor.

SEXTO.- Circunstancias del caso concreto.

En el caso que nos ocupa, la prueba practicada ha consistido en la documental aportada, en la pericial de la demandante y en la testifical del empleado del banco que llevó a cabo la negociación.

Según la doctrina de la Sala Primera en relación a las testificales de los empleados de banca no puede derivarse de las mismas que la información se proporcionó. Así, en la STS 9 de diciembre de 2015 Recurso: 1830/2012 se afirma " En tales circunstancias, considerar insuficiente la declaración de estos testigos para acreditar que se facilitó a la demandante una información adecuada de la naturaleza y riesgos del producto que se le ofertaba no solo no es irracional y arbitraria, sino que es perfectamente lógica. En la sentencia núm. 769/2014, de 12 de enero de 2015, esta Sala afirmaba que « no es correcto que la prueba tomada en consideración con carácter principal para considerar probado que Banco Santander cumplió su obligación de información sea la testifical de sus propios empleados , obligados a facilitar tal información y, por tanto, responsables de la omisión en caso de no haberla facilitado ». Por tanto, difícilmente puede considerarse que la afirmación de la Audiencia sea ilógica e irracional".

En este caso de la prueba testifical ni siquiera puede concluirse que se proporcionara información ya que el empleado no recuerda nada de la comercialización concreta, ni de cómo se comercializaban las hipotecas multidivisas. Así afirma que es un producto que considera de mucho riesgo que a día de hoy no existe, que no recuerda cómo se daba la información relativa a la fluctuación del cambio de divisa ni si se entregaba documentación o escenarios. La perito que ha depuesto en el acto del juicio ha manifestado que considera que el producto es de riesgo al tener un activo subyacente, que uno de los riesgos es el incremento del capital y que en más de 85 veces en la vida del préstamo ha estado por encima del capital prestado, así como que en el momento de la contratación ya existían previsiones del comportamiento de la divisa que a momento de la contratación hacían prever una pérdida para el cliente y que si se hubiera

informado de estas previsiones, nadie en su sano juicio habría contratado una hipoteca cuyo perjuicio ya se estimaba en más de 143. 000 euros.

De las pruebas practicadas se desprende que el funcionamiento de la hipoteca multidivisa se presentaba como una alternativa ventajosa a otros préstamos hipotecarios porque el cliente pagaría menos cuota hipotecaria y que si bien no hubo campaña comercializadora, funcionó el “boca a boca” entre determinados colectivos, entre ellos el del demandante.

En cuanto a la información concreta suministrada hay que partir que corresponde a la entidad demandada la carga de probar que informó de manera clara y suficiente a los ahora demandantes de la naturaleza y efectos del producto y en concreto sobre los riesgos de fluctuaciones de cambio de divisa y su afectación en las cuotas hipotecarias y en el capital pendiente de amortizar en euros, moneda natural de los contratantes.

No consta que con carácter previo a la suscripción del contrato la entidad bancaria hubiera informado de las características del producto y sus consecuencias económicas. La Orden de 5 de mayo de 1994 , sobre transparencia de condiciones de los préstamos hipotecarios, que complementa la de 12 de diciembre de 1989, vigente en el momento de contratación del préstamo tiene como finalidad primordial garantizar la adecuada información y protección de quienes conciertan préstamos hipotecarios, exigiendo a las entidades de crédito 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, cuyo contenido mínimo será el establecido en el Anexo I de la citada Orden, y de efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo. En el artículo 6 se especifica el contenido al que deben sujetarse las cláusulas financieras, que no pueden desvirtuarse en perjuicio del prestatario, remitiéndose al Anexo II. Si el préstamo está denominado en divisas el notario deberá advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio, explicándolo materialmente de un modo comprensible para el prestatario, el cual tiene derecho a examinar el proyecto de escritura pública de préstamo hipotecario en el despacho del notario al menos durante los tres días hábiles anteriores a su otorgamiento (artículo 7). Y si bien es cierto que estas disposiciones no eran obligatorias por la cuantía del préstamo, siendo aplicable a los préstamos de menos de 25 millones de pesetas, sí pudieron servir como orientación en cuanto a la información que se debía proporcionar conforme al principio de buena fe, más aún cuando esta información se hace especialmente relevante en préstamos hipotecarios para consumidores con independencia de su cuantía, lo que determinó que el límite cuantitativo para ofrecer la información regulado fuera modificado por la Ley 41/2007 en el sentido de " con independencia de la cuantía", pues si la finalidad de la ley es proteger al consumidor prestatario, cuanto mayor es el capital prestado, mayor es el riesgo que asume.

Según la demandada los demandantes fueron informados de las características esenciales de la hipoteca, conteniendo la estipulación adicional primera de la escritura de préstamo hipotecario la cláusula de recepción de información. Sin embargo, de la lectura de esta estipulación no se desprende lo afirmado por la demandada al tratarse de una estipulación relativa en su integridad a la declaración de cumplimiento de la normativa de protección de datos personales.

Lo único contenido en la escritura es un anexo que debía cumplimentar la prestataria una vez formalizada la escritura donde se contiene una carta que se habría de dirigir asumiendo los riesgos derivados de tener que devolver el préstamo en divisas y afirmando haber recibido información necesaria para la evaluación de dichos riesgos, incluido el relativo a la posibilidad de garantizarlos mediante seguro de cambio, exonerando a la demandada de cualquier responsabilidad. Este documento ni está firmado ni tendría virtualidad a efectos de este pleito por tratarse de una declaración genérica de exoneración sin expresión de los riesgos del contrato. Sería una cláusula genérica supuestamente acreditativa de la recepción de la información, que en consonancia con lo dispuesto en el [artículo 89.1 del 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](#), que considera como cláusulas abusivas "*las declaraciones de recepción o conformidad con hechos ficticios*" haría que pudiera, caso que hubiera sido remitido, lo que no se ha probado, considerarse nula por señalar que son nulas las declaraciones de ciencia si se acredita que los hechos a los que se refieren son inexistentes o "ficticios". Lo único que acreditaría sería que en el momento de la contratación el empresario sabía que tenía que proporcionar la información necesaria para la evaluación de los riesgos, e información sobre la posibilidad de garantizarlos mediante seguro de cambio, sin que se haya acreditado a través de ninguna de las pruebas practicadas que se haya producido el suministro de información en las condiciones precisas para el entendimiento del producto y, en especial de los riesgos que conllevaba y que fueron explicitados en el informe pericial aportado por la demandante.

Lo que sí contiene la escritura son garantías para la entidad financiera, por ejemplo en la cláusula 12ª, último párrafo, se garantiza como cantidad de la que responde la finca el 125% del contravalor en euros del importe del principal, "a fin de que queden cubiertas con hipoteca las fluctuaciones de cambio del valor de divisa", sin que exista ninguna disposición que limite el riesgo de tipo de cambio al que también estaba expuesto el consumidor o ninguna información sobre la posibilidad de incremento del importe adeudado, posibilidad real y que no puede ser negada, cuya advertencia ya reconoce la propia Directiva 2014/17/UE. Tampoco consta que se le informara sobre la posibilidad de algún mecanismo para evitar el riesgo de tipo de cambio, como podría ser la contratación de un seguro estando obligadas las entidades por la Ley 36/2003, de 11

de noviembre, de Medidas de Reforma Económica de informar a los deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a interés variable, de los sistemas o productos de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés.

De la información proporcionada un ciudadano medio puede entender que algunos meses las cuotas podrían variar, en función de que la divisa fluctuara al alta o baja, es decir podrían llegar a conocer y asumir este riesgo, pero de este hecho no se deriva el verdadero conocimiento de las consecuencias económicas o de la carga jurídica asumida, es decir, el alcance real del riesgo de que el capital prestado aumente, hecho que no admitiría nadie en su cabal juicio en una contratación de este tipo, quizás uno de los contratos más importantes que realiza un ciudadano.

Por tanto, no ha quedado acreditado que la entidad financiera ofreciera información completa, adecuada y comprensible a fin de poder conocer, antes de la firma de la escritura pública, los concretos riesgos derivados del funcionamiento de dicha elección de la modalidad multidivisa, y su repercusión económica-jurídica o en términos del TJUE que ese consumidor pudiera evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo. La simple intervención notarial, como dice la STS de 8 de septiembre de 2014 no garantiza la comprensibilidad real ni el control y cumplimiento de ese deber especial y esencial de facilitar la información, clara, completa, adecuada en cuanto al funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa y muy especialmente la relación entre dicho mecanismo y el detallado por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, sin que conste además ninguna advertencia por el notario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio que conllevaba este tipo de préstamos.

En cuanto a la alegada confirmación del contrato, según la STS de 15 octubre 2015 "la confirmación del contrato anulable es la manifestación de voluntad de la parte a quien compete el derecho a impugnar, hecha expresa o tácitamente después de cesada la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, por la cual se extingue aquel derecho purificándose el negocio anulable de los vicios de que adoleciera desde el momento de su celebración" y según la STS 10 noviembre 2015 la confirmación expresa o tácita debe realizarse después de que hubiera cesado la causa que motiva la impugnabilidad y con conocimiento de ésta, lo que no ocurre en este caso por el hecho afirmado por la demandada del simple pago de las cuotas hipotecarias, sin que además quepa confirmación en actos nulos como es el caso, y no anulables.

SEPTIMO.- Consecuencias.

La parte demandada ha afirmado que las consecuencias en todo caso no podrían ser la nulidad parcial del contrato convirtiendo el préstamo a euros, sino la nulidad y restitución de prestaciones. La nulidad total del contrato, es contraria a la jurisprudencia del TJUE (STJUE de 30 de abril de 2014) y a la protección de los consumidores, porque produciría un efecto más perjudicial para los demandantes que para la entidad bancaria demandada, pues se verían obligados a devolver de una sola vez la totalidad del préstamo. Además la solución de la nulidad parcial está establecida legalmente para la abusividad de una cláusula, concretamente por el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que permite la subsistencia del contrato no obstante dejar sin efecto, teniendo por no puestas, las cláusulas abusivas siempre que puedan subsistir sin dichas cláusula.

La Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª en Sentencia de 18 de mayo de 2016 señala: "Sin duda la aquí debatida cláusula multidivisa se refiere al objeto principal del contrato. Más no formando parte inescindible de su objeto y causa, no cabe concluir sin embargo que nos encontremos ante una condición esencial toda vez que con los precisos ajustes (como préstamo en euros y referenciado al Euribor), el negocio puede subsistir. No hay motivo, por tanto, para eludir la aplicación del principio de conservación del negocio jurídico, una de cuyas manifestaciones es la nulidad parcial. En consecuencia se tendrá por no puesta la cláusula multidivisa y el efecto de dicha nulidad parcial será la subsistencia del negocio y la consideración de que la cantidad adeudada sea el saldo resultante de la hipoteca si bien referenciada en Euros, operando por ello como un préstamo en Euros, referenciado al Euribor. Criterio acogido por esta Sección 11 en sentencia dictada en el Rollo 436/14 , y mantenido también en la sentencia de la Sección 19 de la AP Barcelona de 19 de enero de 2016, Sección 1 de esa misma Audiencia Provincial de 27 de noviembre de 2015, así como Sección 6 de la AP Valencia de 30 de abril de 2015."

Por tanto, solo procede declarar la nulidad de las cláusulas relativas a la opción multidivisa y acudir a las propias previsiones contractuales aplicando las condiciones restantes del préstamo hipotecario, pero referidos a Euro y Euribor más los diferenciales pactados, con arreglo a los cuales se determinará el capital pendiente de amortizar, deduciendo las sumas ya abonadas, es decir recalculando por lo tanto el capital que se adeuda a fecha de la interposición de la demanda, una vez descontadas las amortizaciones e intereses pagados, tal y como sería un préstamo donde la devolución calculada como ya contempla este préstamo a través del sistema francés de amortización pero en divisa euro.

OCTAVO.- Respecto de las costas, es de aplicación la jurisprudencia en la materia que establece que cuando la sentencia acoge una sola de las pretensiones cursadas en el escrito de demanda con carácter de alternativas o subsidiarias, respecto de otra u otras principales, se considera, a los

efectos de la imposición de costas, como una estimación total de la demanda (STS de 25 de abril de 2005, 19 de abril de 2007 , 14 de septiembre de 2007) por lo que al haberse acogido la acción subsidiaria existe una estimación total de la demanda, y en aplicación del artículo 394 de la L.E.C. procede imponer las costas a la parte demandada.

Vistos los preceptos legales citados, y los demás que son de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que apreciando la excepción de caducidad alegada por la parte demandada debo desestimar la acción de nulidad por vicio del consentimiento ejercitada por don [REDACTED] y doña [REDACTED] representados por el Procurador don José Javier Freixa Iruela contra la entidad Caixabank S.A. (antes Barclays Bank S.A) y estimando la acción subsidiaria debo declarar la nulidad parcial del préstamo en divisas suscrito por don [REDACTED] y doña [REDACTED] en todo lo relativo al clausulado multdivisa, con la obligación de que quede referenciado a euros, declarando que la cantidad adeudada por la parte actora es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros resultante de disminuir al importe prestado de ciento setenta mil euros (170.000,00 €) la cantidad amortizada hasta la fecha de esta sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiendo que el préstamo lo fue de ciento setenta mil euros (170.000,00 €) y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de intereses la referencia Euribor y el diferencial fijado en la escritura (cláusula tercera bis-) (+0.50 puntos).

Se imponen las costas a la parte demandada.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación por escrito presentado en este Juzgado en plazo de veinte días, para su resolución por la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, previa la constitución de depósito en la cantidad de 50,00 euros mediante ingreso en la Cuenta de Consignaciones de este Juzgado.

Así lo pronuncio, mando y firmo,

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia en el día de su fecha, estando la Sra. Magistrada-Juez que la suscribe celebrando audiencia pública. Doy fe.