



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 101 BIS CLÁUSULAS- DE MADRID

C/ Gran Vía 12

Tfno: 914937071

Fax: 917031648

42020310

NIG: 28.079.00.2-2017/0162852

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 10075/2017

Materia: Cláusulas GRI - Multidivisa

NEGOCIADO 5 BIS

Demandante: ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS

Interesado: Dña. [REDACTED] y D. [REDACTED]
[REDACTED]

PROCURADOR Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON

Demandado: BANCO SANTANDER SA

PROCURADOR D. EDUARDO CODES PEREZ-ANDUJAR

SENTENCIA Nº 667/2019

En Madrid, a 7 de febrero dos mil diecinueve

En nombre de su Majestad el Rey

Vistos por mí, ANGEL MATEO GOIZUETA, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 101 bis de Madrid, los presentes autos de juicio declarativo ordinario tramitados en este juzgado bajo el nº 10075/2017, sobre nulidad de condiciones generales de contratación, promovidos por **ASUFIN** en nombre y representación de **DON [REDACTED] Y DOÑA [REDACTED]** representada por la procuradora de los tribunales **DOÑA SHARON RODRÍGUEZ DE CASTRO** contra **BANCON SANTANDER S.A** representada por el procurador de los tribunales **DON EDUARDO CODES PÉREZ-ANDUJAR**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- por la procuradora de los tribunales **DOÑA SHARON RODRÍGUEZ DE CASTRO** en el nombre y representación acreditados, presentó demanda de juicio declarativo ordinario frente a la entidad **BANCO SANTANDER SA**, por la que, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimaba pertinentes,





terminaba suplicando el dictado de una sentencia por la que se estimaran sus pretensiones.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada en un plazo de veinte días para que se personase y contestase a la demanda interpuesta de contrario. Dentro del plazo legal se personó y contestó a la demanda oponiéndose a la misma en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que expuso por escrito, y concluyó suplicando al juzgado que, previo los trámites oportunos, se dicte sentencia íntegramente desestimatoria de la demanda, con expresa imposición en costas a la actora.

TERCERO.- Contestada la demanda se citó a las partes al acto de la Audiencia Previa. En el día y hora señalados comparecieron la actora y la demandada, quienes, después de manifestar la imposibilidad de llegar a un acuerdo, resueltas las cuestiones procesales planteadas y fijados los hechos controvertidos, propusieron la prueba conveniente a su derecho.

CUARTO.- En el día señalado se celebró el acto del juicio. Practicada la prueba y formuladas las conclusiones por las partes, quedaron los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pretensiones de las partes y acción ejercitada

La parte actora ejercita una acción de nulidad de determinadas condiciones generales de contratación inserta en préstamo hipotecario suscrito con la entidad demandada. E interesa la restitución de cantidad que se derive de la apreciación de la nulidad, de conformidad con las cantidades reclamadas en el cuerpo de la demanda y en el Suplico, que cabe integrar con el mismo.

En concreto, expone en su escrito de demanda que, la parte actora suscribió con la entidad financiera, Banco Santander, en fecha 15 de enero de 2007, préstamo hipotecario

Se solicita la declaración de nulidad de la cláusula que contiene la opción multidivisa y la relativa al interés de demora.

Se solicita la nulidad de dichas cláusulas por cuanto fueron impuestas de forma unilateral por la demandada sin posibilidad de elección por el prestatario, por falta de información y falta de consentimiento





Por su parte, la entidad demandada en su escrito de contestación se ha opuesto a las pretensiones articuladas de contrario alegando que la cláusula de gastos impugnada es fruto de una previa negociación entre las partes.. Y respecto de la opción multdivisa, se alega que se ajusta a la legalidad vigente y que fue negociada con el prestatario, el cual fue informado de su contenido y sus riesgos.

SEGUNDO.- Fijación de los hechos

En el presente procedimiento no se discute la condición de consumidor de la parte actora. Asimismo, tampoco se discute la existencia del préstamo hipotecario suscrito entre las partes mencionado anteriormente, ni tampoco la existencia de las cláusulas objeto de la impugnación inserta en el mismo.

Se suscitó en la contestación a la demanda la cuestión relativa a la cuantía del procedimiento. Y ello porque, fijándolo la actora como indeterminada, estima la demandada que la cuantía de la demanda es determinada, atendiendo al interés económico representado por la cantidad reclamada en concepto de restitución, derivada de la eventual estimación de la acción de nulidad ejercitada.

Queda fuera de toda duda que dicha discrepancia no puede plantearse por la vía de la excepción procesal de inadecuación del procedimiento por razón de la cuantía (ex artículo 422 LEC) habida cuenta que ejercitándose una acción de nulidad de condición general de contratación, el artículo 249.1.5º de la LEC dispone la tramitación por el cauce procesal del juicio ordinario, conforme al criterio *ratione materiae*. Como tampoco esgrimirse como excepción procesal de defecto legal en el modo de proponer la demanda, habida cuenta que la parte actora, fijándola como indeterminada, ha cumplido con la carga procesal que el impone el artículo 253 LEC.

Se señala en relación con la determinación de la cuantía en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20ª, de 2 de marzo de 2.016:

“Es cierto que la LEC otorga a la cuantía del litigio, un carácter meramente instrumental en cuanto constituye -no un fin en sí mismo- sino una premisa para el examen de otros presupuestos procesales (competencia objetiva, procedimiento adecuado, acceso a la casación) o para la resolución de otras incidencias (tasas, tasación de costas); ahora bien, es igualmente reiterada la jurisprudencia al señalar que la cuantía del procedimiento es única e inalterable durante todo el procedimiento y, sobre su determinación, la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, establece unos trámites, otorga una serie de facultades e impone determinadas obligaciones que afectan, tanto a las partes como órgano judicial. Así, partiendo de la obligación que el artículo 253 impone al actor de expresar con precisión y claridad la cuantía de la demanda en el escrito inicial, la LEC contempla la actitud que ante dicha determinación puede adoptar el tribunal y la parte demandada, respecto a la fijación de la cuantía. Por un lado, regula la actuación o intervención de oficio del tribunal, en cuanto el artículo 254 de la LEC , impone al Secretario, cuando advirtiere que el juicio elegido no se corresponde con el valor señalado, dar al asunto la tramitación que corresponda. Junto a esa intervención, el artículo 255.1, permite al demandado impugnar la cuantía de la demanda, no sólo





cuando la misma sea determinante para establecer el procedimiento a seguir, sino también cuando de la cuantía, resultaría procedente el recurso de casación y dicha situación, que debe ser analizada en el acto de la Audiencia Previa, impone al órgano judicial dar una respuesta, sin que sea lógico posponer la respuesta a eventuales fases posteriores cuando las partes hayan planteado la cuestión y solicitado un pronunciamiento expreso y ello, aun cuando se trate de una cuestión no expresamente prevista en el artículo 416 de la LEC, pues el artículo 425 se remite al artículo 422 ambos de la misma LEC, para resolver cuestiones que, como la ahora analizada de determinación de la cuantía, no estén expresamente previstas en el artículo 416 de la LEC.

Si como indicó el Magistrado de Primera instancia en la Audiencia previa y reitera en el primer fundamento de derecho de la sentencia, no siempre ha de resolverse en la Audiencia previa la cuestión planteada al impugnar la cuantía del procedimiento, sino sólo en los supuestos expresamente contemplados en la ley, entre éstos supuestos está incluido el que plantearon los aquí demandados, referido a la eventual procedencia del recurso de casación, expresamente contemplado en el artículo 255.1 de la LEC.

La jurisprudencia de las diferentes Audiencias Provinciales, teniendo en cuenta el carácter instrumental de la cuantía del procedimiento, considera correcto no pronunciarse sobre dicha cuestión en la fase inicial (v.gr. las Sentencias de la Sec. 3ª de la Audiencia provincial de Málaga de fechas 20 de julio de 2.011 o 21 de enero de 2.009 o la de la Sec. 21 de la Audiencia provincial de Madrid de fecha 21 de diciembre de 2.012), pero ello siempre que la determinación de la cuantía no afecte a la adecuación del procedimiento, ni a la procedencia del recurso de casación; sin embargo cuando afecta a una de esas dos cuestiones, sí considera relevante y obligatorio resolverla. En este sentido se pronuncian, además de las antes citadas, las sentencias de la Sec. 2ª de Albacete de 3 de septiembre de 2.015, la de la Audiencia Provincial de La Coruña de 30 de abril de 2.014, la de Sec. 2ª de la Audiencia Provincial de Huelva de 17 de enero de 2.013 o la de la Sec. 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de noviembre de 2.008”.

Si bien en el presente caso se oyó a las partes sobre el particular por la vía del artículo 425 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no desprenderse de sus alegaciones que la discrepancia fuera determinante de la procedencia del recurso de casación (pues desde luego no lo era del tipo de procedimiento), no estamos en el caso del artículo 255 LEC, razón por la cual no procede la determinación de la cuantía en esta sentencia.

La demandada pone de manifiesto el tiempo transcurrido desde la firma del contrato y pretende la desestimación de la demanda sin entrar en el fondo del asunto, por estar prescrita la acción que ejercita la actora.

La imprescriptibilidad de la acción para declarar la nulidad de pleno derecho es una cuestión pacífica en nuestra jurisprudencia. Como señala el Tribunal Supremo en su STS 1080/2008, de 14 de noviembre “En cuanto a la prescripción de la acción de nulidad baste señalar que el Artículo 1301 del Código Civil se refiere a los contratos meramente anulables -en que concurran los requisitos que expresa el Artículo 1261,





como refiere el Artículo 1300 - y no a aquellos que, como los simulados, quedan viciados de nulidad radical o absoluta, respecto de los cuales la acción para tal declaración es de carácter imprescriptible (sentencias de 4 noviembre 1996, EDJ 7294, 14 marzo 2000, EDJ 2512, 18 octubre 2005, EDJ 165809, 22 febrero 2007, EDJ 8524 y 18 marzo 2008, EDJ 48894, entre otras muchas)". El vicio que puede motivar la declaración de nulidad de las cláusulas litigiosas no es un vicio del consentimiento, en el sentido del art. 1300 del Código Civil, que se refiere a la nulidad relativa o anulabilidad, respecto de aquellos contratos en los que concurran los elementos esenciales para su formación, esto es, consentimiento, objeto y causa. Por ello, no se le aplica el plazo de caducidad de cuatro años que el art. 1301 prevé para los supuestos de anulabilidad contractual. Por el contrario, la declaración de abusividad de la cláusula inserta en un contrato conlleva la sanción de nulidad absoluta o de pleno derecho, de acuerdo con la normativa especial en esta materia, contenida en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, cuyo art. 83 establece que "las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas". Así, sentado el carácter de nulidad absoluta en la sanción que puede imponerse a la cláusula impugnada, de ser declarada abusiva y, constituyendo doctrina jurisprudencial la imprescriptibilidad de esta acción, procede desestimar las alegaciones de la demandada en relación con este extremo.

No obstante esta imprescriptibilidad de la acción declarativa, la reclamación de los efectos restitutorios derivados de ella puede estar sujeta a una limitación temporal que, a falta de disposición especial, se regirá por el plazo general de las acciones personales, que según el art. 1964 CC en su nueva redacción dada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, es de cinco años. De acuerdo con la Disposición Transitoria 5ª de la Ley y el art. 1939 CC, al que se remite aquella, este nuevo plazo de prescripción será aplicable a las acciones nacidas con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma, como ocurre en el presente caso.

Ahora bien, para resolver esta alegación formulada por la parte demandada resulta fundamental determinar cuál es el momento de inicio de la prescripción, que debe regirse por lo dispuesto en el art. 1969 a tenor del cual "El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse" y el momento en que esta acción pudo ejercitarse no puede ser otro que el de la declaración judicial de nulidad de la cláusula, de manera que tampoco puede apreciarse prescripción de la acción que ejercita la actora en este pleito.

Se fijó como hecho controvertido si existió negociación individual de la cláusula impugnada e información. La trascendencia jurídica de ese hecho es determinar si estamos en presencia de un a condición general de contratación, sometida al régimen de protección de consumidores y usuarios patrocinado por la Directiva 13/93 y la Ley





General para la Defensa de los consumidores y usuarios. Hemos de proceder, por tanto, a tratar esta cuestión.

Se hace un profundo estudio de la cuestión, con una exhaustiva síntesis jurisprudencial y normativa, en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla en la reciente sentencia de fecha 14 de noviembre de 2017, recaída en el Juicio Ordinario 775/15. Señala en ella el juzgador:

"El art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, establece el apartado 1º lo que se entiende por "condiciones generales de contratación" a los efectos de aplicación de la Ley: " Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos ".

Y el apartado 2º del mismo precepto aclara que "[E]l hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión."

A la luz de esta norma, la STS de 9 de mayo de 2013 concluye que son requisitos necesarios para considerar que estamos ante condiciones generales de la contratación los siguientes:

a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos.

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

Asimismo, la citada sentencia de 9 de mayo de 2013 aclara, primero, que el hecho de que una cláusula se refiera al objeto principal del contrato en el que está insertada, no es obstáculo para que sea calificada como condición general de la contratación, ya que, en nuestro ordenamiento jurídico, y al revés de lo que sucede en otros, la condición general se define por el proceso seguido para su inclusión en el





mismo, y no por el elemento al que se refieren (recuérdese que el art. 4 apartado 2º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, dispone que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula no se referirá a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse, por otra); segundo, que el conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, no obligaría a ninguna de las partes; y, tercero, que el cumplimiento por el profesional de los deberes de información, sean los generales o los exigidos por la normativa sectorial, no excluye la naturaleza de condición general de la contratación.

Para entender cuándo una cláusula negocial resulta "impuesta", debe acudir a diferentes textos legales. Así, el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, dispone que "[s]e considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión".

Y el artículo 82.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, reitera que "[S]e considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente..."

El elemento determinante para constatar la naturaleza "impuesta" de una cláusula es, pues, la ausencia de una negociación individual que permita al consumidor influir en su supresión, sustitución o modificación.

(...)Debe valorarse, además, que a la luz de las normas contenidas en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1.994, la parte demandada debería conservar la documentación relativa a los tratos precontractuales mantenidos con el cliente, incluida la información facilitada al consumidor sobre el producto bancario que se le ofertaba, máxime si se tiene en cuenta que la negociación precontractual se lleva a cabo generalmente en sus dependencias, y a la vista de los soportes indicados podría acreditar que había existido un verdadero proceso de negociación, pleno, con posibilidades reales por parte del prestatario de influir en la determinación de las cláusulas que ahora se analizan, con intercambio de ofertas y contraofertas entre ambas partes contratantes. Sin embargo, a pesar de dicha facilidad probatoria, no ha desarrollado acto de averación alguno sobre tal extremo, motivo por el cual, en atención a la norma contenida en el artículo 217.7 de la LECiv., debe soportar las consecuencias de la falta de acreditación del carácter individualmente negociado de la estipulación cuestionada.

También debe considerarse que las reglas sobre la carga de la prueba recogidas en el artículo 82.2 TRLCU y el artículo 3.2 de la Directiva 93/13 imponen al





demandada la obligación de acreditar que se ha producido una negociación efectiva e individualizada de las cláusulas, actividad probatoria con la que no ha cumplido en el presente litigio. La jurisprudencia ha aplicado de forma constante estas normas. En primer lugar, la jurisprudencia del TJUE, al interpretar la citada Directiva comunitaria, ha recordado recientemente la vigencia y trascendencia de tal regla. Así, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, incluso en el caso de las dictadas por dicho tribunal cuando tenía otra denominación, STJUE) de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12, caso Constructora Principado, ha declarado en su apartado 19:

“Pues bien, de la resolución de remisión resulta que las partes en el litigio principal discrepan sobre la cuestión de si la estipulación decimotercera del contrato fue o no objeto de negociación individual. Corresponde por tanto al tribunal remitente pronunciarse sobre esa cuestión, atendiendo a las reglas de reparto de la carga de la prueba establecidas a este respecto en el artículo 3, apartado 2, párrafos primero y tercero, de la Directiva, que prevén en particular que, si el profesional afirma que una cláusula tipo se ha negociado individualmente, asumirá plenamente la carga de la prueba”.

De igual forma ha operado la Sala Primera del Tribunal Supremo, que en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, no solo reafirmó que la carga del carácter negociado de una cláusula contractual empleada en los contratos concertados entre profesionales o empresarios y consumidores corresponde a aquellos por establecerlo tanto la Directiva como el TRLCU, sino que en su apartado 164 afirmaba lo siguiente:

“Más aún, de hecho aunque no existiese norma específica sobre la carga de la prueba de la existencia de negociación individual, otra tesis abocaría al consumidor a la imposible demostración de un hecho negativo -la ausencia de negociación-, lo que configura una prueba imposible o diabólica que, como precisa la sentencia STS 44/2012, de 15 de febrero de 2012, reproduciendo la doctrina constitucional, vulneraría el derecho a la tutela efectiva”.

Como razona la STS, Sala Primera, de 29 de abril de 2015: “Por tanto, para que se acepte que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, no basta con incluir en el contrato predispuesto un epígrafe de "condiciones particulares" o menciones estereotipadas y predispuestas que afirmen su carácter negociado (sobre la ineficacia de este tipo de menciones predispuestas por el predisponente, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, nos hemos pronunciado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015) ni con afirmar sin más en el litigio que la cláusula fue negociada individualmente. Para que se considere que la cláusula fue negociada es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada





individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y responde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas, carece de sentido suscitar la cuestión del carácter negociado de la cláusula, como se ha hecho en este caso, y como se hace con frecuencia en este tipo de litigios, porque carece manifiestamente de fundamento, y está justificado que en estos casos el órgano judicial rechace la alegación sin necesidad de argumentaciones extensas, como ha hecho en este caso la Audiencia Provincial.”

Lo indicado hasta el momento determina que haya de considerarse cumplido por la parte demandante el mandato del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la prueba sobre el carácter impuesto de las estipulaciones que ahora se analizan, máxime cuando no se ha desplegado elemento probatorio alguno que permita albergar dudas sobre el hecho de que las cláusulas controvertidas en la presente litis hayan sido prerredactadas por la entidad demandada, que las mismas estaban destinadas a ser incorporadas a una multitud de contratos, y que no han sido fruto de una negociación individual y consensuada con el cliente, sino impuesta por el banco a modo de “oferta irrevocable”. En consecuencia, ha de sostenerse que las mismas son condiciones generales de la contratación, cuya validez es susceptible de ser controlada judicialmente.

Concurren los presupuestos de contractualidad (la cláusula discutida está incorporada a un contrato), predisposición (es un hecho notorio, como se expresa en la STS, Sala Primera, de 29 de abril de 2.015), generalidad (está redactada para su incorporación a los contratos destinados a concertar el mismo tipo de préstamo con una pluralidad indeterminada de consumidores) e imposición. En relación con esta última cualidad, debe aclararse que este presupuesto ha quedado perfectamente definido por la STS, Sala Primera, de 29 de abril de 2.015, ya aludida, que se pronuncia en los siguientes términos: “Esta “imposición del contenido” del contrato no puede identificarse con la “imposición del contrato” en el sentido de “obligar a contratar”. Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quien, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre -razonablemente garantizada por la intervención notarial- y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo”.

Según la resolución antes indicada: “Hay “imposición” de una cláusula contractual, a efectos de ser considerada como condición general de la contratación, cuando la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente del profesional o empresario. Así resulta de lo previsto en el art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE. No es necesario que el otro contratante esté obligado a





oponer resistencia, ni que el consumidor carezca de la posibilidad de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula. La imposición supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada individualmente. Así lo declaramos en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, apartado 150.

10.- Que el consumidor tenga una mayor o menor formación tampoco excluye el carácter impuesto de una condición general. La protección que el ordenamiento jurídico da a los consumidores y usuarios no está condicionada a que concurra en los mismos una situación de desvalimiento o ignorancia. Y el empleo de condiciones generales, como se ha visto, es propio de la contratación en masa de bienes y servicios de uso común, sin que la mayor formación del consumidor incida en la posibilidad de negociarlas.”.

Y respecto de la generalidad de la cláusula, debe recordarse, como hace la STS, Sala Primera, de 29 de abril de 2.015, que “No es necesario que la cláusula sea utilizada en todos los contratos que el profesional o empresario celebra con consumidores (sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, apartado 149). Pueden existir varios modelos de cláusulas que se utilicen en los diversos contratos, por variadas razones.”

No perjudica para que pueda ser considerada una condición general de la contratación el que se trate de una cláusula que define el objeto del contrato. Sobre esta cuestión, la STS, Sala Primera, de 29 de abril de 2.015, se pronuncia en los siguientes términos:

“Que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el TRLCU.

Esta cuestión fue ya resuelta en la STJUE de 10 de mayo de 2001, asunto C-144/99, caso “Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos”. La legislación holandesa no permitía el control de contenido por falta de transparencia, ni la interpretación “contra proferentem” (que se prevén en los citados arts. 4.2 y 5 de la Directiva) de las condiciones generales relativas a los elementos esenciales del contrato, porque el artículo 231 del libro VI del “Burgerlijk Wetboek” (Código Civil holandés) excluía del concepto de condiciones generales aquellas que tuvieran por objeto las “prestaciones esenciales”, que por tanto estaban sometidas al régimen general de ineficacia contractual de los contratos por negociación. Pues bien, el Tribunal de Justicia, en la citada sentencia, entendió que el Holanda había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 93/13 /CEE del





Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para garantizar la adaptación completa del Derecho neerlandés no sólo al art. 5 de la Directiva (interpretación "contra proferentem"), sino también al artículo 4.2 de la citada Directiva (posibilidad de tal control de abusividad si hay una falta de transparencia en esas condiciones generales reguladoras de las prestaciones esenciales).

Con posterioridad, el apartado 32 de la STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, caso Cajamadrid, consideró que el art. 4.2 de la citada Directiva no define el ámbito de aplicación material de la Directiva, y que las cláusulas contempladas en dicho precepto (las que definen 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) están incluidas en el ámbito regulado por la Directiva.

También la sentencia de esta Sala núm. 241/2013, de 9 de mayo, consideró que las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato tenían la consideración de condición general cuando reunían los requisitos de contractualidad, predisposición, imposición y generalidad.”.”

En el caso de autos, concurren estos presupuestos para poder considerar que las cláusulas discutidas han sido impuestas, puesto que se trata de un préstamo hipotecario concedido por entidad bancaria, sin que se haya aportado prueba alguna por la demandada que acredite una negociación individual de la cláusula. Pues negociación individual es algo distinto a captar o conseguir la voluntad del cliente de adherirse al clausulado general. Significa, como se desprende de la doctrina jurisprudencial citada, la existencia de una negociación ad hoc, pactando el contenido y límites de la cláusula. Ello conllevaría, sin duda y dado el ámbito en que se produce la contratación el intercambio de ofertas o contraofertas por escrito (correos electrónicos, cartas, borradores) y en último término, la existencia de personas que pudieran dar detalles de tales tratos. No se alegó en la contestación nada al respecto, más allá de una genérica alusión a que se negoció la cláusula. Pues no puede equipararse ello a facilitar información escrita del clausulado del préstamo (oferta vinculante u otros documentos informativos). Resulta cierto que se tomó declaración a los actores y al empleado del banco que gestionó la hipoteca con el actor.. No consta acreditado que el actor tuviese especiales conocimientos financieros más allá de lo que puede considerarse normal.

En el presente caso el actor niega información o explicación alguna. Reconocen que acudió al banco con el fin de lograr financiación para la adquisición de vivienda. Fue el banco fue quién se la ofreció como así reconoce el actor que es bombero. Conoció el préstamo por oferta de entidad bancaria, tablón de anuncios de su trabajo. Llamaron concertaron una cita y les informaron. Les explicaron varios tipos de crédito e hicieron hincapié en el interés más bajo que los demás. Les dijeron que era en otra





divisa, pero no recibieron otra divisa distinta que los euros. A finales de 2014 decidieron cambiar de casa y no sabían cuánto debían. Se acercaron a una sucursal, y les dijeron que debían más dinero que el que pidieron. Solo venía la información en franco suizo. No les llegó información y el recibo mensual les llegó alguna vez.

El notario leyó escritura pero no se enteraron de nada.

No le dijeron que podía llevar a debe más de lo pedido. No le hicieron simulaciones, ni le dieron documentación alguna, no oferta vinculante. Se hizo hincapié en que el crédito era más beneficioso para ellos.

La actora ella dice que quisieron cambiar de piso en 2014 y les dijeron que tenía más dinero a deber de lo que habían pedido. El recibo solían ser unos 500 euros, no era una fluctuación llamativa, no estaba pendiente de la divisa y su oscilación. Estuvieron juntos a la sucursal. El empleado no les explicó nada, solo les dijo que iban a pagar menos interés y que ese era su atractivo, no les explicó riesgo alguno. No les hizo simulación, ni les dieron documento explicativo alguno. No les explicó que el capital pendiente podía aumentar.

El empleado del banco recuerda la hipoteca y su contratación. Todo parte de un bombero de Torrejón. Que lo conocía. Estos señores acudieron por ese compañero. Les explicó el riesgo y el tipo de cambio. Que el riesgo es que oscila el tipo de interés y el cambio es el riesgo. Les explicaba con gráficos. Acudían por menos cuota dado que el Euribor estaba disparado. Elegía la divisa el cliente. Acudió a la firma y se les leyó las cláusulas a los clientes. Hizo énfasis en aumento de cuotas y de contravalor. Documentación la enseñaba en pantalla, esa era la documentación. Se les explicó la posibilidad de cambiar de divisa, que ya lo conocían.

No realizó cambio de divisa. Les hizo evoluciones en franco y en yen. Se contrató en franco suizo, pero se hizo evoluciones en ambas.

Explico a los clientes todo el contravalor, los riesgos, también en notaria, se les explicó que una vez al trimestre que podrían cambiar de divisa. Explicó todas las cláusulas, y que el banco se podría negar al cambio de divisa. Solo le dio información en franco y yen.

Ante estas declaraciones contradictorias, se hace necesario acudir a la documentación aportada por el banco, toda vez se aporta como documento de relevancia el 4 objeto de impugnación por la demandante del que no puede deducirse que esas fueron las explicaciones que se le dieron a los actores. Por tanto la versión del empleado no resulta corroborado por documento alguno, siendo que de su declaración no puede deducirse que hubo esa negociación expresa e información suficiente tanto de los pros y contras de la opción multidivisa. No consta documental acerca de cuadros y las explicaciones. En esas condiciones no se acredita con el que se conociese por el cliente las consecuencias y las vicisitudes de este tipo de préstamo y en especial el aumento de la cantidad debida. Ahora bien el conocimiento a posteriori, como puede ser el cambio de divisa no casa con la defectuosa información que el banco suministró como ha quedado acreditado, siendo que la oferta vinculante o la solicitud en las que





intenta basarse el banco resultan del todo punto insuficientes para considerar información suficiente en este tipo de hipotecas

TERCERO.- Nulidad de la opción multidivisa

Se interesa la declaración de nulidad de las cláusulas en todo lo relativo a la opción multidivisa y las comisiones por tipo de cambio aplicables. Para el préstamo en divisas el tipo de referencia será el LIBOR %, Para el supuesto de que el préstamo no esté en divisas se sino en Euros se establece como tipo de referencia alternativo el EURIBOR %,

La parte actora defiende la nulidad de la cláusula por dos vía. La primera, por considerarla abusiva en aplicación de la normativa de condiciones generales de la contratación y consumidores y usuarios. La segunda, por entender que incurrió en error invalidante del consentimiento.

Se argumenta en la demanda que La aplicación del clausulado multidivisa recogido en la escritura, ha supuesto que durante la vida del préstamo, al entrar en juego el tipo de cambio entre monedas, la cuota mensual varíe a cada vencimiento con oscilaciones que pueden ser muy cuantiosas. Esto supone que este tipo de préstamos hipotecarios se deba considerar producto de riesgo, comercializado por bancos y cajas con motivo de la crisis financiera y nuevamente a costa de los clientes minoristas y consumidores que confiaban en la buena fe y conocimiento en la materia de estas entidades y sus gestores.

Se habría prometido por el personal del banco que se abonarían cuotas del préstamo inferiores a las que correspondería en una hipoteca en euros y referenciada al Euribor, siendo un señuelo perfecto para el cliente que va buscando un préstamo, porque este índice no paraba de subir en aquellos años, encareciendo las hipotecas. Lo único que buscaba la parte actora, como tantos otros, era conseguir una cuota más baja, sin que en ningún momento sospechase que lo que pactaba afectaba al capital prestado.

Estudiamos los distintos aspectos que han sido objeto de controversia entre las partes a través de las alegaciones de demanda y contestación, a través de los razonamientos contenidos en la reciente sentencia 608/17 de 15 de noviembre del Plano de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

- Aplicabilidad de la normativa sobre mercado de valores

Concluye la sentencia que el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores. Cambio en la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio, argumentando:

1.- La sentencia del pleno de esta sala 323/2015, de 30 de junio, declaró que el préstamo hipotecario en divisas (y en concreto, la llamada coloquialmente «hipoteca multidivisa»), es un instrumento financiero derivado complejo, relacionado con divisas, y por tanto incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores. Esta ley, tras la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, traspone la Directiva





2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MiFID).

2.- La posterior sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso *Banif Plus Bank*, asunto C-312/14, declaró, por el contrario, que el art. 4, apartado 1, punto 2, de dicha Directiva MiFID debe interpretarse en el sentido de que «no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad».

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

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

Además, en un contrato de préstamo denominado en divisas no puede distinguirse entre el contrato de préstamo propiamente dicho y una operación de futuros de venta de divisas, por cuanto el objeto exclusivo de esta es la ejecución de las obligaciones esenciales de este contrato, a saber, las de pago del capital y de los vencimientos, entendiéndose que una operación de este tipo no constituye en sí misma un instrumento financiero (apartado 71).

Por tanto, las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye





el objeto de este contrato, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste (apartado 72), lo que diferenciaría este supuesto del que fue objeto de la sentencia de 30 de mayo de 2013, caso *Genil 48 S.L.*, asunto C-604/2011 (apartado 73).

Por último, el valor de las divisas que debe tenerse en cuenta para el cálculo de los reembolsos no se determina de antemano, dado que se realiza sobre la base del tipo de venta de estas divisas en la fecha del vencimiento de cada mensualidad (apartado 74).

(...)Lo anterior supone que las entidades financieras que conceden estos préstamos no están obligadas a realizar las actividades de evaluación del cliente y de información prevista en la normativa del mercado de valores. Pero no excluye que estas entidades, cuando ofertan y conceden estos préstamos denominados, representados o vinculados a divisas, estén sujetas a las obligaciones que resultan del resto de normas aplicables, como son las de transparencia bancaria.

Asimismo, cuando el prestatario tiene la consideración legal de consumidor, la operación está sujeta a la normativa de protección de consumidores y usuarios, y, en concreto, a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, Directiva sobre cláusulas abusivas). Así lo entendió el TJUE en los apartados 47 y 48 de la citada sentencia del caso *Banif Plus Bank*.

- **Aplicabilidad normativa de protección de los consumidores**

“Las cláusulas cuestionadas en la demanda, que fijan la moneda nominal y la moneda funcional del contrato, así como los mecanismos para el cálculo de la equivalencia entre una y otra, y determinan el tipo de cambio de la divisa en que esté representado el capital pendiente de amortizar, configuran tanto la obligación de pago del capital prestado por parte del prestamista como las obligaciones de reembolso del prestatario, ya sean las cuotas periódicas de amortización del capital con sus intereses por parte del prestatario, ya sea la devolución en un único pago del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado del contrato. Por tal razón, son cláusulas que definen el objeto principal del contrato, sobre las que existe un especial deber de transparencia por parte del predisponente cuando se trata de contratos celebrados con consumidores.

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.

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.”

- Deberes especiales de información en relación con la opción “multidivisa”

“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 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.”

Se concreta, aludiendo a la STJUE caso *Andriciuc*, 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.

Más con detalle se infiere de la sentencia 607/17 de 15 de noviembre:

- explicar 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.
- 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.

Este riesgo afecta a la obligación del prestatario de devolver en un solo pago la totalidad del capital pendiente de amortizar, bien porque 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. La materialización de este riesgo determina que pese a que los prestatarios han pagado durante varios años las cuotas de amortización mensuales, al haberse devaluado considerablemente el euro frente a la divisa elegida en el momento en que el banco ejercitó su facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo, los prestatarios adeuden al prestamista un capital en euros significativamente mayor que el que les fue entregado al concertar el préstamo.

- 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.

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.

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 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.

- La información es 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 multdivisa 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.”





Aplicando estos criterios al caso que tratamos, llego a la conclusión de que el actores no recibió la información adecuada al producto contratado, como hemos expuesto en el fundamento jurídico segundo al analizar las pruebas fundamentales para resolver el litigio

En relación con la información recibida como hemos expuesto incidió en la escasez o ausencia de la misma. Que le dijeron que iba a pagar menos Añade que la información fue de palabra. No se le hicieron propuestas y simulaciones con divisas diversas, como hemos expuesto en el fundamento 2 en ningún caso acredita el banco. Se manifestó que a la hora de firmar no llegó a sospechar que pudiera darse el supuesto de que debiera más capital que el correspondiente a la cantidad efectivamente amortizada mediante el pago de las cuotas.

Esta operativa nos lleva a considerarlas insuficientes a la hora de considerar cumplimentado por la parte demanda la carga de la prueba que le compete sobre haber facilitado la adecuada información al cliente para la constitución de su voluntad negocial. Es más nadie del banco intervino en ningún momento con el actor, no existiendo una prueba suficiente que lleve a este órgano judicial a considerar que la información existió

Ante este material probatorio llego a la conclusión de que el cliente acudió a contratar el producto bajo el convencimiento de que, en síntesis, ahorraría dinero en el pago de las cuotas y es difícil entender que no era consciente de que la hipoteca era de tipo variable (si bien referenciada al índice LIBOR), Por otra parte, precisamente la razón de interesarse por el producto era que se pagaba una cuota inferior dado que las cuotas se calculaban de acuerdo con el tipo de cambio de otra moneda distinta del euro. Por ello, hubo de ser consciente de que como divisa era susceptible de alterarse su tipo de cambio, por más que la concretamente contratada pudiera ofrecer escaso riesgo en aquel momento o así se le hiciera ver. Respecto de este punto, aun cuando por parte de la entidad bancaria se le hubiera podido asegurar que ello sería difícil que aconteciera, la existencia del riesgo era algo latente.

Ahora bien, el riesgo del tipo de cambio que podía extraer de la lectura de la cláusula por alguien lego en la materia, era identificable con el importe de la cuota a abonar, esto es, que pudiera ser previsible que se alterara en función del contravalor de la moneda en el momento de que se tratara. Sin embargo, la posible afectación al importe del capital pendiente de pago exigía una explicación adicional, expresamente orientada a ello, de modo que el cliente fuera consciente de que el riesgo se extendía a ello, de modo que durante la vida del préstamo pudiera aumentar el capital pendiente pese al abono regular de las cuotas de liquidación periódica. Ante todo, teniendo en cuenta la facultad de vencimiento anticipado con la que contaba el banco. Y no se ha acreditado por la parte demandada que se facilitara esa información adicional, la cual, de ser conocida por el prestatario, hubiera podido alterar su decisión de concertar al citado préstamo.

Por ello considero que no se cumplieron los deberes de transparencia material y que las cláusulas impugnadas han de ser declaradas nulas por abusivas, conforme la normativa y criterios jurisprudenciales citados.





- Consecuencias de la falta de información/transparencia

Señala la aludida sentencia 608/17 de 15 de noviembre del Plano de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que “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”

Ahora bien, la nulidad total del contrato préstamo supondría un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicarle más que al predisponente (sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (caso *Kásler y Káslerné Rábai*, asunto C-26/13, apartados 83 y 84).

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

Procede, por tanto, 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.

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.”





En cuanto su forma de determinación, dispone el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que “1. Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética.

2. En los casos a que se refiere el apartado anterior, la sentencia de condena establecerá el importe exacto de las cantidades respectivas, o fijará con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución.”

En el presente caso es evidente que las bases con arreglo a las cuales se ha de efectuar la liquidación es aplicar, desde la fecha de puesta en vigor de la opción multidivisa, el índice de referencia Euribor más el diferencial pactado, así como actualizar el capital pendiente de amortización.

En cuanto al momento para efectuar la liquidación, si bien es cierto que el artículo 219 parece derivarlo a ejecución de sentencia, no parece acorde con su finalidad excluir la posibilidad de que firme que sea la sentencia, y sin necesidad de obligar a las partes a acudir a un procedimiento de ejecución, se proceda a dicha liquidación en el seno del presente procedimiento declarativo, por la vía incidental de liquidación de intereses.

CUARTO.- Interés de demora

Solicita la parte actora la nulidad de la cláusula sexta relativa al interés de demora Solicita la demandante la nulidad de la cláusula 4.3, inserta en la escritura de préstamo hipotecario, que contempla un interés de demora superior en 10 puntos al ordinario anual en el momento del pago sobre las cantidades adeudadas por todos los conceptos.

Este interés de demora, se establece como una cláusula penal lo que constituye la propia esencia de los intereses moratorios, que constituyen una especie de pena pactada derivada del incumplimiento de una obligación principal, consistiendo, más o menos, en una cláusula penal que se contiene en los contratos como promesa accesoria y condicionada a la obligación principal, con doble función, una reparadora y otra punitiva, cuya finalidad es la de evitar la existencia de unos perjuicios para los casos de deficiente o total incumplimiento (STS de 20 de mayo de 1986).

En la actualidad, el interés de demora en los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de vivienda habitual se encuentra limitado por el art- 114.3 de la Ley Hipotecaria en su nueva redacción dada por la Ley 1/2013 de 14 de Mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que establece que no podrán ser superiores al triple del interés legal del





dinero. En concreto, estable que tales intereses no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero.

No obstante, conforme a la doctrina del TJUE el límite legal previsto en el artículo 114 LH no puede servir de parámetro exclusivo para determinar la ausencia del carácter abusivo de una cláusula. Efectivamente, el auto del TJUE de 11 de junio de 2015 declaró que, el límite cuantitativo fijado por el vigente art. 114. 3 LH no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional e los préstamos hipotecarios, puesto que, según resaltamos también en la sentencia 265/2015, son bastantes más los criterios a los que puede acudir el juez nacional para decidir en cada caso sobre la abusividad e la cláusula, tales como: la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual. De tal manera, que el límite cuantitativo del citado precepto no tiene como función servir de pauta al control judicial e las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas.

A este propósito, los parámetros para poder determinar cuándo es razonable la sanción establecida en el contrato y cuándo no, en el caso del pacto sobre intereses, no son seguros, pero sí numerosos, como ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial de forma reiterada. Entre ellos se puede encontrar una norma de derecho imperativo (Art. 114 LH), aunque no la única. También el artículo 1108 CC ofrece un parámetro de gran valor, pues es precisamente su aplicación lo que el acto incluido en el contrato pretende soslayar.

A este respecto, la STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz) se refiere a cuáles pueden ser esos parámetros para enjuiciar la abusividad de la cláusula sobre intereses moratorios en estos términos, y señala que el juez deberá por un lado comprobar las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera pactado nada entre las partes o en diferente contratos de ese tipo celebrados entre consumidores, y por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.

Asimismo, dicha sentencia alude a distintos parámetros a los que han acudido los tribunales como son, el art. 20.4 de la Ley 6/2011 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, (establece un límite de 2,5 veces el interés legal del dinero, esto es, aproximadamente un 10%), el art. 7.2 de la Ley 3/2004 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, (establece un tipo de interés en defecto de pacto, el tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a





su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más ocho puntos porcentuales), así como el art 576 LEC (a falta de pacto entre las partes o de disposición especial de la ley, establece como interés de mora procesal el resultante de adicionar dos puntos porcentuales al interés legal del dinero).

En el caso en concreto, la cláusula establece un interés de demora de 10 puntos por encima del interés vigente anual, lo cual, se considere por sí mismo excesivo y desproporcionado si se tiene en cuenta comparativamente el tipo de interés pactado. Así, dicha desproporción, se contempla no solo desde la perspectiva de lo previsto en el propio art. 114 LH, art. 20 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, sino que también vulnera parámetros consolidados jurisprudencialmente, como los dos puntos porcentuales adicionados al interés remuneratorio establecido para préstamos de carácter personal.

Por tanto, ha de concluirse que se trata de un tipo de interés que lleva implícita una indemnización por incumplimientos no esenciales ni graves de obligaciones del prestatario, de carácter desproporcionado en atención a los parámetros expuestos.

Por todo lo expuesto ha de concluirse que dicha cláusula es abusiva por vía del art. 82 TRLGCU, y específicamente, en los términos del artículo 85.6 del mismo cuerpo legal que establece la abusividad de aquéllas cláusulas por vincular el contrato a voluntad del empresario, cuando supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

La consecuencia de su abusividad es la declaración judicial de nulidad, con la consiguiente expulsión del contrato ex art. 83 TRLGCU, sin que quepa su integración o moderación por parte del tribunal, siguiendo la doctrina del TJUE.

Por tanto, procede declarar la nulidad y consiguiente expulsión de la cláusula 6ª inserta en el préstamo hipotecario suscrito entre las partes.

Ahora bien, las consecuencias que la parte actora pretende en su escrito de ampliación de demanda, consistentes –en esencia- en que, al eliminarse la cláusula de intereses de demora del contrato, la cifra a que asciende la responsabilidad hipotecaria es necesariamente menor y, siendo tal responsabilidad hipotecaria la Base Imponible del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, “minorada la primera, el importe de la segunda debería ser igualmente inferior y, por tanto, menores las cantidades abonadas en concepto de IAJD”, no pueden ser acogidas en esta resolución, en la que lo que se analiza es la nulidad de las concretas cláusulas impugnadas y sus consecuencias directas en relación con la parte que sostiene su validez, quedando fuera de la competencia de este tribunal eventuales repercusiones de su decisión en el estricto ámbito tributario para con la Administración de Hacienda.





QUINTO.- Intereses legales.

Las cantidades objeto de condena de la presente resolución se incrementarán en el interés legal correspondiente, desde el momento de su pago por la parte prestataria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1303 CC.

Por otro lado, el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que toda sentencia o resolución que condena al pago de una cantidad de dinero liquida determinará, a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto entre las partes o por disposición especial de la ley.

Por ello, la cantidad que debe satisfacer el demandado, al no existir pacto entre las partes o disposición legal especial que otra cosa establezca, la misma devengará los intereses de mora procesal del artículo 576 de la LEC, es decir, el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta su total y completo pago.

SEXTO.- Costas

En materia de costas se ha estimado la demanda íntegramente.

Vistos los preceptos legales y demás de aplicación,

FALLO

SE ESTIMA la demanda interpuesta por la representación de **ASUFIN** en nombre y representación de **DON** [REDACTED] **Y DOÑA** [REDACTED] contra **BANCO SANTANDER SA** y en consecuencia:

1. Declaro la nulidad de las cláusulas en lo relativo a la opción multidivisa, condenando a BANCO SANTANDER S.A a restituir a la actora las cantidades resultantes de aplicar, desde la fecha de puesta en vigor de la opción multidivisa, el índice de referencia Euribor más el diferencial pactado, así como actualizar el capital pendiente de amortización.
2. Subsistiendo la vigencia del contrato en todo lo no afectado por la declaración judicial de nulidad.





3. Impongo a la parte demandada el abono del interés legal que se devengará desde el momento del pago de cada una de las cantidades por la actora hasta la fecha del dictado de esta resolución. A partir de esta fecha, la cantidad resultante devengará los correspondientes intereses de demora procesal.

4. Declaro la nulidad de la cláusula 4.3 relativa al interés de demora. Dicha cláusula se tiene por no puesta

Se imponen las costas a la demandada

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra ella podrá interponerse, ante este Juzgado, recurso de apelación en el plazo de veinte días desde el siguiente a la notificación. El recurso será resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid previa la constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta IBAN ES55 0049 5284 0001 04 0075 17 de esta Oficina Judicial de la cuenta general de Depósitos y Consignaciones abierta en BANCO DE SANTANDER.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá realizarse en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo “beneficiario”: Juzgado de 1ª Instancia nº 101 bis de Madrid; y en el campo “observaciones” o “concepto” habrán de consignarse los siguientes dígitos: 5284 0001 04 0075 17.

No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido (L.O. 1/2009 Disposición Adicional 15).

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

El Juez/Magistrado Juez

NOTA: De conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se informa que la difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá





llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 0927039304886702307879





JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 101 BIS CLÁUSULAS- DE MADRID

C/ Gran Vía 12

Tfno: 914937071

Fax: 917031648

42020310

NIG: 28.079.00.2-2017/0162852

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 10075/2017

Materia: Cláusulas GRI - Multidivisa

NEGOCIADO 5 BIS

Demandante: ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS

Interesado: Dña. [REDACTED] y D. [REDACTED]
[REDACTED]

PROCURADOR Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON

Demandado: BANCO SANTANDER SA

PROCURADOR D. EDUARDO CODES PEREZ-ANDUJAR

SENTENCIA Nº 667/2019

En Madrid, a 7 de febrero dos mil diecinueve

En nombre de su Majestad el Rey

Vistos por mí, ANGEL MATEO GOIZUETA, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 101 bis de Madrid, los presentes autos de juicio declarativo ordinario tramitados en este juzgado bajo el nº 10075/2017, sobre nulidad de condiciones generales de contratación, promovidos por **ASUFIN** en nombre y representación de **DON [REDACTED] Y DOÑA [REDACTED]** representada por la procuradora de los tribunales **DOÑA SHARON RODRÍGUEZ DE CASTRO** contra **BANCON SANTANDER S.A** representada por el procurador de los tribunales **DON EDUARDO CODES PÉREZ-ANDUJAR**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- por la procuradora de los tribunales **DOÑA SHARON RODRÍGUEZ DE CASTRO** en el nombre y representación acreditados, presentó demanda de juicio declarativo ordinario frente a la entidad **BANCO SANTANDER SA**, por la que, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimaba pertinentes,





terminaba suplicando el dictado de una sentencia por la que se estimaran sus pretensiones.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada en un plazo de veinte días para que se personase y contestase a la demanda interpuesta de contrario. Dentro del plazo legal se personó y contestó a la demanda oponiéndose a la misma en virtud de los hechos y fundamentos de derecho que expuso por escrito, y concluyó suplicando al juzgado que, previo los trámites oportunos, se dicte sentencia íntegramente desestimatoria de la demanda, con expresa imposición en costas a la actora.

TERCERO.- Contestada la demanda se citó a las partes al acto de la Audiencia Previa. En el día y hora señalados comparecieron la actora y la demandada, quienes, después de manifestar la imposibilidad de llegar a un acuerdo, resueltas las cuestiones procesales planteadas y fijados los hechos controvertidos, propusieron la prueba conveniente a su derecho.

CUARTO.- En el día señalado se celebró el acto del juicio. Practicada la prueba y formuladas las conclusiones por las partes, quedaron los autos vistos para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pretensiones de las partes y acción ejercitada

La parte actora ejercita una acción de nulidad de determinadas condiciones generales de contratación inserta en préstamo hipotecario suscrito con la entidad demandada. E interesa la restitución de cantidad que se derive de la apreciación de la nulidad, de conformidad con las cantidades reclamadas en el cuerpo de la demanda y en el Suplico, que cabe integrar con el mismo.

En concreto, expone en su escrito de demanda que, la parte actora suscribió con la entidad financiera, Banco Santander, en fecha 15 de enero de 2007, préstamo hipotecario

Se solicita la declaración de nulidad de la cláusula que contiene la opción multidivisa y la relativa al interés de demora.

Se solicita la nulidad de dichas cláusulas por cuanto fueron impuestas de forma unilateral por la demandada sin posibilidad de elección por el prestatario, por falta de información y falta de consentimiento





Por su parte, la entidad demandada en su escrito de contestación se ha opuesto a las pretensiones articuladas de contrario alegando que la cláusula de gastos impugnada es fruto de una previa negociación entre las partes.. Y respecto de la opción multdivisa, se alega que se ajusta a la legalidad vigente y que fue negociada con el prestatario, el cual fue informado de su contenido y sus riesgos.

SEGUNDO.- Fijación de los hechos

En el presente procedimiento no se discute la condición de consumidor de la parte actora. Asimismo, tampoco se discute la existencia del préstamo hipotecario suscrito entre las partes mencionado anteriormente, ni tampoco la existencia de las cláusulas objeto de la impugnación inserta en el mismo.

Se suscitó en la contestación a la demanda la cuestión relativa a la cuantía del procedimiento. Y ello porque, fijándolo la actora como indeterminada, estima la demandada que la cuantía de la demanda es determinada, atendiendo al interés económico representado por la cantidad reclamada en concepto de restitución, derivada de la eventual estimación de la acción de nulidad ejercitada.

Queda fuera de toda duda que dicha discrepancia no puede plantearse por la vía de la excepción procesal de inadecuación del procedimiento por razón de la cuantía (ex artículo 422 LEC) habida cuenta que ejercitándose una acción de nulidad de condición general de contratación, el artículo 249.1.5º de la LEC dispone la tramitación por el cauce procesal del juicio ordinario, conforme al criterio *ratione materiae*. Como tampoco esgrimirse como excepción procesal de defecto legal en el modo de proponer la demanda, habida cuenta que la parte actora, fijándola como indeterminada, ha cumplido con la carga procesal que el impone el artículo 253 LEC.

Se señala en relación con la determinación de la cuantía en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 20ª, de 2 de marzo de 2.016:

“Es cierto que la LEC otorga a la cuantía del litigio, un carácter meramente instrumental en cuanto constituye -no un fin en sí mismo- sino una premisa para el examen de otros presupuestos procesales (competencia objetiva, procedimiento adecuado, acceso a la casación) o para la resolución de otras incidencias (tasas, tasación de costas); ahora bien, es igualmente reiterada la jurisprudencia al señalar que la cuantía del procedimiento es única e inalterable durante todo el procedimiento y, sobre su determinación, la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, establece unos trámites, otorga una serie de facultades e impone determinadas obligaciones que afectan, tanto a las partes como órgano judicial. Así, partiendo de la obligación que el artículo 253 impone al actor de expresar con precisión y claridad la cuantía de la demanda en el escrito inicial, la LEC contempla la actitud que ante dicha determinación puede adoptar el tribunal y la parte demandada, respecto a la fijación de la cuantía. Por un lado, regula la actuación o intervención de oficio del tribunal, en cuanto el artículo 254 de la LEC , impone al Secretario, cuando advirtiere que el juicio elegido no se corresponde con el valor señalado, dar al asunto la tramitación que corresponda. Junto a esa intervención, el artículo 255.1, permite al demandado impugnar la cuantía de la demanda, no sólo





cuando la misma sea determinante para establecer el procedimiento a seguir, sino también cuando de la cuantía, resultaría procedente el recurso de casación y dicha situación, que debe ser analizada en el acto de la Audiencia Previa, impone al órgano judicial dar una respuesta, sin que sea lógico posponer la respuesta a eventuales fases posteriores cuando las partes hayan planteado la cuestión y solicitado un pronunciamiento expreso y ello, aun cuando se trate de una cuestión no expresamente prevista en el artículo 416 de la LEC, pues el artículo 425 se remite al artículo 422 ambos de la misma LEC, para resolver cuestiones que, como la ahora analizada de determinación de la cuantía, no estén expresamente previstas en el artículo 416 de la LEC.

Si como indicó el Magistrado de Primera instancia en la Audiencia previa y reitera en el primer fundamento de derecho de la sentencia, no siempre ha de resolverse en la Audiencia previa la cuestión planteada al impugnar la cuantía del procedimiento, sino sólo en los supuestos expresamente contemplados en la ley, entre éstos supuestos está incluido el que plantearon los aquí demandados, referido a la eventual procedencia del recurso de casación, expresamente contemplado en el artículo 255.1 de la LEC.

La jurisprudencia de las diferentes Audiencias Provinciales, teniendo en cuenta el carácter instrumental de la cuantía del procedimiento, considera correcto no pronunciarse sobre dicha cuestión en la fase inicial (v.gr. las Sentencias de la Sec. 3ª de la Audiencia provincial de Málaga de fechas 20 de julio de 2.011 o 21 de enero de 2.009 o la de la Sec. 21 de la Audiencia provincial de Madrid de fecha 21 de diciembre de 2.012), pero ello siempre que la determinación de la cuantía no afecte a la adecuación del procedimiento, ni a la procedencia del recurso de casación; sin embargo cuando afecta a una de esas dos cuestiones, sí considera relevante y obligatorio resolverla. En este sentido se pronuncian, además de las antes citadas, las sentencias de la Sec. 2ª de Albacete de 3 de septiembre de 2.015, la de la Audiencia Provincial de La Coruña de 30 de abril de 2.014, la de Sec. 2ª de la Audiencia Provincial de Huelva de 17 de enero de 2.013 o la de la Sec. 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 10 de noviembre de 2.008”.

Si bien en el presente caso se oyó a las partes sobre el particular por la vía del artículo 425 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al no desprenderse de sus alegaciones que la discrepancia fuera determinante de la procedencia del recurso de casación (pues desde luego no lo era del tipo de procedimiento), no estamos en el caso del artículo 255 LEC, razón por la cual no procede la determinación de la cuantía en esta sentencia.

La demandada pone de manifiesto el tiempo transcurrido desde la firma del contrato y pretende la desestimación de la demanda sin entrar en el fondo del asunto, por estar prescrita la acción que ejercita la actora.

La imprescriptibilidad de la acción para declarar la nulidad de pleno derecho es una cuestión pacífica en nuestra jurisprudencia. Como señala el Tribunal Supremo en su STS 1080/2008, de 14 de noviembre “En cuanto a la prescripción de la acción de nulidad baste señalar que el Artículo 1301 del Código Civil se refiere a los contratos meramente anulables -en que concurran los requisitos que expresa el Artículo 1261,





como refiere el Artículo 1300 - y no a aquellos que, como los simulados, quedan viciados de nulidad radical o absoluta, respecto de los cuales la acción para tal declaración es de carácter imprescriptible (sentencias de 4 noviembre 1996, EDJ 7294, 14 marzo 2000, EDJ 2512, 18 octubre 2005, EDJ 165809, 22 febrero 2007, EDJ 8524 y 18 marzo 2008, EDJ 48894, entre otras muchas)". El vicio que puede motivar la declaración de nulidad de las cláusulas litigiosas no es un vicio del consentimiento, en el sentido del art. 1300 del Código Civil, que se refiere a la nulidad relativa o anulabilidad, respecto de aquellos contratos en los que concurran los elementos esenciales para su formación, esto es, consentimiento, objeto y causa. Por ello, no se le aplica el plazo de caducidad de cuatro años que el art. 1301 prevé para los supuestos de anulabilidad contractual. Por el contrario, la declaración de abusividad de la cláusula inserta en un contrato conlleva la sanción de nulidad absoluta o de pleno derecho, de acuerdo con la normativa especial en esta materia, contenida en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, cuyo art. 83 establece que "las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas". Así, sentado el carácter de nulidad absoluta en la sanción que puede imponerse a la cláusula impugnada, de ser declarada abusiva y, constituyendo doctrina jurisprudencial la imprescriptibilidad de esta acción, procede desestimar las alegaciones de la demandada en relación con este extremo.

No obstante esta imprescriptibilidad de la acción declarativa, la reclamación de los efectos restitutorios derivados de ella puede estar sujeta a una limitación temporal que, a falta de disposición especial, se regirá por el plazo general de las acciones personales, que según el art. 1964 CC en su nueva redacción dada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, es de cinco años. De acuerdo con la Disposición Transitoria 5ª de la Ley y el art. 1939 CC, al que se remite aquella, este nuevo plazo de prescripción será aplicable a las acciones nacidas con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma, como ocurre en el presente caso.

Ahora bien, para resolver esta alegación formulada por la parte demandada resulta fundamental determinar cuál es el momento de inicio de la prescripción, que debe regirse por lo dispuesto en el art. 1969 a tenor del cual "El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse" y el momento en que esta acción pudo ejercitarse no puede ser otro que el de la declaración judicial de nulidad de la cláusula, de manera que tampoco puede apreciarse prescripción de la acción que ejercita la actora en este pleito.

Se fijó como hecho controvertido si existió negociación individual de la cláusula impugnada e información. La trascendencia jurídica de ese hecho es determinar si estamos en presencia de un a condición general de contratación, sometida al régimen de protección de consumidores y usuarios patrocinado por la Directiva 13/93 y la Ley





General para la Defensa de los consumidores y usuarios. Hemos de proceder, por tanto, a tratar esta cuestión.

Se hace un profundo estudio de la cuestión, con una exhaustiva síntesis jurisprudencial y normativa, en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Sevilla en la reciente sentencia de fecha 14 de noviembre de 2017, recaída en el Juicio Ordinario 775/15. Señala en ella el juzgador:

"El art. 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, establece el apartado 1º lo que se entiende por "condiciones generales de contratación" a los efectos de aplicación de la Ley: " Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos ".

Y el apartado 2º del mismo precepto aclara que "[E]l hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una o varias cláusulas aisladas se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de esta Ley al resto del contrato si la apreciación global lleva a la conclusión de que se trata de un contrato de adhesión."

A la luz de esta norma, la STS de 9 de mayo de 2013 concluye que son requisitos necesarios para considerar que estamos ante condiciones generales de la contratación los siguientes:

a) Contractualidad: se trata de "cláusulas contractuales" y su inserción en el contrato no deriva del acatamiento de una norma imperativa que imponga su inclusión.

b) Predisposición: la cláusula ha de estar prerredactada, siendo irrelevante que lo haya sido por el propio empresario o por terceros, siendo su característica no ser fruto del consenso alcanzado después de una fase de tratos previos.

c) Imposición: su incorporación al contrato debe ser impuesta por una de las partes, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato nada más puede obtenerse mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula.

d) Generalidad: las cláusulas deben estar incorporadas a una pluralidad de contratos o estar destinadas a tal fin ya que, como afirma la doctrina, se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

Asimismo, la citada sentencia de 9 de mayo de 2013 aclara, primero, que el hecho de que una cláusula se refiera al objeto principal del contrato en el que está insertada, no es obstáculo para que sea calificada como condición general de la contratación, ya que, en nuestro ordenamiento jurídico, y al revés de lo que sucede en otros, la condición general se define por el proceso seguido para su inclusión en el





mismo, y no por el elemento al que se refieren (recuérdese que el art. 4 apartado 2º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, dispone que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula no se referirá a la definición del objeto principal del contrato, ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse, por otra); segundo, que el conocimiento de una cláusula -sea o no condición general o condición particular- es un requisito previo al consentimiento y es necesario para su incorporación al contrato, ya que, en otro caso, no obligaría a ninguna de las partes; y, tercero, que el cumplimiento por el profesional de los deberes de información, sean los generales o los exigidos por la normativa sectorial, no excluye la naturaleza de condición general de la contratación.

Para entender cuándo una cláusula negocial resulta "impuesta", debe acudir a diferentes textos legales. Así, el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, dispone que "[s]e considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión".

Y el artículo 82.1 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, reitera que "[S]e considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquéllas prácticas no consentidas expresamente..."

El elemento determinante para constatar la naturaleza "impuesta" de una cláusula es, pues, la ausencia de una negociación individual que permita al consumidor influir en su supresión, sustitución o modificación.

(...)Debe valorarse, además, que a la luz de las normas contenidas en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1.994, la parte demandada debería conservar la documentación relativa a los tratos precontractuales mantenidos con el cliente, incluida la información facilitada al consumidor sobre el producto bancario que se le ofertaba, máxime si se tiene en cuenta que la negociación precontractual se lleva a cabo generalmente en sus dependencias, y a la vista de los soportes indicados podría acreditar que había existido un verdadero proceso de negociación, pleno, con posibilidades reales por parte del prestatario de influir en la determinación de las cláusulas que ahora se analizan, con intercambio de ofertas y contraofertas entre ambas partes contratantes. Sin embargo, a pesar de dicha facilidad probatoria, no ha desarrollado acto de averación alguno sobre tal extremo, motivo por el cual, en atención a la norma contenida en el artículo 217.7 de la LECiv., debe soportar las consecuencias de la falta de acreditación del carácter individualmente negociado de la estipulación cuestionada.

También debe considerarse que las reglas sobre la carga de la prueba recogidas en el artículo 82.2 TRLCU y el artículo 3.2 de la Directiva 93/13 imponen al





demandada la obligación de acreditar que se ha producido una negociación efectiva e individualizada de las cláusulas, actividad probatoria con la que no ha cumplido en el presente litigio. La jurisprudencia ha aplicado de forma constante estas normas. En primer lugar, la jurisprudencia del TJUE, al interpretar la citada Directiva comunitaria, ha recordado recientemente la vigencia y trascendencia de tal regla. Así, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, incluso en el caso de las dictadas por dicho tribunal cuando tenía otra denominación, STJUE) de 16 de enero de 2014, asunto C-226/12, caso Constructora Principado, ha declarado en su apartado 19:

“Pues bien, de la resolución de remisión resulta que las partes en el litigio principal discrepan sobre la cuestión de si la estipulación decimotercera del contrato fue o no objeto de negociación individual. Corresponde por tanto al tribunal remitente pronunciarse sobre esa cuestión, atendiendo a las reglas de reparto de la carga de la prueba establecidas a este respecto en el artículo 3, apartado 2, párrafos primero y tercero, de la Directiva, que prevén en particular que, si el profesional afirma que una cláusula tipo se ha negociado individualmente, asumirá plenamente la carga de la prueba”.

De igual forma ha operado la Sala Primera del Tribunal Supremo, que en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, no solo reafirmó que la carga del carácter negociado de una cláusula contractual empleada en los contratos concertados entre profesionales o empresarios y consumidores corresponde a aquellos por establecerlo tanto la Directiva como el TRLCU, sino que en su apartado 164 afirmaba lo siguiente:

“Más aún, de hecho aunque no existiese norma específica sobre la carga de la prueba de la existencia de negociación individual, otra tesis abocaría al consumidor a la imposible demostración de un hecho negativo -la ausencia de negociación-, lo que configura una prueba imposible o diabólica que, como precisa la sentencia STS 44/2012, de 15 de febrero de 2012, reproduciendo la doctrina constitucional, vulneraría el derecho a la tutela efectiva”.

Como razona la STS, Sala Primera, de 29 de abril de 2015: “Por tanto, para que se acepte que las cláusulas de los contratos celebrados con los consumidores en estos sectores de la contratación no tienen el carácter de condiciones generales, o de cláusulas no negociadas, y se excluya el control de abusividad, no basta con incluir en el contrato predispuesto un epígrafe de “condiciones particulares” o menciones estereotipadas y predispuestas que afirmen su carácter negociado (sobre la ineficacia de este tipo de menciones predispuestas por el predisponente, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos, nos hemos pronunciado en las sentencias núm. 244/2013, de 18 abril, y 769/2014, de 12 de enero de 2015) ni con afirmar sin más en el litigio que la cláusula fue negociada individualmente. Para que se considere que la cláusula fue negociada es preciso que el profesional o empresario explique y justifique las razones excepcionales que llevaron a que la cláusula fuera negociada





individualmente con ese concreto consumidor, en contra de lo que, de modo notorio, es habitual en estos sectores de la contratación y responde a la lógica de la contratación en masa, y que se pruebe cumplidamente la existencia de tal negociación y las contrapartidas que ese concreto consumidor obtuvo por la inserción de cláusulas que favorecen la posición del profesional o empresario. Si tales circunstancias no son expuestas y probadas, carece de sentido suscitar la cuestión del carácter negociado de la cláusula, como se ha hecho en este caso, y como se hace con frecuencia en este tipo de litigios, porque carece manifiestamente de fundamento, y está justificado que en estos casos el órgano judicial rechace la alegación sin necesidad de argumentaciones extensas, como ha hecho en este caso la Audiencia Provincial.”

Lo indicado hasta el momento determina que haya de considerarse cumplido por la parte demandante el mandato del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto a la prueba sobre el carácter impuesto de las estipulaciones que ahora se analizan, máxime cuando no se ha desplegado elemento probatorio alguno que permita albergar dudas sobre el hecho de que las cláusulas controvertidas en la presente litis hayan sido prerredactadas por la entidad demandada, que las mismas estaban destinadas a ser incorporadas a una multitud de contratos, y que no han sido fruto de una negociación individual y consensuada con el cliente, sino impuesta por el banco a modo de “oferta irrevocable”. En consecuencia, ha de sostenerse que las mismas son condiciones generales de la contratación, cuya validez es susceptible de ser controlada judicialmente.

Concurren los presupuestos de contractualidad (la cláusula discutida está incorporada a un contrato), predisposición (es un hecho notorio, como se expresa en la STS, Sala Primera, de 29 de abril de 2.015), generalidad (está redactada para su incorporación a los contratos destinados a concertar el mismo tipo de préstamo con una pluralidad indeterminada de consumidores) e imposición. En relación con esta última cualidad, debe aclararse que este presupuesto ha quedado perfectamente definido por la STS, Sala Primera, de 29 de abril de 2.015, ya aludida, que se pronuncia en los siguientes términos: “Esta “imposición del contenido” del contrato no puede identificarse con la “imposición del contrato” en el sentido de “obligar a contratar”. Es el consumidor el que ponderando sus intereses, en el ejercicio de su libertad de contratar, deberá decidir si contrata o no y con quien, ya que una cosa es la prestación del consentimiento de forma individualizada, voluntaria y libre -razonablemente garantizada por la intervención notarial- y otra identificar tal consentimiento en el contenido con la previa existencia de negociación individualizada del mismo”.

Según la resolución antes indicada: “Hay “imposición” de una cláusula contractual, a efectos de ser considerada como condición general de la contratación, cuando la incorporación de la cláusula al contrato se ha producido por obra exclusivamente del profesional o empresario. Así resulta de lo previsto en el art. 3.2 de la Directiva 1993/13/CEE. No es necesario que el otro contratante esté obligado a





oponer resistencia, ni que el consumidor carezca de la posibilidad de contratar con otros operadores económicos que no establezcan esa cláusula. La imposición supone simplemente que la cláusula predispuesta por una de las partes no ha sido negociada individualmente. Así lo declaramos en la sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, apartado 150.

10.- Que el consumidor tenga una mayor o menor formación tampoco excluye el carácter impuesto de una condición general. La protección que el ordenamiento jurídico da a los consumidores y usuarios no está condicionada a que concurra en los mismos una situación de desvalimiento o ignorancia. Y el empleo de condiciones generales, como se ha visto, es propio de la contratación en masa de bienes y servicios de uso común, sin que la mayor formación del consumidor incida en la posibilidad de negociarlas.”.

Y respecto de la generalidad de la cláusula, debe recordarse, como hace la STS, Sala Primera, de 29 de abril de 2.015, que “No es necesario que la cláusula sea utilizada en todos los contratos que el profesional o empresario celebra con consumidores (sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, apartado 149). Pueden existir varios modelos de cláusulas que se utilicen en los diversos contratos, por variadas razones.”

No perjudica para que pueda ser considerada una condición general de la contratación el que se trate de una cláusula que define el objeto del contrato. Sobre esta cuestión, la STS, Sala Primera, de 29 de abril de 2.015, se pronuncia en los siguientes términos:

“Que la cláusula de un contrato celebrado con un consumidor regule un elemento esencial del contrato no obsta a que tenga la consideración legal de condición general de la contratación si concurren los requisitos para ello (contractualidad, predisposición, imposición y generalidad), ni la excluye del ámbito de aplicación de la Directiva 1993/93/CEE ni de las normas de Derecho interno que la transponen, como es el caso de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y el TRLCU.

Esta cuestión fue ya resuelta en la STJUE de 10 de mayo de 2001, asunto C-144/99, caso “Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de los Países Bajos”. La legislación holandesa no permitía el control de contenido por falta de transparencia, ni la interpretación “contra proferentem” (que se prevén en los citados arts. 4.2 y 5 de la Directiva) de las condiciones generales relativas a los elementos esenciales del contrato, porque el artículo 231 del libro VI del “Burgerlijk Wetboek” (Código Civil holandés) excluía del concepto de condiciones generales aquellas que tuvieran por objeto las “prestaciones esenciales”, que por tanto estaban sometidas al régimen general de ineficacia contractual de los contratos por negociación. Pues bien, el Tribunal de Justicia, en la citada sentencia, entendió que el Holanda había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 93/13 /CEE del





Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para garantizar la adaptación completa del Derecho neerlandés no sólo al art. 5 de la Directiva (interpretación "contra proferentem"), sino también al artículo 4.2 de la citada Directiva (posibilidad de tal control de abusividad si hay una falta de transparencia en esas condiciones generales reguladoras de las prestaciones esenciales).

Con posterioridad, el apartado 32 de la STJUE de 3 de junio de 2010, asunto C-484/08, caso Cajamadrid, consideró que el art. 4.2 de la citada Directiva no define el ámbito de aplicación material de la Directiva, y que las cláusulas contempladas en dicho precepto (las que definen 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) están incluidas en el ámbito regulado por la Directiva.

También la sentencia de esta Sala núm. 241/2013, de 9 de mayo, consideró que las cláusulas que regulan los elementos esenciales del contrato tenían la consideración de condición general cuando reunían los requisitos de contractualidad, predisposición, imposición y generalidad.”.”

En el caso de autos, concurren estos presupuestos para poder considerar que las cláusulas discutidas han sido impuestas, puesto que se trata de un préstamo hipotecario concedido por entidad bancaria, sin que se haya aportado prueba alguna por la demandada que acredite una negociación individual de la cláusula. Pues negociación individual es algo distinto a captar o conseguir la voluntad del cliente de adherirse al clausulado general. Significa, como se desprende de la doctrina jurisprudencial citada, la existencia de una negociación ad hoc, pactando el contenido y límites de la cláusula. Ello conllevaría, sin duda y dado el ámbito en que se produce la contratación el intercambio de ofertas o contraofertas por escrito (correos electrónicos, cartas, borradores) y en último término, la existencia de personas que pudieran dar detalles de tales tratos. No se alegó en la contestación nada al respecto, más allá de una genérica alusión a que se negoció la cláusula. Pues no puede equipararse ello a facilitar información escrita del clausulado del préstamo (oferta vinculante u otros documentos informativos). Resulta cierto que se tomó declaración a los actores y al empleado del banco que gestionó la hipoteca con el actor.. No consta acreditado que el actor tuviese especiales conocimientos financieros más allá de lo que puede considerarse normal.

En el presente caso el actor niega información o explicación alguna. Reconocen que acudió al banco con el fin de lograr financiación para la adquisición de vivienda. Fue el banco fue quién se la ofreció como así reconoce el actor que es bombero. Conoció el préstamo por oferta de entidad bancaria, tablón de anuncios de su trabajo. Llamaron concertaron una cita y les informaron. Les explicaron varios tipos de crédito e hicieron hincapié en el interés más bajo que los demás. Les dijeron que era en otra





divisa, pero no recibieron otra divisa distinta que los euros. A finales de 2014 decidieron cambiar de casa y no sabían cuánto debían. Se acercaron a una sucursal, y les dijeron que debían más dinero que el que pidieron. Solo venía la información en franco suizo. No les llegó información y el recibo mensual les llegó alguna vez.

El notario leyó escritura pero no se enteraron de nada.

No le dijeron que podía llevar a debe más de lo pedido. No le hicieron simulaciones, ni le dieron documentación alguna, no oferta vinculante. Se hizo hincapié en que el crédito era más beneficioso para ellos.

La actora ella dice que quisieron cambiar de piso en 2014 y les dijeron que tenía más dinero a deber de lo que habían pedido. El recibo solían ser unos 500 euros, no era una fluctuación llamativa, no estaba pendiente de la divisa y su oscilación. Estuvieron juntos a la sucursal. El empleado no les explico nada, solo les dijo que iban a pagar menos interés y que ese era su atractivo, no les explico riesgo alguno. No les hizo simulación, ni les dieron documento explicativo alguno. No les explico que el capital pendiente podía aumentar.

El empleado del banco recuerda la hipoteca y su contratación. Todo parte de un bombero de Torrejón. Que lo conocía. Estos señores acudieron por ese compañero. Les explicó el riesgo y el tipo de cambio. Que el riesgo es que oscila el tipo de interés y el cambio es el riesgo. Les explicaba con gráficos. Acudían por menos cuota dado que el Euribor estaba disparado. Elegía la divisa el cliente. Acudió a la firma y se les leyó las cláusulas a los clientes. Hizo énfasis en aumento de cuotas y de contravalor. Documentación la enseñaba en pantalla, esa era la documentación. Se les explicó la posibilidad de cambiar de divisa, que ya lo conocían.

No realizó cambio de divisa. Les hizo evoluciones en franco y en yen. Se contrató en franco suizo, pero se hizo evoluciones en ambas.

Explico a los clientes todo el contravalor, los riesgos, también en notaria, se les explico que una vez al trimestre que podrían cambiar de divisa. Explicó todas las cláusulas, y que el banco se podría negar al cambio de divisa. Solo le dio información en franco y yen.

Ante estas declaraciones contradictorias, se hace necesario acudir a la documentación aportada por el banco, toda vez se aporta como documento de relevancia el 4 objeto de impugnación por la demandante del que no puede deducirse que esas fueron las explicaciones que se le dieron a los actores. Por tanto la versión del empleado no resulta corroborado por documento alguno, siendo que de su declaración no puede deducirse que hubo esa negociación expresa e información suficiente tanto de los pros y contras de la opción multidivisa. No consta documental acerca de cuadros y las explicaciones. En esas condiciones no se acredita con el que se conociese por el cliente las consecuencias y las vicisitudes de este tipo de préstamo y en especial el aumento de la cantidad debida. Ahora bien el conocimiento a posteriori, como puede ser el cambio de divisa no casa con la defectuosa información que el banco suministró como ha quedado acreditado, siendo que la oferta vinculante o la solicitud en las que





intenta basarse el banco resultan del todo punto insuficientes para considerar información suficiente en este tipo de hipotecas

TERCERO.- Nulidad de la opción multidivisa

Se interesa la declaración de nulidad de las cláusulas en todo lo relativo a la opción multidivisa y las comisiones por tipo de cambio aplicables. Para el préstamo en divisas el tipo de referencia será el LIBOR %, Para el supuesto de que el préstamo no esté en divisas se sino en Euros se establece como tipo de referencia alternativo el EURIBOR %,

La parte actora defiende la nulidad de la cláusula por dos vía. La primera, por considerarla abusiva en aplicación de la normativa de condiciones generales de la contratación y consumidores y usuarios. La segunda, por entender que incurrió en error invalidante del consentimiento.

Se argumenta en la demanda que La aplicación del clausulado multidivisa recogido en la escritura, ha supuesto que durante la vida del préstamo, al entrar en juego el tipo de cambio entre monedas, la cuota mensual varíe a cada vencimiento con oscilaciones que pueden ser muy cuantiosas. Esto supone que este tipo de préstamos hipotecarios se deba considerar producto de riesgo, comercializado por bancos y cajas con motivo de la crisis financiera y nuevamente a costa de los clientes minoristas y consumidores que confiaban en la buena fe y conocimiento en la materia de estas entidades y sus gestores.

Se habría prometido por el personal del banco que se abonarían cuotas del préstamo inferiores a las que correspondería en una hipoteca en euros y referenciada al Euribor, siendo un señuelo perfecto para el cliente que va buscando un préstamo, porque este índice no paraba de subir en aquellos años, encareciendo las hipotecas. Lo único que buscaba la parte actora, como tantos otros, era conseguir una cuota más baja, sin que en ningún momento sospechase que lo que pactaba afectaba al capital prestado.

Estudiamos los distintos aspectos que han sido objeto de controversia entre las partes a través de las alegaciones de demanda y contestación, a través de los razonamientos contenidos en la reciente sentencia 608/17 de 15 de noviembre del Plano de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

- Aplicabilidad de la normativa sobre mercado de valores

Concluye la sentencia que el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores. Cambio en la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio, argumentando:

1.- La sentencia del pleno de esta sala 323/2015, de 30 de junio, declaró que el préstamo hipotecario en divisas (y en concreto, la llamada coloquialmente «hipoteca multidivisa»), es un instrumento financiero derivado complejo, relacionado con divisas, y por tanto incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores. Esta ley, tras la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, traspone la Directiva





2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MiFID).

2.- La posterior sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso *Banif Plus Bank*, asunto C-312/14, declaró, por el contrario, que el art. 4, apartado 1, punto 2, de dicha Directiva MiFID debe interpretarse en el sentido de que «no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad».

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

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

Además, en un contrato de préstamo denominado en divisas no puede distinguirse entre el contrato de préstamo propiamente dicho y una operación de futuros de venta de divisas, por cuanto el objeto exclusivo de esta es la ejecución de las obligaciones esenciales de este contrato, a saber, las de pago del capital y de los vencimientos, entendiéndose que una operación de este tipo no constituye en sí misma un instrumento financiero (apartado 71).

Por tanto, las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye





el objeto de este contrato, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste (apartado 72), lo que diferenciaría este supuesto del que fue objeto de la sentencia de 30 de mayo de 2013, caso *Genil 48 S.L.*, asunto C-604/2011 (apartado 73).

Por último, el valor de las divisas que debe tenerse en cuenta para el cálculo de los reembolsos no se determina de antemano, dado que se realiza sobre la base del tipo de venta de estas divisas en la fecha del vencimiento de cada mensualidad (apartado 74).

(...)Lo anterior supone que las entidades financieras que conceden estos préstamos no están obligadas a realizar las actividades de evaluación del cliente y de información prevista en la normativa del mercado de valores. Pero no excluye que estas entidades, cuando ofertan y conceden estos préstamos denominados, representados o vinculados a divisas, estén sujetas a las obligaciones que resultan del resto de normas aplicables, como son las de transparencia bancaria.

Asimismo, cuando el prestatario tiene la consideración legal de consumidor, la operación está sujeta a la normativa de protección de consumidores y usuarios, y, en concreto, a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, Directiva sobre cláusulas abusivas). Así lo entendió el TJUE en los apartados 47 y 48 de la citada sentencia del caso *Banif Plus Bank*.

- **Aplicabilidad normativa de protección de los consumidores**

“Las cláusulas cuestionadas en la demanda, que fijan la moneda nominal y la moneda funcional del contrato, así como los mecanismos para el cálculo de la equivalencia entre una y otra, y determinan el tipo de cambio de la divisa en que esté representado el capital pendiente de amortizar, configuran tanto la obligación de pago del capital prestado por parte del prestamista como las obligaciones de reembolso del prestatario, ya sean las cuotas periódicas de amortización del capital con sus intereses por parte del prestatario, ya sea la devolución en un único pago del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado del contrato. Por tal razón, son cláusulas que definen el objeto principal del contrato, sobre las que existe un especial deber de transparencia por parte del predisponente cuando se trata de contratos celebrados con consumidores.

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.

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.”

- Deberes especiales de información en relación con la opción “multidivisa”

“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 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.”

Se concreta, aludiendo a la STJUE caso *Andriciu*, 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.

Más con detalle se infiere de la sentencia 607/17 de 15 de noviembre:

- explicar 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.
- 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.

Este riesgo afecta a la obligación del prestatario de devolver en un solo pago la totalidad del capital pendiente de amortizar, bien porque 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. La materialización de este riesgo determina que pese a que los prestatarios han pagado durante varios años las cuotas de amortización mensuales, al haberse devaluado considerablemente el euro frente a la divisa elegida en el momento en que el banco ejercitó su facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo, los prestatarios adeuden al prestamista un capital en euros significativamente mayor que el que les fue entregado al concertar el préstamo.

- 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.

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.

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 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.

- La información es 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 multdivisa 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.”





Aplicando estos criterios al caso que tratamos, llego a la conclusión de que el actores no recibió la información adecuada al producto contratado, como hemos expuesto en el fundamento jurídico segundo al analizar las pruebas fundamentales para resolver el litigio

En relación con la información recibida como hemos expuesto incidió en la escasez o ausencia de la misma. Que le dijeron que iba a pagar menos Añade que la información fue de palabra. No se le hicieron propuestas y simulaciones con divisas diversas, como hemos expuesto en el fundamento 2 en ningún caso acredita el banco. Se manifestó que a la hora de firmar no llegó a sospechar que pudiera darse el supuesto de que debiera más capital que el correspondiente a la cantidad efectivamente amortizada mediante el pago de las cuotas.

Esta operativa nos lleva a considerarlas insuficientes a la hora de considerar cumplimentado por la parte demanda la carga de la prueba que le compete sobre haber facilitado la adecuada información al cliente para la constitución de su voluntad negocial. Es más nadie del banco intervino en ningún momento con el actor, no existiendo una prueba suficiente que lleve a este órgano judicial a considerar que la información existió

Ante este material probatorio llego a la conclusión de que el cliente acudió a contratar el producto bajo el convencimiento de que, en síntesis, ahorraría dinero en el pago de las cuotas y es difícil entender que no era consciente de que la hipoteca era de tipo variable (si bien referenciada al índice LIBOR), Por otra parte, precisamente la razón de interesarse por el producto era que se pagaba una cuota inferior dado que las cuotas se calculaban de acuerdo con el tipo de cambio de otra moneda distinta del euro. Por ello, hubo de ser consciente de que como divisa era susceptible de alterarse su tipo de cambio, por más que la concretamente contratada pudiera ofrecer escaso riesgo en aquel momento o así se le hiciera ver. Respecto de este punto, aun cuando por parte de la entidad bancaria se le hubiera podido asegurar que ello sería difícil que aconteciera, la existencia del riesgo era algo latente.

Ahora bien, el riesgo del tipo de cambio que podía extraer de la lectura de la cláusula por alguien lego en la materia, era identificable con el importe de la cuota a abonar, esto es, que pudiera ser previsible que se alterara en función del contravalor de la moneda en el momento de que se tratara. Sin embargo, la posible afectación al importe del capital pendiente de pago exigía una explicación adicional, expresamente orientada a ello, de modo que el cliente fuera consciente de que el riesgo se extendía a ello, de modo que durante la vida del préstamo pudiera aumentar el capital pendiente pese al abono regular de las cuotas de liquidación periódica. Ante todo, teniendo en cuenta la facultad de vencimiento anticipado con la que contaba el banco. Y no se ha acreditado por la parte demandada que se facilitara esa información adicional, la cual, de ser conocida por el prestatario, hubiera podido alterar su decisión de concertar al citado préstamo.

Por ello considero que no se cumplieron los deberes de transparencia material y que las cláusulas impugnadas han de ser declaradas nulas por abusivas, conforme la normativa y criterios jurisprudenciales citados.





- Consecuencias de la falta de información/transparencia

Señala la aludida sentencia 608/17 de 15 de noviembre del Plano de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que “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”

Ahora bien, la nulidad total del contrato préstamo supondría un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicarle más que al predisponente (sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 (caso *Kásler y Káslerné Rábai*, asunto C-26/13, apartados 83 y 84).

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

Procede, por tanto, 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.

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.”





En cuanto su forma de determinación, dispone el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que “1. Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética.

2. En los casos a que se refiere el apartado anterior, la sentencia de condena establecerá el importe exacto de las cantidades respectivas, o fijará con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética que se efectuará en la ejecución.”

En el presente caso es evidente que las bases con arreglo a las cuales se ha de efectuar la liquidación es aplicar, desde la fecha de puesta en vigor de la opción multidivisa, el índice de referencia Euribor más el diferencial pactado, así como actualizar el capital pendiente de amortización.

En cuanto al momento para efectuar la liquidación, si bien es cierto que el artículo 219 parece derivarlo a ejecución de sentencia, no parece acorde con su finalidad excluir la posibilidad de que firme que sea la sentencia, y sin necesidad de obligar a las partes a acudir a un procedimiento de ejecución, se proceda a dicha liquidación en el seno del presente procedimiento declarativo, por la vía incidental de liquidación de intereses.

CUARTO.- Interés de demora

Solicita la parte actora la nulidad de la cláusula sexta relativa al interés de demora Solicita la demandante la nulidad de la cláusula 4.3, inserta en la escritura de préstamo hipotecario, que contempla un interés de demora superior en 10 puntos al ordinario anual en el momento del pago sobre las cantidades adeudadas por todos los conceptos.

Este interés de demora, se establece como una cláusula penal lo que constituye la propia esencia de los intereses moratorios, que constituyen una especie de pena pactada derivada del incumplimiento de una obligación principal, consistiendo, más o menos, en una cláusula penal que se contiene en los contratos como promesa accesoria y condicionada a la obligación principal, con doble función, una reparadora y otra punitiva, cuya finalidad es la de evitar la existencia de unos perjuicios para los casos de deficiente o total incumplimiento (STS de 20 de mayo de 1986).

En la actualidad, el interés de demora en los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de vivienda habitual se encuentra limitado por el art- 114.3 de la Ley Hipotecaria en su nueva redacción dada por la Ley 1/2013 de 14 de Mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que establece que no podrán ser superiores al triple del interés legal del





dinero. En concreto, estable que tales intereses no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero.

No obstante, conforme a la doctrina del TJUE el límite legal previsto en el artículo 114 LH no puede servir de parámetro exclusivo para determinar la ausencia del carácter abusivo de una cláusula. Efectivamente, el auto del TJUE de 11 de junio de 2015 declaró que, el límite cuantitativo fijado por el vigente art. 114. 3 LH no puede ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional e los préstamos hipotecarios, puesto que, según resaltamos también en la sentencia 265/2015, son bastantes más los criterios a los que puede acudir el juez nacional para decidir en cada caso sobre la abusividad e la cláusula, tales como: la comparación del tipo pactado con las normas nacionales aplicables en defecto de acuerdo o bien la consideración sobre si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual. De tal manera, que el límite cuantitativo del citado precepto no tiene como función servir de pauta al control judicial e las cláusulas abusivas, sino fijar criterio para un control previo del contenido de la cláusula, en vía notarial y registral, de modo que las condiciones generales que excedan de dicho límite, ni siquiera tengan acceso al documento contractual, ni en su caso resulten inscritas.

A este propósito, los parámetros para poder determinar cuándo es razonable la sanción establecida en el contrato y cuándo no, en el caso del pacto sobre intereses, no son seguros, pero sí numerosos, como ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial de forma reiterada. Entre ellos se puede encontrar una norma de derecho imperativo (Art. 114 LH), aunque no la única. También el artículo 1108 CC ofrece un parámetro de gran valor, pues es precisamente su aplicación lo que el acto incluido en el contrato pretende soslayar.

A este respecto, la STJUE de 14 de marzo de 2013 (caso Aziz) se refiere a cuáles pueden ser esos parámetros para enjuiciar la abusividad de la cláusula sobre intereses moratorios en estos términos, y señala que el juez deberá por un lado comprobar las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera pactado nada entre las partes o en diferente contratos de ese tipo celebrados entre consumidores, y por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el Estado miembro y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.

Asimismo, dicha sentencia alude a distintos parámetros a los que han acudido los tribunales como son, el art. 20.4 de la Ley 6/2011 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, (establece un límite de 2,5 veces el interés legal del dinero, esto es, aproximadamente un 10%), el art. 7.2 de la Ley 3/2004 por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, (establece un tipo de interés en defecto de pacto, el tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a





su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más ocho puntos porcentuales), así como el art 576 LEC (a falta de pacto entre las partes o de disposición especial de la ley, establece como interés de mora procesal el resultante de adicionar dos puntos porcentuales al interés legal del dinero).

En el caso en concreto, la cláusula establece un interés de demora de 10 puntos por encima del interés vigente anual, lo cual, se considere por sí mismo excesivo y desproporcionado si se tiene en cuenta comparativamente el tipo de interés pactado. Así, dicha desproporción, se contempla no solo desde la perspectiva de lo previsto en el propio art. 114 LH, art. 20 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, sino que también vulnera parámetros consolidados jurisprudencialmente, como los dos puntos porcentuales adicionados al interés remuneratorio establecido para préstamos de carácter personal.

Por tanto, ha de concluirse que se trata de un tipo de interés que lleva implícita una indemnización por incumplimientos no esenciales ni graves de obligaciones del prestatario, de carácter desproporcionado en atención a los parámetros expuestos.

Por todo lo expuesto ha de concluirse que dicha cláusula es abusiva por vía del art. 82 TRLGCU, y específicamente, en los términos del artículo 85.6 del mismo cuerpo legal que establece la abusividad de aquéllas cláusulas por vincular el contrato a voluntad del empresario, cuando supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

La consecuencia de su abusividad es la declaración judicial de nulidad, con la consiguiente expulsión del contrato ex art. 83 TRLGCU, sin que quepa su integración o moderación por parte del tribunal, siguiendo la doctrina del TJUE.

Por tanto, procede declarar la nulidad y consiguiente expulsión de la cláusula 6ª inserta en el préstamo hipotecario suscrito entre las partes.

Ahora bien, las consecuencias que la parte actora pretende en su escrito de ampliación de demanda, consistentes –en esencia- en que, al eliminarse la cláusula de intereses de demora del contrato, la cifra a que asciende la responsabilidad hipotecaria es necesariamente menor y, siendo tal responsabilidad hipotecaria la Base Imponible del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, “minorada la primera, el importe de la segunda debería ser igualmente inferior y, por tanto, menores las cantidades abonadas en concepto de IAJD”, no pueden ser acogidas en esta resolución, en la que lo que se analiza es la nulidad de las concretas cláusulas impugnadas y sus consecuencias directas en relación con la parte que sostiene su validez, quedando fuera de la competencia de este tribunal eventuales repercusiones de su decisión en el estricto ámbito tributario para con la Administración de Hacienda.





QUINTO.- Intereses legales.

Las cantidades objeto de condena de la presente resolución se incrementarán en el interés legal correspondiente, desde el momento de su pago por la parte prestataria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1303 CC.

Por otro lado, el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que toda sentencia o resolución que condena al pago de una cantidad de dinero liquida determinará, a favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto entre las partes o por disposición especial de la ley.

Por ello, la cantidad que debe satisfacer el demandado, al no existir pacto entre las partes o disposición legal especial que otra cosa establezca, la misma devengará los intereses de mora procesal del artículo 576 de la LEC, es decir, el interés legal del dinero incrementado en dos puntos desde la fecha de esta sentencia hasta su total y completo pago.

SEXTO.- Costas

En materia de costas se ha estimado la demanda íntegramente.

Vistos los preceptos legales y demás de aplicación,

FALLO

SE ESTIMA la demanda interpuesta por la representación de **ASUFIN** en nombre y representación de **DON** [REDACTED] **Y DOÑA** [REDACTED] [REDACTED] contra **BANCO SANTANDER SA** y en consecuencia:

1. Declaro la nulidad de las cláusulas en lo relativo a la opción multdivisa, condenando a BANCO SANTANDER S.A a restituir a la actora las cantidades resultantes de aplicar, desde la fecha de puesta en vigor de la opción multdivisa, el índice de referencia Euribor más el diferencial pactado, así como actualizar el capital pendiente de amortización.
2. Subsistiendo la vigencia del contrato en todo lo no afectado por la declaración judicial de nulidad.





3. Impongo a la parte demandada el abono del interés legal que se devengará desde el momento del pago de cada una de las cantidades por la actora hasta la fecha del dictado de esta resolución. A partir de esta fecha, la cantidad resultante devengará los correspondientes intereses de demora procesal.

4. Declaro la nulidad de la cláusula 4.3 relativa al interés de demora. Dicha cláusula se tiene por no puesta

Se imponen las costas a la demandada

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra ella podrá interponerse, ante este Juzgado, recurso de apelación en el plazo de veinte días desde el siguiente a la notificación. El recurso será resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid previa la constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta IBAN ES55 0049 5284 0001 04 0075 17 de esta Oficina Judicial de la cuenta general de Depósitos y Consignaciones abierta en BANCO DE SANTANDER.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá realizarse en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo “beneficiario”: Juzgado de 1ª Instancia nº 101 bis de Madrid; y en el campo “observaciones” o “concepto” habrán de consignarse los siguientes dígitos: 5284 0001 04 0075 17.

No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido (L.O. 1/2009 Disposición Adicional 15).

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

El Juez/Magistrado Juez

NOTA: De conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se informa que la difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá





llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 0927039304886702307879



SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON

>> MIGUEL LINARES POLAINO

Tlf. 915210480 - Fax. 918005743

Tlf. 914018560

srodriguezdecastro@madrid.cgpe.net

ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS

57/60

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

electrónicamente por ANGEL MATEO GOIZUETA



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 101 BIS CLÁUSULAS- DE MADRID

C/ Gran Vía 12

Tfno: 914937071

Fax: 917031648

42070000

NIG: 28.079.00.2-2017/0162852

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 10075/2017

Materia: Cláusulas GRI - Multidivisa

NEGOCIADO 5 BIS

Demandante e Interesado: ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS

PROCURADOR D./Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON

D./Dña. [REDACTED]

D./Dña. [REDACTED]

Demandado: BANCO SANTANDER SA

PROCURADOR D./Dña. EDUARDO CODES PEREZ-ANDUJAR

DILIGENCIA DE CONSTANCIA.- En Madrid, a once de febrero de dos mil diecinueve.

La extiendo yo, el/la Letrado/a de la Administración de Justicia, para hacer constar que en el día de hoy, se integra la sentencia en el sistema de gestión procesal para su firma por el juez, una vez debidamente firmada, procédase a su notificación a las partes, quedando en el sistema de gestión procesal el original de la sentencia, dejándose testimonio suficiente en autos, de lo que doy fe.

El/la Letrado/a de la Administración de Justicia

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.





Mensaje LexNET - Notificación

Mensaje

IdLexNet	201910255879860	
Asunto	Sentencia Proc. Ordinario (F.Resolucion 12/02/2019)	
Remitente	Órgano	JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 101 BIS de Madrid, Madrid [2807942A01]
	Tipo de órgano	JDO. PRIMERA INSTANCIA
	Oficina de registro	OF. REGISTRO Y REPARTO PRIMERA INSTANCIA [2807900006]
Destinatarios	Procurador	RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON, SHARON [1850] (Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid)
Fecha-hora envío	15/02/2019 15:34	
Documentos	0199834_2019_I_193685480.PDF(Principal) Hash del Documento: 841f2aa84a6ff2aa4d7572f3d7e506c718352ee1	
	0199834_2019_E_25507833.ZIP(Anexo) Hash del Documento: da77b983b084bd05f20ce619b125ed3d520f23fd	
Datos del mensaje	Procedimiento destino	Sentencia Proc. Ordinario (F.Resolucion 12/02/2019 N° 0010075/2017)
	Detalle de acontecimiento	Sentencia Proc. Ordinario (F.Resolucion 12/02/2019)
	NIG	2807900220170162852

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
18/02/2019 10:00	RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON, SHARON [1850]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid	LO RECOGE	
18/02/2019 09:51	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.