



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 74 DE MADRID

Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 6 - 28020

Tfno: 914932996

Fax: 914932998

42020310

NIG: 28.079.00.2-2016/0072063

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 408/2016

Materia: Contratos en general

Demandante: ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS

PROCURADOR D./Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON

Demandado: BANCO POPULAR ESPAÑOL SA

PROCURADOR D./Dña. MARIA JOSE BUENO RAMIREZ

SENTENCIA Nº 94/2018

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. AMAIA CASTAÑO AGUIRRE

Lugar: Madrid

Fecha: diez de abril de dos mil dieciocho

Vistos por la Ilma. Sra. Magistrada Juez DOÑA AMAIA CASTAÑO AGUIRRE los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO** seguidos con el número 408/16 sobre **nulidad de contrato**, en el que aparecen como parte actora, ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN, en lo sucesivo) en defensa de los intereses de sus asociados D^a. [REDACTED] y D. [REDACTED]

[REDACTED] representada en estos autos por la Procuradora de los Tribunales doña Sharon Rodríguez de Castro y defendida por el Letrado D. Francisco de Asís Roldán Garrido; y como parte demandada, BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., representada en estos autos por la Procuradora doña María José Bueno Ramírez bajo la dirección letrada de don Jesús Pérez de la Cruz Oña y doña Ana Vicuña Fernández; se procede a dictar la presente sentencia basándose en los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Los presentes autos de Juicio Ordinario se iniciaron por demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Rodríguez, en la representación que ostenta, frente a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., en la que tras alegar los hechos y fundamentos





de derecho que estimó de aplicación, concluía suplicando al juzgado que dictase una sentencia acorde a sus pretensiones.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la demandada para que la contestase. Por la Procuradora Sra. Bueno, en la representación que ostenta, se presentó, escrito de contestación, oponiéndose a la demanda ejercitada, y tras alegar los hechos y los fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, concluía suplicando una sentencia desestimatoria de la demanda.

TERCERO.- Citadas las partes a la celebración de la audiencia previa, en la que no hubo acuerdo entre aquellas, las mismas propusieron prueba, cuya pertinencia se declaró, citándose a las partes a la celebración del juicio, el cual tuvo lugar con el resultado que obra en autos, tras lo cual, tras concluir oralmente las partes, quedaron los autos en poder de la suscribiente a fin de dictar sentencia.

CUARTO.- En el presente procedimiento se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento del debate en esta instancia.

(1).- Ejercita la parte actora una acción dirigida a que se dicte sentencia, acordando la nulidad parcial de la escritura de préstamo de 3 de enero de 2.008 en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa, con carácter principal por infracción de normativa imperativa y prohibitiva, subsidiariamente por su abusividad por falta de transparencia y en última instancia por vicio del consentimiento (error y/o dolo), conllevando como efecto propio de la nulidad, la declaración de que lo adeudado por los asociados, clientes bancarios, al banco es el saldo vivo del préstamo hipotecario referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado (129.600.- euros) la cantidad amortizada hasta la fecha también en euros, en concepto de principal e intereses y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiéndose que el préstamo lo fue de 129.600.- euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en las escrituras para el préstamo en euros. Todo ello con la consecuencia obligada de condena a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. a estar y pasar por las declaraciones anteriores, a devolver las comisiones cobradas en concepto de comisión de cambio de divisa y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

(2).- Se funda la demanda, en breve síntesis, en que los asociados de la actora, D.

██████████ ██████████ ██████████ y D^a. ██████████ ██████████ ██████████





suscribieron con la demandada, en fecha 3 de enero de 2.018, una escritura de préstamo con garantía hipotecaria por importe de 129.600.- euros con un contravalor de 215.460.- euros en francos suizos, sin que fuesen informados ni advertidos de las características ni riesgos del producto, singularmente el riesgo de tipo de cambio en cuanto a las variaciones en la cuota de amortización y en el recálculo constante del capital pendiente. El incumplimiento de los deberes de transparencia e información se aprecian en todo el proceso de contratación (precontractual, contractual y post-contractual) y suponen una vulneración de la normativa de protección a consumidores y usuarios, de la normativa bancaria y del mercado financiero.

(3).- La oposición de la demandada puede sistematizarse como sigue: 1º.- La actora suscribió el préstamo con conocimiento de los riesgos que entrañaba el préstamo multidivisa, y así al riesgo de cambio se hace expresa y destacada referencia desde la cláusula primera del préstamo, sin que se haya inducido a confusión. La amortización del exceso del 15% por efecto del cambio, es una facultad y no una obligación, que el banco no ha ejercitado. La cláusula 1.3 reconoce al prestatario la facultad de convertir la divisa en cualquier momento, eliminando de ese modo el riesgo de tipo de cambio. El funcionamiento del préstamo es similar al de cualquier otro con la única diferencia de que aparece denominado en divisa distinta del euro, pudiendo modificarse cuantas veces se estime oportuno; 2º.- Los empleados de la demandada explicaron las características esenciales del préstamo, haciendo especial énfasis en los riesgos de fluctuación del tipo de interés LIBOR/EURIBOR y fluctuación CHF/EUR y su repercusión en el principal del préstamo, para la cual se hicieron simulaciones de la cuota en función en la evolución de la divisa, todo ello pese a que la iniciativa de la contratación partió de la actora; 3º.- Banco Popular mantuvo puntualmente informados a los prestatarios tras la suscripción del contrato tanto mediante los extractos informativos que reflejaban el contravalor en euros como de la información fiscal sobre el estado del préstamo como también de la información fiscal denominada ganancia o pérdida patrimonial por el contravalor en el que se informaba de la ganancia o pérdida sufrida en cada cuota mensual. La actora nada dijo cuando el tipo de cambio le fue favorable pero pretende hacer responsable a la demandada cuando los resultados no son los deseados; 4º.- La acción se encuentra caducada por haber transcurrido más de cuatro años a partir del año 2008, momento en que se produjo la apreciación del CHF sobre el euro; 5º.- La pretensión no puede acogerse por aplicación de la doctrina del retraso desleal; 6º.- Caso de entender que el consentimiento se prestó de forma viciada se habría producido una clara confirmación contractual; 7º.- Los prestatarios no son consumidores pues la vivienda hipotecada se adquirió para su arrendamiento.

SEGUNDO.- Nulidad por incumplimiento de normativa imperativa. Conclusiones.

(4).- La primera de las causas de nulidad parcial que se invoca es la infracción de la normativa imperativa, en concreto el TRLDCU, la LCGC, la LMV, el RD 629/93, la Orden de 5/5/94, la Ley 26/88 y la Ley 36/03 y jurisprudencia de aplicación. Como más adelante se razonará, al STS nº 608/17 ha puesto fin a la discusión existente sobre si el préstamo multidivisa contiene o no un derivado financiero que haría aplicable la





Ley del Mercado de Valores, entendiéndose que si bien es un producto complejo no es de aplicación la indicada normativa. Así las cosas, no puede erigirse en causa de nulidad una normativa que no resulta de aplicación, la cual, a mayores, tampoco contenía la sanción de nulidad para el caso de infracción, como ha tenido ocasión de pronunciarse también el Alto Tribunal, por lo que en ningún caso procedería la sanción civil de nulidad. La normativa sectorial bancaria tampoco contempla dicha sanción, por lo que ha de desestimarse la indicada causa.

TERCERO.- Nulidad parcial por falta de transparencia. Naturaleza jurídica de la hipoteca multidivisa. Normativa aplicable y jurisprudencia.

(5).- Desestimada la acción de nulidad por infracción de normativa imperativa ha de entrarse a examinar la acción de nulidad por falta de transparencia, lo que necesariamente habrá de hacerse mediante la aplicación de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo, acomodada a la STJUE del Caso Andriuc (20/9/17) así como a la del caso Banif Plus Bank (3/12/15).

(6).- Antes de entrar en el fondo, es preciso hacer una serie de consideraciones generales sobre la naturaleza del producto que resultan imprescindibles para adoptar la decisión.

(i).- Definición. La STS Pleno nº 323/15 del 30 de junio de 2015 (ROJ: STS 3002/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3002) definió el conocido como préstamo multidivisa del modo siguiente:

3.- 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 InterbankOfferdRate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).

(ii).- Riesgos específicos. Si bien es cierto que nos hallamos ante un préstamo, no lo es menos que el mismo tiene específicos riesgos que van más allá del préstamo con interés variable puesto que al riesgo de variación del tipo de interés con periodicidad mensual, referenciado además a LIBOR, modalidad poco conocida en nuestro país, se añade el del tipo de cambio que supone no solo una posibilidad de incremento de la cuota sino también del capital que se recalcula constantemente. El riesgo de tipo de cambio deriva del hecho de que la divisa en la que se amortiza el préstamo es distinta de aquella en la que el prestatario percibe sus ingresos, de modo que caso de apreciación de la divisa, se incrementará la cuota y el capital adeudado. En el sentido indicado, la misma STS nº 323/15:

/.../4.- 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.

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.

(iii).- No es un derivado financiero. Si bien se habían planteado ciertas dudas sobre si el caso que resolvía la STJUE BANIF PLUS BANK era o no trasladable al préstamo multidivisa a los efectos de considerar de aplicación los deberes de información de la Ley del Mercado de Valores, lo cierto es que la STS de 15 de noviembre de 2.017 las ha despejado, afirmando que no se trata de un instrumento financiero derivado:

/.../ QUINTO.- Decisión de la sala. El préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores. Cambio en la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio 1.- La sentencia del pleno de esta sala 323/2015, de 30 de junio, declaró que el préstamo hipotecario en divisas (y en concreto, la llamada coloquialmente «hipoteca multidivisa»), es un instrumento financiero derivado complejo, relacionado con divisas, y por tanto incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores. Esta ley, tras la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, traspone la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MiFID).

2.- La posterior sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14, declaró, por el contrario, que el art. 4, apartado 1, punto 2, de dicha Directiva MiFID debe interpretarse en el sentido de que «no constituyen un servicio o



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 1019346486925543467885





una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad».

3.- Los argumentos que sirvieron de fundamento a esta decisión del TJUE fueron, sucintamente, que en la medida en que constituyen actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo denominado en divisas, las operaciones controvertidas en el litigio principal no se encuentran comprendidas en dicha sección A de la Directiva MiFID (apartado 55). Estas operaciones se limitan a la conversión, sobre la base del tipo de cambio de compra o de venta de la divisa considerada, de los importes del préstamo y de las mensualidades expresadas en esta divisa (moneda de cuenta) a la moneda nacional (moneda de pago) (apartado 56). Tales operaciones no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, a saber, la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital más los intereses por el prestatario. La finalidad de estas operaciones no es llevar a cabo una inversión, ya que el consumidor únicamente pretende obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio y no, por ejemplo, gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de una divisa (apartado 57).

Tampoco estarían comprendidas en el concepto de «negociación por cuenta propia» al que se refiere la sección A, punto 3, del anexo I de la Directiva MiFID (apartado 58) ni forman parte de la categoría de «servicios auxiliares» del anexo I, sección B, de la Directiva MiFID (apartado 62), pues esto solo sucedería si el crédito o el préstamo se concede a un inversor para la realización de una operación en uno o varios instrumentos financieros, cuando la empresa que concede el crédito o préstamo participa en la operación (apartado 63) y tales operaciones de cambio no están vinculadas a un servicio de inversión (apartado 67), ni se refieren a uno de los instrumentos financieros del anexo I, sección C, de dicha Directiva (apartado 68).

Además, en un contrato de préstamo denominado en divisas 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 esta 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 (apartado 71).

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 (apartado 72), lo que diferenciaría este supuesto del que fue objeto de la sentencia de 30 de mayo de 2013, caso Genil 48 S.L., asunto C-604/2011 (apartado 73). Por último, el valor de las divisas que debe tenerse en cuenta para el cálculo de los reembolsos no se determina de antemano, dado que se realiza sobre la base del tipo de venta de estas divisas en la fecha del vencimiento de cada mensualidad (apartado 74).





(iv).- Es un producto complejo y las cláusulas que regulan la opción multidivisa definen el objeto principal del contrato. La anterior conclusión (no es un derivado financiero) no empece a considerar, por un lado, que nos hallamos ante un producto de riesgo complejo, y, por otro, que las cláusulas cuestionadas en la demanda relativas a la opción multidivisa constituyen el objeto principal del contrato a los efectos prevenidos en el art. 4.2 Directiva 93/13, por lo que están sujetas a un plus de información que se materializa principalmente en la fase precontractual, pues es en esa fase cuando el consumidor decide si desea quedar vinculado por el contrato. En palabras de la STJUE del Caso Andriuc de 20 de septiembre de 2017 (párrafos 44 a 50) (el subrayado es propio):

- 44 *Por lo que respecta a la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales, según resulta del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13, el Tribunal de Justicia ha señalado que esta exigencia, recordada también en el artículo 5 de la citada Directiva, no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical, sino que, por el contrario, toda vez que el sistema de protección establecido por dicha Directiva 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, esa exigencia de redacción clara y comprensible de las cláusulas contractuales, y por ende de transparencia, debe entenderse de manera extensiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y KáslernéRábai, C26/13, EU:C:2014:282, apartados 71 y 72, y de 9 de julio de 2015, Bucura, C348/14, no publicada, EU:C:2015:447, apartado 52).*
- 45 *Por consiguiente, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender también como una obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y KáslernéRábai, C26/13, EU:C:2014:282, apartado 75, y de 23 de abril de 2015, Van Hove, C96/14, EU:C:2015:262, apartado 50).*
- 46 *Esta cuestión debe ser examinada por el órgano jurisdiccional remitente a la vista de todos los elementos de hecho pertinentes, entre los que se encuentran la publicidad y la información proporcionadas por el prestamista en el marco de la negociación de un contrato de préstamo (véase, en este sentido, la sentencia de 26 de febrero de 2015, Matei, C143/13, EU:C:2015:127, apartado 75).*
- 47 *Más concretamente, incumbe al juez nacional, al tener en cuenta el conjunto de circunstancias que rodearon la celebración del contrato, verificar que, en el asunto de que se trata, se comunicaron al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar, en particular, el coste total de su préstamo. Desempeñan un papel decisivo en dicha apreciación, por una parte, la cuestión de si las cláusulas están redactadas de forma clara y comprensible, de forma que permitan a un consumidor medio, a saber, un consumidor normalmente informado*





y razonablemente atento y perspicaz, evaluar tal coste y, por otra parte, la falta de mención en el contrato de crédito al consumo de la información que se considere esencial a la vista de la naturaleza de los bienes o de los servicios que son objeto de dicho contrato (véase, en este sentido, la sentencia de 9 de julio de 2015, Bucura, C348/14, no publicada, EU:C:2015:447, apartado 66).

- 48 Por lo demás, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C92/11, EU:C:2013:180, apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C154/15, C307/15 y C308/15, EU:C:2016:980, apartado 50).
- 49 En el presente asunto, por lo que respecta a los préstamos en divisas como los controvertidos en el litigio principal, es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistémico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1) (DO 2011, C 342, p. 1), que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero (Recomendación A— Conciencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1).
- 50 Así pues, como el Abogado General ha señalado en los puntos 66 y 67 de sus conclusiones, por una parte, el prestatario deberá estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto el banco, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa. En consecuencia, corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar que el profesional comunicó a los consumidores afectados toda la información pertinente que les permitiera valorar las consecuencias económicas de una cláusula como la controvertida en el litigio principal sobre sus obligaciones financieras.

(v).- Para concluir estas consideraciones generales aplicables al caso que nos ocupa, es preciso recordar que, en los términos en los que ha quedado configurado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo *El control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo*





del mismo. Es plenamente trasladable al caso la doctrina sentada por el Tribunal Supremo a partir de la STS nº 241/13, de 9 de mayo sobre el control de transparencia dictada en relación con la cláusula suelo que, del mismo modo que ocurre con el clausulado multidivisa, define el objeto principal del contrato.

CUARTO.- Conclusiones a la luz de la prueba practicada.

(7).- Antes de entrar en el examen de la acción de nulidad por abusividad por falta de transparencia, hemos de referirnos a dos cuestiones, a saber, por una parte, la cuestión relativa a la condición de consumidores o no de los actores, lo que eventualmente determinaría la desestimación de la pretensión puesto que no les sería de aplicación la normativa de protección de la LGCU, y, por otra, la relativa a la caducidad de la acción.

(i).- En relación a la cuestión relativa a la condición de consumidor de los actores, no puede estimarse dicha alegación de la parte demandada, por cuanto a continuación se pasa a exponer. El art. 3 del TRLDU dispone que *A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.* Lo determinante, por tanto, no es que se trate o no de un acto de consumo sino si se actúa con un propósito ajeno al ámbito empresarial o profesional. Partiendo de lo anterior, en nuestro caso, de la prueba practicada en modo alguno se desprende que la vivienda se adquiriese para su arriendo sino que se había adquirido con anterioridad y que posteriormente fue arrendada. Siendo ello así, y no guardando relación dicho arriendo con las actividades profesionales de ninguno de los prestatarios, no puede entenderse que los mismos no sean consumidores a los efectos de la aplicación de la normativa protectora. Deben darse por reproducidos en este punto los razonamientos contenidos en la SAP Pontevedra (sección 1) nº 529/17 del 10 de noviembre de 2017 (ROJ: SAP PO 2335/2017 - ECLI:ES:APPO:2017:2335) con cita de sentencias del TJUE de 3/9/15 (caso Costea) así como la STS 224/17, de 5 de abril sobre los contratos con doble finalidad.

(ii).- En lo que se refiere a la caducidad de la acción, dicha excepción solo sería, eventualmente aplicable a la acción de nulidad relativa por error vicio o dolo pero en ningún caso a la de nulidad radical por abusividad dimanante de los art. 8.2, 9 y 10 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación en concordancia con el art. 83 del TRLDCU. Encontrándonos ante una nulidad radical, la acción es imprescriptible, lo que, permite también descartar la alegación de retraso desleal contenida en la contestación, puesto que su estimación infringiría el principio de no vinculación contenido en el art. 6 de la Directiva 93/13.

(8).- Sentado, por tanto, que los prestatarios son consumidores a los efectos de la aplicación de la normativa de protección, y que la acción se halla plenamente vigente, la aplicación de la doctrina transcrita en el fundamento precedente permite concluir que en el caso presente el clausulado multidivisa no supera el control de transparencia, por





cuanto a continuación se dirá.

(i).- Nos hallamos ante condiciones generales de la contratación. En primer lugar, debemos concluir que nos encontramos ante condiciones generales de la contratación, sin que exista acreditación de negociación individual de una o varias cláusulas del contrato. En este punto es preciso recordar que son condiciones generales de la contratación aquellas cláusulas contractuales, prerredactadas por el profesional, impuestas y destinadas a ser insertadas en una pluralidad de contratos (art. 1 LCGC). Caso de sostenerse la negociación individual de alguna de las cláusulas corresponde al profesional su acreditación y ello no empece a que en lo demás nos hallemos ante un contrato de adhesión (art. 82 TRLDCU). Sobre las anteriores premisas legales, la prueba practicada permite concluir que nos hallamos ante condiciones generales de la contratación. Así resulta, por un lado, del propio contenido de la escritura en cuya última página, en su apartado e), se consigna que la escritura ha sido redactada conforme a la minuta facilitada al efecto, no existiendo duda alguna de que es el banco el que facilita aquella, y no, desde luego, el consumidor. Por otro lado, dicho extremo resultó corroborado por la testifical de la Sra. [REDACTED] quien manifestó que Banco Popular tenía su minuta para el préstamo multidivisa y que ellos no modificaban nada. En este apartado es preciso advertir, además, que no puede considerarse que por el hecho de que las condiciones estuvieran negociadas con el sindicato STAVLA), ello implique afirmar que existe negociación individual, puesto la negociación no puede entenderse en el sentido de optar entre distintas ofertas sino en el de la capacidad del contratante de influir en el contenido de la cláusula, lo que desde luego, en nuestro caso, ni siquiera se ha alegado.

(ii).- Incumplimiento de los deberes de información. Los deberes de transparencia cuando se trata de cláusulas que definen el objeto principal del contrato, en cuanto a la exigencia de información precontractual, son especialmente cualificados y, en todo caso, han de permitir al consumidor conocer la carga económica y jurídica del contrato, puesto que es con dicha información con la que el consumidor decide contratar. En el caso concreto del clausulado multidivisa, como ha quedado expuesto, la información suministrada ha de permitir al consumidor conocer la influencia del riesgo de tipo de cambio y que sus fluctuaciones pueden influir en el coste del préstamo, sobre todo si la moneda en la que percibe sus ingresos es distinta a la divisa elegida. En nuestro caso, entiendo que el resultado de la prueba practicada no permite considerar cumplido el deber de información cualificado que incumbe al banco. En primer lugar, no existe ni oferta vinculante (por más que el notario diga que la ha tenido a la vista, no se incorpora a la escritura), ni folleto informativo sobre las características del préstamo, siendo el único folleto el del sindicato aportado como documento número 7 a la demanda, que la testigo reconoció como el único que se manejaba porque era el que traían los clientes. El examen del indicado documento permite concluir que el mismo no proporciona información alguna sobre el riesgo de tipo de cambio. En segundo lugar, la testifical de la Sra. [REDACTED] tampoco permite entender cumplidos los deberes de información puesto que además de no recordar la contratación concreta aludió en términos genéricos a la información suministrada. Si bien afirmó que se hacían simulaciones, lo cierto es que el único documento que en el caso presente se ha aportado (documento nº 14 de la demanda), abona la tesis contraria, puesto que del mismo resulta un solo tipo de interés (es decir, no existe fluctuación ni referencia a



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 1019346486925543467885



ella), y se muestra una disminución constante del capital a amortizar en la divisa elegida, con la importante matización de que manuscrito se consigna su equivalente en euros. Ninguno de los elementos expuestos permiten entender cumplido el deber de informar de los riesgos de fluctuación que conlleva el tipo de cambio entre el euro y la divisa elegida. Al respecto de esta última cuestión y de la iniciativa en la contratación, se ha sostenido (con fundamento en los argumentos contenidos en la SAP Barcelona, sección 15ª de 22/1/18), que ello permite entender que los prestatarios conocían el riesgo de tipo de cambio. Pues bien, más allá de la mera presunción, no existe ningún elemento probatorio que permite conocer la información que la prestataria pudo obtener del sindicato STAVLA, lo que impide concluir que la misma conociese el riesgo de tipo de cambio. Desde luego, no puede afirmarse dicho conocimiento por el hecho de haber sido auxiliar de vuelo. En cuanto a la divisa elegida, dicho elemento tampoco se presenta como concluyente puesto que la tesis de los prestatarios de que la elección fue inducida por la empleada del banco, resulta muy plausible por varias razones. La primera de ellas es que solo se ha aportado un cuadro teórico con francos suizos y ninguna otra moneda. La segunda es que es el banco quien dispone de la información sobre las cotizaciones de las diversas divisas y por tanto si el mismo es más o menos favorable, sin que el consumidor disponga de la misma, por lo que el lógico pensar que la decisión por más que sea libre y voluntaria, viene inducida por la información que se le proporciona.

(iii).- No puede sostenerse que la escritura reúna las características de comprensibilidad no ya formal sino de significado económico y jurídico ni puede sostenerse que la firma de la escritura sea el momento idóneo a tal fin (vid STS 170/18, de 23 de marzo). Sea como fuere, la escritura no permite comprender la carga jurídica ni económica del contrato, a fin de tomar una decisión plenamente informada. En este punto es inevitable hacer referencia a la cláusula financiera primera puesto que ya el punto 1.1 no permite conocer si se han entregado francos suizos o euros. El hecho de que no exista cuenta en divisas (así lo ratificó la testigo) permitiría entender que lo que realmente importa es la moneda funcional y no la moneda nominal. La cláusula que más induce a confusión es la mención contenida en la página 10 de la escritura (dentro de la cláusula 1.3.) en la que literalmente se consigna lo siguiente: *La sustitución de la divisa utilizada no supondrá, en ningún caso, la elevación del importe del préstamo, ni la reducción del riesgo en vigor, salvo en caso de amortización, cualquiera que sea la causa, incluida la variación del tipo de cambio. Por tanto la prestataria reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del préstamo, exonerando a Banco Popular Español, S.A. de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en la moneda que, según el caso sea contratada, pueda ser superior. Si se produjera dicho exceso, de manera que el contravalor en euros del capital pendiente de amortizar fuera superior en un 15% al importe de las responsabilidad hipotecaria que por principal corresponde, la prestataria deberá realizar una amortización extraordinaria de capital por el importe en que se cuantifique el referido exceso. En caso de que dicha amortización extraordinaria no se lleve a acabo en el plazo de 30 días contados desde la fecha en el exceso en produzca, el Banco estará facultado para llevar a cabo la sustitución de la divisa contratada por euros.... Para la determinación del contravalor a euros del saldo pendiente en cada momento se tendrá en cuenta el cambio vendedor de la divisa de que se trate publicado*



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 1019346486925543467885



diariamente por el Banco. La indicada cláusula contiene una afirmación que sin duda puede inducir a error al afirmar que la sustitución de la divisa no supondrá la elevación del importe del préstamo. Contiene, además, una declaración de conocimiento y no de voluntad, al contemplar una cláusula de exoneración del banco que sería abusiva con arreglo al art. 86.2 del TRLDCU. Y finalmente, contempla la facultad de exigir el exceso (caso de superar el contravalor en euros el 15%) que agrava la situación jurídica del prestatario, al dar lugar al cambio forzoso a euros, consolidando la pérdida y obligándole a amortizar, lo que en última instancia, caso de incumplimiento, podría conducir a la aplicación de la cláusula de vencimiento anticipado contenida en el apartado 7.2.3.

(iv).- No es atendible el argumento de que asumido por el prestatario el riesgo de tipo de cambio, ha de entenderse comprendido tanto el riesgo de incremento de la cuota como el del capital puesto que ha de partirse del conocimiento del consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, que puede entender el riesgo de incremento de la cuota por la depreciación del euro pero no el de incremento del capital adeudado si explícitamente no se le informa.

(v).- La inclusión de la cláusula de posibilidad de cambiar a euros (1.3), ni exonera del deber de información que corresponde a la entidad bancaria ni impide la realización del riesgo puesto que la conversión arrastraría el incremento de capital (consecuencia de la depreciación del euro) ya producido.

(9).- La falta de información ha impedido a los asociados de la actora conocer la carga económica y jurídica del contrato, pues, en cuanto a la primera no ha podido conocer el coste real del crédito ni ha podido compararlo con otras ofertas de la misma o distinta entidad y, en cuanto a la segunda, no le ha permitido conocer su posición jurídica sobre todo en cuanto a los riesgos asumidos, singularmente, en nuestro caso, el de la fluctuación de la divisa y su incidencia en la suma total adeudada.

(10).- Concluido que la cláusula no supera el control de transparencia, con arreglo a los parámetros señalados por la STJUE Andriciuc de 20 de septiembre de 2017, ha de concluirse que la cláusulas que recogen los contenidos multidivisa son abusivas puesto que suponen un desequilibrio importante, contrario a la buena fe, en perjuicio del consumidor. Vaya por delante que no caben aquí distinciones sobre las pérdidas materializadas o no materializadas puesto que lo que determina el desequilibrio es que por no haber podido el consumidor conocer los riesgos propios de la contratación, no haya podido comparar y elegir entre las distintas ofertas del mercado. En nuestro caso, y en la línea en la que se interrogaba a los prestatarios, de haber conocido que podían llegar a deber más capital no existe duda de que hubieran elegido la primera modalidad dentro de las dos ofrecidas al colectivo. Tampoco puede sostenerse que sea necesario que se haya producido una dificultad real en el pago de las cuotas para poder apreciar la existencia del desequilibrio importante. En nuestro caso, es evidente que el desequilibrio materializado en el perjuicio derivado del pago del exceso en las cuotas, es un daño económico ya producido, a lo que debe añadirse el desequilibrio que ocasiona la cláusula primera más arriba transcrita de facultar al banco a exigir la amortización del exceso de contralor, cuando el mismo exceda del 15%. No obsta a tal conclusión que no se haya aplicado de hecho por el banco (pese a que dicha situación ya se ha producido) sino que basta con la mera facultad que coloca al consumidor en



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 1019346486925543467885



una situación de desequilibrio. En definitiva, tomando en consideración todos los indicados elementos, cabe concluir que en un trato leal con el consumidor este no hubiese aceptado el clausulado multidivisa en el marco de una negociación individual.

(11).- Por cuanto se viene razonando, procede la estimación de la acción individual de nulidad declarando la nulidad parcial del préstamo hipotecario en todos los contenidos referentes a la opción multidivisa, declarándose la subsistencia del contrato como si se hubiera otorgado en euros y amortizado en euros. Dicha consecuencia de la nulidad resulta plenamente factible puesto que la restitución total de las prestaciones causaría al consumidor un mayor perjuicio, por lo que siguiendo la STJUE Kasler de 30/4/15 el propio Tribunal Supremo en la STS nº 608/17, de 15 de noviembre, ha señalado que

/.../ Si se eliminara por completo la cláusula en la que aparece el importe del capital del préstamo, en divisa y su equivalente en euros, así como el mecanismo de cambio cuando las cuotas se abonan en euros, el contrato no podría subsistir, porque para la ejecución del contrato es necesaria la denominación en una moneda determinada tanto de la cantidad que fue prestada por el banco como la de las cuotas mensuales que se pagaron por los prestatarios, que determina la amortización que debe realizarse del capital pendiente.

54. Lo realizado en esta sentencia constituye, en realidad, la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que establece la posibilidad de que el capital esté denominado en euros) y que responde a las exigencias de una disposición nacional, como la contenida en preceptos como los art. 1170 del Código Civil y 312 del Código de Comercio, que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, lo cual es un requisito inherente a las obligaciones dinerarias.

No existe problema alguno de separabilidad del contenido inválido del contrato de préstamo.

55. Esta sustitución de régimen contractual es posible cuando se trata de evitar la nulidad total del contrato en el que se contienen las cláusulas abusivas, para no perjudicar al consumidor, puesto que, de otro modo, se estaría contrariando la finalidad de la Directiva sobre cláusulas abusivas.

(12).- Trasladado lo anterior al presente caso, por aplicación de lo que disponen los art. 9 y 10 de la LCGC, procede acordar que lo adeudado por los prestatarios al banco es el saldo vivo del préstamo hipotecario referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado (129.600.- euros) la cantidad amortizada hasta la fecha también en euros, en concepto de principal e intereses y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiendo que el préstamo lo fue de 129.600.- euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en las escrituras para el préstamo en euros. Todo ello con la consecuencia obligada de condena a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. a estar y pasar por las declaraciones anteriores, a devolver las comisiones cobradas en concepto de comisión de cambio de divisa y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.





QUINTO.- Costas.

Por aplicación del artículo 394.1º Ley de Enjuiciamiento Civil procede la imposición de costas a la parte demandada al haberse estimado íntegramente la demanda.

Vistos los preceptos legales citados y demás de aplicación,

FALLO

Que estimando totalmente el pedimento subsidiario 2º de la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Rodríguez, en nombre y representación de ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN) frente a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A., debo:

1º.- Declarar la nulidad parcial del préstamo hipotecario en todos los contenidos referentes a la opción multidivisa, conllevando como efecto propio de la nulidad, la declaración de que lo adeudado por los prestatarios al banco es el saldo vivo del préstamo hipotecario referenciado a euros, resultante de disminuir al importe prestado (129.600.- euros) la cantidad amortizada hasta la fecha también en euros, en concepto de principal e intereses y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiendo que el préstamo lo fue de 129.600.- euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en las escrituras para el préstamo en euros. Todo ello con la consecuencia obligada de condena a BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A. a estar y pasar por las declaraciones anteriores, a devolver las comisiones cobradas en concepto de comisión de cambio de divisa y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

2º.- Imponer las costas del juicio a la parte demandada.





Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer **recurso de apelación** en el plazo de **veinte días**. Adviértase a las partes, asimismo, que para la interposición del recurso será necesario constituir depósito de 50.- Euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado sin cuyo requisito no será admitido.

Líbrese certificación de la presente resolución la cual se unirá a las actuaciones con inclusión de la original en el Libro de Sentencias.

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

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia fue leída y publicada por la misma Juez que la dictó hallándose celebrando Audiencia Pública en el día de su fecha. Doy fe.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.



SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON

>> FRANCISCO DE ASÍS ROLDÁN GARRIDO

Tlf. 915210480 - Fax. 918005743

Tlf. 957483922 - Fax. 957356269

srodriguezdecastro@madrid.cgpe.net

ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS

17/18

~~Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia Proc. Ordinario firmado~~

electrónicamente por AMAIA CASTAÑO AGUIRRE, CONCEPCION ÁLVAREZ GARCÍA