

ADVERTENCIA SOBRE ESCRITOS DE TERMINO

Debido a los nuevos requisitos legales para la presentación de demandas y escritos a través de las plataformas telemáticas debemos recibir los escritos de término en nuestro despacho el día antes de su vencimiento.

No podemos garantizar la presentación en tiempo y forma de los escritos recibidos el mismo día de su vencimiento.

Expediente S-973

Cliente... : ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS
Contrario : BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.
Asunto... : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 439/16
Juzgado.. : PRIMERA INSTANCIA 84 MADRID

Resumen

Resolución

28.03.2018

SENTENCIA

estimando nuestra demanda con imposición de costas

Saludos Cordiales

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 84 DE MADRID

C/ Ventura Rodríguez, 7 , Planta 2 - 28008

Tfno: 914438721,/914438722

NIG: 28.079.00.2-2016/0080460

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 439/2016

Notificación telemática de la resolución 146220298_Sentencia Proc. Ordinario de fecha 26/03/2018 dentro del archivo comprimido 146220298_Sentencia Proc. Ordinario.zip que se anexa.

En Madrid, a veintiséis de marzo de dos mil dieciocho.

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 84 DE MADRID

C/ Ventura Rodríguez, 7 , Planta 2 - 28008

Tfno: 914438721,/914438722

Fax: 915418908

42020310

NIG: 28.079.00.2-2016/0080460

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 439/2016

Materia: Contratos en general

Demandante: ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFIN)

PROCURADOR D./Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON

Demandado: BANCO POPULAR ESPAÑOL SA

PROCURADOR D./Dña. JAIME QUIÑONES BUENO

SENTENCIA Nº 142/2018

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: DÑA. ISABEL EUGENIA JIMENEZ DE LUCAS

Lugar: Madrid

Fecha: veintiséis de marzo de dos mil dieciocho

En Madrid, a 26 de marzo de 2018, Dª Isabel Eugenia Jiménez de Lucas, Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 84 de Madrid, en funciones de sustitución, ha visto los presentes autos que se siguen en este Juzgado bajo el nº de procedimiento 439/16, a instancias de ASUFIN, en nombre de D. [REDACTED] y Dª. [REDACTED] [REDACTED] representada por la procuradora doña Sharon Rodríguez de Castro Rivero y asistida del letrado Don Francisco de Asís Roldán Garrido, frente a BANCO POPULAR SA, representado por el procurador D. Jaime Quiñones bueno y asistido del Letrado D. Jesús Pérez e la Groz Oria.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- Por turno de reparto correspondió a este Juzgado demanda de juicio ordinario presentada por la citada procuradora en la representación referida, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que creyó aplicables terminaba en el suplico solicitando se dictara sentencia, conforme a los pedimentos que se exponían y que se dan aquí por reproducidos.

SEGUNDO- Admitida a trámite la demanda se dio traslado a la demandada, que contestó en tiempo y forma. Citadas las partes para la Audiencia Previa, ésta se celebró, y posteriormente juicio, en que se practicó la prueba propuesta y admitida consistente en documental, interrogatorio y testifical con el resultado que obra en autos.

TERCERO- En la tramitación del presente procedimiento se han observado las prescripciones legales, excepto el plazo para dictar sentencia, habida cuenta de la carga de trabajo que pesa sobre este órgano jurisdiccional.

HECHOS PROBADOS

De la prueba practicada quedan acreditados los siguientes hechos: 1) D. [REDACTED] Mael y D^a. [REDACTED] firmaron el día 21 de abril de 2008 contrato de préstamo hipotecario con cláusula multidivisa; 2) como moneda se fijó la divisa yenes; 3) dicha condición, incluida en el contrato suscrito por los demandantes consumidores, no supera el control de transparencia sobre los riesgos del recibir el préstamo en divisas y de su amortización en la misma forma fijadas por la jurisprudencia del TS, es decir, el control en su doble dimensión en cuanto a la comprensión no sólo gramatical sino comprensión para el consumidor de idea exacta de carga jurídica y económica que asume; creando así un error invalidante del consentimiento respecto a los contenidos relativos a la condición multidivisa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO- Por la parte actora se ejercita acción interesando se declare la nulidad del clausurado multidivisa inserto en el contrato de fecha de 21 de abril de 2008, por infracción de normas imperativas, subsidiariamente por su carácter abusivo y subsidiariamente nulidad parcial relativa a dicho clausurado por vicio del consentimiento, y en todo caso condena a la devolución que se hubieren cobrado en exceso conforme el art. 1303 del CC y recálculo del cuadro de amortización.

Alega que no se le informó respecto a las características especiales de la hipoteca multidivisa, ni con carácter previo, ni al momento de la firma (incumpliendo la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, no entregando oferta vinculante ni escritura pública tres días antes de la firma ante Notario) ni posteriormente. Niega haber recibido información alguna respecto de las fluctuaciones que le permitieran conocer las consecuencias de lo contratado, negando que se supere el control de transparencia requerido por la Jurisprudencia en este tipo de hipotecas.

La parte demandada se opone la definición y naturaleza de la hipoteca objeto de autos, manifiesta que la demandante conocía el producto y sus características; fueron D. [REDACTED] y D^a. [REDACTED] quienes decidieron contratar la hipoteca específica multidivisa, sin que exista error al momento de la contratación ni los elementos a que se refiere la parte demandante en su demanda.

SEGUNDO.- La nueva sentencia dictada por el TS en fecha de 15 de noviembre de 2017 cambia de doctrina fijada en la de 30 de junio de 2015 en cuanto a la inclusión del contrato objeto del proceso en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores. Así lo recoge en su fundamento jurídico quinto, en el que concluye: *“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).*

Ello no obsta a que no sea considerado como producto complejo, aunque no en el sentido en que los define la LMV, sino como producto ajeno a esta normativa, pero, aun así, difícil de comprender en su funcionamiento y en sus riesgos. Así lo califica en el punto 16 del fundamento jurídico octavo: *“considerando 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.*

La STS acude al control de transparencia, considerando aplicable la normativa de protección de los consumidores y usuarios, pudiendo estar ante condiciones no negociadas y que afectan a las prestaciones esenciales del contrato. *Decisión del tribunal (II). El control de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación del préstamo en divisa y al cambio de una divisa a otra 1.- El motivo del recurso de casación se basa también en la infracción legal que se habría cometido en la aplicación de los preceptos legales que regulan el control de abusividad de las cláusulas no negociadas y, más precisamente, el control de transparencia, en concreto, los arts. 80.1 y 82 TRLCU, que desarrollan las previsiones de la Directiva sobre cláusulas abusivas, como son las del art. 4.2 de la Directiva. 2.- La sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14, que excluyó la aplicación de la normativa MiFID a este tipo de productos bancarios, declaró: «47. Dicho esto, es necesario señalar que algunas disposiciones de otros actos del Derecho de la Unión relativos a la protección de los consumidores pueden ser pertinentes en un asunto como el del litigio principal. »48. Esto sucede, en particular, con las disposiciones de la Directiva 93/13 que instauran un mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece esta Directiva (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai, C 26/13, EU:C:2014:282, apartado 42)». 3.- En esta sentencia del caso Kásler, el TJUE declaró la procedencia de realizar un control de transparencia sobre las cláusulas no negociadas que regulan el objeto principal del contrato de préstamo denominado en divisas.*

4.- También la STJUE del caso Andriuc declara la procedencia de realizar el control de transparencia a las cláusulas que regulan el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, en los contratos de préstamo denominados en divisas.

Por tanto, la hipoteca multdivisa en sí misma es un contrato válido, siempre y cuando la información sea correcta y permita al prestatario comprender cabalmente el producto que está contratando. Ello nos debe llevar a desestimar la petición principal de nulidad por contravenirse normas imperativas (art. 6.3 del CC), debiendo analizarse, a continuación, la petición subsidiaria de nulidad por abusividad conforme a la normativa de consumo sobre condiciones generales de la contratación en contratos celebrados con consumidores.

TERCERO.- Respecto al control de transparencia de la condición como la que nos ocupa, requiere el TS no sólo que la misma esté redactada de forma clara y comprensible, sino que el consumidor comprenda el alcance y las consecuencias de su aplicación, tras ser debidamente informado. *11.- De acuerdo con estas sentencias del TJUE, no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas. 12.- En concreto, el apartado segundo del fallo de la STJUE del caso Andriuc, 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, 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.

CUARTO- El consumidor ha de ser informado para poder comprender las consecuencias y el alcance de lo pactado. No sólo así lo recoge la sentencia a la que me estoy refiriendo, como se expone a continuación, sino, igualmente, conforme requiere la obligación de dar la información adecuada al consumidor prevista en el art. 60 del RD legislativo 1/2007. **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.*

No sólo se ha de dar al consumidor la información contractual necesaria y adecuada para formar una voluntad válida, sino también la información precontractual. Su importancia es apuntada y desarrollada por el TS en la sentencia de fecha de 15 de noviembre de 2017 en el punto 19 y 20 del fundamento jurídico 8. **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 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 Andriuc, 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».

QUINTO- La carga de la prueba de haber suministrado la entidad bancaria la información debida conforme la normativa y jurisprudencia expuesta recae en la entidad bancaria. Así lo recoge la SAP de Madrid de 2 de febrero de 2017 en que tras reconocer que corresponde al actor probar la existencia de vicio de consentimiento, error, dicta: “ *incumbía a la entidad bancaria, conforme a las susodichas reglas del onus probandi ex artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acreditar que cumplió su deber de información clara, precisa y detallada, asegurándose de que la clienta comprendía el funcionamiento del producto y riesgos asumidos, en suma, justificar la concreción y suficiencia del asesoramiento.*

En el supuesto sometido a examen, de la prueba practicada no se desprende que se haya dado la información que requiere la jurisprudencia.

Los asociados de ASUFIN acudieron a BANCO POPULAR atraídos por la publicidad que la entidad estaba haciendo dirigida a determinados colectivos de elevado poder adquisitivo que trabajan en las mismas instalaciones aeroportuarias que D. [REDACTED] quien encontró un folleto publicitario, lo que le llevó a acudir folleto en mano a la entidad demandada, intentando mejorar las condiciones que tenían en una hipoteca ya existente en aquel momento. Lejos de disuadirle de la contratación, dado que D. [REDACTED] a la sazón mozo de aeropuerto, no tenía el

nivel de ingresos suficiente para que resultara aconsejable contratar una hipoteca en la que las cuotas podían subir elevadas fluctuaciones (por no decir el capital), se le recomendó el producto, poniéndose durante la contratación el énfasis en el ahorro que se podía obtener y en las ventajas del producto, sin explicar los riesgos que suponía la hipoteca en divisa extranjera, en particular, en una divisa diferente de aquella en que se perciben los propios ingresos, y sin explicar que existía el riesgo de que el capital latente (en euros) aumentara de forma indefinida por efecto del riesgo de tipo de cambio. Se recomendó utilizar yenes, sin que conste la realización de simulaciones ni explicación alguna adicional, como hubiera sido pertinente, sobre las predicciones a futuro sobre la paridad euro/yen. Tampoco se les dio información sobre la evolución, aunque fuera a corto plazo, del Euribor, siendo que dicha información era necesaria para que el consumidor pudiera tomar una decisión informada, pues la única ventaja de la hipoteca era la existencia de un diferencial entre el Euribor y el libor que permitía, en el momento de la contratación, obtener un ahorro en cuota, aunque con el precio de correr el riesgo de tipo de cambio. Ninguna prueba se ha realizado por el banco para contradecir ni al interrogatorio de parte ni a la pericial realizadas en la vista.

El TS exige que el banco *“hubiera informado sobre los riesgos que derivaban del juego de la moneda nominal del préstamo, el yen japonés, respecto de la moneda funcional, el euro, explicar adecuadamente a los prestatarios las fluctuaciones en la cotización de la divisa extranjera respecto del euros.... 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”*. Sigue diciendo el TS: *“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.

Sólo 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 incrementa 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.

Sigue dictando el TS en la sentencia de noviembre de 2015 respecto de la lectura por el Notario de la escritura pública y las declaraciones de conocer el cliente el producto lo siguiente: “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 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 dispuso 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 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.

D. ■■■■■ manifiesta que no se le explicó el efecto del riesgo del tipo de cambio sobre el capital latente (el pendiente en euros), sino sólo sobre las cuotas, diciéndole que podría obtener importantes ahorros gracias a que el libor estaba más bajo, pero sin advertirle de que la evolución del Euribor podía ser a la baja y sin realizar simulaciones de escenarios que le permitieran comprender la existencia de una influencia del riesgo de tipo de cambio sobre el capital pendiente de amortizar.

SEXTO- Para que la condición sometida a examen 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 (punto 49 de la STS de 2 de noviembre de 2017).

La conclusión que se desprende de la aplicación de la normativa y jurisprudencia expuesta atendidas las circunstancias concurrentes ya analizadas es que la cláusula cuestionada no supera el control de transparencia que fija el TS fundada en los artículos 60.2, 80.1 y 82.1 del RDlegislativo 1/2007 y el art. 4,2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, porque los prestatarios no han recibido una información adecuada a la naturaleza de los riesgos asociados a las cláusulas relativas a la denominación en divisas del préstamo y su

equivalencia con la moneda en que los prestatarios reciben sus ingresos, ni sobre las graves consecuencias asociadas a la materialización de tales riesgos.

SEPTIMO-. En cuanto a las consecuencias de la declaración de nulidad de las cláusulas multidivisa, éstas no comportan la de todo el préstamo, sino sólo a éstas.

Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia, la SAP de Madrid de 15 de diciembre de 2016 acudiendo a la jurisprudencia fijada en este sentido por la AP de Valencia de 30 de junio de 2016 dicta: *“la nulidad de las cláusulas multidivisas no debe comportar necesariamente la nulidad total del préstamo hipotecario con restitución recíproca de las prestaciones, sino tan sólo la nulidad de las referidas cláusulas, pues sin necesidad de “reintegrar” el contrato (proscrito por la jurisprudencia Europeo 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. Reiteramos, 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, con arreglo al cual se determinara el capital pendiente de amortizar, deduciendo las sumas ya abonadas por los prestatarios.”* 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 (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372) que permite la subsistencia del contrato no obstante dejar sin efecto, teniendo por no puestas, las cláusulas abusivas siempre que puedan subsistir sin dichas cláusula; 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 artículo 1.303 Código Civil (LEG 1889, 27) (el mismo código Civil contempla la ineficacia parcial en otros casos como los artículos 1.116 , 1.155, 1.328 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 práctica de los contratantes de mantener el contrato. Trae por último 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 válido 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 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).

Así, como se recoge en la SAP de Madrid de 2 de febrero de 2017, en consecuencia será suprimida la cláusula multidivisa con el efecto de la nulidad parcial, esto es, la permanencia del contrato y la secuela de que la cantidad adeudada sea el saldo resultante traducido a euros, **operando desde su inicio como un préstamo en euros, referenciado a Euribor**, criterio que hemos mantenido en nuestras anteriores sentencias dictadas en los Rollos de apelación N° 436/2014 y N° 264/2015.

También en el apartado 54 y 55 de la STS de 2 de noviembre de 2017: “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 arts. 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. Así lo ha declarado el TJUE en la sentencia de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13), apartados 76 a 85.*

OCTAVO-. Dado el sentir de la presente resolución, de conformidad con lo establecido en el art. 394 de la LEC, procede imponer las costas causadas a la parte demandada.

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

FALLO

Se estima la demanda interpuesta por la procuradora doña Sharon Rodríguez de Castro Rivero en nombre y representación de ASUFIN, que actúan en defensa de los derechos de sus asociados D. [REDACTED] y D^a. [REDACTED] frente a BANCO POLUAR ESPAÑOL SA, y, en consecuencia;

- 1) Se declara la nulidad parcial del contrato de préstamo suscrito por las partes de fecha de 21 de abril de 2008 en los contenidos relativos en la cláusula multidivisa.

- 2) Se condena a la demandada a devolver las cantidades que se hubieren cobrado en exceso en virtud de dicha condición con minoración de las que se hubieren cobrado de menos al no haberse mantenido el pago en euros y referenciado al Euribor durante la vida del contrato, con sus respectivos intereses desde cada pago, a determinar en ejecución de sentencia, debiendo la parte demandada presentar cuadro de amortización inicial y otro conforme a este punto 2, a fin de determinar entre lo realmente pagado y lo que debió pagarse. Se considerará en todo momento que se han entregado euros, según se recoge en el suplico de la demanda, se entenderá que el préstamo hipotecario fue de 307.000 euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés el de referencia fijada en la escritura. La entidad condenada deberá recalcular las cuentas del préstamo como si hubiera funcionado en euros desde su suscripción, teniendo en cuenta los pagos efectuados en su contravalor en euros y fijando el capital pendiente de pago en euros. Con condena en costas a la parte demandada.

Procédase según ordena imperativamente el art. 22.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante este Juzgado para ante la Ilma. Audiencia Provincial en el plazo de veinte días a contar del siguiente de su notificación.

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

El/la Juez/Magistrado/a Juez

DILIGENCIA.-

En Madrid, a 26 de marzo de 2018

Se extiende la presente para hacer constar que en el día de la fecha ha sido depositada la anterior sentencia en la Oficina Judicial una vez extendida y firmada por Su Señoría. 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.



Mensaje LexNET - Notificación

Mensaje

IdLexNet	201810200533437	
Asunto	Sentencia Proc. Ordinario (F.Resolucion 26/03/2018)	
Remitente	Órgano	JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 84 de Madrid, Madrid [2807942084]
	Tipo de órgano	JDO. PRIMERA INSTANCIA
	Oficina de registro	OF. REGISTRO Y REPARTO PRIMERA INSTANCIA [2807900006]
Destinatarios	QUIÑONES BUENO, JAIME [2619]	
	Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid
	RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON, SHARON [1850]	
Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid	
Fecha-hora envío	27/03/2018 16:17	
Documentos	6926869_2018_I_146224725.RTF(Principal) Hash del Documento: 62877babe7fb07eedde1d25b72e806a2199617ce	
	6926869_2018_E_17069033.ZIP(Anexo) Hash del Documento: 8dcc66f8b4186bd8be6c06cb177a230df91be5aa	
Datos del mensaje	Procedimiento destino	Sentencia Proc. Ordinario (F.Resolucion 26/03/2018 N° 0000439/2016)
	Detalle de acontecimiento	Sentencia Proc. Ordinario (F.Resolucion 26/03/2018)
	NIG	2807900220160080460

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
28/03/2018 10:19	RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON, SHARON [1850]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid	LO RECOGE	
28/03/2018 07:48	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid (Madrid)	LO REPARTE A	RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON, SHARON [1850]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid

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