

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 73 DE MADRID

Calle del Poeta Joan Maragall, 66 , Planta 6 - 28020

Tfno: 914932988

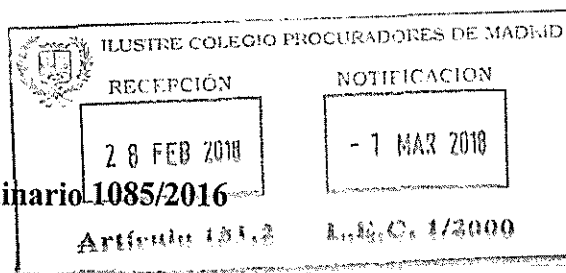
Fax: 914932990

42020310

NIG: 28.079.00.2-2016/0183664

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 1085/2016

Materia: Contratos en general



Demandante: D./Dña. [REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. RAMON VALENTIN IGLESIAS ARAUZO

ASOCIACION DE USUARIOS DE SERVICIOS FINANCIEROS(ASUFIN)

PROCURADOR D./Dña. RAMON VALENTIN IGLESIAS ARAUZO

Demandado: BANCO POPULAR ESPAÑOL

PROCURADOR D./Dña. CRISTINA MATUD JURISTO

SENTENCIA Nº 56/2018

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. INES HERRANZ VARELA

Lugar: Madrid

Fecha: veintiséis de febrero de dos mil dieciocho

La Sra.Dª Inés Herranz Varela, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 73 de Madrid, habiendo visto los presentes autos de juicio de ordinario nº 1085/16 promovido por el Procurador Sr. Iglesias Arauzo nombre y representación de ASUFIN quien a su vez actúa en nombre de Dª [REDACTED] asistidos del letrado Sr.Lunas Díaz contra BANCO POPULAR SA representados por la Procuradora Sra. Matud Juristo y asistido del letrado Sr. Machado Rubiño sobre nulidad cláusulas contractuales procede a dictar la presente resolución

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Sr. Iglesias Arauzo en la representación indicada se interpuso demanda de juicio ordinario en la que se dicte sentencia por la que al amparo del art. 8 LGCC y art. 82 y 83 de la Ley general de Defensa de consumidores y Usuarios :

1.- Se declare la nulidad o anulabilidad de la cláusula u opción multidivisa del préstamo hipotecario multidivisa suscrito con los asociados en cuyo interés se actúa en estos autos, bien sea por el incumplimiento de normas imperativas o prohibitivas, bien sea por el dolo con que operó la entidad o el error en que incurrieron los consumidores en la suscripción de este producto, o, subsidiariamente, por la declaración de abusividad o falta de transparencia de dichas cláusulas, en los términos descritos en la presente demanda. Asimismo se declare la nulidad o no incorporación del resto de cláusulas abusivas o poco transparentes insertas en el contrato. Igualmente se declare, en su caso, la nulidad de los aspectos multidivisa de los contratos de modificación celebrados para la novación o carencia del primero del que traen causa.

2.- En virtud de lo anterior, condene a la entidad demandada a eliminar de su contrato dicha condición general sobre la opción multdivisa y sus accesorias o cualquier otra que, con independencia de los términos en que esté redactada y el nombre que se les dé, produzca el mismo efecto y a prohibir su utilización futura. Idénticamente se condene a eliminar el resto de cláusulas consideradas abusivas.

3.- En consecuencia, se condene a la entidad demandada a recalcular el importe pendiente de amortizar a través de un cuadro de amortización en euros, referenciado al tipo de interés y diferencial previsto para este supuesto en el contrato, así como a devolver a la prestataria las cantidades que se hubiesen cobrado en exceso en virtud de la aplicación de la cláusula/s declarada/s nula/s, actualizado con los intereses legales correspondientes. A tal fin se condenará a la entidad a estar y pasar por esta declaración, adoptando al efecto las medidas necesarias para esta adaptación, como la elaboración de la tabla comparativa entre lo efectivamente abonado por todos los conceptos y lo que se tendría que haber abonado y corriendo con todos los gastos que se deriven del cumplimiento del fallo

4.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 22 de la LCGC, para el caso de estimarse la nulidad de la/s cláusula/s en base a esta norma, se dicte mandamiento al titular del Registro de Condiciones Generales de la Contratación para la inscripción de la sentencia estimatoria en el mismo.

4.- Y condene a la demandada al pago de las **costas** causadas en este procedimiento.

SUPlico SUBSIDIARIO PRIMERO:

Subsidiariamente, se declare el incumplimiento de la demandada de las obligaciones contractuales que le son inherentes, entre otras las relativas a la información durante todo el contrato, y, en consecuencia, se condene a la entidad, a

indemnizar al cliente en los daños y perjuicios producidos, con expresa condena en costas y demás consecuencias legales.

C) SUPlico SUBSIDIARIO SEGUNDO:

Subsidiariamente, para el caso de que se considere conforme a derecho el contrato litigioso y se considere que la entidad demandada no podía prever el cambio radical y sobrevenido de las circunstancias económicas que habían dado lugar a la suscripción del producto, se aplique la cláusula "rebus sic stantibus", reduciendo la deuda pendiente de pago de pago en relación con la hipoteca/s multidivisa/s que los consumidores aquí representados tienen suscrita/s con la demandada, según las pautas indicadas anteriormente o el mejor criterio del Juzgador. Todo ello con expresa condena en costas.

Todo ello con base en los siguientes hechos : A mediados del año 2005, Doña [REDACTED] suscribió un préstamo hipotecario por un importe de 210.354 euros con el Banco Popular, con el fin de adquirir un inmueble en el que fijaría su vivienda habitual. La entidad demandada realizó previamente una completa campaña de captación en su sector laboral y en su empresa y sindicato, ofreciendo activamente la modalidad de hipoteca que nos ocupa a los empleados del sector aéreo particularmente auxiliares de vuelo, pilotos y controladores aéreos. De hecho, mi representada acudió a la entidad bajo la recomendación de un compañero de trabajo que le comentó tanto a ella como a sus demás compañeros, la existencia de un acuerdo con el colectivo del sector aéreo que le permitiría acceder a una nueva modalidad de hipoteca con cuotas inferiores a la hipoteca tradicional. Allí, los comerciales de la entidad, Doña [REDACTED] y Don [REDACTED] le confirmaron la existencia de este acuerdo especial y con ello la recomendable posibilidad de utilizar el préstamo hipotecario multidivisa, habida cuenta además del alto valor de tasación del inmueble, buscando siempre obtener unas mejores condiciones y pagar unas cuotas lo más reducidas posibles. En refrendo de estas explicaciones verbales se ofrecieron datos sobre la situación de la citada paridad entre divisas y del propio Libor, presentándolos como situaciones consolidadas y que, con pequeñas variaciones, se esperaba fueran estables en los años siguientes y en caso de que cambiaran las previsiones, se le mantendría informado, y siempre podría volver sin ningún tipo de problema al Euro porque la hipoteca ofertada lo permitía, pagando la comisión correspondiente. Y así firmó la escritura el 17 de abril de 2007. Las principales condiciones del nuevo préstamo son las siguientes: se amplió el capital en 2.128,67 euros, acordando así un importe de 212.482 euros, por su contravalor en francos suizos (352.508,74 francos suizos), de los que estaban pendientes de pago en ese momento un total de 203.000 €, aumentando el plazo de 25 a 32 años, con un tipo de interés del Euribor o Libor + 0,40%. Tiene un periodo de interés inicial fijo, para el primer año del 3,004%, la comisión por tipo de cambio es del 0,15 por cien sobre el contravalor de la disposición con un mínimo de 6 euros. Por su parte, el tipo de interés de demora es 4 puntos de sobregiro sobre el vigente en cada momento. Se garantiza además el préstamo con una fianza solidaria que asumen los padres de la reclamante,. Sin embargo, no se le informó de las condiciones esenciales del producto que era complejo, no se le entregó documentación alguna informativa de los riesgos, ni se le advirtió en el momento de la firma, no se realizaron simulaciones de escenarios diversos no se le realizó análisis de idoneidad o conveniencia del producto, no se le ofreció seguro de los tipos de cambio, de forma que de haberlo sabido no lo habría concertado

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la parte demandada para que compareciera en autos y contestara a aquella, lo que efectuó oponiéndose a la demanda,

alegando la indeterminación de las pretensiones del suplico de la demanda no definiendo las cláusulas que pretende que sean declaradas nulas, que la información proporcionada fue adecuada tanto antes como en el momento de la suscripción y con posterioridad, que al celebrar el contrato la actora sabía que estaba endeudándose en moneda distinta del euro y conocía el riesgo de fluctuación de tipo de cambio ; que no es un instrumento financiero sometido a la normativa MIFID, , que la infracción de la normativa administrativa no determinaría la nulidad , la transparencia de las cláusula, cuyo riesgo se trata con carácter preferencial en la escritura siendo entendible para un ciudadano medio y la inexistencia de vicio en el consentimiento.

TERCERO.- En la audiencia previa celebrada las partes tras la concreción de hechos e impugnación de documentos se admitió la prueba consistente en documental y testifical que se practicaron en el acto del juicio el 23 de enero de 2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Ejercita la parte actora diversas acciones de forma subsidiaria siendo la entablada de manera principal, a la luz del suplico, y la fijación de hechos en la audiencia previa, la nulidad/anulabilidad del clausulado multidivisa por infracción de normas imperativas, bien sea por el dolo con que operó la entidad o el error en que incurrieron los consumidores en la suscripción de este producto.

A la vista de las distintas resoluciones dictadas por nuestros Tribunales (STS de 30 de junio de 2015 o STS de 4 de noviembre de 2017, SAP Madrid de 2 de febrero de 2017 y la propia STS de 15 de noviembre de 2017.), en supuestos muy similares al presente, puede afirmarse que la acción de nulidad absoluta, en general, suele resultar rechazada. Efectivamente debemos partir, como ya hemos expuesto ampliamente en la presente resolución, de que al préstamo hipotecario en divisas al que se contrae la reclamación no le son aplicables las obligaciones o deberes de información que los reclamantes atribuyen a la entidad bancaria, al amparo de lo dispuesto en el artículo 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), en primer lugar, porque dicha normativa modificada no estaba en vigor a la fecha de la contratación, por lo que su aplicación no puede reclamarse y, en segundo lugar, porque el préstamo hipotecario en divisas al que se contrae la reclamación no es un instrumento financiero incluido en el ámbito de su aplicación, como expresa la STJUE de 3 de diciembre de 2015 , ni está sometido a la normativa MiFID. Por otro lado, también se entiende que el incumplimiento de los deberes apuntados por parte de la entidad demandada con respecto al cliente consumidor no conlleva la nulidad absoluta o radical del contrato, pues dicha consecuencia no viene impuesta en la citada normativa. El único efecto que tal incumplimiento puede producir habrá de valorarse en cuanto a la pretensión de anulación del contrato por concurrir un vicio del consentimiento; es decir, la falta de una información adecuada puede ser considerada como uno de los elementos determinantes de que el cliente prestara su consentimiento por error, pero no conlleva como sanción la nulidad absoluta del contrato

SEGUNDO.- Considera la actora que el producto fue presentado al cliente, consumidor y minorista como una alternativa al préstamo hipotecario ordinario como forma de pagar una cuota menor, pero que no se le informó de la verdadera naturaleza jurídica y financiera del producto ni mucho menos de sus riesgos, y especialmente, no se le informó de que la evolución de la divisa afectaba también al capital adeudado pudiendo darse el caso de que en lugar de reducirse pudiera llegar a estar por encima de la deuda inicial, siendo una operación compleja por contar con un derivado implícito, de forma que de haberlo conocido no lo habría suscrito, pues de hecho le ha generado pérdidas.

La problemática de las llamadas "hipotecas multidivisa" fue abordada por la STS de 30 de junio de 2015, antes citada, pero en la más reciente de 15 de noviembre de 2017 se cambia la doctrina jurisprudencial establecida tras la STJUE de 20 de septiembre de 2017 caso Andriiciuc.

Las hipotecas multidivisa se tramitan principalmente en yenes japoneses y francos suizos con el objetivo de aprovechar la diferencia del tipo de cambio con la divisa elegida respecto del euro, aunque si la moneda única se devalúa las cuotas se incrementan. La Sala descarta que estas cláusulas fueran objeto de negociación individual y quedaran por ello excluidas del ámbito de aplicación de la directiva europea sobre cláusulas abusivas; por el contrario, explica que se trata de cláusulas que definen el objeto principal del contrato, sobre "las que existe un especial deber de transparencia". Su falta de transparencia ha generado en los clientes 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 pudieron comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos", lo que agravó su situación económica y jurídica. Las entidades financieras, prosigue el Supremo, deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos comprendan "no sólo su contenido formal y gramatical, sino también su alcance concreto".

Por todo ello, el TS considera que las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia, por lo que declara la nulidad parcial del préstamo y la eliminación de las referencias a la denominación en divisas, de modo que la hipoteca queda como un préstamo concedido y amortizado en euros:

“ 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).

6.- Que a efectos de las normas contables, concretamente de la NIC 39, un préstamo denominado o indexado en divisas constituya un instrumento financiero híbrido, al combinar un contrato principal no derivado y un derivado implícito en tanto que los flujos de efectivo del contrato principal se modifican de acuerdo con un tipo de cambio, no supone que constituya un instrumento financiero a efectos de la Directiva MiFID y del art. 2.2 de la Ley

del Mercado de Valores . La sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015 □, caso Banif Plus Bank , asunto C-312/14 , ha afirmado que no lo es.

7.- Los Jueces y Tribunales deben aplicar el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (art. 4.bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Dado que la cuestión de qué debe entenderse por instrumento financiero, producto o servicio de inversión a efectos de la aplicación de la normativa sobre el mercado de valores es una cuestión regulada por el Derecho de la Unión (en concreto, por la Directiva MiFID), *este tribunal debe modificar la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio , del pleno de esta sala, y declarar que el préstamo hipotecario denominado en divisas no es un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores.*

8.- 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 .”

De esta manera, queda clarificado el régimen jurídico aplicable a las hipotecas multdivisa.

TERCERO.- En el presente caso, puede llegarse a esta conclusión tras el examen de la prueba practicada, respecto a la transparencia de las cláusula multdivisas contenidas en el contrato , que es la acción interpuesta en tercer lugar, si bien de forma subsidiaria, pero en el primer apartado del suplico, y que se estudiará en primer lugar toda vez que la STS ha sido dictada con posterioridad a la interposición de la demanda y habida cuenta, esta falta de transparencia determinante de la nulidad no impide que además concorra vicio en el consentimiento.

La actora ha manifestado en su interrogatorio que aunque no son ciertas las explicaciones dadas en la demanda (que la Letrada ha admitido es fruto de un error) sí lo es que fue ella la que acudió a la entidad bancaria porque su cuota de hipoteca era muy alta, ofreciéndole entonces en la oficina este producto en francos suizos, diciéndole únicamente que el interés era más bajo y en consecuencia que la cuota le iba a salir más baja, que en cualquier caso, cuando el libor subiese le avisarían para que pudiera cambiar a euros, pero nadie le avisó, como tampoco se le entregó entonces simulación alguna, ni histórico de evoluciones rechazando haberle sido entregado el documento nº 19 de la contestación , realizándose el proceso de la firma muy rápidamente. Por el contrario, la testigo Sra. [REDACTED] sostiene que le informó cumplidamente de todos los riesgos, entre ellos el aumento d e capital, pero al margen d e su vinculación con la entidad a efectos de valoración d e la objetividad de su declaración, ni ha aportado la oferta vinculante, ni prueba escrita de las simulaciones realizadas, siendo cierto que en los recibos que se han aportado en ningún

momento se indica cual es el capital pendiente, únicamente la cuota que tenía que pagar siendo la información fiscal facilitada por la demandada de otro cliente, por lo tanto, la parte demandada no ha acreditado que facilitara a la actora la información suficiente como para cumplir con esa obligación que exige la transparencia desde el punto de vista material, teniendo en cuenta el perfil de la actora, minorista, consumidora, sin experiencia alguna en productos semejantes.

CUARTO.- Y en cuanto a si esta información puede ser suplida por la información facilitada por el Notario, también es tratada por la sentencia del TS : "...Alega que la escritura de préstamo se otorgó ante notario y que contenía información adecuada sobre la naturaleza del préstamo y los riesgos asociados al mismo. También alega que la escritura contenía una cláusula en la que los prestatarios manifestaron conocer los riesgos de cambio de moneda que conllevaba el préstamo, asumían los riesgos derivados de estar representado el préstamo en divisa y reconocían haber recibido de Barclays la información necesaria para la evaluación de dichos riesgos, por lo que exoneraban a Barclays de cualquier responsabilidad al respecto.

37.- En la sentencia 464/2013, de 8 de septiembre, declaramos que la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos el cumplimiento del deber de transparencia."

"38.- En el caso objeto del recurso, ha quedado fijado en la instancia que Barclays no hizo entrega a los prestatarios del folleto informativo y la oferta vinculante exigidos en la Orden de 5 de mayo de 1994. Por tanto, que en la escritura se afirme por el notario «que he examinado la oferta vinculante relativa a este préstamo y no he encontrado discrepancia entre sus condiciones financieras y las cláusulas financieras de esta escritura» solo puede significar que Barclays exhibió al notario una oferta vinculante que no había entregado a los prestatarios, como ha reconocido en este litigio, en el que ha negado incluso que tuviera obligación de entregarla.

39.- En la sentencia 138/2015, de 24 de marzo, llamamos la atención sobre el momento en que se produce la intervención del notario, al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, que no parece la más adecuada para que el prestatario revoque su decisión de concertar el préstamo.

Ciertamente, en la sentencia 171/2017, de 9 de marzo, dijimos que «en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia. [...]».

Pero en la sentencia 367/2017, de 8 de junio, afirmamos que tal declaración no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir. Cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual, que la jurisprudencia del TJUE ha considerado fundamental para

que el consumidor pueda comprender las cargas económicas y la situación jurídica que para él resultan de las cláusulas predispuestas por el empresario o profesional.”

QUINTO.- Continúa exponiendo la STS, a propósito del cumplimiento del requisito de la transparencia las diferentes motivos por los que dicha cláusula habría de considerarse nula, resolviendo todas las cuestiones que también se han planteado en el presente caso y que a la luz de la escritura de 17 de abril de 2007 aportada como documento 4, son plenamente aplicables:

“ 40.- Además de lo expuesto, en la escritura tampoco se informa sobre la naturaleza de los riesgos asociados a la denominación en divisas del préstamo. Barclays dispuso una condición general en la que los prestatarios afirmaban que conocían los riesgos de cambio de moneda que conllevaba el préstamo, sin precisar siquiera en qué consistían tales riesgos.

Tal afirmación, como ha resultado probado en el proceso, no se ajustaba a la realidad pues Barclays no entregó a los demandantes ninguna *información por escrito con anterioridad* a la suscripción del préstamo y la comercial de Barclays que les atendió carecía de la *formación adecuada* sobre el producto que le permitiera informar sobre su naturaleza y riesgos.

41.- Ya hemos afirmado en ocasiones anteriores la ineficacia de las menciones predispuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. Así lo ha declarado esta sala en numerosas sentencias, desde la 244/2013, de 18 abril, hasta la 335/2017, de 25 de mayo, y todas las que han mediado entre una y otra.

42.- También el TJUE, en el ámbito del crédito al consumo y con relación a las obligaciones de información de la entidad de crédito para con sus clientes previstas en la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo, ha declarado en su sentencia de 18 de diciembre de 2014, asunto 449/13, caso Bakkaus, apartados 31 y 32, que si una cláusula predispuesta por el empresario en la que el consumidor reconoce haber recibido la información sobre el contrato significara, en virtud del Derecho nacional, el reconocimiento por el consumidor del pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales a cargo del prestamista, originaría como consecuencia una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones que podría perjudicar la efectividad de los derechos reconocidos al consumidor por la Directiva, por lo que las disposiciones de esta se oponen a que, en razón de una cláusula tipo, el juez deba considerar que el consumidor ha reconocido el pleno y debido cumplimiento de las obligaciones precontractuales que incumben al prestamista, de modo que esa cláusula origine así una inversión de la carga de la prueba del cumplimiento de esas obligaciones que pueda perjudicar la efectividad de los derechos reconocidos por la Directiva.

43.- La falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no pudo comparar la oferta del préstamo hipotecario multdivisa con las de otros préstamos, o con la opción de mantener los préstamos que ya

tenían concedidos y que fueron cancelados con lo obtenido con el préstamo multidivisa, que originó nuevos gastos a los prestatarios, a cuyo pago se destinó parte del importe obtenido con el nuevo préstamo.

La situación económica de los prestatarios se agravó severamente cuando el riesgo de fluctuación se materializó, de modo que no solo las cuotas periódicas de reembolso se incrementaron drásticamente, sino que la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se incrementó en vez de disminuir a medida que iban pagando cuotas periódicas, lo que les resultó perjudicial cuando el banco ejerció su facultad de dar por vencido el préstamo anticipadamente y exigir el capital pendiente de amortizar en un proceso de ejecución hipotecaria, que resultó ser superior al que habían recibido del prestamista al concertar el préstamo. También se agravó su situación jurídica, puesto que concurrieron causas de vencimiento anticipado del préstamo previstas para el caso de depreciación del euro frente a la divisa en que se denominó el préstamo, por más que la causa de vencimiento anticipado que empleó Barclays para hacer uso de su facultad fuera el impago de las cuotas.

44.- También alega la recurrida, al hilo de lo declarado por la Audiencia Provincial en su sentencia, que la cláusula que permitía al prestatario cambiar de divisa en la denominación del préstamo (la cláusula habla de cambio de la moneda en que esté «representado» el principal del préstamo) eliminaba el riesgo derivado de la fluctuación de la divisa.

45.- Es cierto que el considerando trigésimo de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, tras hacer referencia a los «importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera», afirma que «el riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato de crédito, o bien mediante otros procedimientos».

Esta previsión se concreta en el art. 23 de la Directiva. Pero la exigencia de medios de limitación del riesgo tales como la posibilidad de cambiar la divisa en la que está representado el capital del préstamo, y en concreto cambiar a la moneda en que el prestatario tiene sus ingresos, no releva al banco de sus obligaciones de información precontractual. Esta cláusula no se prevé como alternativa a la obligación de informar al prestatario sobre los riesgos. Se trata de exigencias cumulativas.

Es más, la Directiva contempla que se establezca, como mecanismo de limitación de riesgos, la posibilidad de cambiar la moneda en que está representado el capital del préstamo en un contexto normativo de refuerzo de la información que debe facilitarse durante la ejecución del contrato. El art. 23.4 de la citada Directiva prevé: En lo que se refiere a los consumidores que tengan un préstamo en moneda extranjera, los Estados miembros se asegurarán de que el prestamista les dirija advertencias regulares, en papel o en otro soporte duradero, como mínimo cuando el valor del importe adeudado por el consumidor del préstamo o de las cuotas periódicas difiera en más del 20 % del importe que habría correspondido de haberse aplicado el tipo de cambio entre la moneda del contrato de crédito y la moneda del Estado miembro que estaba vigente en la fecha de celebración del contrato de crédito. En la advertencia se informará al consumidor del incremento del importe adeudado por este, se mencionará cuando proceda el derecho de conversión en una moneda alternativa y las condiciones para ello, y se explicará cualquier otro mecanismo aplicable para limitar el riesgo de tipo de cambio a que esté expuesto el consumidor

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

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

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

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

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

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

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

49.- Por tanto, la posibilidad de cambio de divisa, aunque supone un cierto mecanismo de limitación del riesgo de fluctuación en los casos de previsible apreciación de la divisa en un futuro próximo, ni elimina los riesgos asociados a la posibilidad de depreciación del euro

frente a la divisa elegida, ni dispensa al predisponente de sus obligaciones de transparencia en la información precontractual que facilite a sus potenciales clientes y en la redacción de las cláusulas del préstamo hipotecario. Para que pueda tener alguna eficacia, el banco debe informar con antelación, de modo claro y comprensible, sobre las consecuencias de hacer uso de esa cláusula y ofrecer al consumidor no experto una información adecuada durante la ejecución del contrato.

SEXTO.- La conclusión que se desprende de esta aplicación es, como se ha expuesto, que las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia que desde la sentencia 241/2013, de 9 de noviembre se funda por el TS en los arts. 60.2, 80.1 y 82.1 TRLCU y el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, porque los prestatarios no han recibido una información adecuada sobre la naturaleza de los riesgos asociados a las cláusulas relativas a la denominación en divisas del préstamo y su equivalencia con la moneda en que los prestatarios reciben sus ingresos, ni sobre las graves consecuencias asociadas a la materialización de tales riesgos no siendo necesario por tanto entrar en las consideraciones efectuadas respecto al vicio del consentimiento de forma subsidiaria (su existencia, caducidad de la acción, o demás cuestiones alegadas en la contestación).

SÉPTIMO.- Consecuencias de la nulidad

Continúa diciendo la STS: “La nulidad total del contrato préstamo supone 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 eliminara 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.

4.- Lo realizado en esta sentencia constituye, en realidad, la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que establece la posibilidad de que el capital esté denominado en euros) y que responde a las exigencias de una disposición nacional, como la contenida en preceptos como los arts. 1170 del Código Civil y 312 del Código de Comercio , que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, lo cual es un requisito inherente a las obligaciones dinerarias.

No existe problema alguno de separabilidad del contenido inválido del contrato de préstamo.

55.- Esta sustitución de régimen contractual es posible cuando se trata de evitar la nulidad total del contrato en el que se contienen las cláusulas abusivas, para no perjudicar al consumidor, puesto que, de otro modo, se estaría contrariando la finalidad de la Directiva sobre cláusulas abusivas. Así lo ha declarado el TJUE en la sentencia de 30 de abril de 2014 (caso Kásler y Káslerné Rábai , asunto C-26/13), apartados 76 a 85”

OCTAVO.- No procede entrar a considerar la nulidad de otras posibles cláusulas toda vez que únicamente en conclusiones es cuando se ha hecho referencia por la letrada a la cláusula de gastos, intereses y renuncia al fuero propio, sin que las mismas hayan sido tratadas de manera particular, concreta y expresa en la demanda ni fijadas como hechos controvertidos en la audiencia previa, estimando que dicha mención en ese momento cuando en el suplico solo se dice ("del resto") es extemporánea, contraria al principio dispositivo, de rogación y preclusión, sin que la posibilidad de control de oficio de las cláusulas abusivas por parte del Juzgado pueda convertirse en un cajón de sastre que supla la actuación de los Letrados encargados de la defensa.

NOVENO.- En virtud de lo dispuesto en el art.394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo la demanda estimada en lo sustancial procede la condena en costas de la parte demandada

Por lo expuesto, y en virtud de la potestad jurisdiccional que me ha sido otorgada por la Constitución

FALLO

Que **ESTIMO en lo sustancial la demanda** formulada por el Procurador Sr. Iglesias Arauzo nombre y representación de ASUFIN quien a su vez actúa en nombre de D^a [REDACTED] asistidos del letrado Sr.Lunas Díaz contra BANCO POPULAR SA representados por la Procuradora Sra. Matud Juristo y asistido del letrado Sr. Machado Rubiño se declara la nulidad de la cláusula u opción multidivisa del préstamo hipotecario multidivisa suscrito con los asociados en cuyo interés se actúa en estos autos, por falta de transparencia de dichas cláusulas, y de los aspectos multidivisa de los contratos de modificación celebrados para la novación o carencia del primero del que traen causa, condenando a la entidad demandada a eliminar de su contrato dicha condición general sobre la opción multidivisa y sus accesorias o cualquier otra que, con independencia de los términos en que esté redactada y el nombre que se les dé, produzca el mismo efecto y a prohibir su utilización futura. En consecuencia, se condena a la entidad demandada a recalcular el importe pendiente de amortizar a través de un cuadro de amortización en euros, referenciado al tipo de interés y diferencial previsto para este supuesto en el contrato, así como a devolver a la prestataria las cantidades que se hubiesen cobrado en exceso en virtud de la aplicación de la cláusula/s declarada/s nula/s, actualizado con los intereses legales correspondientes. A tal fin se condenará a la entidad a estar y pasar por esta declaración, adoptando al efecto las medidas necesarias para esta adaptación, como la elaboración de la tabla comparativa entre lo efectivamente abonado por todos los conceptos y lo que se tendría que haber abonado y corriendo con todos los gastos que se deriven del cumplimiento del fallo todo ello con condena en costas

Procédase a la aplicación del art. 22 LCGC por la Letrada de la Administración de Justicia

Esta resolución no es firme y contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante la Audiencia Provincial

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

PUBLICACION.- Esta sentencia ha sido publicada en la forma permitida u ordenada en la Constitución y las leyes, de lo que yo, el Secretario, doy fe.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.