

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

C/ Gran Vía 12

Tfno: 914937071

Fax: 917031648

42020310

NIG: 28.079.00.2-2017/0149638

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 9063/2017

Materia: Cláusulas GRI - Multidivisa

NEGOCIADO 3 BIS

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

PROCURADOR D./Dña. ANGEL FRANCISCO CODOSERO RODRIGUEZ

Demandado: CAIXABANK SA

PROCURADOR D./Dña. ELENA MARIA MEDINA CUADROS

SENTENCIA Nº 2002/2019

En Madrid, a 8 de marzo de 2019.

Vistos por mí, M^a Teresa RUBIO CABRERO, 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 9063/2017, sobre nulidad de condiciones generales de contratación, a instancia de [REDACTED] y [REDACTED] representados por el Procurador Ángel Francisco CODOSERO RODRIGUEZ, y dirigidos contra **CAIXABANK SA** representada por la Procuradora Elena MEDINA CUADROS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador Ángel Francisco CODOSERO RODRIGUEZ, 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 conforme a los pedimentos de su demanda, con expresa imposición de costas a la parte demandada.



SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se emplazó a la demandada en un plazo de veinte días para que se personase y contestase a la demanda interpuesta de contrario, 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.- y verificado lo anterior, las partes fueron citadas a la Audiencia Previa, compareciendo ambas, y resueltas las cuestiones procesales, propusieron prueba. El día del juicio 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.- En el presente procedimiento se ejercita por la parte actora una acción de nulidad del clausurado multidivisa inserto en el contrato de préstamo con garantía hipotecaria suscrito entre los hoy actores y la entidad CAIXABANK a fecha de 27 de febrero de 2008; préstamo que tenía por objeto la adquisición de una vivienda. El capital inicial que se otorgó fueron 63.948.000 yenes equivalentes a 400.000 euros, con un plazo de devolución a 30 años, y permitiendo la posibilidad de cambio de divisa. El interés pactado venía referenciado a un diferencial de 0,50 que se adicionaría al índice de Libor o Euribor según la divisa escogida.

Con tales premisas, la actora invocaba la nulidad de las pretendidas Cláusulas Financieras que hacían referencia a la opción multidivisa por error vicio del consentimiento, por abusivas y por vulneración de la normativa imperativa aplicable; incidiendo en todos los supuestos en la falta de información facilitada al consumidor.

Frente a tales pretensiones se alza la entidad bancaria demandada oponiendo, en síntesis, que el contrato de multidivisas no es un instrumento financiero, siendo la auténtica voluntad de los actores obtener otra hipoteca distinta en euros; añadiendo a lo anterior que las partes fueron debidamente informadas tanto de las características como de los riesgos y de las variaciones del cambio de divisa. Invocaba así mismo la caducidad de la acción de anulabilidad



por vicios del consentimiento por haber transcurrido, en exceso, el plazo legal para su ejercicio, y la no aplicación de la normativa del Mercado de Valores a la hipoteca multidivisa. Añadía a lo anterior, que no cabía declarar la nulidad parcial del préstamo hipotecario por error vicio del consentimiento, invocando la caducidad de la acción en este último supuesto.

SEGUNDO.- A fin de centrar la acción que se va a dilucidar en este procedimiento se ha de sustanciar con carácter previo la nulidad por vicio del consentimiento interesada.

En lo que se refiere a la declaración de nulidad que se pide por vicio en el consentimiento, no puede prosperar por que la demandante no insta la nulidad íntegra del contrato, sino solo de una o varias cláusulas separadamente, el clausulado multidivisa y alguna otra como el afianzamiento invocando el referido vicio, supuesto en el que no cabe pedir la nulidad del contrato por concurrencia de vicio en el consentimiento.

Así se pronuncia de forma reiterada el Tribunal Supremo, pudiendo citarse a tales efectos las sentencias de 1 de julio de 2016 y 2 de febrero de 2017, que vienen a sentar la doctrina siguiente:

STS de 1 de julio de 2016: *"La petición contenida en la demanda tenía su sentido pues, como hemos recordado recientemente con motivo de un recurso en el que se había pretendido la nulidad por error vicio de las cláusulas relativas al derivado financiero de un contrato de préstamo, no cabía la nulidad parcial de una cláusula basada en el error vicio (Sentencia 380/2016, de 3 de junio). Si el error es sustancial y relevante, y además inexcusable, podría viciar la totalidad del contrato, pero no declararse por este motivo la nulidad de una parte con la subsistencia del resto del contrato"*.

STS de 2 de febrero de 2017: *"Aunque el incumplimiento de los deberes de información sí podría tener incidencia en la apreciación del error vicio, la nulidad por este vicio del consentimiento debía conllevar la ineficacia de la totalidad del contrato y no sólo de la cláusula que contiene un derivado implícito. Y en este sentido nos hemos pronunciado en otras ocasiones, por ejemplo en la sentencia 450/2016, de 1 de julio: «Como hemos recordado recientemente con motivo de un recurso en el que se había pretendido la nulidad por error vicio de las cláusulas relativas al derivado financiero de un*



contrato de préstamo, no cabía la nulidad parcial de una cláusula basada en el error vicio (Sentencia 380/2016, de 3 de junio). Si el error es sustancial y relevante, y además inexcusable, podría viciar la totalidad del contrato, pero no declararse por este motivo la nulidad de una parte con la subsistencia del resto del contrato». En cuanto se había pedido en la demanda únicamente la nulidad de la cláusula relativa al derivado implícito, y no del resto del contrato, el motivo debe desestimarse porque el incumplimiento de los deberes de información invocados en ningún caso podría justificar lo pedido en la demanda”.

Si no cabe dicha acción, tampoco procede pronunciarse sobre la caducidad invocada por la entidad demandada.

TERCERO.- Sentado lo anterior y en relación con el objeto principal del procedimiento, este se circunscribe a la nulidad de la Cláusula Financiera multidivisa, opción de cambio de divisas, que para el préstamo referenciado sería el LIBOR más un 0,50 sin vinculación ni bonificación, en base a la falta de información prestada por el profesional -entidad crediticia- a los prestatarios sobre el producto complejo ante el que se encontraban, 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.

A tal efecto, 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.

- Aplicabilidad de la normativa sobre mercado de valores

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

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



la reforma operada por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, traspone la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (Directiva MiFID).

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

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

Tampoco estarían comprendidas en el concepto de «negociación por cuenta propia» al que se refiere la sección A, punto 3, del anexo I de la Directiva MiFID (apartado 58) ni forman parte de la categoría de «servicios auxiliares» del anexo I, sección B, de la Directiva MiFID (apartado 62), pues esto solo sucedería si el crédito o el préstamo se



concede a un inversor para la realización de una operación en uno o varios instrumentos financieros, cuando la empresa que concede el crédito o préstamo participa en la operación (apartado 63) y tales operaciones de cambio no están vinculadas a un servicio de inversión (apartado 67), ni se refieren a uno de los instrumentos financieros del anexo I, sección C, de dicha Directiva (apartado 68).

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

Por tanto, las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste (apartado 72), lo que diferenciaría este supuesto del que fue objeto de la sentencia de 30 de mayo de 2013, caso *Genil 48 S.L.*, asunto C-604/2011 (apartado 73).

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

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

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



- Aplicabilidad normativa de protección de los consumidores

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

11.- De acuerdo con estas sentencias del TJUE, no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas.

La jurisprudencia de esta sala, con base en el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas y los arts. 60.1, 80.1 y 82.1 TRLCU, ha exigido también que las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores cumplan con el requisito de la transparencia a que se refieren las citadas sentencias del TJUE.

Esta línea jurisprudencial se inicia a partir de la sentencia 834/2009, de 22 de diciembre y se perfila con mayor claridad a partir de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, hasta las más recientes sentencias 171/2017, de 9 de marzo, y 367/2017, de 8 de junio.

14.- En estas sentencias se ha establecido la doctrina consistente en que, además del filtro de incorporación previsto en los arts. 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato.



Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo.

15.- A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato.

Esto excluye que pueda empeorarse la posición jurídica o agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor, tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque no se le facilitó información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula.”

CUARTO.- En orden al **control de transparencia**, la reciente **Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2018**, señala:

11.- 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 LGDCU, ha exigido también que las condiciones generales de los contratos concertados con los consumidores cumplan con el requisito de 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.

12.- 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.

13.- 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.

14.- 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.

15.- En nuestras sentencias 323/2015, de 30 de junio, y 608/2017, de 15 de noviembre, 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 esas sentencias:



"Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. [...] El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo.

"Esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas "hipotecas multidivisa" se han apreciado, por lo que los prestamistas deben abonar cuotas más elevadas y en muchos casos deben ahora una cantidad en euros mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos".

QUINTO.- Y en orden al deber de información es donde la anterior resolución, manteniendo la línea jurisprudencial ya iniciada con anterioridad, insiste en que dicha información precontractual



necesaria debe verificarse por escrito, no bastando con la información verbal que pudiera suministrar el empleado de la sucursal.

A tal efecto, la citada Sentencia continúa señalando:

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

También lo hizo la STJUE *Andriciuc*, cuyo apartado 48 declara:

"Por lo demás, es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencias de 21 de marzo de 2013, *RWE Vertrieb*, C 92/11, EU:C:2013:180, apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C 154/15, C 307/15 y C 308/15, EU:C:2016:980, apartado 50).

17.- Los apartados 49 de la sentencia *Andriciuc* y 74 de la sentencia *OTP Bank* precisan cómo se concretan esas obligaciones de información en el caso de préstamos en divisas:

"En el presente asunto, por lo que respecta a los préstamos en divisas como los controvertidos en el litigio principal, es preciso señalar, como recordó la Junta Europea de Riesgo Sistémico en su Recomendación JERS/2011/1, de 21 de septiembre de 2011, sobre la concesión de préstamos en moneda extranjera (JERS/2011/1) (DO 2011, C 342, p. 1), que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, y comprender al menos los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda de curso legal del Estado miembro del domicilio del prestatario y de



un aumento del tipo de interés extranjero (Recomendación A-Conciencia del riesgo por parte de los prestatarios, punto 1)".

El apartado 75 de la sentencia *OTP Bank*, en los mismos términos que lo hizo el apartado 50 de la sentencia *Andriciuc*, añade:

"Más concretamente, el prestatario deberá, por una parte, estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos en relación con la divisa extranjera en la que se le concedió el préstamo. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto la entidad bancaria, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera (véase, en este sentido, la sentencia de 20 de septiembre de 2017, *Andriciuc* y otros, C 186/16, EU:C:2017:703, apartado 50)".

18.- En el presente caso, no existió esa información precontractual necesaria para que los prestatarios conocieran adecuadamente la naturaleza y riesgos vinculados a las cláusulas relativas a la divisa en que estaba denominado el préstamo.

Caixa Catalunya no les entregó ninguna información por escrito sobre estos riesgos con anterioridad a la suscripción del préstamo, pues las gestiones fueron telefónicas. No hay prueba de que las informaciones verbales fueran más allá de advertencias genéricas sobre el riesgo de fluctuación de la divisa.

No hay prueba de que se les entregara con la antelación exigida la oferta vinculante. Requerida Caixa Catalunya para que la aportara al proceso, no lo hizo, y el hecho de que en la escritura pública se afirmara la coincidencia de las condiciones de la escritura con la oferta vinculante, como menciona la Audiencia Provincial en su sentencia, no prueba que la misma hubiera sido entregada a los demandantes con la debida antelación, como ya afirmamos en la anterior sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, menos aún que en ella se informara adecuadamente sobre los riesgos específicos que presenta este tipo de préstamo.



Además, la información que previamente les había suministrado Bankinter tampoco informaba sobre estos riesgos, al limitarse a informar sobre algunas de las condiciones del préstamo (comisiones, tipo de referencia y diferencial según el préstamo fuera en francos suizos, en yenes, o en euros, documentación a presentar por el cliente).

19.- Para determinar la información que Caixa Catalunya debió suministrar a los demandantes tiene especial relevancia la diferenciación entre la divisa en que se denominó el préstamo, pues en ella se fijaba el capital prestado y el importe de las cuotas de amortización (respecto del que habría que determinar su equivalente en euros en cada vencimiento), a la que podemos llamar "moneda nominal", y la moneda en la que efectivamente se entregó a los demandantes el importe del préstamo y se pagaron por estos las cuotas mensuales, el euro, que podemos llamar "moneda funcional". En la cláusula en la que se especificaba, denominada en divisa, el capital prestado, se fijaba también su equivalencia en euros.

20.- Era exigible a Caixa Catalunya que hubiera informado a los prestatarios sobre los riesgos que derivaban del juego de la moneda nominal del préstamo, primero el franco suizo y posteriormente el yen japonés, respecto de la moneda funcional, el euro, en que se realizaron efectivamente las prestaciones derivadas de su ejecución (esto es, la entrega efectiva del capital a los prestatarios y el pago efectivo por estos de las cuotas mensuales de amortización).

21.- En concreto, Caixa Catalunya no explicó 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.

Esa información era necesaria para que los prestatarios pudieran haber adoptado una decisión fundada y prudente y pudieran haber comprendido los efectos en las cuotas de una fuerte depreciación de la moneda en la que recibían sus ingresos. Así lo declaran las sentencias del TJUE *Andriciuc* y *OTP Bank*.

22.- Un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, puede conocer que las divisas fluctúan y que,



en consecuencia, las cuotas de un préstamo denominado en divisa extranjera, pero en el que los pagos efectivos se hacen en euros, pueden variar conforme fluctúe la cotización de la divisa. Hasta aquí, el razonamiento de la Audiencia Provincial sobre esta cuestión es correcto.

Pero, a diferencia de lo afirmado por la Audiencia Provincial, este consumidor no necesariamente puede conocer, sin la información adecuada, que la variación del importe de las cuotas debida a la fluctuación de la divisa puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos. De ahí que las sentencias del TJUE *Andriciuc* y *OTP Bank* exijan una información adecuada sobre las consecuencias que puede llegar a tener la materialización de este riesgo, sobre todo en los casos en que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en la divisa.

23.- Caixa Catalunya tampoco informó a los demandantes de otros riesgos importantes que tienen este tipo de préstamos. 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.

En relación con este riesgo, es significativo que, transcurridos siete años desde la concertación del préstamo, pese a que los prestatarios habían abonado las cuotas de amortización del préstamo, comprensivas de capital e intereses, la equivalencia en euros del capital adeudado fuera superior al adeudado al inicio del préstamo.

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, bien porque quiera contratar el préstamo hipotecario con otra entidad y subrogar a esta como acreedor hipotecario en lugar de Caixa Catalunya.

24.- Este riesgo de recálculo al alza de la equivalencia en euros del importe en divisa del capital pendiente de amortizar por las oscilaciones del cambio de divisa traía asociados otros, sobre los que tampoco se informó a los demandantes.

Tales riesgos estaban relacionados con la obligación de los prestatarios de amortizar parcialmente el préstamo si el equivalente en euros del capital pendiente de amortizar en divisas superaba en más de un 5% el que se adeudaba inicialmente, y la facultad que se otorgaba al banco prestamista de resolver anticipadamente el préstamo y exigir el pago del capital pendiente de amortizar en caso de que los prestatarios no realizaran esa amortización parcial y también en caso de que, como consecuencia de la fluctuación de la divisa, el valor de tasación de la finca llegara a ser inferior al del contravalor en euros del principal del préstamo garantizado pendiente de amortizar en cada momento.

El impago del capital pendiente de amortizar en caso de que el banco ejercitara esa facultad de dar por vencido el préstamo anticipadamente permitía al banco promover la ejecución hipotecaria, que podía suponer que los demandantes perdieran su vivienda.

25.- 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.

Como dijimos en la sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, 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 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 y ejecutar la hipoteca como consecuencia de la fluctuación de la divisa.

26.- 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.

27.- 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, bajo el riesgo de que, de no hacerlo, el banco pudiera ejecutar la hipoteca y subastar su vivienda.



SEXTO.- Trasladado lo anterior al supuesto de hecho que nos ocupa y partiendo 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, del conjunto de la prueba practicada en autos en modo alguno queda acreditado que los prestatarios pudieran conocer tanto la carga económica como la carga jurídica de la obligación que contraían, ni de los riesgos inherentes a la operación por 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.

Partiendo que no existe, o no se ha aportado al procedimiento a fin de acreditar las alegaciones efectuadas por la entidad demandada, una información precontractual suficiente de los riesgos que corría el prestatario tanto en relación con las cuotas como con el capital; pudiendo añadir a lo anterior que ninguna de las partes preguntó al actor qué información había recibido con carácter previo, si la misma fue escrita o no, si se realizaron simulaciones, teniendo esta juzgadora que formulas dichas preguntas; deviene de tal declaración que dicha información previa y por escrito no fue facilitada y ello con plena independencia que aquel se acogiera a la oferta de un sindicato de navegación aérea o al de otro pues lo cierto es que la entidad bancaria fue quien de forma activa publicitó la contratación del producto mediante los folletos informativos aportados a la causa. Es más, en los mismos se hace referencia a la hipoteca multidivisa (comisiones, diferencial, gastos, tipo de divisa, posibilidad de cambio, intervención notarial del documento) pero no a los riesgos que la misma entraña. Únicamente en el folleto del año 2011 -posterior a la contratación del producto en el año 2008- se comienza a mencionar algo de un riesgo en el tipo de cambio de forma muy somera y sin explicitar.

En orden a la valoración de la declaración prestada por los dos empleados de la entidad demandada que comercializó el producto, [REDACTED] y [REDACTED] se ha de acoger en este punto la doctrina de las AAPP (por todas sentencias de la Sección 25ª de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 24 de julio de 2018) insistiendo en que no esa prueba suficiente al carecer "en todo caso,



por sí solo, de la necesaria virtualidad y eficacia probatorias para acreditar el extremo fáctico relativo a la forma en que fue comercializado el producto financiero en cuestión, al no estar dotado de la imparcialidad y objetividad exigibles e inherentes a toda prueba testifical. Y ello, en primer lugar, por la relación de dependencia laboral que continúa manteniendo con la entidad bancaria demandada; en segundo lugar, por el evidente e innegable interés en el asunto al haber intervenido en los hechos litigiosos en nombre de la propia entidad demandada; y, finalmente, en tercer lugar, porque, en todo caso, la afirmación como cierto del hecho de haber facilitado a los consumidores una correcta información precontractual sobre el contenido y los riesgos del producto financiero en cuestión resultaba beneficioso o ventajoso para los intereses de la propia entidad demandada en relación con el resultado del litigio.

Aun cuando se hubiera tenido presente las declaraciones de ambos la falta de información quedaría más patente pues [REDACTED] [REDACTED] entendió que como se trataba de mejorar una oferta el producto ya estaba explicado y [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] que como ya había comenzado la comercialización su compañera, las explicaciones estaban dadas.

Todo lo anterior evidencia que sin un sustrato probatorio escrito que apoye la declaración de dichos empleados en relación con la información facilitada al cliente con carácter previo a la contratación -el riesgo en la cuota y en el capital como consecuencia de la fluctuación de la divisa- carece de virtualidad suficiente para entender acreditado ese extremo, máxime cuando aquellos revelaron una memoria selectiva en el plenario en relación con los aspectos que recordaba o no de la negociación pues se habían leído el expediente por el tiempo transcurrido pero si recordaban detalles nimios como el diferencial ofertado por otra entidad; no quedando así mismo tal alegación acreditada en el presente supuesto.

No consta que a la actora fuera suministrada información referida a que la divisa fluctúa diariamente y que esa fluctuación a la baja y al alza afectará no solo a la cuota que se ha de abonar pudiendo producir incrementos de la misma no por el aumento del diferencial Libor (ello puede ser entendido por un consumidor medio por el comportamiento del Euro) sino también por la oscilación diaria del mercado de divisas. El segundo riesgo quizás más importante que el anterior y con una mayor complejidad de comprensión, es que tales oscilaciones afectan también



al capital pudiendo llegar un momento, como de facto aconteció, que los prestatarios pese a abonar de forma puntual y escrupulosa sus cuotas, aguantando los incrementos de las mismas, debieran más capital del inicialmente solicitado.

Los recibos del estado del préstamo remitidos por la entidad, la información fiscal, los extractos bancarios, son informaciones posteriores a la contratación y no anteriores a la misma; no acreditando así mismo una comprensión completa del funcionamiento del producto ni menos la información del riesgo sino su puesta en conocimiento de la parte una vez que se ha materializado.

En consecuencia y por todo lo anterior, no habiéndose 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 o por seguir abonado el que ya tenían concertado, habiéndose ahorrado gastos; procede declarar la nulidad por abusiva de la cláusula impugnada.

SEPTIMO.- En orden a las consecuencias de la declaración de nulidad, señala la aludida sentencia 608/17 de 15 de noviembre del Plano de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que "La falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no pudo comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos, o con la opción de mantener los préstamos que ya tenían concedidos y que fueron cancelados con lo obtenido con el préstamo multidivisa, que originó nuevos gastos a los prestatarios, a cuyo pago se destinó parte del importe obtenido con el nuevo préstamo.

La situación económica de los prestatarios se agravó severamente cuando el riesgo de fluctuación se materializó, de modo que no solo las cuotas periódicas de reembolso se incrementaron drásticamente, sino que la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar



se incrementó en vez de disminuir a medida que iban pagando cuotas periódicas”

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

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

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

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

Esta sustitución de régimen contractual es posible cuando se trata de evitar la nulidad total del contrato en el que se contienen las cláusulas abusivas, para no perjudicar al consumidor, puesto que, de otro modo, se estaría contrariando la finalidad de la Directiva sobre cláusulas abusivas.”

En cuanto su forma de determinación, dispone el artículo 219 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que “1. Cuando se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a



percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética.

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

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

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

OCTAVO.—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.

NOVENO.- 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, existiendo a mayores un requerimiento previo, procede imponer las costas a la entidad demandada.

Vistos los preceptos legales y demás de aplicación,

FALLO

Que con ESTIMACIÓN TOTAL demanda interpuesta por la Procurador Ángel Francisco CODOSERO en nombre y representación de [REDACTED] [REDACTED] y [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] contra la entidad CAIXABANK SA y en consecuencia; debo declarar y declaro la NULIDAD del clausulado multidivisa contenido en la escritura del fecha 27 de febrero de 2008, lo que implica la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros y en su consecuencia condeno a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a que:

a) minore la cifra de capital pendiente de amortizar haciéndola coincidir con la que resulte ser la cifra de capital pendiente de amortizar producto de recalcular desde el inicio el préstamo con el tipo de referencia (Euribor) y diferencial establecidos en la escritura para el supuesto del préstamo en euros.

b) restituya a los actores las cantidades que se hubieran podido cobrar en exceso por aplicación del citado clausulado multidivisa resultado de liquidar las restantes diferencias de cuotas.

c) restituya las cantidades percibidas en concepto de comisiones de tipo de cambio, abonadas por el cliente como consecuencia de la aplicación del clausulado multidivisa y en general las cantidades que hubieran podido pagar indebidamente por aplicación de la citada cláusula.

Todo ello más los intereses legales y con expresa imposición de costas a la demandada.



Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra ella podrá interponerse, ante este Juzgado, recurso de apelación en el plazo de veinte días desde el siguiente a la notificación. El recurso será resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid previa la constitución de un depósito de 50 €, en la cuenta IBAN ES55 0049 5284 0000 04 9063 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 0000 04 9063 17.

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

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

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 MARÍA TERESA RUBIO CABRERO