Notificado: 16/02/2018 | CRISTINA DE PRADO SARABIA

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N.1
LEON

SENTENCIA: 00035/2018

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

AVDA. INGENIERO SAENZ DE MIERA N°6 (C.I.F.S-2413006-D)
Teléfono: 987895103, Fax: 987895208
Equipo/usuario: EQ2
Modelo: N04390

N.I.G.: 24089 42 1 2017 0000269
OR5 ORDINARIO CONTRATACION-249.1.5 0000068 /2017
Procedimiento origen: /
Sobre OTRAS MATERIAS
DEMANDANTE D/ña. ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS ASUFIN
Procurador/a Sr/a. CRISTINA DE PRADO SARABIA
Abogado/a Sr/a. BERNARDO LUIS GARCÍA ANGULO
DEMANDADO D/ña. BANCO POPULAR ESPAÑOL SA
Procurador/a Sr/a. ILDEFONSO DEL FUEYO ALVAREZ
Abogado/a Sr/a. JESUS PEREZ DE LA CRUZ DE OÑA

Juicio Ordinario nº 68/2017

ASUFIN / Banco Popular Español, SA

SENTENCIA

León, a 14 de febrero de 2018.

Dña. Eva Mª Puerto Aguado, Magistrada-Juez, titular del Juzgado de Primera Instancia número uno de los de esta ciudad, ha visto los presentes autos de Juicio declarativo Ordinario nº 68/2017 sobre nulidad contractual, instado por Asociación de Usuarios Financieros ASUFIN, representada por la Procuradora Sra. de Prado Sarabia y dirigida por el Letrado Sr. García Angulo, contra Banco Popular Español, SA representada por el Procurador Sr. del Fueyo Álvarez y asistido por el Letrado Sr. de la Cruz de Oña.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 5 de enero de 2017 se presentó, por la Procuradora Sra. de Prado Sarabia, en nombre y representación de Asociación de Usuarios Financieros ASUFIN, en el Servicio Común General de Registro y Reparto de los Juzgados de esta ciudad, demanda sobre nulidad contractual, que por turno correspondió a este Juzgado, contra Banco Popular Español, SA, alegando los hechos y fundamentos de

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:acPW-GD4p-vsiS-wEn4-D Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

derecho expuestos en el referido escrito que terminaba suplicando se dictara sentencia por la que: "A) Se declare la nulidad parcial del préstamo hipotecario formalizado en la escritura pública de fecha 2 de mayo de 2007, suscrita por la prestataria Dª [redacted] con Banco Popular, en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa insertados en dicho contrato, con todas las consecuencias jurídicas inherentes a la citada nulidad; entre ellas las propuesta en el fundamento jurídico VI del presente: a) La declaración de que el contrato de préstamo subsiste sin los contenidos declarados nulos, entendiéndose que el préstamo hipotecario lo fue de 808.000 €, y que las amortizaciones deben realizarse también en euros; y la declaración de que lo adeudado por la clienta al banco es el saldo vivo del préstamo hipotecario referenciado a euros, resultante de disminuir al total importe prestado (108.800 €), la cantidad que hubiera correspondido amortizar hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal e intereses; y b) condenando al banco a efectuar el consiguiente recálculo de las cuotas del préstamo como si se hubiese referenciado en euros desde su suscripción y con aplicación (al recálculo en euros), de las cantidades ya pagadas por la clienta en euros (por principal e intereses); y a restituir a la clienta las cantidades percibidas en exceso por el banco por las cuotas devengadas; así como las comisiones cobradas en concepto de comisión de cambio de divisa desde la suscripción del préstamo hasta ejecución de sentencia, con sus correspondientes intereses; y a soportar los gastos que pudieran derivarse del efectivo cumplimiento de la sentencia. c) Subsidiariamente, para el supuesto de que no se entendiera procedente determinar el saldo vivo así, que se declare que lo adeudado por la clienta es el saldo vivo del préstamo hipotecario referenciado a euros resultante de disminuir al total importe prestado (108.000 €) la cantidad, en euros, pagada hasta la fecha; y a restituir a la clienta las comisiones cobradas en concepto de comisión de cambio de divisa desde la suscripción del préstamo hasta ejecución de sentencia con sus correspondientes intereses; y a soportar los gastos que pudieran derivarse del efectivo cumplimiento de la sentencia. u otras que establezca el juzgador B) Subsidiariamente, y solo para el hipotético supuesto de no estimarse la petición de nulidad anterior, se condene a la demandada, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, a indemnizar a la prestataria en una cantidad consistente en la diferencia entre lo que ha pagado realmente, en euros, desde el inicio del contrato y lo que hubiera tenido que pagar en euros, en caso de que se hubiera calculado en euros desde el inicio el contrato, con sus intereses; y condenando a la demandada a soportar los gastos que pudieran derivarse del efectivo cumplimiento de la sentencia, calculándose dicho perjuicio tal y como se concreta en el fundamento jurídico VI, o de cualquier otra forma que el juzgador considere más ajustada a Derecho. C) En cualquiera de los dos supuestos, ya sea por estimación íntegra o sustancial de la demanda, que se impongan las costas a la entidad demandada.".

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada para que en el término legal compareciera en las actuaciones y contestara, personándose en tiempo y forma Banco Popular Español, SA, que presentó escrito de contestación interesando se dictara sentencia por la que se desestimara íntegramente la demanda, con imposición de costas a la parte demandante.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:acPW-GD4p-vsiS-wEn4-D Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

TERCERO.- En el acto de la audiencia previa al juicio, las defensas de las partes, tras tener ocasión de precisar los hechos en lo que consideraron oportuno, propusieron prueba, que fue declarada pertinente, señalándose día y hora para la celebración de juicio.

CUARTO.- En el acto de juicio se practicó la prueba que había sido propuesta y declarada pertinente, tras lo cual ambas defensas formularon oralmente sus conclusiones y quedaron las actuaciones pendientes de sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda se afirma que Dña. [redacted] es socia de la Asociación de Usuarios Financieros ASUFIN, así como que carece de formación en mercados financieros y de divisas y que, en el año 2007, precisando de un préstamo para financiar la adquisición de su vivienda habitual, acudió al Banco Popular, donde le ofrecieron un préstamo diciéndole que era lo más barato del mercado y que no tenía competencia, indicándole que estaba referenciado a yenes porque la opción que le permitiría pagar con menos dinero y que por lo demás tal circunstancia no cambiaba gran cosa, sin que se le advirtiera que el importe del principal adeudado podía ir ascendiendo a medida que pasara el tiempo, aunque pagara las cuotas mensuales que el Banco calculaba y le pasaba al cobro. Esta parte señala que no hubo ninguna negociación sobre el índice de referencia ni sobre el tipo de interés a aplicar, decidiendo Dña. [redacted] contratar el préstamo que le ofrecieron, firmando escritura notarial al efecto. En la demanda se afirma que, en contra de lo que le habían anunciado, las cuotas mensuales de amortización fueron subiendo y, pese a haber abonado la prestataria todas las cuotas que le han cargado en su cuenta, no solo no ha visto disminuir el capital pendiente de amortización sino que éste ha ido aumentando durante buena parte de la vida del contrato, hasta el punto que pese a haber estado pagando nueve años un total de 63.418,11 euros, solo se ha reducido el capital en 1.498,77 euros. Se describe en la demanda lo que es un préstamo multidivisa, que es el producto contratado por Dña. [redacted] del que se afirma que en realidad es un producto de inversión, aunque lo que se pide sea un préstamo, y es un producto financiero complejo, ya que su valor depende del tipo de cambio de la divisa a que esté referenciado. Se afirma en la demanda que el perjuicio económico sufrido por Dña. [redacted] hasta la fecha de interposición de la demanda es de 36.410,65 euros, alegándose que en un escenario negativo para la cliente, de apreciación de la divisa frente al euro, puede darse el caso de que pese a pagarse durante años las cuotas de amortización del préstamo, la deuda en lugar de reducirse aumente. Sostiene esta parte que el mercado financiero ya esperaba una apreciación del yen japonés con respecto al euro, siendo sin embargo éste un riesgo desconocido para la prestataria y del que no fue advertida por el Banco, no habiéndose practicado tampoco evaluación de la conveniencia o de la idoneidad del producto para la cliente, por todo lo cual se interesa la declaración de nulidad del contenido multidivisa del contrato de préstamo, recalculándose el mismo como si se hubiera pactado en euros, restituyendo a la prestataria las cantidades abonadas en exceso en la cuotas y las comisiones de cambio de divisa satisfechas.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:acPW-GD4p-vsiS-wEn4-D Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Subsidiariamente se interés que se declare que lo adeudado es el saldo vivo del préstamo referenciado a euros resultante de disminuir del total prestado la cantidad ya pagada en euros, restituyendo a la prestataria los importes de las comisiones por cambio de divisas y, subsidiariamente aún, de no atenderse la petición de declaración de nulidad, se condene a la demandada a abonar a la prestataria, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, la cantidad consistente en la diferencia entre lo que ha pagado realmente en euros desde el inicio del contrato y lo que hubiera tenido que pagar en euros, en caso de que se hubiera calculado en tal moneda el préstamo desde el principio.

La demandada se opone a la estimación de las pretensiones contra ella dirigidas alegando que lo que se pretende de contrario es que se deje sin efecto un endeudamiento asumido en una moneda distinta del euro, pese a que el contrato le permitía el cambio del principal a euros en cualquier momento, alegando un desconocimiento de las características del préstamo que se considera impostado. Alega esta parte que son varias las Audiencias Provinciales de nuestro país que han venido a considerar que los préstamos multidivisas no adolecen de falta de transparencia, así como que no concurren motivos que justifiquen la declaración de nulidad del préstamo. Se afirma por la defensa de la demandada que Dña. [redacted] se interesó por el préstamo multidivisa por las recomendaciones que recibió de empleados de líneas aéreas con los que tiene relación, indicándose que un nutrido grupo de pilotos y otros profesionales de la aviación, en virtud de la información que recibían de sus sindicatos, habían contratado esa modalidad de préstamo de distintas entidades bancarias y en especial con Banco Popular, insistiéndose que en este caso la iniciativa para la contratación en la concreta modalidad elegida partió de la propia Dña. [redacted] que tiene una cuenta abierta en Banco Popular con yenes previamente comprados por ella con la intención de aplicarlos al pago de las cuotas giradas en tal divisa, de manera que compró los yenes baratos y se ahorró las comisiones de cambio, lo que a juicio de esta parte indica conocimiento y comprensión del funcionamiento de un préstamo multidivisa. Se alega además caducidad de la acción que se ejercita por transcurso del plazo de cuatro años legalmente previsto para su interposición y se insiste en que la demandante sabía que estaba endeudándose en una moneda distinta del euro al celebrar el préstamo, así como que conocía el riesgo derivado de la fluctuación del tipo de cambio que era inherente a la operación, de la que recibió por lo demás cumplida información, según esta parte, asumiendo los riesgos de la clase de préstamo elegida por las ventajas que podía reportarle, pese a que podía haber celebrado un préstamo en euros con Banco Popular o haberse subrogado en el préstamo a promotor que la vendedora del inmueble había concertado con Caja España, señalando que como el Libor resultaba más barato que el Euribor, Dña. [redacted] podía acceder a un mayor endeudamiento. Niega esta parte que la prestataria haya padecido error alguno, alegando que lo único que ha ocurrido es que el tipo de cambio de la divisa que eligió no le es favorable actualmente, habiéndose defraudado su expectativa, pero nada más. Niega esta parte que el préstamo multidivisa sea un producto financiero al que resulte de aplicación la normativa MiFID, que además se señala entró en vigor después de formalizarse el préstamo de autos. Se afirma por esta parte que el Banco cumplió con la normativa bancaria aplicable y con sus deberes de información, alegándose que en cualquier

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:acPW-GD4p-vsiS-wEn4-D Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

caso la demandante siempre ha tenido la facultad de referenciar el préstamo a euros y que, si no lo ha hecho, debe afrontar las consecuencias. Se sostiene en la contestación que de contrario no se identifica que cláusula o parte de la misma vendría afectada por la nulidad que se pretende por falta de transparencia, resultando imposible el juicio de transparencia en la forma en que se plantea en la demanda. Sostiene esta parte que el principal pendiente de amortizar de la divisa elegida disminuye con cada vencimiento mensual que atiende la prestataria, siendo una cuestión diferente cual sea el contravalor en euros de los yenes adeudados en cada momento, lo que tampoco implica incremento de la deuda. Señala la demandada que el riesgo de este tipo de préstamo estriba en que a quien obtiene sus ingresos en euros le resultará más o menos gravoso atender el reintegro del préstamo según como fluctúe el tipo de cambio de la divisa elegida con el euro, cosa que por lo demás puede percibir con cada vencimiento mensual, no precisándose de especial formación, según esta parte, para realizar un seguimiento de la fluctuación del tipo de cambio. Sostiene esta parte que el riesgo de fluctuación del tipo de cambio de la divisa en relación con el euro está advertido desde la primera cláusula del préstamo y que la opción multidivisa permite al prestatario eliminar dicho riesgo, insistiendo esta parte en que el prestatario puede convertir la divisa en cualquier momento, con el único requisito de solicitarlo con al menos tres días hábiles de antelación al vencimiento de la siguiente cuota de amortización. Insiste esta parte en que el funcionamiento del préstamo multidivisa es similar al de cualquier otro préstamo, con la particularidad de que el pago de las cuotas de amortización se hace en una divisa distinta del euro, pudiendo el prestatario sustituir esa divisa por otra de la cotizadas en España, incluido el euro, sustitución que afectará al saldo pendiente del préstamo, atendiéndose al tipo de cambio del día de la sustitución. Se señala también por esta parte que el índice de referencia del préstamo también depende de la divisa a que se denomine el préstamo en cada momento, alegándose que la información sobre las particularidades de esta modalidad de préstamo fueron facilitadas a la prestataria, afirmándose que la simple lectura de la escritura de préstamo permite advertir que lo contratado tiene unos riesgos adicionales sobre la contratación de un préstamo en euros referenciado al Euribor. Se sostiene por la demandada que además la prestataria ha ido recibiendo información periódica sobre la fluctuación desfavorable de la divisa, así como sobre su repercusión en el principal pendiente de amortizar y en la cuota, habiéndose beneficiado la prestataria de los menores intereses que devengó el préstamo, sin que el hecho de que finalmente se haya defraudado su expectativa por la fluctuación del tipo de cambio de la divisa elegida en relación con el euro justifique que pretenda ir contra sus propios actos. En la contestación se niega también legitimación activa a la asociación demandante, alegando que no se acredita mandato del prestatario para actuar en su nombre. Se niega también que concurran los requisitos de prosperabilidad de la acción de indemnización por daños y perjuicios ejercitada subsidiariamente, alegándose al efecto que no se ha producido incumplimiento contractual por parte del Banco demandado, así como no se ha producido daño, puesto que la prestación contractual exigible a una de las partes, por gravosa que sea, no puede considerarse daño por no ser antijurídica.

SEGUNDO.- Oponiéndose en la contestación a la demanda falta de legitimación activa de la asociación que ha interpuesto la demanda, debe resolverse

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:acPW-GD4p-vsiS-wEn4-D Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

sobre tal cuestión antes de abordar el resto de extremos planteados por las partes. Al efecto debe decirse que la documental aportada con la demanda, en concreto las menciones contenidas en el poder para pleitos y el certificado emitido por la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición, acredita la condición de ASUFIN de asociación de consumidores, inscrita en el registro administrativo correspondiente, condición que por lo demás no ha sido cuestionada por la demandada, debe reconocerse a dicha asociación legitimación activa para el presente proceso, a la vista de lo dispuesto por el artículo 11.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, teniendo en cuenta que no cabe duda de la voluntad de Dña. [redacted] de ser defendido su interés por ASUFIN en el presente proceso, según se sigue inequívocamente del escrito por ella firmado aportado a las actuaciones con ocasión de la audiencia previa, por lo que debe rechazarse la excepción de falta de legitimación activa opuesta en la contestación.

TERCERO.- Para establecer la perspectiva jurídica desde la que debe abordarse el examen de las cuestiones planteadas por las partes respecto del préstamo hipotecario multidivisa de autos, y a la vista de las alegaciones efectuadas en apoyo de sus respectivas posiciones por ambas defensas, lo primero que debe tenerse en cuenta es que de lo argumentado por el TJUE (Sala Cuarta) en sentencia de fecha 3 de diciembre de 2015, dictada en el procedimiento de cuestión prejudicial C-312/14, planteada por el Tribunal de Distrito de Ráckeve (Hungría) se sigue que desde la perspectiva del derecho comunitario los préstamos multidivisas no constituyen un servicio o una actividad de inversión y, en consecuencia, no cabe considerar que tales operaciones están directamente afectados por la normativa MiFID. Por otra parte, en reciente sentencia del TJUE (Sala Segunda), de fecha 20 de septiembre de 2017, en resolución de cuestión prejudicial C-186/16, planteada por el Tribunal Superior de Oradea (Rumania), se concluye: "En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara: 1) 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 concepto de «objeto principal del contrato», en el sentido de esa disposición, comprende una cláusula contractual, como la del litigio principal, incluida en un contrato de préstamo denominado en divisa extranjera que no ha sido negociada individualmente y según la cual el préstamo deberá reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató, dado que esta cláusula regula una prestación esencial que caracteriza dicho contrato. Por consiguiente, esta cláusula no puede considerarse abusiva, siempre que esté redactada de forma clara y comprensible. 2) El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:acPW-GD4p-vsiS-wEn4-D Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto. 3) El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio principal, y teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional, en este caso el banco, en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido de esa disposición.".

De las anteriores sentencias dictadas por el TJUE cabe deducir que la perspectiva desde la que debe abordarse la cuestión de la nulidad de las cláusulas multidivisas en préstamos como el de autos es la de su eventual calificación como abusivas, en aplicación de la especia legislación de protección de consumidores y usuarios, calificación que únicamente puede fundarse, dado que nos encontramos ante una cláusula que regula una prestación esencial que caracteriza el contrato y, por tanto, integra su objeto principal, en la falta de transparencia, postura que por lo demás ha sido acogida por nuestro Tribunal Supremo en reciente sentencia sobre la materia, de fecha 17 de noviembre 2017, a la que se aludirá más adelante.

La cuestión de la caducidad de la acción opuesta por la demandada ha de examinarse también desde la óptica de la nulidad por abusividad, en tanto que puesto que la acción que debe tenerse en cuenta no es la de anulabilidad por vicio del consentimiento por error en la contratante, que es lo que justificaría la aplicación del plazo de caducidad del artículo 1301 del Código Civil alegado por la demandada, resulta ocioso entrar a valorar la fecha a partir de la cual debe considerarse iniciado el citado plazo. La eventual declaración de nulidad de las cláusulas con contenido multidivisa del préstamo de autos por considerarlas constitutivas de condición general de la contratación que no han sido objeto de negociación individual y adolecen de abusividad habrá de efectuarse, en su caso, valorando, como ya se ha indicado, las previsiones por la especial legislación de protección de consumidores y usuarios, sin que la circunstancia de que tal abusividad haya de apreciarse únicamente sobre la base de la falta de transparencia de la cláusula, dado que afecta al objeto principal del contrato, sea óbice para que lo se plantee sea la nulidad radical de las cláusulas por ser contrarias a las normas, imperativas, contenidas en los artículos 82 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, nulidad radical que, de conformidad con lo previsto por el artículo 6.3 del Código Civil, no está sujeta a plazo de caducidad y a la que, desde luego, no afecta el plazo de cuatro años previsto por el artículo 1.301 del Código Civil para la acción de anulabilidad, no nulidad radical, por vicio en el consentimiento. No teniendo sentido tampoco, en relación con la nulidad radical por vulneración de las normas imperativas previstas en la legislación especial de protección de consumidores y

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:acPW-GD4p-vsiS-wEn4-D Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

usuarios considerar la concurrencia de actos de confirmación del consentimiento contractual. En consecuencia, debe rechazarse la excepción de caducidad opuesta en la contestación a la demanda.

CUARTO.- Partiendo de las premisas anteriores, resulta relevante que no se haya discutido la condición de consumidora del Dña. [redacted] en la relación contractual de autos, en el sentido previsto por el artículo 3 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 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. Tal condición de consumidora o usuaria por lo demás resulta obvia desde el momento en que no se ha discutido que, tal y como por lo demás se consignó en la propia escritura pública del préstamo, la finalidad de la contratación de dicho préstamo para Dña. [redacted] fue la financiación de la adquisición de una vivienda, con garaje y trastero, para destinarla a domicilio habitual, esto es, la contratación de autos está vinculada a la satisfacción de una necesidad personal o familiar de la prestataria.

En sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de junio de 2015 se definen los préstamos como el de autos en los siguientes términos: "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 Interbank Offerd Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres). El atractivo de este tipo de instrumento financiero radica en utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario. Las divisas en las que con más frecuencia se han concertado estos instrumentos financieros son el yen japonés y el franco suizo. Como se ha dicho, con frecuencia se preveía la posibilidad de cambiar de una a otra divisa, e incluso al euro, como ocurría en el préstamo objeto de este recurso. 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

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:acPW-GD4p-vsiS-wEn4-D Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo. Esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas "hipotecas multidivisa" se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos.".

En el presente caso, a la vista de la escritura de préstamo hipotecario que se ha aportado con la demanda resulta que la operación se formalizó en yenes, referenciándose el interés variable, vigente tras el primer año de vida de préstamo, al LIBOR. Para abordar el control de transparencia del contenido multidivisa del préstamo de autos, en el sentido por la sentencia del TJUE de fecha de fecha 20 de septiembre de 2017, de la que ya se ha hecho cita, y en particular en relación con la exigencia de la cláusula multidivisa sea "comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras", debe traerse a colación la ya citada sentencia del Tribunal Supremo sobre la materia, de fecha 17 de noviembre de 2017, en la que, atendiendo a la doctrina establecida por el TJUE y a la del propio TS, se expone: “12.- En concreto, el apartado segundo del fallo de la STJUE del caso Andriciuc, declara respecto de la exigencia de transparencia que se deriva del art. 4.2 de la Directiva con relación a un préstamo denominado en divisas: «El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas,

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:acPW-GD4p-vsiS-wEn4-D Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras». 13.- La jurisprudencia de esta sala, con base en el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas y los arts. 60.1, 80.1 y 82.1 TRLCU, ha exigido también que las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores cumplan con el requisito de la transparencia a que se refieren las citadas sentencias del TJUE. Esta línea jurisprudencial se inicia a partir de la sentencia 834/2009, de 22 de diciembre y se perfila con mayor claridad a partir de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, hasta las más recientes sentencias 171/2017, de 9 de marzo, y 367/2017, de 8 de junio. 14.- En estas sentencias se ha establecido la doctrina consistente en que, además del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este 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.15.- A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda empeorarse la posición jurídica o agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque no se le facilitó información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula. 16.- Que la normativa MiFID no sea aplicable a estos préstamos hipotecarios denominados en divisas no obsta a que el préstamo hipotecario en divisas sea considerado un producto complejo a efectos del control de transparencia derivado de la aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, por la dificultad que para el consumidor medio tiene la comprensión de algunos de sus riesgos. 17.- En nuestra sentencia 323/2015, de 30 de junio, hemos explicado por qué los riesgos de tipo de préstamo hipotecario exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Dijimos en esa sentencia: «Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. [...] El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros 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

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:acPW-GD4p-vsiS-wEn4-D Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

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». 18.- También declaramos en esa sentencia, como confirmación del carácter complejo de este tipo de contrato por la existencia de riesgos necesitados de una explicación clara, que la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, en su considerando cuarto, hace referencia a los problemas existentes «en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado» y que «algunos de los problemas observados se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban». El considerando trigésimo de la Directiva añade que «debido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito [...]». Por esas razones, los arts. 11.1.j, 13.f y 25.6 de la Directiva imponen determinadas obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos asociados a la denominación del préstamo en una moneda extranjera. Esta Directiva no es aplicable al presente caso, por razones temporales, pero su regulación muestra los problemas existentes en la contratación de préstamos en moneda extranjera y la necesidad de que el prestatario reciba una información suficiente sobre el juego de la moneda extranjera en la economía del contrato y en su posición jurídica y sobre los riesgos inherentes a ese tipo de préstamos. La obligación de transparencia en la contratación de estos préstamos es preexistente a la entrada en vigor de esta Directiva puesto que deriva de la regulación de la Directiva sobre cláusulas abusivas. La novedad que en esta materia supone la Directiva 2014/17/UE consiste en establecer una regulación detallada de la información a facilitar y en protocolizar la documentación en la que tal información ha de prestarse así como la forma concreta en la que debe suministrarse. 19.- La jurisprudencia del TJUE, en aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, ha declarado la importancia que para el cumplimiento de la exigencia de transparencia en la contratación con los consumidores mediante condiciones generales tiene la información precontractual

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:acPW-GD4p-vsiS-wEn4-D Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. En este sentido se pronunciaron las sentencias del TJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C- 92/11, caso RWE Vertrieb, párrafos 44 y 49 a 51, y de 30 de abril de 2014, caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13, párrafo 70. También lo hace la STJUE del caso Andriciuc, cuyo apartado 48 declara: «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, C 92/11, EU:C:2013:180, apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C 154/15, C 307/15 y C 308/15, EU:C:2016:980, apartado 50). 20.- Esta sentencia precisa cómo se concretan esas obligaciones de información en el caso de préstamos en divisas: «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». 21.- En el presente caso, no existió esa información precontractual necesaria para que los prestatarios conocieran adecuadamente la naturaleza y riesgos vinculados a las cláusulas relativas a la divisa en que estaba denominado el préstamo, puesto que no se les entregó ninguna información por escrito con anterioridad a la suscripción del préstamo y la comercial de Barclays que les atendió carecía de la formación necesaria para poder explicar adecuadamente esos extremos del contrato. 22.- No es admisible la tesis sostenida por Barclays de que no le era exigible el cumplimiento de las obligaciones de información impuestas por la Orden de 5 de mayo de 1994 porque la reforma operada por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, en el art. 48.2 de la Ley 26/1988, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito, que establecía que «la información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:acPW-GD4p-vsiS-wEn4-D Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos», solo sería aplicable en futuras normas sobre transparencia bancaria, que no se dictaron hasta varios años más tarde. Dado que las obligaciones de información relativa a los préstamos hipotecarios en que la hipoteca recae sobre vivienda estaban ya desarrolladas por la Orden de 5 de mayo de 1994, la modificación legal significó que, desde su entrada en vigor, esa normativa sobre transparencia pasaba a ser exigible en cualquier préstamo hipotecario en que la hipoteca recayera sobre una vivienda, sin que hubiera que esperar a que se dictara una nueva normativa sobre transparencia en los préstamos hipotecarios, como pretende Barclays. 23.- Para determinar la información que Barclays debió suministrar a los demandantes tiene especial relevancia la diferenciación entre la divisa en que se denominó el préstamo, pues en ella se fijaba el capital prestado y el importe de las cuotas de amortización, a la que podemos llamar «moneda nominal», y la moneda en la que efectivamente se entregó a los demandantes el importe del préstamo y se pagaron por estos las cuotas mensuales, el euro, que podemos llamar «moneda funcional». En la cláusula en la que se especificaba, denominada en divisa, el capital prestado, se fijaba también su equivalencia en euros. 24.- Los demandantes solicitaron el préstamo para hacer el pago de una cantidad de dinero determinada en euros, concretamente la cantidad necesaria para cancelar anteriores préstamos denominados en euros, cuyas condiciones consideraban más desfavorables que el préstamo denominado en divisas que Barclays les ofreció a un interés más bajo. La escritura pública de préstamo hipotecario preveía que el ingreso del capital prestado en la cuenta de los prestatarios se haría, como se hizo, en euros, y fijaba el tipo de cambio aplicado para hallar la equivalencia del capital denominado en divisa (yen japonés) con el capital que se entregó efectivamente en euros, que era el tipo de cambio de venta de esa divisa que tenía fijado el banco. Por tanto, el importe del capital del préstamo denominado en la divisa inicial, el yen japonés, era la equivalencia, al tipo de cambio fijado, del importe que los prestatarios necesitaban en euros. La valoración del bien hipotecado contenida en la escritura se hizo en euros y la fijación de la extensión de la garantía hipotecaria se hizo también en euros. Los prestatarios tenían sus ingresos en euros. Aunque el clausulado predispuesto por Barclays preveía la posibilidad de hacer los pagos de las amortizaciones en divisas o en euros y establecía en este último caso el tipo de cambio aplicable (tipo de cambio de compra de la divisa fijado por el banco en un determinado momento), esta segunda opción era la única que podía cumplirse de forma efectiva en la ejecución del contrato puesto que los prestatarios obtenían sus ingresos en euros. Los apuntes en la cuenta de los prestatarios, en la que el banco ingresó el capital prestado y los prestatarios ingresaban las cuotas de amortización, se hacían en euros. Ante el impago de las cuotas, el banco dio por vencido anticipadamente el préstamo y fijó el saldo adeudado en euros. La cantidad en euros que Barclays reclamó en concepto de capital pendiente de amortizar, después de que los prestatarios hubieran estado pagando las cuotas mensuales de amortización durante varios años, superaba la cantidad de euros que fue ingresada en la cuenta de los prestatarios al concederles el préstamo. Asimismo, el banco solicitó la ejecución de la hipoteca en euros, pese a que en nuestro ordenamiento es posible el despacho de ejecución en moneda extranjera (art. 577 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). 25.- Lo expuesto muestra que era exigible a Barclays que hubiera informado a los demandantes sobre los

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:acPW-GD4p-vsiS-wEn4-D Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

riesgos que derivaban del juego de la moneda nominal del préstamo, el yen japonés, respecto de la moneda funcional, el euro, en que se realizaron efectivamente las prestaciones derivadas de su ejecución (esto es, la entrega efectiva del capital a los prestatarios, el pago efectivo por estos de las cuotas mensuales de amortización y la reclamación por el banco del capital pendiente de amortizar cuando se dio por vencido anticipadamente el préstamo, mediante un procedimiento de ejecución hipotecaria). 26.- En concreto, Barclays no explicó adecuadamente a los prestatarios que las fluctuaciones en la cotización de la divisa extranjera respecto del euro no solo podían provocar oscilaciones en el importe de las cuotas del préstamo, sino que el incremento de su importe podía llegar a ser tan considerable que pusiera en riesgo su capacidad de afrontar el pago en caso de una fuerte depreciación del euro respecto de la divisa. Esa información era necesaria para que los prestatarios pudieran haber adoptado una decisión fundada y prudente y pudieran haber comprendido los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda en la que recibían sus ingresos. Así lo declara la STJUE del caso Andriciuc, en sus apartados 49 y 50. Barclays no solo no les dio esa información, sino que la cláusula financiera 2.ª.II.g de la escritura de préstamo hipotecario distorsionaba la comprensión de ese riesgo, pues establecía que de no modificarse el tipo de interés, la cantidad a pagar comprensiva de la amortización de capital e intereses no sufriría variación alguna. Sobre esta cuestión, es relevante el hecho de que al concertarse el préstamo, en cuyo momento el interés aplicable era del 1,47% anual, los prestatarios pagaran una primera cuota mensual de 1019,66 euros mientras que en junio de 2012, pese a que el tipo de interés había bajado hasta el 0,96% anual, el importe de la cuota mensual ascendiera hasta 1540,95 euros. 27.- Un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que las divisas fluctúan y que, en consecuencia, las cuotas de un préstamo denominado en divisa extranjera pero en el que los pagos efectivos se hacen en euros pueden variar conforme fluctúe la cotización de la divisa. Pero no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que la variación del importe de las cuotas debida a la fluctuación de la divisa puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos. De ahí que la STJUE del caso Andriciuc, en sus apartados 49 y 50, exija una información adecuada sobre las consecuencias que puede llegar a tener la materialización de este riesgo, sobre todo en los casos en que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en la divisa. 28.- Barclays tampoco informó a los demandantes de otros riesgos importantes que tienen este tipo de préstamos. La fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado, puesto que la equivalencia en la moneda funcional, el euro, del importe en la moneda nominal, la divisa extranjera, del capital pendiente de amortizar varía según fluctúe el tipo de cambio. Una devaluación considerable de la moneda funcional, en la que el prestatario obtiene sus ingresos, supone que se incremente significativamente la equivalencia en esa moneda del importe en divisa del capital pendiente de amortizar. En relación con este riesgo, es significativo que mientras que la equivalencia en euros del capital prestado, fijado en la escritura de préstamo otorgada el 31 de julio de 2008, fue de 260.755 euros, esa cifra ascendía a 404.323,04 euros en agosto de 2012, pese a que los prestatarios habían abonado las cuotas de amortización del préstamo, comprensivas de capital e intereses, durante casi cuatro años. Este riesgo afecta a la obligación del prestatario de devolver en un solo pago la totalidad del capital pendiente de amortizar, bien porque

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:acPW-GD4p-vsiS-wEn4-D Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

el banco haga uso de la facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo cuando concurra alguna de las causas previstas en el contrato (entre las que se encuentran algunas no imputables al prestatario y asociadas al riesgo de fluctuación de la divisa, como veremos más adelante), bien porque el prestatario quiera pagar anticipadamente el préstamo para cancelar la hipoteca y enajenar su vivienda libre de cargas. 29.- En el caso objeto del recurso, la materialización de este riesgo ha determinado que pese a que los prestatarios han pagado durante varios años las cuotas de amortización mensuales, al haberse devaluado considerablemente el euro frente al yen en el momento en que el banco ejercitó su facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo, los prestatarios adeudan al prestamista un capital en euros significativamente mayor que el que les fue entregado al concertar el préstamo. 30.- Este riesgo de recálculo al alza de la equivalencia en euros del importe en divisa del capital pendiente de amortizar traía asociados otros, sobre los que tampoco se informó a los demandantes. Tales riesgos estaban relacionados con la facultad que se otorgaba al banco prestamista de resolver anticipadamente el préstamo y exigir el pago del capital pendiente de amortizar si, como consecuencia de la fluctuación de la divisa, el valor de tasación de la finca llegaba a ser inferior al 125% del contravalor en euros del principal del préstamo garantizado pendiente de amortizar en cada momento y la parte deudora no aumentaba la garantía en el plazo de dos meses o si el contravalor calculado en euros del capital pendiente de amortización se elevaba por encima de ciertos límites, salvo que el prestatario reembolsase la diferencia o, para cubrir la misma, ampliara la hipoteca 31.- Si bien el riesgo de un cierto incremento del importe de las cuotas de amortización, en los casos de préstamos denominados en divisas o indexados a divisas, por razón de la fluctuación de la divisa, podía ser previsto por el consumidor medio de este tipo de productos sin necesidad de que el banco le informara, no ocurre lo mismo con los riesgos que se han descrito en los anteriores párrafos. La percepción propia de un consumidor medio que concierta un préstamo consiste en que a medida que va abonando cuotas de amortización comprensivas de capital e intereses, el importe del capital pendiente de amortizar, y con ello la carga económica que el préstamo supone para el consumidor, irá disminuyendo. Sin embargo, en el caso de préstamos denominados en divisas como el que es objeto de este recurso, pese a que los prestatarios han pagado las cuotas de amortización durante varios años, la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se ha incrementado considerablemente y con ello la carga económica que el préstamo supone al consumidor. El consumidor medio tampoco puede prever, sin la oportuna información, que pese a pagar las cuotas del préstamo y pese a que el bien sobre el que está constituida la hipoteca conserve su valor, el banco puede dar por vencido anticipadamente el préstamo como consecuencia de la fluctuación de la divisa. 32.- Esta equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar y de las cuotas de reembolso es la verdaderamente relevante para valorar la carga económica del consumidor cuya moneda funcional es el euro, que es la que necesita utilizar el prestatario puesto que el capital obtenido en el préstamo lo va a destinar a pagar una deuda en euros y porque los ingresos con los que debe hacer frente al pago de las cuotas de amortización o del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado, los obtiene en euros. 33.- Por estas razones es esencial que la información que el banco dé al cliente verse sobre la carga económica que en caso de fluctuación de la divisa le podría suponer, en euros, tanto el pago de las

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:acPW-GD4p-vsiS-wEn4-D Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

cuotas de amortización como el pago del capital pendiente de amortizar al que debería hacer frente en caso de vencimiento anticipado del préstamo. También debe ser informado de la trascendencia que para el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado del préstamo por parte del banco tiene la devaluación, por encima de ciertos límites, del euro frente a la divisa extranjera, porque supone también un serio riesgo para el consumidor que, pese a no haber incurrido en incumplimiento contractual, se vería obligado a devolver de una sola vez todo el capital pendiente de amortizar. 34.- En el caso objeto del recurso, algunos de los riesgos sobre los que no se informó adecuadamente a los demandantes se han materializado y les han causado un grave perjuicio. Los prestatarios no solo han tenido que abonar cuotas de amortización superiores en aproximadamente un 50% al importe de la cuota inicial, pese a la bajada del tipo de interés, y han llegado a un punto en el que no han podido seguir haciendo frente a las cuotas de amortización, sino que además, al haber hecho uso el banco de la facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo por el impago de las cuotas, la cantidad que ha reclamado a los prestatarios, en euros, como capital pendiente de amortizar, en el proceso de ejecución hipotecaria, supera significativamente la cantidad que les fue ingresada en su cuenta en euros por la concesión del préstamo. 35.- La información omitida era fundamental para que los demandantes hubieran optado por una u otra modalidad de préstamo mediante la comparación de sus respectivas ventajas e inconvenientes. O incluso para que hubieran decidido no suscribir un nuevo préstamo para cancelar los anteriores, y hubieran optado por seguir pagando esos préstamos que tenían concertados anteriormente, a un tipo de interés superior al que inicialmente tuvo el préstamo multidivisa pero en los que no existía ese riesgo de fluctuación de la divisa. Además, de haber mantenido los anteriores préstamos, se hubieran ahorrado los gastos en que incurrieron al concertar el nuevo préstamo hipotecario. No debe olvidarse que el préstamo en divisas se solicitó justamente para cancelar esos préstamos anteriores, porque con la escasa información de que disponían los prestatarios, el préstamo en divisas aparecía como más favorable para sus intereses que los préstamos preexistentes. 36.- Barclays alega que la escritura de préstamo se otorgó ante notario y que contenía información adecuada sobre la naturaleza del préstamo y los riesgos asociados al mismo. También alega que la escritura contenía una cláusula en la que los prestatarios manifestaron conocer los riesgos de cambio de moneda que conllevaba el préstamo, asumían los riesgos derivados de estar representado el préstamo en divisa y reconocían haber recibido de Barclays la información necesaria para la evaluación de dichos riesgos, por lo que exoneraban a Barclays de cualquier responsabilidad al respecto. 37.- En la sentencia 464/2013, de 8 de septiembre, declaramos que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos el cumplimiento del deber de transparencia. 38.- En el caso objeto del recurso, ha quedado fijado en la instancia que Barclays no hizo entrega a los prestatarios del folleto informativo y la oferta vinculante exigidos en la Orden de 5 de mayo de 1994. Por tanto, que en la escritura se afirme por el notario «que he examinado la oferta vinculante relativa a este préstamo y no he encontrado discrepancia entre sus condiciones financieras y las cláusulas financieras de esta escritura» solo puede significar que Barclays exhibió al notario una oferta vinculante que no había entregado a los prestatarios, como ha reconocido en este litigio, en el que ha negado

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:acPW-GD4p-vsiS-wEn4-D Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

incluso que tuviera obligación de entregarla. 39.- En la sentencia 138/2015, de 24 de marzo, llamamos la atención sobre el momento en que se produce la intervención del notario, al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, que no parece la más adecuada para que el prestatario revoque su decisión de concertar el préstamo. Ciertamente, en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, dijimos que «en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia. [...]». Pero en la sentencia 367/2017, de 8 de junio, afirmamos que tal declaración no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir. Cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual, que la jurisprudencia del TJUE ha considerado fundamental para que el consumidor pueda comprender las cargas económicas y la situación jurídica que para él resultan de las cláusulas predispuestas por el empresario o profesional. 40.- Además de lo expuesto, en la escritura tampoco se informa sobre la naturaleza de los riesgos asociados a la denominación en divisas del préstamo. Barclays predispuso una condición general en la que los prestatarios afirmaban que conocían los riesgos de cambio de moneda que conllevaba el préstamo, sin precisar siquiera en qué consistían tales riesgos. Tal afirmación, como ha resultado probado en el proceso, no se ajustaba a la realidad pues Barclays no entregó a los demandantes ninguna información por escrito con anterioridad a la suscripción del préstamo y la comercial de Barclays que les atendió carecía de la formación adecuada sobre el producto que le permitiera informar sobre su naturaleza y riesgos. 41.- Ya hemos afirmado en ocasiones anteriores la ineficacia de las menciones predispuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. Así lo ha declarado esta sala en numerosas sentencias, desde la 244/2013, de 18 abril, hasta la 335/2017, de 25 de mayo, y todas las que han mediado entre una y otra. 42.- También el TJUE, en el ámbito del crédito al consumo y con relación a las obligaciones de información de la entidad de crédito para con sus clientes previstas en la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, ha declarado en su sentencia de 18 de diciembre de 2014, asunto 449/13, caso Bakkaus, apartados 31 y 32, que si una cláusula predispuesta por el empresario en la que el consumidor reconoce haber recibido la información sobre el contrato significara, en virtud del Derecho nacional, el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista, originaría como consecuencia una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones que podría perjudicar la efectividad de los derechos reconocidos al consumidor por la Directiva, por lo que las disposiciones de esta se oponen a que, en razón de una cláusula tipo, el juez deba considerar que el

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:acPW-GD4p-vsiS-wEn4-D Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

consumidor ha reconocido el pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales que incumben al prestamista, de modo que esa cláusula origine así una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones que pueda perjudicar la efectividad de los derechos reconocidos por la Directiva. 43.- La falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no pudo comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos, o con la opción de mantener los préstamos que ya tenían concedidos y que fueron cancelados con lo obtenido con el préstamo multidivisa, que originó nuevos gastos a los prestatarios, a cuyo pago se destinó parte del importe obtenido con el nuevo préstamo. La situación económica de los prestatarios se agravó severamente cuando el riesgo de fluctuación se materializó, de modo que no solo las cuotas periódicas de reembolso se incrementaron drásticamente, sino que la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se incrementó en vez de disminuir a medida que iban pagando cuotas periódicas, lo que les resultó perjudicial cuando el banco ejercitó su facultad de dar por vencido el préstamo anticipadamente y exigir el capital pendiente de amortizar en un proceso de ejecución hipotecaria, que resultó ser superior al que habían recibido del prestamista al concertar el préstamo. También se agravó su situación jurídica, puesto que concurrieron causas de vencimiento anticipado del préstamo previstas para el caso de depreciación del euro frente a la divisa en que se denominó el préstamo, por más que la causa de vencimiento anticipado que empleó Barclays para hacer uso de su facultad fuera el impago de las cuotas. 44.- También alega la recurrida, al hilo de lo declarado por la Audiencia Provincial en su sentencia, que la cláusula que permitía al prestatario cambiar de divisa en la denominación del préstamo (la cláusula habla de cambio de la moneda en que esté «representado» el principal del préstamo) eliminaba el riesgo derivado de la fluctuación de la divisa. 45.- Es cierto que el considerando trigésimo de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, tras hacer referencia a los «importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera», afirma que «el riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato de crédito, o bien mediante otros procedimientos». Esta previsión se concreta en el art. 23 de la Directiva. Pero la exigencia de medios de limitación del riesgo tales como la posibilidad de cambiar la divisa en la que está representado el capital del préstamo, y en concreto cambiar a la moneda en que el prestatario tiene sus ingresos, no releva al banco de sus obligaciones de información precontractual. Esta cláusula no se prevé como alternativa a la obligación de informar al prestatario sobre los riesgos. Se trata de exigencias cumulativas. Es más, la Directiva contempla que se establezca, como mecanismo de limitación de riesgos, la posibilidad de cambiar la moneda en que está representado el capital del préstamo en un contexto normativo de refuerzo de la información que debe facilitarse durante la ejecución del contrato. El art. 23.4 de la citada Directiva prevé: «En lo que se refiere a los consumidores que tengan un préstamo en moneda extranjera, los Estados miembros se asegurarán de que el prestamista les dirija advertencias regulares, en papel o en otro soporte

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:acPW-GD4p-vsiS-wEn4-D Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

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». 46.- Además, la presencia de esa cláusula no elimina por sí sola el riesgo ligado a estos préstamos en divisas ni el carácter abusivo de las cláusulas ligadas a la denominación en divisa del préstamo objeto del litigio. Menos aún si el banco no informa al cliente de las consecuencias que trae consigo esa conversión de la divisa en que está representado el capital del préstamo. La conversión de la divisa en que está representado el capital se producirá conforme al tipo de cambio existente en el momento en el que esta conversión tenga lugar, por lo que se consolida la revalorización de la divisa y, por tanto, del aumento de la equivalencia en euros (o en la nueva divisa) del importe del capital pendiente de amortizar, pues se traslada a la nueva divisa escogida el incremento producido como consecuencia de la apreciación de la divisa. Para hacer realizar esta conversión, el prestatario debe estar al día en el pago de las cuotas del préstamo y además debe pagar una comisión por hacer uso de esta posibilidad, pues así lo prevé la escritura. El prestatario no puede realizar ese cambio en cualquier momento, sino solo al inicio de cada nuevo «periodo de mantenimiento de moneda e interés» en que se divide la vida del préstamo. En este caso, esos periodos eran mensuales. Pero una devaluación significativa de la moneda funcional respecto de la divisa puede producirse en cuestión de semanas. 47.- Solo se evita el hipotético riesgo de una apreciación de la divisa en el futuro. Pero si el prestatario ignora, porque no ha sido informado adecuadamente, que cuando haga uso de esa facultad de cambio de divisa consolidará el aumento de valor de la divisa en que estaba denominado el préstamo, es posible que cuando pretenda hacer uso de esa facultad porque la cuota mensual de reembolso se haya incrementado significativamente, el incremento de la equivalencia en euros del importe en divisa del capital pendiente de amortizar sea ya considerable. 48.- Solo un prestatario que reciba una adecuada información del banco durante la ejecución del contrato o que tenga amplios conocimientos del mercado de divisas, que pueda prever el comportamiento futuro de las distintas divisas en las que puede quedar representado el capital del préstamo, puede utilizar provechosamente esa posibilidad de cambio de divisa prevista en el contrato. Si no recibe esa información sobre el mercado de divisas y carece de esos conocimientos, el prestatario que haga uso de esa posibilidad de cambio de divisa porque esta se haya apreciado significativamente respecto de la moneda funcional, el euro, y haya aumentado el importe en euros que tiene que pagar mensualmente para el reembolso del préstamo, corre el riesgo de ir consolidando sucesivas cifras elevadas de capital pendiente de amortizar cuya equivalencia en euros se incremente progresivamente, si los cambios de moneda se realizan en el «pico» de mayor cotización respecto del euro de la divisa en que en cada momento esté representado el préstamo o en un momento cercano a esos «picos» de cotización. En este caso, cuando los prestatarios tuvieron dificultades para hacer frente al pago de las cuotas por el incremento en su importe (julio de

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:acPW-GD4p-vsiS-wEn4-D Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

2012), si hubieran cambiado la divisa al euro para «protegerse», hubieran consolidado una deuda por capital pendiente de amortizar de aproximadamente 400.000 euros (el contravalor a 24 de agosto de 2012 era de 404.323,94 euros), superior en un 55% al capital inicial en euros, pese al pago de las cuotas de amortización durante cuatro años. La operación habría sido perjudicial para los prestatarios porque habrían consolidado un capital de unos 400.000 euros y un año después, de no haber hecho la conversión, la equivalencia en euros de ese capital pendiente de amortizar habría bajado de los 300.000 euros 49.- Por tanto, la posibilidad de cambio de divisa, aunque supone un cierto mecanismo de limitación del riesgo de fluctuación en los casos de previsible apreciación de la divisa en un futuro próximo, ni elimina los riesgos asociados a la posibilidad de depreciación del euro frente a la divisa elegida, ni dispensa al predisponente de sus obligaciones de transparencia en la información precontractual que facilite a sus potenciales clientes y en la redacción de las cláusulas del préstamo hipotecario. Para que pueda tener alguna eficacia, el banco debe informar con antelación, de modo claro y comprensible, sobre las consecuencias de hacer uso de esa cláusula y ofrecer al consumidor no experto una información adecuada durante la ejecución del contrato.”.

En el presente supuesto, en el que, por el importe del préstamo, en que la garantía hipotecaria recae sobre una vivienda y la prestataria es una persona física, resultaban de aplicación las previsiones de la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, no consta que se facilitara por la entidad financiera al prestatario folleto informativo con el contenido previsto por el artículo 3 de dicha Orden y tampoco consta que se facilitase a la prestataria oferta vinculante con antelación al otorgamiento de la escritura pública de constitución del préstamo. Y aún cuando la prestataria tuviera oportunidad de leer por si misma, o le fuera leída por el Notario, la escritura de préstamo antes de su firma, en la que se contenía diversa información sobre el significado multidivisa del préstamo formalizado, tal hecho no es suficiente para entender cumplidas las exigencias del control de transparencia respecto de la cláusulas con contenido multidivisa del contrato de préstamo de autos. Al efecto debe tenerse en cuenta que el hecho de que Dña. [redacted] pudiera haber conocido la existencia de los préstamos multidivisa por haber sido ofrecidos a personal de aviación con que Dña. [redacted] tenía contacto por ser clientes de su peluquería y aún cuando por tal motivo pudiera haber preguntado precisamente por dicha operación en la oficina de Banco Popular a través de la cual finalmente contrató, y aún cuando no se discute que conociera que esa era la modalidad de préstamo conforme a la cual finalmente formalizó la operación de financiación de la compra de su vivienda, todo ello no implica que se produjera una negociación individual del contenido multidivisa del préstamo de autos, que ha de entenderse predispuesto por la entidad bancaria, habiéndose limitado la prestataria a prestar su consentimiento en bloque a la totalidad del clausulado del mismo, sin perjuicio de que se negociaran y pactaran individualmente aspectos del préstamo tales como el importe del capital prestado o el plazo de devolución del mismo, como por lo demás ocurre en cualquier otra modalidad de préstamo. Y desde luego que Dña. [redacted] hubiera tenido noticia de dicha clase de préstamos, como ya se ha apuntado, por personas ajenas a Banco Popular, no exime a dicha entidad

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:acPW-GD4p-vsiS-wEn4-D Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

ADMINISTRACION DE JUSTICIA

financiera, que es con la qe se contrató la operación, del cumplimiento de sus obligaciones de información para con su cliente, que no estaba incluida, al menos por lo que consta en las actuaciones, en ninguno de los colectivos a los que la entidad demandada realizó ofertas concretas para la contratación de préstamos multidivisas con facilitación de documentación informativa al respecto. Lo relevante en cuanto a la información que debía haberse facilitado a Dña. [redacted] es que aún cuando ésta hubiera tuviera noticia de la existencia de un producto como los préstamos multidivisas por un cauce ajeno a Banco Popular, tal noticia de la existencia de un producto de financiación de tal clase no implica un conocimiento cabal del funcionamiento del mismo que le permitiera comprender sus consecuencias jurídicas y económicas diferenciales respecto de otro tipo de préstamo sin auxilio de la información que debiera haberle facilitado la entidad financiera, debiéndose señalar al respecto que, pese a las reiteradas protestas de la demandada respecto a la completa información facilitada a su cliente antes de la contratación, lo cierto es que la prueba practicada no permite en modo alguno concluir que se pusiera a disposición de la prestataria información suficiente y accesible que le permitiera comprender los riesgos que entrañaba para ella el contenido multidivisa del préstamo que finalmente contrató. Antes al contrario, lo que se sigue de lo actuado es que lo que impulsó a la prestataria a decidirse por tal modalidad de préstamo fueron las ventajas que el préstamo multidivisa ofrecía en las concretas circunstancias económicas concurrentes en el momento de su concertación. Lo que no parece que se hiciera, y desde luego no se ha probado que se hiciera, es que se explicara por los empleados de Banco Popular a la prestataria, para que ésta pudiera valorar adecuadamente todos los factores que le permitieran tomar una decisión fundada y prudente, en el sentido señalado en la sentencia del TJUE (Sala Segunda) de fecha 20 de septiembre de 2017, de la que ya se ha hecho cita, las consecuencias económicas que para la devolución del préstamo podía tener un cambio de las circunstancias económicas existentes en el momento de la celebración en la operación, en concreto, de las consecuencias que para la prestataria podía tener una apreciación respecto del euro del yen, así como los distintos resultados que, en orden al coste de la amortización del préstamo, podían arrojar las distintas combinaciones de la apreciación o depreciación de la divisa con la fluctuación, al alza o a la baja, del índice a que se había referido el tipo de interés aplicable, que por lo demás es un índice, el LIBOR, con el que difícilmente podía estar familiarizada Dña. [redacted] de la que no se ha discutido es peluquera de profesión, sin que consten de la misma especiales conocimientos financieros. Más importante aún, en orden a la transparencia, es que no consta de ninguna manera que se explicara en términos accesibles a la prestataria que el empleo de una divisa como el yen para establecer el capital entregado y la obligación de devolución no constituía solo una referencia para fijar el importe en euros, esto es, en la moneda en que percibe sus ingresos la prestataria, 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, sino que, además, el tipo de cambio de la divisa elegida se aplica 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. Tampoco consta que la entidad financiera demandada informara debidamente a su cliente sobre aspectos diferenciales del coste comparativo del préstamo multidivisa con otras modalidades de préstamo de la

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:acPW-GD4p-vsiS-wEn4-D Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

propia entidad, en particular que le informara con la suficiente claridad, sin perjuicio de que la comisión de cambio estuviera incluida en la cláusula sobre comisiones de la escritura de préstamo, que el préstamo multidivisa implicaba un coste por el cambio de moneda, con un mínimo de 12,02 euros, aplicable a cada cuota de amortización para la que precisara comprar divisa, coste o comisión que no existe en otras modalidades de préstamo y que, obviamente, debió haber sido valorado por la cliente en orden a determinar si efectivamente le convenía inclinarse por tal modalidad de préstamo, en tanto que, no contando Dña. [redacted] con ingresos en yenes, necesariamente debería adquirir tal divisa para poder hacer frente a la satisfacción de las cuotas mensuales de amortización del préstamo. Debe decirse también, en relación con la adquisición de divisa para la amortización del préstamo que, pese a lo sostenido en la contestación a la demanda, de las aclaraciones prestadas en el acto de juicio por la perito que emitió dictamen a petición de la demandante se sigue que la cuenta en yenes que abrió Dña. [redacted] no ha servido a ninguna estrategia especulativa de acumulación de yenes cuando resultaba más conveniente adquirirlos para usarlos en la amortización de la manera más beneficiosa para la prestataria en la amortización del préstamo, sino que dicha cuenta bancaria se ha tratado a lo largo de toda la vida del préstamo como una mera cuenta puente, en la que no había fondos de reserva, sino que, salvo ocasiones puntuales, se ingresaba, tras la oportuna compra de divisas, el importe en yenes estrictamente necesario para afrontar cada cuota. No consta tampoco que se explicara a la demandante, a la que desde luego no se ha probado se le facilitara información escrita con antelación suficiente a la celebración del préstamo al efecto, que el riesgo de fluctuación del tipo de cambio de divisa podía hacer que, pese a atenderse regularmente las cuotas de amortización mensuales, el contravalor en euros del saldo pendiente de amortizar podía ser superior al importe en que el préstamo quedó inicialmente formalizado, siendo además tal circunstancia causa de vencimiento anticipado, según se estableció en la cláusula 7.16 de la escritura de préstamo, con las muy graves consecuencias que esta posibilidad podía conllevar para la prestataria, que aún cuando no hubiera incurrido en incumplimiento alguno de sus obligaciones podría verse obligada a hacer frente a la resolución anticipada del contrato.

En consecuencia, por todo lo expuesto, debe concluirse que aún cuando de la prueba practicada cabe concluir que Dña. [redacted] conoció que el préstamo hipotecario que contrató con Banco Popular estaba pactado en yenes y en tal divisa debía amortizarlo, sin perjuicio de la opción de transformarlo en un préstamo en otra divisa, incluido el euro, no recibió de la entidad financiera prestamista la información necesaria suficiente para poder tomar una decisión fundada y prudente sobre el contenido multidivisa de la hipoteca ofertada, valorando no solo la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras, singularmente en lo referido al incremento del importe en euros que debería destinar a la compra de yenes para afrontar cada cuota de amortización mensual, el coste en comisiones que tal compra implicaba, el riesgo de que pese a atender todas las cuotas mensuales no se redujera significativamente el capital, calculado en euros, del préstamo e incluso de pudiera verse abocada al vencimiento anticipado del

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:acPW-GD4p-vsiS-wEn4-D Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

préstamo no obstante atender puntualmente las cuotas de amortización, de todo lo cual ha de concluirse que las cláusulas multidivisa adolecen en el préstamo de autos de falta de transparencia que determina que deban ser consideradas abusivas, y en consecuencia declaradas nulas.

En cuanto al alcance de la nulidad parcial, ha de estarse al criterio al respecto observado por la Audiencia Provincial de Valladolid, que se expresa, entre otras, en sentencia de su Sección 1ª de fecha 10 de junio de 2017, en la que se argumenta: "sobre esta misma cuestión ya se ha pronunciado esta misma Audiencia Provincial (Sección Tercera), en las sentencias inicialmente citadas (30-6-2016; 4 octubre de 2016, 12-1-2017), en que se suscitaba esta misma cuestión, "la nulidad de las cláusulas multidivisas no debe comportar necesariamente la nulidad total del préstamo hipotecario con restitución reciproca de las prestaciones, sino tan sólo la nulidad de las referidas cláusulas, pues, sin necesidad de "reintegrar" el contrato (proscrito por la jurisprudencia Europea salvo sustitución por disposición supletoria nacional), basta simplemente con acudir a las propias previsiones contractuales que prevén un tipo resultante de aplicar el Euribor más un 0,70 %. Se trata en suma de aplicar las condiciones restantes del préstamo hipotecario sin inclusión de la opción multidivisa. La apreciación de la nulidad total del contrato sería contraria a la jurisprudencia del TJUE (STJUE de 30 de abril de 2014) y a la protección de los consumidores, ya que produciría un efecto más perjudicial para el actor que para la entidad bancaria demandada, en la medida a que aquel se vería obligado a devolver de un sola vez y anticipadamente la totalidad del préstamo". Se reitera pues, la nulidad de las cláusulas y pacto de divisa, da lugar a que estos se deje sin efecto y se tengan por no puestas, manteniéndose el resto del contrato de préstamo con su garantías, considerando el mismo como una operación en euros con aplicación desde la fecha de su contratación del tipo de referencia Euribor más el diferencial pactado, (0,75 % ,en este caso) con arreglo al cual se determinara el capital pendiente de amortizar, deduciendo las sumas ya abonadas por los prestatarios (...) . Cita acertadamente la sentencia de instancia, la solución de la nulidad parcial 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 clausula; y considera, con igual acierto, que dicha solución también puede ser aplicada a los supuestos de nulidad relativa derivada del error vicio del consentimiento, haciendo una interpretación integradora del articulo 1303 Código Civil (el mismo código Civil contempla la ineficacia parcial en otros casos como los artículos 1116 , 1155 , 1328 y 1476) acorde con el principio de conservación del contrato y con la voluntad de las partes que establecen un tipo sustitutivo para el caso de que no fuera posible aplicar el tipo de interés inicialmente pactado, lo que denota la intención practica de los contratantes de mantener el contrato. Trae por ultimo a colación atinadamente, el cuerpo de doctrina jurisprudencial creado en torno a la posibilidad de nulidad parcial de los contratos, (de alguna de sus cláusulas) y al principio "utile per inutile non vitiatur", lo valido no es viciado por lo inválido", conforme al cual, aun no estando contemplada con carácter general en nuestro ordenamiento, sino solo con carácter sectorial, nada impide su estimación siempre que el contrato pueda subsistir sin la cláusula excluida manteniendo el adecuado y suficiente equilibrio prestacional

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:acPW-GD4p-vsiS-wEn4-D Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

perseguido por las partes al contratar, lo que es factible en el contrato presente (p. e SST 10-5-2000; 22-12-2008; 20-4-2011; 18-5-2012;23-10-2013; 9-5-2013)" ."

Por lo expuesto, debe declararse la nulidad parcial del préstamo hipotecario multidivisa suscrito por Dña. [redacted] con Banco Popular Español, SA y formalizado en escritura pública de fecha 2 de mayo de 2007, en todas las cláusulas y pactos que se refieren a divisas, que quedarán sin efecto, con la consecuencia del recálculo desde su origen del préstamo, tratándolo como una operación de préstamo en euros, con aplicación desde la fecha de su contratación del tipo de referencia euribor más el diferencial de 1 punto pactado, conforme al cual se determinarán todas y cada una de las cuotas desde su concertación hasta la fecha en que se efectúe el cálculo en la que se fijará el capital pendiente de amortizar, deduciendo todos los importes abonados por la prestataria, incluidas las comisiones por pago en divisas que se hubieren girado con sus intereses legales, y el exceso que pudiera resultar, por haberse pagado más de lo debido según el recalculo que se lleve a cabo, se aplicará a reducir el capital pendiente de amortizar.

QUINTO.- Habiéndose estimado las pretensiones de la parte demandante, debe imponerse a la demandada el pago de las costas causadas en esta instancia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación,

F A L L O

Que **estimando** la demanda interpuesta por Asociación de Usuarios Financieros ASUFIN, representada por la Procuradora Sra. de Prado Sarabia, contra Banco Popular Español SA, representado por el Procurador Sr. del Fueyo Álvarez:

1) Debo declarar y **declaro** la **nulidad parcial** del préstamo hipotecario multidivisa suscrito por Dña. [redacted] con Banco Popular Español SA y formalizado en escritura pública de fecha 2 de mayo de 2007, en todas las cláusulas y pactos que se refieren a divisas, que quedarán sin efecto, con la consecuencia del recálculo desde su origen del préstamo, tratándolo como una operación de préstamo en euros, con aplicación desde la fecha de su contratación del tipo de referencia euribor más el diferencial de 1 punto pactado, conforme al cual se determinarán todas y cada una de las cuotas desde su concertación hasta la fecha en que se efectúe el cálculo en la que se fijará el capital pendiente de amortizar, deduciendo todos los importes abonados por el prestatario, incluidas las comisiones por pago en divisas que se hubieren girado con sus intereses legales, y el exceso que pudiera resultar, por haberse pagado más de lo debido según el recalculo que se lleve a cabo, se aplicará a reducir el capital pendiente de amortizar

2) Debo condenar y **condeno** al demandado al pago de las **costas** causadas en esta instancia.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:acPW-GD4p-vsiS-wEn4-D Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es

ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

Contra esta resolución cabe interponer, previo depósito de una suma de 50 euros (disposición adicional 15ª LOPJ; según redacción dada por LO 1/2009, de 3 de noviembre), recurso de **APELACIÓN**, ante este mismo Juzgado, en el plazo de **VEINTE DÍAS,** para su resolución por la Audiencia Provincial de León.

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

Así por esta mi sentencia definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido dada, leída y publicada por la Sra. Magistrada-Juez que la suscribe en el mismo día de su fecha estando celebrando audiencia pública. Doy fe.

Código Seguro de Verificación E04799402-MI:acPW-GD4p-vsiS-wEn4-D Puede verificar este documento en https://sedejudicial.justicia.es