

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

C/ Gran Vía 12

Tfno: 914937071

Fax: 917031648

42020310

NIG: 28.079.00.2-2017/0170157

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 10635/2017

Materia: Cláusulas GRI - Multidivisa

NEGOCIADO 5 BIS

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

PROCURADOR D. ANGEL FRANCISCO CODOSERO RODRIGUEZ

Demandado: CAIXABANK SA

PROCURADOR Dña. ELENA MARIA MEDINA CUADROS

SENTENCIA Nº 1663/2019

En Madrid, a 4 de marzo de 2019.

Vistos por mí, ARANZAZU MORENO SANTAMARIA, 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 10635/2017, sobre nulidad de condiciones generales de contratación, a instancia de **DON** [REDACTED] y **DOÑA** [REDACTED] representados por el Procurador D. Ángel Francisco Codosero Rodríguez, y dirigidos contra **CAIXABANK** representada por la Procuradora Dña. Elena María Medina Cuadros

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador **DON ÁNGEL FRANCISCO CODOSERO RODRÍGUEZ**, en la ya indicada representación, se presentó demanda de juicio declarativo ordinario frente a la entidad CAIXABANK, por la que, en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimaba pertinentes, terminaba suplicando que se dictase Sentencia en la que:



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 **CIENTO CINCUENTA MIL EUROS (150.000 €)** 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 **CIENTO CINCUENTA MIL EUROS (150.000 €)** y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de intereses la misma referencia fijada en la escritura (Cláusula TERCERA BIS) para el euro (**EURIBOR + 0,90 puntos**), o en su defecto, tomando como tipo de intereses la referencia fijada en la propia escritura (cláusula TERCERA BIS) (**LIBOR + 0,90 puntos**) 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 sobre coste abonado por los actores a la amortización anticipada del préstamo.

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

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 de mi representado, 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 **CIENTO CINCUENTA MIL EUROS (150.000 €)** 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



CIENTO CINCUENTA MIL EUROS (150.000 €) y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de intereses, la misma referencia

fijada en la escritura (Cláusula TERCERA BIS) para el euro **EURIBOR + 0,90 puntos)**, o en su defecto, tomando como tipo de intereses la referencia fijada en la propia escritura (cláusula TERCERA BIS) (**LIBOR + 0,90 puntos**) 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 **CAIXABANK, S.A.**, a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a soportar los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

3.- Subsidiariamente, y para el caso de que no se estimaren los pedimentos anteriores, se declare la resolución parcial por incumplimiento por parte de **CAIXABANK, 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 que se cifra en el exceso percibido en cada una de las cuotas y las devengadas en el futuro por dicho mecanismo, desde la suscripción del préstamo, según el cálculo efectuado en el informe pericial adjunto, incluyendo todas las comisiones y gastos indebidamente repercutidos a los actores, más el interés legal que se devenga de cada una de las cuotas, debiendo por tanto, 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 **CIENTO CINCUENTA MIL EUROS (150.000 €)** 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 **CIENTO CINCUENTA MIL EUROS (150.000 €)** y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, tomando como tipo de intereses la misma referencia fijada en la escritura (Cláusula TERCERA B) para el euro **EURIBOR + 0,90 puntos)**, o en su defecto, tomando como tipo de intereses la referencia fijada en la propia escritura (cláusula TERCERA BIS) (**LIBOR + 0,90 puntos**).



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

4.- Consecuentemente a la estimación de la demanda por cualquiera de los pedimentos anteriormente indicados, se imponga expresa condena en costas a la demandada.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada para que en veinte días se personase y contestase a la demanda interpuesta de contrario, lo cual verificó en tiempo y forma con el escrito de contestación a la demanda en el que, tras alegar los hechos y los fundamentos que entendía aplicables, terminaba suplicando que se desestimara la demanda, con expresa imposición en costas a la actora.

TERCERO.- Verificado lo anterior, las partes fueron citadas a la Audiencia Previa, compareciendo ambas, y resueltas las cuestiones procesales, propusieron prueba. El día del juicio (21 de febrero de 2019) comparecieron de nuevo las partes y tras la práctica de la prueba propuesta y conclusiones, los autos quedaron vistos para Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pretensiones de las partes.

En el presente procedimiento se ejercita por la parte actora una acción de nulidad de la cláusula de divisas y cláusula de gastos, insertas en el contrato de préstamo en divisas con garantía hipotecaria suscrito entre los hoy actores y la entidad BANKINTER SA a fecha de 9 de julio de 2007; préstamo que tenía por objeto la adquisición de una vivienda. El citado negocio se contrató inicialmente en **25.095.000 yenes japoneses (“JPY”)**, equivalentes en ese momento a 150.000 euros (“EUR”); El interés pactado en euros venía referenciado en Euribor más 1% si el préstamo estaba en euros, y Libor más 1,40% , si se fijaba en divisas.

Con tales premisas, la actora invocaba la NULIDAD del clausulado multdivisa por abusividad, y subsidiariamente por vicio del consentimiento.



Frente a tales pretensiones se alza la entidad bancaria demandada oponiendo, en síntesis:

-Que son los clientes los que solicitan el préstamo multidivisa, de hecho se ponen en contacto con BAYRCLAIS asistidos por el agente D. [REDACTED] [REDACTED] prescriptor hipotecario

-Al mismo tiempo de contratar el préstamo, los clientes abren una cuenta en yenes

-Que el actor es administrador de una mercantil, que entre otras cosas, tiene en su objeto social, “la compra y venta de bienes inmuebles

- Que el contrato de multidivisas no es un instrumento financiero.

-Que los riesgos se advierten expresamente en la escritura

-Que los empleados del banco informaron de todos los riesgos

-Que el clausulado supera los controles de transparencia

-Que no se aprecian vicios del consentimiento

-Que el banco ha cumplido toda la normativa exigible

-Que durante la ejecución del contrato se ha seguido informado al cliente

SEGUNDO.- Nulidad de la cláusula multidivisa

En relación con la nulidad de la Cláusula Financiera multidivisa, opción de cambio de divisas, que para el préstamo referenciado sería el LIBOR más un 1% , la parte actora se basa en la falta de información prestada por el profesional –entidad



crediticia- a los prestatarios sobre el producto complejo ante el que se encontraban; así como de la falta de información de los riesgos asociados a este producto –fluctuaciones en la divisa que afectaba no solo a las cuotas sino también al capital; y del riesgo de iliquidez que se traduciría en la dificultad de hacer el cambio de divisa ante las fluctuaciones y que, de verificarse el cambio, la deuda se consolidaba en euros.

En este punto, es menester traer a colación la reciente sentencia 608/17 de 15 de noviembre del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que pasamos a exponer en los siguientes apartados.

- **1- 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*.

- 2- Aplicabilidad normativa de protección de los consumidores

Dice la sentencia respecto de este extremo que:

“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.”



- **3- 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 recalcule 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.”

TERCERO.- Aplicación al caso concreto

Trasladado lo anterior al supuesto de hecho que nos ocupa- y partiendo de que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la pretensión compete al actor y los hechos impositivos u obstativos de la misma a la parte demandada, entidad bancaria- la valoración que puede efectuarse del conjunto de la prueba practicada, con el fin de determinar si ha quedado acreditado que los prestatarios pudieran conocer tanto la carga económica como la carga jurídica de la obligación que contraían, así como los riesgos inherentes a la operación derivados de la variación de los tipos de cambio, esto es, que las oscilaciones importantes en la cuota ponían en riesgo la capacidad para afrontar el pago, y que podía verse incrementado el capital, lo que es en todo punto relevante para el vencimiento anticipado que la entidad podía hacer valer en cualquier momento, y



para el supuesto de amortización anticipada del préstamo a instancia de los propios prestatarios, es la siguiente:

- Prueba documental aportada,

Del principal documento, la escritura de préstamo hipotecario aportada como documento cinco de la demanda, se deriva que la cláusula objeto de Litis no hubiera pasado el control de transparencia al no estar redactada de forma clara y comprensible, de tal forma que el consumidor debidamente informado, pudiera tener un conocimiento real y prever las consecuencias económicas –véase simplemente la forma de optar o de cambio de divisas, difícilmente comprensible por un consumidor medio, amén del cálculo de intereses-.

El resto de documentación aportado con la contestación a la demanda, viene constituido, en esencia por extractos bancarios, cuadros de amortizaciones, posiciones deudoras, consultas, artículos periodísticos, extractos bancarios, movimiento de cuenta; en definitiva, no aportan nada a la acreditación de la información previa a la celebración del contrato

-Respecto a la prueba practicada en el acto del juicio:

De un lado, el demandante, [REDACTED] dijo que un amigo le habló de la multidivisa y le dio el teléfono de una persona del banco; le llamó, y esta persona fue a su casa, él cree que era personal del banco, aunque no puede asegurarlo, se llamaba [REDACTED]

Hablaron de la multidivisa y [REDACTED] le dijo que podía hacerla en yenes, que iba a pagar menos, que la cuota le iba a bajar unos 200 euros al mes, que llevara la documentación y que el banco la estudiaría.

El desde el principio sabe que el banco con el que va a contratar es BARCLAYS, y allí acudió a los pocos días y le estaban esperando, no recuerda si fue acompañado de [REDACTED]

Una vez en el banco solo le ofrecieron la posibilidad de los yenes, aunque en todo momento le añadían que no le iba a afectar, que él siempre se iba a mover en euros; sabía que la cuota podía variar, pero creía que era algo moderado; lo que él hacía era ingresar 600 euros cada mes, y la cuota del préstamo nunca superó esta cantidad. No



le dieron documentos antes de contratar, y la única simulación que le hicieron fue la relativa a lo que pagaría por una misma hipoteca en euros o en yenes; no le dijeron que podía resultar afectado el capital.

Preguntado por qué hay épocas en las que no se hacen ingresos, por ejemplo de julio de 2008 a mayo de 2009, dice que como cada vez que pagaba le cobraban una comisión, hizo ingresos más amplios, de más cantidad, y colocaba la cantidad correspondiente a varios meses; pero no lo hacía porque controlara el tipo de cambio.

Añadió que cuando pidió la hipoteca estaba en situación de paro laboral, y su mujer cobraba 800 euros, y se le dispararon los gastos.

El testigo [REDACTED] dijo que no tenía una relación laboral con el banco, era agente financiero, y su misión consistía en captar clientes; podía ofrecer cualquier producto, no obligatoriamente la hipoteca multidivisa, y no tenía formación específica sobre dicho producto.

Admitió que no recordaba esta concreta contratación, y explicó que él era el encargado de explicar el producto, pero no de entregar documentación, y que, en su opinión, ninguno de los clientes a los que informó del mismo, tenían el perfil adecuado para contratarlo.

El acudió al Notario con el actor, pero desconoce si éste tuvo acceso a la escritura antes de ir al mismo

Dijo que informaba tanto de las fluctuaciones que la cuota podía sufrir, como de que era posible que se llegara a deber más que en el momento inicial; y ponía ejemplos.

Manifestó también que cuando él contactaba con el cliente, éste no sabía, en ese momento inicial, con qué banco iba a celebrar el contrato de préstamo; era él quien lo dirigía a una entidad u otra, dependiendo de sus condiciones y de lo que buscara.

Añadió que nunca manifestó a los clientes que la cuota pudiera subir un máximo de 50 euros, sino que les hacía gráficos, y les decía que tenían que llevar un seguimiento; en algunos bancos, los clientes tenían que abrir una cuenta, y él les explicaba que tenían que ir comprando divisas y vigilar el tipo de interés, no sabe si este era el caso de Barclays

Después de la celebración del contrato ha asesorado en algunas ocasiones a los clientes, por ejemplo cuando cambian de divisa.

El mismo tenía una multidivisa y ha sufrido importantes pérdidas.



El segundo testigo dijo que en el momento de la celebración del contrato era apoderado de la entidad bancaria, y que no recordaba a los demandantes

Dijo que la multividisa solo se ofrecía a demanda, y que él siempre informaba a todos los clientes de los riesgos, incluso aunque llegaran después de contactar con un agente.

En cuanto al perfil que se exigía no era ninguno en concreto, sino que él procuraba asegurarse de que los clientes le hubieran entendido en sus explicaciones, al margen del nivel de estudios que tuvieran

No recuerda si entregaban oferta vinculante, lo que no daban era folleto informativo porque no disponían del mismo, y respecto a la escritura, se ocupaba la gestoría sí que es cierto que comercializaba las multividisas como productos de riesgo ; pero el banco no disponía de previsiones a futuro.

Siempre informaba de la posibilidad de cambio de divisa, y de los riesgos del producto, incluido que el capital podía aumentar; reconoció que no informaba de la cancelación anticipada.

Manifestó que era obligatorio abrir una cuenta en yenes, pero que el cliente es el que decide en cada momento la cantidad de divisa que quiere comprar.

Dijo que entendía que el cliente, en casos como éste, venía asesorado ya por el agente, pero que no obstante, lo informaban nuevamente; y que después de la celebración del contrato, la asistencia del banco continuaba durante la vigencia del préstamo.

-Valoración conjunta de la prueba practicada

Valorando la documental aportada a los autos, las declaraciones de las partes, y la testifical practicada, entendemos que no ha quedado suficientemente acreditado que los clientes recibieran de la entidad bancaria información suficiente en relación con los riesgos del producto contratado.

En cuanto a la declaración del actor, resulta, en términos generales, creíble; el mismo explica que necesitan mejorar sus condiciones de la hipoteca y que un amigo les pone en contacto con un banco- realmente con quien contactan es con un agente externo, que trabaja captando clientes para varias entidades bancarias,-pero ha quedado



claro que el actor simplemente lo identificó como personal bancario; después de este primer contacto acude a la entidad y es allí donde firma la hipoteca.

El actor reconoce que sabe que contrata en yenes, y que la cuota puede variar, pero no conoce el riesgo de aumento de capital.

Hasta aquí su declaración resulta veraz y no queda desvirtuada por el resto de material probatorio obrante en autos y practicado en el juicio,

Los dos testigos, tanto el agente como el apoderado del banco, afirman que se informó al cliente de los riesgos

Sin embargo, ninguno de los dos recuerda esta concreta comercialización, por lo que solo hablan de forma genérica, suministrando datos de lo que habitualmente hacían, pero sin poder concretar qué sucedió en este concreto supuesto.

Además, con respecto al agente, si bien mantiene que informaba de todos los riesgos y que hacía gráficos, reconoce que no recibió ningún tipo de formación sobre este tipo de producto (que no puede dudarse de que es un producto complejo), que ninguno de sus clientes, a su juicio, tenía el perfil adecuado para una multidivisa, y que él mismo tampoco lo tenía y sin embargo también la contrató con resultados muy negativos; en consecuencia (aun cuando su imparcialidad es muy dudosa porque mantiene litigios similares al que nos ocupa) lo que sí es cierto es que a la vista de sus manifestaciones, se puede poner en duda, al menos, el tipo de conocimiento y formación que esta persona tenía, y lo que a su vez transmitía a los clientes, así como el modo en que daba las explicaciones, y hasta qué punto se aseguraba de que le habían entendido.

A esto se añade que la intervención de un agente no exonera al banco de sus obligaciones de información, como se recoge en recientes sentencias como la de la AP de Barcelona de 20 de febrero de 2019

En cuanto al apoderado del banco, también puede cuestionarse su imparcialidad en modo contrario al anterior, puesto que sigue vinculado a la entidad, y en cualquier caso, no es lo suficientemente concreto en sus explicaciones, por cuanto manifiesta que informa de los riesgos, pero no proporciona una explicación exhaustiva de esas informaciones, que en estos casos, consideramos completamente necesaria.



A lo anterior se añade, y esto es lo fundamental, que las afirmaciones del testigo acerca de la información proporcionada a los clientes, carecen de toda base probatoria desde el punto de vista documental.

En este sentido, la documentación aportada por el banco es mínima, ni tan siquiera una solicitud de financiación, mucho menos un documento de primera disposición con advertencia de los riesgos e incorporación de una simulación; en consecuencia, con esta base probatoria, no puede admitirse tener por acreditado que se haya informado de manera adecuada y completa a los prestatarios.

Se incide por la entidad bancaria en la compra de divisa por el actor, recalando que compró sumas elevadas y que aprovechó cuando el tipo de cambio le era favorable, lo que evidencia un conocimiento del funcionamiento del préstamo. En este extremo cabe señalar que no se considera creíble la manifestación del actor de que compró de forma aleatoria porque tenía sumas de dinero ahorradas o por no pagar comisiones (especialmente cuando el mismo insiste en que su situación económica y laboral era complicada), pero, no obstante, valorando conjuntamente toda la prueba valorada, la conclusión que se obtiene es que, probablemente, el agente asesoró al cliente en estas compras (el mismo no lo recuerda pero tampoco lo niega, y admite que en algunos casos hizo asesoramiento de este tipo); sin embargo, el hecho de que el actor haya recibido recomendaciones de una cuestión tan simple como comprar divisa cuando el tipo es más favorable, no supone en ningún caso que fuere informado de los riesgos del producto; entendemos que son cuestiones distintas y que la compra de divisa en momento óptimo, no supone que el cliente sea consciente de que, aun pagando todas sus cuotas puntualmente, el capital del préstamo puede aumentar.

En definitiva, No puede obviarse que estamos ante un producto complejo, pues una simple lectura de la escritura lleva a calificarlo como tal, que requiere una información adicional, unas simulaciones tanto de capital como de cuota, a fin que el cliente se haga una representación real del producto que contrata, no pudiendo ser remitido a un página web, con un contenido en términos puramente económicos y financieros, a fin de ver como fluctúa la divisa en el mercado para lograr descifrar el tipo de hipoteca que ha contratado y sus consecuencias tanto jurídicas como económicas,



No habiendo quedado acreditado que esa información adicional se ha producido, consideramos que no se han cumplido los deberes de transparencia material de tal suerte que el consumidor no fue debidamente informado del riesgo del cambio de divisa que sirve, no solo para fijar en euros el importe de la cuota sino también para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización; información que hubiera sido fundamental para que los prestatarios hubieran optado por otra modalidad de préstamo EN CONSECUENCIA; procede declarar la nulidad por abusiva de la cláusula impugnada.

Habiéndose estimado esta acción principal, no es necesario entrar a conocer sobre la acción subsidiaria de vicio del consentimiento.

CUARTO.- Efectos de la nulidad

En orden a las consecuencias de la declaración de nulidad, señala la aludida sentencia 608/17 de 15 de noviembre del Pleno 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 multdivisa, 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.

QUINTO.- Intereses

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, relación a las cantidades que se hubieran de reintegrar por la cláusula de divisa.

SEXTO.- Costas

En orden a las costas, al estimarse la demanda en su integridad y siguiendo el criterio del vencimiento objetivo, de conformidad con el art.394 de la LEC, procede imponer las costas a la parte demandada.



Vistos los preceptos legales y demás de aplicación,

FALLO

Que con ESTIMACIÓN TOTAL demanda interpuesta por DON [REDACTED] y DOÑA [REDACTED] representados por el Procurador D. Ángel Francisco Codosero Rodríguez, y dirigidos contra CAIXABANK representada por la Procuradora Dña. Elena María Medina Cuadros.

1-Declaro la nulidad del clausulado multidivisa recogido en la escritura de fecha 9 de julio de 2007, condenando a BANKINTER SA 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-Todo lo anterior con los intereses desde la fecha de pago, y con expresa condena en costas a la parte 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 0635 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 0635 17.



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

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

La Juez/Magistrada 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.



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia Proc. Ordinario firmado electrónicamente por ARANZAZU MORENO SANTAMARIA