

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

C/ Gran Vía 12

Tfno: 914937071

Fax: 917031648

42020310

NIG: 28.079.00.2-2017/0171121

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 10813/2017

Materia: Cláusulas GRI - Multidivisa

NEGOCIADO 9 BIS

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

PROCURADOR D./Dña. ANGEL FRANCISCO CODOSERO RODRIGUEZ

Demandado: DEUTSCHE BANK, SOCIEDAD ANONIMA ESPAÑOLA

PROCURADOR D./Dña. SILVIA VAZQUEZ SENIN

SENTENCIA Nº 190572019

MAGISTRADO: José María Ortiz Aguirre

En Madrid, a 4 de marzo de 2019.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador Sr. CODOSERO RODRÍGUEZ, en nombre y representación de DON [REDACTED] y DOÑA [REDACTED] presentó demanda de juicio ordinario contra DEUTSCHE BANK, S.A.E., en la que, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó solicitando que se dictara sentencia con el contenido que obra en su suplico.

SEGUNDO.- La demanda fue admitida a trámite por decreto que, además, emplazó a la demandada. Así, en representación de DEUTSCHE BANK, S.A.E, compareció la Procuradora Sra. VÁZQUEZ SENIN, quien presentó escrito de contestación a la demanda en la que, tras señalar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó solicitando que se dictara sentencia por la que acuerde desestimar íntegramente la demanda, todo ello con expresa imposición de costas a la actora.

TERCERO.- La audiencia previa tuvo lugar el día 24/01/2019 y tras intentar la conciliación sin éxito; la demandante DESISTIÓ DE LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA 5ª (GASTOS), NO OPONIÉNDOSE la demandada; se fijaron los hechos



controvertidos y, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, se propusieron las pruebas que constan en el sistema de grabación del juicio.

CUARTO.- Las pruebas declaradas pertinentes se practicaron en el acto del juicio que se celebró el día 28/02/2019, con el resultado que obra en el soporte audiovisual de grabación del mismo. En el mismo acto, las partes formularon oralmente sus conclusiones y las actuaciones quedaron vistas para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demandante suscribió con la entidad demandada, Escritura de Préstamo Hipotecario de fecha 9 de julio de 2008, otorgada en la notaría de Don Alberto Bravo Olaciregui con número de protocolo [REDACTED] por la cantidad de CINCUENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIOCHO MIL YENES JAPONESES (58.828.000 JPY) que al cambio comprador del día de la firma representaba un contravalor en euros de TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS VEINTIUN EUROS CON SETENTA Y DOS CÉNTIMOS DE EURO (349.521,72 €), según la cláusula 1ª del contrato, destinada a la adquisición de una segunda vivienda (documento núm. 7 de la demanda).

Se estableció un período de amortización de 30 años (cláusula 2ª).

Por otro lado, se fija en la cláusula 3ª, un TIPO DE INTERÉS, en divisas del LIBOR (Mercado Interbancario de Londres) con un diferencial de 0,75 puntos.

En el caso del euro, se señala el EURIBOR con un diferencial de 0,75 puntos.

Con la presente demanda, la demandante pretende:

1.1 Se declare la nulidad de pleno derecho del clausulado multidivisa del préstamo suscrito por DON [REDACTED] Y DOÑA [REDACTED] con número de protocolo [REDACTED] por falta de claridad y transparencia, conllevando como efecto propio de la nulidad, la declaración de que quede referenciado únicamente a euros, manteniendo el resto de pronunciamientos que no impliquen cláusulas multidivisa y que en consecuencia se declare que la cantidad adeudada por la parte actora es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros resultante de disminuir al importe prestado de TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MILQUINIENTOS VEINTIÚN EUROS CON SETENTA Y DOS CÉNTIMOS (349.521,72 €) la cantidad amortizada hasta la fecha que recaiga sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiéndose que el préstamo lo fue de TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS VEINTIÚN EUROS CON SETENTA Y DOS CÉNTIMOS (349.521,72 €) y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de intereses la misma referencia fijada en la escritura (Cláusula TERCERA BIS 1.b y 2.b) para el euro (EURIBOR + 0,75puntos), con la correspondiente devolución a la parte actora de las comisiones cobradas por la aplicación del clausulado multidivisa, junto con sus intereses, cantidad esta que se determinará en ejecución de sentencia o subsidiariamente, se aplique dicho exceso o sobrecoste abonado por los actores a la amortización anticipada del préstamo.

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

1.2 Subsidiariamente, para el caso de no estimarse la pretensión anterior, se declare la nulidad parcial del préstamo suscrito por DON [REDACTED] Y DOÑA [REDACTED] con número de protocolo [REDACTED] en todo lo



relativo al clausulado multidivisa, por vicio en el consentimiento, con los mismos efectos ya indicados.

1.3.- Subsidiariamente, y para el caso de que no se estimaren los pedimentos anteriores, se declare la resolución parcial por incumplimiento por parte de DEUTSCHE BANK, S.A., de sus obligaciones legales y contractuales de diligencia, lealtad e información, siendo en consecuencia, responsable de los daños y perjuicios ocasionados a DON [REDACTED] Y DOÑA [REDACTED] consistentes en la pérdida sufrida por la aplicación del mecanismo multidivisa.

La entidad bancaria demandada se opone alegando, en resumen, lo siguiente: que nunca ha comercializado activamente este producto, que no se ofrecía a los clientes sino que se solicitaba únicamente para aquellos clientes que lo pedían expresamente. Fue la parte actora quien acudió al banco solicitando contratar la hipoteca multidivisa en yenes japoneses, tal y como quedará oportunamente acreditado, con el objetivo de financiar la compra de su vivienda. Caducidad de la acción de anulabilidad ejercitada por la parte demandante. Los demandantes fueron adecuadamente informada por escrito y verbalmente de las condiciones, operativa y riesgos del préstamo hipotecario en yenes ofertado por el Banco. Que además de la información verbal suministrada al cliente, el Contrato de préstamo hipotecario suscrito en escritura pública ante Notario recoge de manera clara y exhaustiva la operativa y riesgos inherentes al de préstamo en divisa solicitada específicamente por el cliente, lo que excluye cualquier posibilidad de error o insuficiencia informativa. Que junto con la escritura de préstamo hipotecaria, el 7 de julio de 2008 los demandantes suscribieron un documento de una sola página absolutamente claro sencillo que subraya y deja constancia expresamente de que (i) son ellos quienes unilateralmente solicitan el préstamo hipotecario multidivisa, (ii) que han sido informados exhaustivamente de sus riesgos (de la variación de cotización de las divisas y movimientos de los tipos de interés), (iii) que DB no presta asesoramiento durante la vida del préstamo, por lo que les exime de cualquier responsabilidad ante una evolución desfavorable de la cotización (documento núm. 1 contestación). La actividad informativa desplegada por DB SAE con posterioridad a la contratación del producto litigioso constituye asimismo un factor esencial para el adecuado enjuiciamiento de la formación del consentimiento a la hora de suscribir el Contrato, cuya anulabilidad se postula de contrario (documento núm. 2 a 4).

SEGUNDO.- Sobre la viabilidad de la acción de nulidad de condición general de contratación. Caducidad.

Para resolver la cuestión planteada, netamente jurídica, debemos comenzar por traer a colación la STS de 19 de noviembre de 2015, según la cual, "La nulidad se define como una ineficacia que es estructural, radical y automática. Estructural, porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato; y radical y automática, porque se produce "ipso iure" y sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de los interesados, sin perjuicio de que por razones de orden práctico pueda pretenderse un pronunciamiento de los tribunales al respecto.

Además, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, declarando que cuando se trata de nulidad absoluta, la acción ni caduca ni prescribe, entre otras STS de 25 de abril de 2013.

Por tanto, procede partir del hecho cierto, de que la acción declarativa de nulidad de una cláusula abusiva es imprescriptible, de modo, que el interesado podrá ejercitar dicha acción cuando lo tenga por conveniente. Máxime, cuando resulte que las cláusulas incorporadas al préstamo produjeron perjuicios al cliente y se cobraron o se desembolsaron cantidades indebidas; pues, aquéllos son efectos que no desaparecen con



el tiempo. (SAP de Cantabria, Civil sección 4 del 13 de marzo de 2018 [ROJ: SAP S 233/2018 - ECLI:ES:APS:2018:233]; SAP Salamanca, Civil sección 1 del 28 de febrero de 2018 [ROJ: SAP SA 83/2018 - ECLI:ES:APSA:2018:83]; SAP Cáceres, Civil sección 1 del 21 de febrero de 2018 [ROJ: SAP CC 194/2018 - ECLI:ES:APCC:2018:194]).

TERCERO.- Sobre la alegación relativa a una actuación contraria a los “actos propios” (actos confirmatorios) en relación con un ejercicio tardío del derecho, al parecer de la demandada, por ser contrario al art. 7 CC, al haber transcurrido muchos años desde la concertación del préstamo y abono de las cantidades. Se tratarán de forma conjunta ambas alegaciones, dada su interrelación.

En cuanto a la doctrina de los actos propios (STS núm. 805/2012, de 16 enero, citada por la STS, Civil sección 1 del 30 de octubre de 2013 (ROJ: STS 5292/2013); SSTS de 6 de octubre de 1998 RJ 1988, 753 y 1 de octubre de 2010 RJ 2010, 7303) exige, como presupuesto de base, que “el acto propio haya sido adoptado y realizado con plena libertad de criterio y voluntad no coartada, y por ello el principio no puede alegarse cuando el acto viene provocado por la misma conducta de quien pretende valerse en provecho propio del mismo.”

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo tiene señalado (vg. STS 769/2010, de 3 diciembre, citada por STS, Civil sección 1 del 26 de septiembre de 2013 [ROJ: STS 4738/2013]) que “se considera que son características de esta situación de retraso desleal (Verwirkug): a) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho; b) la omisión del ejercicio; c) creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercitará. En este sentido, la jurisprudencia de esta Sala se ha pronunciado en temas directamente relacionados con esta cuestión, si bien en la mayoría de las sentencias se produce una remisión bien a la doctrina de los actos propios (SS por ejemplo, 16 febrero 2005, 8 marzo y 12 abril 2006, entre otras), bien a la doctrina del abuso del derecho (entre otras, SSTS 17 junio 1988, 21 diciembre 2000 y todas las allí citadas)”. STS Civil del 12 de Diciembre del 2011, recurso: 1830/2008.

La doctrina del retraso desleal considera contrario a la buena fe un ejercicio del derecho tan tardío que lleve a la otra parte a tener razones para pensar que no iba a actuarlo (SSTS de 21 de mayo de 1982, 21 de septiembre de 1987, 13 de julio de 1995, 4 de julio de 1997). Para la aplicación de la doctrina es necesario que la conducta de una parte pueda ser valorada como permisiva de la actuación de la otra parte, o clara e inequívoca de la renuncia al derecho, pues el mero transcurso del tiempo, vigente la acción, no es suficiente para deducir una conformidad que entrañe una renuncia, nunca presumible (STS de 22 de octubre de 2002, RC n.º 901/1997). STS del 07 de Junio del 2010, recurso: 1039/2006.

A la vista de la doctrina expuesta, lo primero que debe señalarse es que no cabe hablar, en este ámbito, ni de actos propios del consumidor ni de una confianza en la renuncia al ejercicio de acciones por parte del mismo, dado que no cabe dejar sin efecto las normas imperativas de protección de los consumidores por medio de una previa renuncia de sus acciones, esto es, de su derecho básico a que las cláusulas predispuestas queden sujetas al control de transparencia y puedan ser declaradas abusivas y, por tanto, nulas de pleno derecho con los correspondientes efectos restitutorios (art. 10 TRLGDCU, en relación con el art. 86.7 de dicho texto legal). Del mismo modo, que la citada renuncia de acciones no puede vulnerar el derecho de los consumidores a la tutela judicial efectiva, es decir, al control judicial de oficio de cláusulas como la aquí cuestionada.



CUARTO.- Naturaleza del préstamo hipotecario denominado “multidivisa” y marco normativo aplicable a la controversia.

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 de la sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14). Como aclara el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 15 de noviembre de 2017, las operaciones de cambio de divisa son accesorias a un préstamo que no tiene por finalidad la inversión, no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato (el préstamo), sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste y el valor de las divisas que debe tenerse en cuenta para el cálculo de los reembolsos no se determina de antemano sino que se realiza sobre la base del tipo de cambio de estas divisas en la fecha de entrega del capital del préstamo o del vencimiento de cada cuota mensual de amortización.

Ello no obstante, la referida Sentencia de Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017, señala que el hecho de que la normativa MIFID no sea aplicable a los préstamos hipotecarios denominados en divisa no impide que éste sea considerado un producto complejo a efectos del control 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 (fundamento octavo, apartado 16). Según la misma Sentencia el carácter complejo de este tipo de contratos queda confirmado por la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial (apartado 18).

La consecuencia jurídica de dicha calificación, según nuestro Tribunal Supremo, en la sentencia citada, 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 (hecho no discutido en el presente litigio), 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.

QUINTO.- La consideración del clausulado multidivisa como “condición general de contratación”.

No puede estimarse la alegación de la demandada, que afirma que las cláusulas controvertidas han sido objeto de negociación individual y, por tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas por aplicación de su art. 3.

Que se haya negociado la cantidad, en euros, por la que se concedía el préstamo, el plazo de devolución, incluso la presencia del elemento «divisa extranjera» que justificaba un interés más bajo de lo habitual en el mercado para los préstamos en euros



(que es lo que hacía atractivo el préstamo), no supone que haya sido objeto de negociación la redacción de las cláusulas del contrato y, en concreto, el modo en que operaba ese elemento «divisa extranjera» en la economía del contrato (tipos de cambio de la entrega del capital, del reembolso de las cuotas y del cambio de una divisa a otra, repercusiones concretas del riesgo de fluctuación de la divisa, recálculo de la equivalencia en euros del capital denominado en divisas según la fluctuación de esta, consolidación de la equivalencia en euros, o en la otra divisa escogida, del capital pendiente de amortizar, con la revalorización derivada de la fluctuación de la divisa, en caso de cambio de una divisa a otra, etc.) y en la posición jurídica y económica que cada parte asumía en la ejecución del contrato. Razón por la cual, en nada aparece afectada esta conclusión, por el hecho de que el notario incluya un apartado sobre la consideración de lo que son “condiciones generales de contratación” y lo que no, al referirse, para excluirlas de tal definición, únicamente a la cuantía del contrato, el vencimiento y amortizaciones, el tipo de interés y las comisiones.

La demandada no ha aportado, teniendo la carga probatoria de hacerlo (art. 3.2 párrafo 3º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, y el art. 82.2 párrafo 2º TRLDCU) elemento fáctico alguno del que derivar con certeza que dicho clausulado fue concertado conjuntamente con la parte prestataria, por lo que solo puede concluirse la condición de dicho clausulado como “general de contratación”. Como señala el art. 3.2 de la Directiva 93/13, “se 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”, lo que se estima acaece en el caso enjuiciado.

Finalmente por lo que se refiere a este apartado, concurre el elemento o nota de la generalidad, visto el material probatorio obrante en autos y onus probandi referido en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2013, estimándose por tanto que se está ante un tipo de cláusulas predeterminadas por la entidad bancaria con independencia de la persona del prestatario, es decir, se trata de un clausulado destinado por el prestamista a ser incorporado a una pluralidad de contratos. Y por tanto, también resulta de aplicación la Ley 7/1998, de 13 de abril, Ley de las Condiciones Generales de la Contratación LCGC, cuyo art. 1.1 dispone que “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”.

Como señala la reciente STS núm. 599/2018, de 31 de octubre (ROJ: STS 3677/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3677), “Que fueran los demandantes quienes acudieron al banco para contratar un préstamo hipotecario en divisas o que otros bancos ofrecieran también ese tipo de préstamos, y los demandantes hubieran acudido antes a otro banco para interesarse por este producto, no elimina el carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas que integran la reglamentación contractual, a menos que el banco pruebe que hayan sido el fruto de la negociación con el cliente (...)”

“Que hayan sido los demandantes quienes, atraídos por las ventajas que se predicaban de las hipotecas en divisa extranjera, acudieran al banco a interesarse por el producto tampoco enerva el carácter de condición general de las cláusulas del contrato, puesto que no elimina las características de este tipo de cláusulas como son la generalidad, la predisposición y la imposición. Naturalmente, lo que ha de ser objeto de imposición para que estemos ante una condición general no es la celebración misma del contrato (estaríamos en tal caso en un supuesto de vicio del consentimiento) sino la concreta reglamentación contractual que integra tal contrato, y eso tiene lugar en estos



supuestos de contratación en masa tanto cuando es el empresario quien tiene la iniciativa de dirigirse al potencial cliente como cuando es este quien acude al empresario a interesarse por su producto o servicio.”

La testigo, Sra. [REDACTED] (empleada de la entidad demandada que comercializó el producto) reconoció que se trata de “minutas estándar”, por más que los prestatarios puedan tener acceso a ellas, lo que no elimina la predisposición de sus cláusulas.

En conclusión, en el presente supuesto, no puede considerarse probado que el clausulado multidivisa hubiese sido expresamente pactado en todos sus extremos con el demandante, sino que se incluyó con un contenido prerredactado y estereotipado con el fin de ser incorporado a una pluralidad de contratos (en este caso, préstamos de contenido multidivisa), no obstando a dicha conclusión, como ya se ha expuesto, que se hubieran pactado ciertos extremos de las referidas cláusulas; como el importe del préstamo o el plazo de amortización o ciertos aspectos relativos a comisiones.

SEXTO.- El control de transparencia de este tipo de clausulado.

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.*

Por afectar al objeto principal del contrato, queda excluida la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas multidivisa “siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible” (artículo 4.2º de la Directiva 93/13, señala que “la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible”).

Tanto la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de septiembre de 2017 (caso Andriuc), como la STS de 15 de noviembre de 2017, al precisar la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales que definen el objeto principal del contrato, señalan que no puede reducirse sólo al carácter comprensible de las cláusulas en un plano formal y gramatical, sino el nivel de información debe entenderse de manera extensiva, que permita al consumidor alcanzar un conocimiento real de las mismas y comprender todas sus consecuencias económicas y jurídicas.

“A este respecto – señala el TJUE –, esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras, correspondiendo al



órgano jurisdiccional nacional remitente llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto.”

También, el apartado 15 del fundamento octavo de la STS de 15 de noviembre de 2015 al señalar que “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”.

Ahondando en estos argumentos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 reproduce la mayor parte de las consideraciones del TJUE y se extiende en precisar la información que recae en la entidad de crédito sobre los riesgos que se derivan del juego que la moneda nacional del préstamo y de las fluctuaciones en la cotización de la divisa extranjera respecto del euro, que inciden tanto en las cuotas del préstamo como en el capital pendiente de devolución (apartados 25 y 26). El consumidor puede conocer que las divisas fluctúan, pero debe ser advertido de que la variación de las cuotas puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos (apartado 27). El riesgo de recálculo al alza del capital pendiente podía implicar la facultad de resolver anticipadamente el préstamo si este superaba en un determinado porcentaje el valor de tasación de la finca, riesgo del que debe ser informado el consumidor (apartados 30).

La Sentencia reitera la doctrina del propio Tribunal Supremo en el sentido de que la intervención de Notario no suple por sí solo el cumplimiento del deber de transparencia, máxime teniendo en cuenta en el momento en que se produce su intervención, al final del proceso de concertación del préstamo (apartados 36 a 39). La cláusula del contrato que permite cambiar de divisa, por otro lado, no elimina el riesgo derivado de la fluctuación de la divisa (apartados 44 a 49), dado que la conversión de divisa se producirá conforme al tipo de cambio existente en el momento en que se produce la conversión.

Más recientemente, la STJUE de 20 de septiembre de 2018 (ROJ: STJUE 252/2018 - ECLI:EU:C:2018:750) ha señalado:

“74 En lo que atañe a PRÉSTAMOS EN DIVISAS como el del litigio principal, es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistémico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1) (DO 2011, C 342, p. 1), que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que estos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de un aumento del tipo de interés extranjero (Recomendación A — Conciencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1) (sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703, apartado 49).

75 Más concretamente, el prestatario deberá, por una parte, 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 en relación con la divisa extranjera en la que se le concedió el préstamo. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto la entidad bancaria, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de septiembre de 2017, Andriuc y otros, C-186/16, EU:C:2017:703 , apartado 50).

76 Por último, tal como precisa el vigésimo considerando de la Directiva 93/13, el consumidor debe contar con la posibilidad real de tener conocimiento de todas las cláusulas del contrato. En efecto, tiene una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración con el fin de decidir si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282 , apartado 70 y jurisprudencia citada).

78 Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la tercera cuestión prejudicial que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual esté redactada de manera clara y comprensible obliga a las entidades financieras a facilitar a los prestatarios información suficiente para que estos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, tal exigencia implica que una cláusula relativa al riesgo del tipo cambio debe ser comprendida por el consumidor tanto en el plano formal como en el gramatical y también en cuanto a su alcance concreto, en el sentido de que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz pueda no solo ser consciente de la posibilidad de depreciación de la moneda nacional en relación con la divisa extranjera en la que se ha denominado el préstamo, sino también evaluar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de tal cláusula sobre sus obligaciones financieras.”

Como aclara la reciente, y ya citada, Sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 31/10/2018 (FD 14º, apartado 3º) “...concorre la asimetría en la información entre las partes, puesto que mientras que el profesional predisponente, el banco, es conocedor de los riesgos específicos que entraña la concertación del préstamo en divisas, el consumidor medio no los conoce adecuadamente en toda su extensión.”

Esta misma sentencia viene a implementar el régimen de transparencia informativa con la exigencia de constancia de una “información por escrito sobre estos riesgos con anterioridad a la suscripción del préstamo” (FD 14º, apartado 18).

En nuestro caso, la prueba aportada al procedimiento (documental), y testifical de la Sra. [REDACTED] empleada de la entidad demandada, puso de manifiesto que no se les ofreció información necesaria y relevante para comprender las consecuencias económicas de la concertación de un préstamo hipotecario en divisa extranjera, pues más allá de la conocida fluctuación de la moneda no se aporta prueba alguna de haber sido advertidos de las consecuencias que sobre el principal del crédito podría tener una evolución negativa de la divisa extranjera de referencia; lo que implica la necesidad de proveer al cliente de la información de evolución de escenarios posibles ante una devaluación del euro; sin que se haya incorporado ni probado nada en relación con dicho extremo, con lo que se le hurtó la posibilidad de tomar un cabal conocimiento de las consecuencias económicas del producto cuya suscripción se le ofreció, más allá de la evidente ventaja de tener un tipo de interés que, en aquél momento, resultaba muy interesante por ser más bajo del existente en los préstamos con referencia al Euribor, sin mención a los riesgos que, como contraprestación, se escondían bajo dicha ventaja.



En definitiva, la testigo Sra. [REDACTED] además de no recordar el proceso de comercialización en concreto, no pudo ratificar la existencia de una información documental, con la existencia de simulaciones de escenarios posibles, caso de evolución negativa de la moneda, más allá del documento aportado como núm. 1 con la contestación, del que no se deriva información específica sobre los riesgos esenciales del producto (tipo de cambio y posibilidad de que el contravalor en euros se vea superado a lo largo de la vida del crédito por una evolución negativa de la divisa de referencia respecto al euro). En este caso, el documento núm. 1 aparece fechado con tan solo 2 días de antelación a la firma de la escritura.

A este respecto, tampoco aparece que se entregara “folleto informativo” ni oferta vinculante. Asimismo, debe tenerse en cuenta, como señala la STS de 31/10/2018 que “el hecho de que en la escritura pública se afirmara la coincidencia de las condiciones de la escritura con la oferta vinculante, como menciona la Audiencia Provincial en su sentencia, no prueba que la misma hubiera sido entregada a los demandantes con la debida antelación, como ya afirmamos en la anterior sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, menos aún que en ella se informara adecuadamente sobre los riesgos específicos que presenta este tipo de préstamo.”

La mencionada Sentencia, añade: “Es significativo que la Audiencia añada que “es cierto que no hay prueba documental escrita que nos permita calibrar el alcance de la información facilitada por la testigo”, lo que es indicativo de que para la Audiencia Provincial basta con una información somera. Este criterio no es correcto de acuerdo con los criterios que sentamos en la sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, y con los establecidos por el TJUE en sus sentencias de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, caso Andriuc, y de 20 de septiembre de 2018, asunto C- 51/17, caso OTP Bank.”

Por otro lado, por la formación y trabajo de los demandantes (policía municipal y traductora/intérprete – documentos núm. 2 a 6 de la demanda –), no puede presuponerse conocimientos económicos, financieros ni bancarios específicos; ni se han probado contrataciones de productos financieros complejos, ni la concertación de otras hipotecas multidivisas con anterioridad.

La jurisprudencia del TJUE, en aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, ha declarado la importancia que para el cumplimiento de la exigencia de transparencia en la contratación con los consumidores mediante condiciones generales tiene *la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar*. En este sentido se pronunciaron las sentencias del TJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C- 92/11, caso RWE Vertrieb, párrafos 44 y 49 a 51, de 30 de abril de 2014, caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13, párrafo 70, y de 20 de septiembre de 2018, asunto C-51/17, caso OTP Bank.

Partiendo de esta afirmación y de la esencialidad de la información documentada y precontractual; ya se ha señalado que el único documento aportado por la entidad demandada es una “carta de manifestaciones” de fecha 7/07/2008, suscrita por el demandante, con una declaración genérica de conocimiento de este tipo de préstamo; de haber sido informados exhaustivamente de tarifas, precios, condiciones y demás gastos inherentes a la operación, así como de “los riesgos de variación en la cotización de las divisas y en los movimientos de los tipos de interés”. Que saben de Deutsche Bank no presta asesoramiento, eximiéndoles de responsabilidad ante evoluciones contrarias a sus intereses.

Sobre tales declaraciones genéricas, nuestra Audiencia Provincial (SSAP, Civil sección 25 del 20 de diciembre de 2017 [ROJ: SAP M 17625/2017] y 15 de octubre de 2018 [ROJ: SAP M 13700/2018]), ya indica:



“Que el prestatario reconozca que el préstamo estaba formalizado en divisas no comporta que asuma los riesgos de cambio que puedan originarse durante toda la vida del contrato exonerando a la demandada de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo incluida la posibilidad de que el contravalor en la divisa elegida pudiera ser superior al límite pactado, verdadero eje nuclear de los efectos de las fluctuaciones y esa extensión pormenorizada de todas esas posibilidades no es sustituible por expresiones abstractas como la contenida en la Estipulación (...)”

Frente a esto, no puede pretenderse por la demandada suplirla con una información posterior a la suscripción del contrato (documentos núm. 2 a 4 de la contestación). Máxime cuando de los extractos bancarios mensuales no recogen de manera clara y comprensible la información del contravalor en euros que experimenta el principal del crédito con las sucesivas amortizaciones, de modo que permitiera observar al consumidor que no estaba disminuyendo – en euros – el principal del crédito.

Como señala la SAP de Madrid, Civil, sección 25 del 24 de julio de 2018 (ROJ: SAP M 14774/2018) que ya revocó una sentencia de instancia porque “desestimó la pretensión del demandante por considerar que conocía lo contratado por la inferencia extraída de los cambios de moneda realizados después de la firma del contrato y de la suscripción de un seguro de cambio”, debe centrarse el momento de la calificación de la transparencia al momento de concertación del contrato y no a momentos posteriores (FD 3º).

Tampoco resulta de recibo que se afirme que la elección de la moneda se hiciese por la demandante, dada su falta de conocimientos al respecto, cuando la labor de información sobre dichos extremos recae en la entidad bancaria, que es la que tiene la información al respecto. Es más, las cuotas de amortización, el tipo de interés (obligatoriamente, salvo que no exista variación en el tipo aplicable) y la divisa de pago (facultativamente) se determinan cada unidad de tiempo pactada (trimestralmente, en este caso, según se desprende de la cláusula 3ª bis), lo que se supone que obliga a la parte prestataria a estar permanente pendiente de tomar decisiones durante los veinte, treinta o cuarenta años de vida del préstamo. En teoría, cada pago de cuota debe ir precedido de una decisión sobre la divisa aplicable y sobre la forma de gestionar su pago, mediante su contravalor en euros o mediante la puesta a disposición del banco de la divisa de pago.

Otro elemento de distorsión en la comprensión del producto y su falta de transparencia es la referencia a que el euro operaba sólo como un valor teórico, cuando la referencia hipotecaria, en cuanto a garantía sobre los inmuebles hipotecados, está referenciada, en todo momento y de manera exclusiva, en EUROS (cláusula 8ª).

De este modo, la tendencia natural del prestatario medio sin experiencia en divisas puede ser pensar que el capital prestado es una suma prefijada que ha quedado determinada en euros y que, como tal, sólo podrá modificarse a la baja en función del contravalor en euros de las divisas pagadas. Asumirá, pues, el riesgo de que las cuotas por fluctuación de la divisa le puedan resultar más caras. Pero, además de ese factor, existe otro más importante asociado a la fluctuación de los tipos de cambio, que explica que, pese al pago de las cuotas y pese a que éstas retribuyen, en la generalidad de los casos, por el sistema de amortización aplicado, capital e intereses, el capital del préstamo no se reduzca, sino que se incrementa. Sobre este riesgo, no se aporta prueba alguna de la que derivar, sin género de dudas, que fuera informada la parte demandante. Esta información no puede derivar de la remisión de cartas no sólo enviadas con posterioridad a la concertación de préstamo, sino que se trata de comunicaciones genéricas que no se prueba hayan sido recibidas expresamente por esta demandante en cuestión y le permitiera conocer, de modo sencillo, algo tan grave y trascendente como



puede ser que el principal del crédito que euros que inicialmente concertó, se haya visto superado, a pesar de avanzar en el tiempo y abonar las cuotas correspondientes.

Y este grave riesgo no resulta enervado, por la cláusula de tipo de cambio, como pretende la demandada; es decir, con la inclusión de la cláusula de “cambio de divisa”, que la demandada dibuja como una cláusula en exclusivo beneficio de la parte prestataria/consumidora. A este respecto, señala la STS, Civil, Pleno, del 15 de noviembre de 2017 (ROJ: STS 3893/2017):

“46 ... la presencia de esa cláusula no elimina por sí sola el riesgo ligado a estos préstamos en divisas ni el carácter abusivo de las cláusulas ligadas a la denominación en divisa del préstamo objeto del litigio. Menos aún si el banco no informa al cliente de las consecuencias que trae consigo esa conversión de la divisa en que está representado el capital del préstamo.

La conversión de la divisa en que está representado el capital se producirá conforme al tipo de cambio existente en el momento en el que esta conversión tenga lugar, por lo que se consolida la revalorización de la divisa y, por tanto, del aumento de la equivalencia en euros (o en la nueva divisa) del importe del capital pendiente de amortizar, pues se traslada a la nueva divisa escogida el incremento producido como consecuencia de la apreciación de la divisa.

Para hacer realizar esta conversión, el prestatario debe estar al día en el pago de las cuotas del préstamo y además debe pagar una comisión por hacer uso de esta posibilidad, pues así lo prevé la escritura.

El prestatario no puede realizar ese cambio en cualquier momento, sino solo al inicio de cada nuevo «periodo de mantenimiento de moneda e interés» en que se divide la vida del préstamo. En este caso, esos periodos eran mensuales. Pero una devaluación significativa de la moneda funcional respecto de la divisa puede producirse en cuestión de semanas.

47.- Solo se evita el hipotético riesgo de una apreciación de la divisa en el futuro. Pero si el prestatario ignora, porque no ha sido informado adecuadamente, que cuando haga uso de esa facultad de cambio de divisa consolidará el aumento de valor de la divisa en que estaba denominado el préstamo, es posible que cuando pretenda hacer uso de esa facultad porque la cuota mensual de reembolso se haya incrementado significativamente, el incremento de la equivalencia en euros del importe en divisa del capital pendiente de amortizar sea ya considerable.

48.- Solo un prestatario que reciba una adecuada información del banco durante la ejecución del contrato o que tenga amplios conocimientos del mercado de divisas, que pueda prever el comportamiento futuro de las distintas divisas en las que puede quedar representado el capital del préstamo, puede utilizar provechosamente esa posibilidad de cambio de divisa prevista en el contrato.

Si no recibe esa información sobre el mercado de divisas y carece de esos conocimientos, el prestatario que haga uso de esa posibilidad de cambio de divisa porque esta se haya apreciado significativamente respecto de la moneda funcional, el euro, y haya aumentado el importe en euros que tiene que pagar mensualmente para el reembolso del préstamo, corre el riesgo de ir consolidando sucesivas cifras elevadas de capital pendiente de amortizar cuya equivalencia en euros se incremente progresivamente, si los cambios de moneda se realizan en el «pico» de mayor cotización respecto del euro de la divisa en que en cada momento esté representado el préstamo o en un momento cercano a esos «picos» de cotización.”

En definitiva, 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» (STS 15 de noviembre de 2017, ya citada).

Como recoge la STS de 31/10/2018, para determinar la información que la entidad demandada debió suministrar a la demandante tiene especial relevancia la diferenciación entre la divisa en que se denominó el préstamo, pues en ella se fijaba el capital prestado y el importe de las cuotas de amortización (respecto del que habría que determinar su equivalente en euros en cada vencimiento), a la que podemos llamar «moneda nominal», y la moneda en la que efectivamente se entregó al demandante el importe del préstamo y se pagaron por este las cuotas mensuales, el euro, que podemos llamar «moneda funcional».

La entidad demandada no explicó adecuadamente al prestatario 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.

En consecuencia, y al leer y entender de quien resuelve, el clausulado multidivisa del préstamo litigioso no reunió las condiciones necesarias para ser calificado de transparente para el consumidor, pues tal condición (la transparencia) “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” (STS 31/10/2018).

SÉPTIMO.- El control de abusividad del clausulado multidivisa.

Como señala la Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017 (caso Andriuc) la falta de transparencia permite apreciar el carácter abusivo de la cláusula, por lo que es preciso algo más que la falta de información, determinante de la falta de transparencia, para declarar la nulidad de la cláusula por abusiva. El apartado 43 de la citada Sentencia dice al respecto lo siguiente:

“Las cláusulas contempladas en esa disposición (las que definen el precio) sólo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible (sentencia de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309, apartado 32).”

Precisando la referida sentencia en qué momento debe valorarse el carácter abusivo de la cláusula y en qué consiste la abusividad de la cláusula multidivisa no transparente, al responder a la tercera de las cuestiones:

“El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en



relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio principal, y teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional, en este caso el banco, en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido de esa disposición.”

Como circunstancias relevantes para valorar la buena fe del profesional y el desequilibrio, podemos señalar las siguientes:

-La Sentencia del TJUE prioriza la experiencia y los conocimientos de la entidad de crédito en lo que respecta a las variaciones del tipo de interés. Es el único elemento que con claridad toma en consideración el Abogado General y el único concreto que menciona la STJUE, que añade, además, como elementos a valorar, a otras circunstancias del litigio (cláusula abierta). Podrá tenerse en cuenta, a este respecto, informes sobre la evolución de tipos de cambio que se hubieran hecho públicos o que pudieran estar a disposición del profesional. También puede ser un indicio relevante la evolución de la divisa en los meses inmediatamente anteriores y posteriores a la celebración del contrato.

-El perfil del consumidor, esto es, su formación en general y la financiera en particular; si está previamente informado sobre esta modalidad de préstamo; la moneda en la que percibe su salario y, más en general, si está acostumbrado a negociar o a utilizar divisas extranjeras.

-La iniciativa a la hora de suscribir el contrato. La iniciativa es muy relevante, dado que si es el consumidor quien solicita el préstamo en una divisa distinta al euro cabe presumir que dispone de conocimientos sobre ese tipo de préstamos y que la entidad de crédito no ha sido desleal al contratar aquello que se le ha solicitado. La iniciativa del consumidor favorece la transparencia y puede excluir por sí sola la mala fe del banco.

-El nivel de ingresos del consumidor y la repercusión que sobre ellos puede conllevar una alteración sustancial en el importe de las cuotas como consecuencia de la evolución del tipo de cambio.

-Las razones que pueden haber llevado al consumidor a suscribir un préstamo multdivisa, como puede ser su pertenencia a colectivos que han firmado acuerdos con entidades financieras.

-El grado de información sobre los riesgos inherentes al producto proporcionada al consumidor en el momento de contratar. La falta absoluta de información, en atención a las particulares circunstancias del consumidor (supuesto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 de un prestatario que percibe su salario en euros, que destina el préstamo a cancelar préstamos anteriores y, en definitiva, que se encuentra en una situación económica difícil que le aboca a una ejecución hipotecaria), puede determinar por sí sola el carácter abusivo de las cláusulas multdivisa.

La aplicación de estas consideraciones al supuesto de litis lleva a la constatación de las siguientes circunstancias:

Sobre el tema de la iniciativa en la contratación, ha resultado matizado por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo (vg. la citada Sentencia de 31/10/2018), al indicar:

“Que hayan sido los demandantes quienes, atraídos por las ventajas que se predicaban de las hipotecas en divisa extranjera, acudieran al banco a interesarse por el



producto tampoco enerva el carácter de condición general de las cláusulas del contrato, puesto que no elimina las características de este tipo de cláusulas como son la generalidad, la predisposición y la imposición. Naturalmente, lo que ha de ser objeto de imposición para que estemos ante una condición general no es la celebración misma del contrato (estaríamos en tal caso en un supuesto de vicio del consentimiento) sino la concreta reglamentación contractual que integra tal contrato, y eso tiene lugar en estos supuestos de contratación en masa tanto cuando es el empresario quien tiene la iniciativa de dirigirse al potencial cliente como cuando es este quien acude al empresario a interesarse por su producto o servicio.”

“De aceptar el razonamiento del banco recurrido se llegaría al absurdo de negar en todo caso el carácter de condiciones generales a las cláusulas de los contratos predispuestos por los empresarios para la contratación en masa cuando fuera el cliente el que acude al establecimiento a interesarse por el producto y ha examinado las ofertas de otros competidores, lo que es frecuente en los sectores en los que hay un consenso sobre el carácter de condiciones generales de las cláusulas utilizadas en los contratos suscritos entre el empresario y el cliente, como es el caso de los contratos bancarios, de seguros, suministro eléctrico o telefonía. (FD 13º apartados 4 y 5).

En consecuencia, el hecho de que fueran los demandantes quienes acudieran a la entidad bancaria, no enerva la situación de desequilibrio informativo que, en este caso, corresponde analizar en orden a determinar si concurrió o no abusividad.

Que corresponde a quien tiene en su poder la información necesaria para determinar si la persona que solicita dicho producto es adecuada y comprende el mismo o, por el contrario, se trata de un producto que, para el fin a que se destina (financiación de la adquisición de una segunda vivienda) genera más riesgos de los que se pretenden enervar con su contratación. Es decir, no puede aconsejarse dicho producto a un cliente (por más que pudiera preguntar por el mismo), por el solo hecho de que pretendan ahorrarse dinero en el pago de las cuotas de amortización del préstamo, al tratarse de un producto específico que responde a otras finalidades más complejas (personas que residan y/o cobren en moneda extranjera fuera de nuestro país y adquieran bienes en el mismo) y que pueden verse sorprendidos por las consecuencias de un funcionamiento en divisas que realmente desconocen; como ha ocurrido en este caso.

No puede negarse que existieran previsiones posibles sobre evolución del euro en relación con la moneda que se ofreció a la demandante y, desde luego, no consta que se entregara ninguna previsión a la parte demandante, como ya se ha expuesto, con carácter previo a la contratación que le permitiera valorar dichas previsiones.

Tampoco resulta de recibo que se niegue asesoramiento y, a la vez, viendo que el prestatario desconoce absolutamente la moneda adecuada al préstamo en divisas que se le ofrece, se le dé información para luego hacer recaer sobre él la elección concreta de la moneda. Por último, de nada sirve la aportación de simulaciones en relación al funcionamiento de la divisa hasta el momento de la contratación, si no se aportan simulaciones de escenarios futuros; de los que disponen las entidades bancarias en atención a estudios y previsiones. Y ello, porque, como es conocido en este ámbito, las rentabilidades pasadas en nada aseguran o sirven para asegurar las rentabilidades futuras. Y nada de esto se ha probado, en este caso, que se ofreciera a la demandante.

Que se articula el préstamo en atención a un índice de referencia (LIBOR) absolutamente ajeno a nuestra economía, propia de la zona Euro y, por tanto, del EURIBOR, lo que incrementa el grado de desconocimiento de la demandante respecto a su funcionamiento y correlativamente incrementa el deber de información de la entidad bancaria. Frente al aparente beneficio que resulta del ahorro en el tipo de interés por el uso de otro índice de referencia (LIBOR), el prestatario puede resultar perjudicado por



el riesgo de sobre coste de amortización del capital porque éste queda sometido al mencionado sistema de recálculo permanente.

Que el préstamo estaba destinado a la adquisición de una segunda vivienda, como ya se ha expuesto.

Que no se ha probado que los demandantes/prestatarios tuvieran específicos conocimientos económicos, financieros y bancarios (según lo expuesto) para conocer los riesgos de la operación, elegir la divisa que les resultaría más adecuada, etc Tampoco ha resultado que tuvieran conocimiento previo de este tipo de producto, al no haberse probado que tuvieran concertadas previamente otras operaciones relacionadas con préstamos multdivisa. Que perciben sus ingresos en euros y operan en euros; desconociendo tanto el funcionamiento de la divisa a la que se consignó el préstamo (yen) como el del tipo de referencia (libor) y su incidencia sobre el capital del préstamo en su contravalor en euros, en los términos que ya se han reflejado. Por otro lado, no se aportó estudio alguno sobre la capacidad de reembolso del mismo, caso de una escalada de la divisa que generara dificultades de amortización del préstamo.

Así, la parte actora ha visto como la devaluación de la divisa (euro respecto al yen) que le aconsejaron para disminuir las cuotas de pago del préstamo lo que ha disminuido de manera importante es la amortización del capital del préstamo en su conversión a euros (cada vez necesita gastar más euros para pagar la cuota en divisa extranjera. El efecto perverso derivado de una desfavorable evolución del tipo de cambio lleva a consolidar una nueva deuda superior. Tal y como queda acreditado en el informe pericial adjunto a la demanda como DOCUMENTO Nº 21 (página 22) ya en el mismo momento de la firma del préstamo hipotecario (9 de julio de 2008) la deuda se incrementó en 1.430,24 € por aplicación del cambio comprador/vendedor. Por otro lado, a fecha de realización del informe pericial adjunto a la demanda (09/12/2016) aparece que los demandantes deben TRESCIENTOS SESENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y NUEVE EUROS CON SEIS CÉNTIMOS (362.689,06 €), es decir, una cantidad SUPERIOR A LA SOLICITADA INICIALMENTE, a pesar de haber abonado más de 100 mensualidades desde 2008 por valor de CIENTO CINCUENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL EUROS CON NOVENTA Y SEIS CÉNTIMOS (156.864,96€) tal y como se puede comprobar en el informe pericial adjunto como DOCUMENTO Nº 21 (ANEXO III.I).

Todo ello genera un importante desequilibrio en las posiciones contractuales de las partes. El banco que dispone de la información, las previsiones y conocimientos exhaustivos del préstamo en cuestión frente al consumidor al que no se presta toda esa información de la que dispone el banco para hacer entender al prestatario el tipo de producto bancario que está contratando, sus específicos riesgos y si realmente le interesa someter el préstamo de adquisición de su vivienda a un factor tan aleatorio e incontrolable para el lego en la materia como es el tipo de cambio de la divisa en relación con el euro y sus consecuencias, no solo en las cuotas mensuales, sino en el riesgo de mayor calado cual es que el importe en euros que inicialmente se le concedió, se pueda ver superado por la evolución de la divisa elegida respecto al euro (nuestra moneda de referencia).

En definitiva, como señala la reciente STS, Civil, sección 1, del 26 de noviembre de 2018 (ROJ: STS 3968/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3968):

“La abusividad no deriva necesariamente de que el Banco demandado conociera en el momento de contratar cual iba a ser el futuro de las fluctuaciones sino que depende -como dice la STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16, caso Andriuc- de todas las circunstancias que permitan valorar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, este



aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual, lo que en definitiva se traduce en valorar si, habiendo sido informado leal y completamente, el consumidor hubiera prestado su consentimiento pleno.

A efectos de valorar la buena fe del Banco es relevante el perfil de los clientes, habida cuenta de que no resulta de los hechos probados que los demandantes tuvieran inversiones o ingresos en francos suizos ni que tuvieran conocimiento del mercado de divisas. Sin necesidad de afirmar que el Banco conocía la devaluación del euro que iba a tener lugar después de la celebración del contrato sí cabe afirmar que en una negociación individual leal un consumidor del tipo de los demandados no hubiera aceptado las cláusulas en las que se determinaba el cambio de la moneda del préstamo. En particular, en la cláusula primera del contrato se dice que el capital, fijado en euros y convertido en francos suizos, se entregará en dicha cantidad o su contravalor en euros, de modo que si no se explica otra cosa un consumidor medio, como es el caso de los demandantes, solo puede pensar que el capital en euros se irá modificando siempre a la baja a medida que vaya pagando las correspondientes amortizaciones. Tampoco puede decirse que la cláusula sobre el tipo de interés permitiera conocer a un consumidor medio del tipo de los demandantes la carga económica que podía implicar, dada la conexión del libor a la divisa contratada y las consecuencias que su revalorización podía tener para el tipo de interés.”

Por lo tanto, siendo plenamente aplicable esta doctrina a nuestro supuesto, se concluye también el carácter abusivo del clausulado multdivisa cuestionado en el presente procedimiento.

OCTAVO.- Consecuencia jurídica de la nulidad por abusivo del clausulado multdivisa.

Sobre la posibilidad de la nulidad parcial del préstamo, la tantas veces citada, Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 (reiterada por STS de 31/10/2018) zanja la cuestión al declarar la nulidad parcial del contrato, que implica la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros (apartado 53 del fundamento octavo). La nulidad del contrato perjudicaría al consumidor, que se vería obligado a restituir la totalidad del capital pendiente de amortizar.

Constituye – como señala la STS de 31/10/2018 –, en realidad, la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que establece la posibilidad de que el capital esté denominado en euros) y que responde a las exigencias de una disposición nacional, como la contenida en preceptos como los arts. 1170 del Código Civil y 312 del Código de Comercio, que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, requisito inherente a las obligaciones dinerarias.

No existe problema alguno de separabilidad del contenido inválido del contrato de préstamo, en los términos que se expresarán a continuación.

Como consecuencia de la nulidad parcial, debe declararse que la cantidad adeudada por la parte actora es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros resultante de disminuir al importe prestado de TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS VEINTIÚN EUROS CON SETENTA Y DOS CÉNTIMOS (349.521,72 €) la cantidad amortizada hasta la fecha que recaiga sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiendo que el préstamo lo fue de TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS VEINTIÚN EUROS CON SETENTA Y DOS CÉNTIMOS (349.521,72 €) y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de intereses la misma referencia



fijada en la escritura (Cláusula TERCERA BIS 1.b y 2.b) para el euro (EURIBOR + 0,75puntos), con la correspondiente devolución a la parte actora de las comisiones cobradas por la aplicación del clausulado multidivisa, junto con sus intereses, estableciéndose las bases de liquidación (ex art. 219 LEC) para posible incidente de liquidación (arts. 712 y ss LEC), si no hubiese conformidad entre las partes sobre este extremo, dejando para ese momento su precisa cuantificación.

NOVENO.- En materia de costas, dada la conformidad de la demandada con el desistimiento de la cláusula de gastos (art. 396.2 LEC) y la estimación de la demanda en cuanto al clausulado multidivisa, se imponen las causadas en la instancia a la parte demandada, al no existir dudas de hecho o de derecho que justifiquen otro pronunciamiento (art. 394.1 LEC).

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

FALLO

ESTIMAR la demanda interpuesta por el Procurador Sr. CODOSERO RODRÍGUEZ, en nombre y representación de DON [REDACTED] y DOÑA [REDACTED] contra DEUTSCHE BANK, S.A.E y, en su virtud:

DECLARAR LA NULIDAD DE PLENO DERECHO DEL CLAUSULADO MULTIDIVISA del préstamo suscrito por DON [REDACTED] Y DOÑA [REDACTED] con número de protocolo [REDACTED] POR FALTA DE CLARIDAD Y TRANSPARENCIA, conllevando como efecto propio de la nulidad, la declaración de que quede referenciado únicamente a euros, manteniendo el resto de pronunciamientos que no impliquen cláusulas multidivisa y, en consecuencia, se declara que la cantidad adeudada por la parte actora es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros resultante de disminuir al importe prestado de TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS VEINTIÚN EUROS CON SETENTA Y DOS CÉNTIMOS (349.521,72 €) la cantidad amortizada hasta la fecha que recaiga sentencia, también en euros, en concepto de principal e intereses, entendiéndose que el préstamo lo fue de TRESCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS VEINTIÚN EUROS CON SETENTA Y DOS CÉNTIMOS (349.521,72 €) y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de intereses la misma referencia fijada en la escritura (Cláusula TERCERA BIS 1.b y 2.b) para el euro (EURIBOR + 0,75puntos), con la correspondiente devolución a la parte actora de las comisiones cobradas por la aplicación del clausulado multidivisa, junto con sus intereses; estableciéndose las bases de liquidación (ex art. 219 LEC) para posible incidente de liquidación (arts. 712 y ss LEC), si no hubiese conformidad entre las partes sobre este extremo, dejando para ese momento su precisa cuantificación; y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos.

Tener por DESISTIDA a la parte demandante respecto a la petición de nulidad de la cláusula 5ª del contrato litigioso.

Todo ello con expresa imposición de las costas de la instancia a la parte demandada.

Una vez firme la presente resolución, procédase conforme determina el art. 22 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación.



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 0813 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 0813 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, José Mª Ortiz Aguirre, Magistrado en Comisión de Servicios del Juzgado de Primera Instancia Núm. 101 bis de Madrid.

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.



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia Proc. Ordinario firmado electrónicamente por JOSÉ MARÍA ORTIZ AGUIRRE