

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 101 BIS CLÁUSULAS- DE MADRID
C/ Gran Vía 12
Tfno: 914937071
Fax: 917031648
42020310

NIG: 28.079.00.2-2017/0112015

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 1975/2017

Materia: Cláusulas GRI - Multidivisa

NEGOCIADO 5 BIS

Demandante: D. [REDACTED] y Dña. [REDACTED]
PROCURADOR D. ANGEL FRANCISCO CODOSERO RODRIGUEZ

Demandado: CAIXABANK SA
PROCURADOR D. JAVIER SEGURA ZARIQUIEY

SENTENCIA Nº 376/2019

En Madrid, a 10 de enero de 2019

Vistos por mí, D. Roberto Fernández Muñoz, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 101 bis de Madrid, los presentes autos de Juicio Ordinario 1975/17, seguidos por D. [REDACTED] y Dña. [REDACTED] representados por el Procurador de los Tribunales D. Ángel Francisco Codosero Rodríguez, contra **CAIXABANK, S.A.**, representada por el Procurador de los Tribunales D. Francisco Javier Segura Zaraqúey, sobre anulabilidad y subsidiaria nulidad contractual por cláusulas abusivas, procede dictar la presente resolución en base a los siguientes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por turno de reparto correspondió a este Juzgado el conocimiento de la precedente demanda de Juicio Ordinario, en la que la parte actora, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que se dictase sentencia de conformidad con el suplico de su demanda.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se ordenó emplazar a la sociedad demandada para que en el término de veinte días compareciera en los autos y contestara a la demanda, bajo apercibimiento de rebeldía.



Presentada la contestación en tiempo y forma, por diligencia de ordenación se señaló para la celebración de la Audiencia Previa.

TERCERO.- El día señalado tuvo lugar la Audiencia previa a la que comparecieron los Letrados y Procuradores de las partes. Tras ratificarse en sus respectivos escritos de demanda y contestación y fijar hechos controvertidos, se acordó el recibimiento del pleito a prueba. Tras proponer las partes sus respectivos medios de prueba, y declarada su pertinencia, se citó a las partes para la celebración del juicio el día 27 de noviembre de 2018.

CUARTO.- El juicio se celebró el día señalado practicándose las pruebas con el resultado que consta en el soporte videográfico unido a las actuaciones y, tras la fase de conclusiones, se declaró el juicio visto para Sentencia.

QUINTO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Planteamiento de las partes.-

La parte actora promueve el presente procedimiento frente a la entidad bancaria CAIXABANK S.A., con la finalidad de que se dicte Sentencia por la que se declare la nulidad parcial del préstamo con garantía hipotecaria formalizado el día 22 de febrero de 2007, excluyendo del mismo las cláusulas y condiciones en virtud de las cuales los prestatarios se endeudan en una divisa extranjera y se obligan a pagar en dicha divisa las cuotas de amortización, bien por existencia de vicios en el consentimiento prestado por los prestatarios, bien por el carácter abusivo de la cláusula multidivisa, al no superar los requisitos o control de transparencia.

Solicita por ello que se condene a la demandada a dejar referenciado el préstamo a moneda euros, desde el origen, aplicando el interés pactado y recalculando las cuotas pagadas hasta la fecha con aplicación del exceso de pago realizado a partir del devengo de la primera cuota a la amortización anticipada del capital con los intereses correspondientes, tal y como sería un préstamo hipotecario absolutamente normal que se liquida en la moneda propia del país en que se celebra dicho contrato, y referenciado al Euribor, con expresa condena con costas a la demandada.



La entidad demandada se opone alegando en primer lugar la inviabilidad de las pretensiones formuladas por la demandante y la **caducidad o prescripción de la acción ejercitada**. En cuanto al fondo, señala que no existió error por vicio en el consentimiento prestado por la parte actora, que fue quien acudió a **CAIXABANK S.A** interesado en la modalidad multidivisa, tras ser informado por un agente comercial llamando [REDACTED]. Que recibiendo información suficiente y adecuada por parte de la entidad, decidiendo libre y voluntariamente suscribir el producto litigioso. Considera pues que fue decisión personal del prestatario tanto la elección de la divisa de endeudamiento inicial como su mantenimiento o sustitución a lo largo de la vida del préstamo.

Sostiene que el préstamo en divisas es un simple préstamo, no un instrumento financiero derivado ni de servicios de inversión, como ha determinado la Sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, que no pudo existir error en el consentimiento porque las cláusulas son claras y advierten expresamente de los riesgos de cambio, que la cantidad prestada permanece inalterable desde el inicio, y que la fluctuación de la moneda fue precisamente lo que movió a los prestatarios a contratar el préstamo, evitando pagar el Euribor, que alcanzó sus máximos históricos en los años 2008/2009, sin que sea factible realizar previsiones seguras a medio o largo plazo sobre la evolución de los tipos de cambio, sin que exista obligación para Bankinter de suministrar información sobre los mismos.

SEGUNDO.- Caducidad-Prescripción de la acción ejercitada

La imprescriptibilidad de la acción para declarar la nulidad de pleno derecho es una cuestión pacífica en nuestra jurisprudencia. Como señala el Tribunal Supremo en su STS 1080/2008, de 14 de noviembre *“En cuanto a la prescripción de la acción de nulidad baste señalar que el Artículo 1301 del Código Civil se refiere a los contratos meramente anulables -en que concurran los requisitos que expresa el Artículo 1261, como refiere el Artículo 1300 - y no a aquellos que, como los simulados, quedan viciados de nulidad radical o absoluta, respecto de los cuales la acción para tal declaración es de carácter imprescriptible (sentencias de 4 noviembre 1996, EDJ 7294, 14 marzo 2000, EDJ 2512, 18 octubre 2005, EDJ 165809, 22 febrero 2007, EDJ 8524 y 18 marzo 2008, EDJ 48894, entre otras muchas)”. El vicio que puede motivar la declaración de nulidad de las cláusulas litigiosas no es un vicio del consentimiento, en el sentido del art. 1300 del Código Civil, que se refiere a la nulidad relativa o anulabilidad, respecto de aquellos contratos en los que concurran los elementos esenciales para su formación, esto es, consentimiento, objeto y*



causa. Por ello, no se le aplica el plazo de caducidad de cuatro años que el art. 1301 prevé para los supuestos de anulabilidad contractual. Por el contrario, la declaración de abusividad de la cláusula inserta en un contrato conlleva la sanción de nulidad absoluta o de pleno derecho, de acuerdo con la normativa especial en esta materia, contenida en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, cuyo art. 83 establece que *“las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas”*. Así, sentado el carácter de nulidad absoluta en la sanción que puede imponerse a la cláusula impugnada, de ser declarada abusiva y, constituyendo doctrina jurisprudencial la imprescriptibilidad de esta acción, procede desestimar las alegaciones de la demandada en relación con este extremo.

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

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

TERCERO.- Hipoteca multidivisa. Concepto y Naturaleza.-

Entrando ya en el fondo del asunto procede con carácter previo analizar las características del producto financiero objeto de litis. El Tribunal Supremo, en su sentencia 323/2015 del 30 de junio analiza este tipo de productos en los siguientes términos: Lo que se ha venido en llamar coloquialmente "hipoteca multidivisa" es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia



la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank Offerd Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).

El atractivo de este tipo de instrumento financiero radica en utilizar como referencia una divisa de un país en el que los tipos de interés son más bajos que los de los países que tienen como moneda el euro, unido a la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro en perjuicio del prestatario. Las divisas en las que con más frecuencia se han concertado estos instrumentos financieros son el yen japonés y el franco suizo. Como se ha dicho, con frecuencia se preveía la posibilidad de cambiar de una a otra divisa, e incluso al euro, como ocurría en el préstamo objeto de este recurso.

Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. 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 empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. 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.

Y añade: *"La Sala considera que la "hipoteca multidivisa" es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el art. 2.2 de dicha ley. Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el art. 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores, en relación al art. 2.2 de dicha Ley. La consecuencia de lo expresado es que la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y, en concreto, los del art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores y el citado Real Decreto."*

Sin embargo, la Sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, directamente vinculante y aplicable dada la supremacía de la normativa comunitaria, declara: *"67. Pues bien, las operaciones de cambio controvertidas en el litigio principal no están vinculadas a un servicio de inversión, en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39, sino a una operación que no constituye en sí misma un instrumento financiero, en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 17, de esta Directiva....70. Pues bien, un contrato de préstamo al consumo como el controvertido en el litigio principal no tiene por objeto la venta de un activo financiero a un precio determinado en el momento de la celebración del contrato.71. En efecto, por una parte, en un contrato como*



el controvertido en el litigio principal, 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 ésta 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.72. 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....75. De ello resulta, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, que las operaciones de cambio que realiza una entidad de crédito en el marco de la ejecución de un contrato de préstamo denominado en divisas, como el controvertido en litigio principal, no pueden calificarse de servicios de inversión, de manera que esta entidad no está sometida, en particular, a las obligaciones en materia de evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que pretende prestar previstas en el artículo 19 de la Directiva 2004/39.” Siendo la conclusión de la resolución que: “El artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, 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”.

Ante la aparente contradicción entre las STS y STJUE, que hacen que sea controvertida la aplicación de la Ley del Mercado de Valores a este tipo de contratos (la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid Sección 14ª de 19 de diciembre de 2016 la considera no aplicable), la Sección 3ª de la AP de Valladolid, en sentencia de 30 de junio de 2016, declara: "Cierto es que la STJUE de 3 de diciembre de 2015 sostiene que los préstamos multidivisas no son un instrumento financiero en tanto que las operaciones de cambio efectuadas por una entidad de crédito en virtud



de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas no constituyen un servicio o una actividad de inversión y concluye que las entidades financieras no están sometidas a las obligaciones en materia de la evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que pretende prestar previstas en el artículo 19 del Directiva MiFID. Tampoco serán de aplicación las obligaciones de información que prevé la LMV para productos de inversión comercializados por las entidades bancarias en España. Ahora bien, esta aparente contradicción entre la sentencia de TJUE y el TS, ha de resolverse a favor del segundo pues el hecho de que el TJUE, como máximo intérprete de la Directiva, haya dicho que en ella no se incluyen las hipotecas multdivisas, esto es, en ese ámbito mínimo de la Directiva, no resulta incompatible con el hecho de que el TS, competente para interpretar la legislación española, si incluye la hipoteca multdivisa como un producto derivado, complejo en el ámbito de la LMV. Una Directiva comunitaria y la ley estatal que la transpone son instrumentos diferentes. La Ley estatal tiene que respetar el contenido mínimo de la Directiva, pero puede tener un ámbito de aplicación más amplio permitiendo la inclusión de otros instrumentos financieros que la Directiva no incluye. En cualquier caso, y con independencia del debate suscitado sobre la normativa aplicable, la viabilidad de la acción de nulidad basada tanto -en la falta de transparencia y abusividad de las cláusulas como en la existencia de un error vicio de consentimiento- gira en torno a la demostración de que el cliente bancario recibió toda la información que le era necesaria para conformar un juicio cabal y completo de la operación a realizar, y esta obligación de informar recae sobre la entidad financiera por ser la que la conoce y debe transmitir tales conocimientos a la otra parte contratante de acuerdo con principio general de buena fe y lealtad negocial y el deber específico que le venía impuesto por la legislación sectorial a fin de tutelar los intereses de sus clientes y garantizar que estos tengan perfecto conocimiento de las características y riesgos que tenga el producto que se les ofrece por la entidad."

Así, el deber de información exigible a la entidad bancaria responde al principio general de que todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 del Código Civil y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el art. 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el



producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dictado una sentencia de fecha 20 de septiembre de 2017, en el asunto C-186/16 Ruxandra Paula Andriciuc y otros/Banca Româneasc? SA, en un supuesto de contratación de préstamo hipotecaria con cláusula multidivisa. En ella establece que cuando una institución financiera concede un préstamo denominado en divisa extranjera, debe facilitar al prestatario la información suficiente para que éste pueda tomar decisiones fundadas y prudentes.

Y en su reciente Sentencia de 20 de septiembre de 2017 el TJUE considera que la cláusula de que se trata forma parte del objeto principal del contrato de préstamo, por lo que su carácter abusivo únicamente podrá examinarse con arreglo a la Directiva en el supuesto de que no haya sido redactada de manera clara y comprensible. En efecto, la obligación de reembolsar un crédito en una determinada moneda constituye un elemento esencial del contrato de préstamo, puesto que no se refiere a una modalidad accesoria de pago, sino a la propia naturaleza de la obligación del deudor. A este respecto, el Tribunal de Justicia recuerda que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible obliga también a que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de que se trate. Y señala que incumbe al juez nacional verificar si se han comunicado al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso, permitiéndole evaluar el coste total de su préstamo. En este contexto, el Tribunal de Justicia señala que las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. Así, esta información debe referirse no sólo a la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa del préstamo, sino también a los efectos en las cuotas de las variaciones del tipo de cambio y de una apreciación del tipo de interés de la divisa del préstamo. Por último, el Tribunal de Justicia considera que, en el supuesto de que la entidad bancaria no haya cumplido estas obligaciones y pueda examinarse, en consecuencia, el carácter abusivo de la cláusula controvertida, incumbe al juez nacional evaluar, por una parte, el posible incumplimiento por parte del banco de la exigencia de buena fe y, por otra parte, la existencia de un posible desequilibrio importante entre las partes del contrato. Esta evaluación deberá realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión,



teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del banco en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera. A este respecto, el Tribunal de Justicia subraya que una cláusula contractual puede entrañar un desequilibrio entre las partes que sólo se manifieste mientras se ejecuta el contrato.

CUARTO.- Error en el consentimiento.-

Interesa la parte actora la declaración de nulidad parcial del préstamo con garantía hipotecaria, concretamente la exclusión de las cláusulas y condiciones por las que sus representados se endeudaron en una divisa extranjera y se obligaron a pagar en dicha divisa por existir vicios del consentimiento por concurrir dolo y/o error en el mismo.

Sobre el error como vicio del consentimiento, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 establece las siguientes consideraciones: "Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. El respeto a la palabra dada ("pacta sunt servanda") impone la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y quien lo sufrió pueda quedar desvinculado. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos, recogidos en la regulación contenida en el Código Civil y en la jurisprudencia dictada en esta materia. Es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

El art. 1266 del Código Civil dispone que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer (además de sobre la persona, en determinados casos) sobre la sustancia de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato (art. 1261.2 del Código Civil). La jurisprudencia ha exigido que el error sea esencial, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones, respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato, que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa (sentencia núm. 215/2013, de 8 abril).



El error invalidante del contrato ha de ser, además de esencial, excusable, esto es, no imputable a quien lo sufre. El Código Civil no menciona expresamente este requisito, pero se deduce de los principios de autorresponsabilidad y buena fe. La jurisprudencia niega protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que ignoraba al contratar. En tal caso, ante la alegación de error, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial seriamente emitida.

La diligencia exigible ha de apreciarse valorando las circunstancias de toda índole que concurran en el caso. En principio, cada parte debe informarse de las circunstancias y condiciones que son esenciales o relevantes para ella en los casos en que tal información le es fácilmente accesible, y si no lo hace, ha de cargar con las consecuencias de su omisión. Pero la diligencia se aprecia además teniendo en cuenta las condiciones de las personas, no sólo las de quien ha padecido el error, sino también las del otro contratante, de modo que es exigible una mayor diligencia cuando se trata de un profesional o de un experto, y, por el contrario, es menor cuando se trata de persona inexperta que entra en negociaciones con un experto, siendo preciso para apreciar la diligencia exigible valorar si la otra parte coadyuvó con su conducta, aunque no haya incurrido en dolo o culpa.

En definitiva, el carácter excusable supone que el error no sea imputable a quien lo sufre, y que no sea susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe. Ello es así porque el requisito de la excusabilidad tiene por función básica impedir que el ordenamiento proteja a quien ha padecido el error cuando este no merece esa protección por su conducta negligente, ya que en tal caso ha de establecerse esa protección a la otra parte contratante que la merece por la confianza infundida por esa declaración."

Y la STS de 30 de junio de 2015 explica: "11.- Respecto del error vicio, esta Sala, en sentencias como las núm. 840/2013, de 20 de enero , y 716/2014 de 15 diciembre, ha declarado que el incumplimiento de los deberes de información, por sí mismo, no conlleva necesariamente la apreciación de error vicio, pero no cabe duda de que la previsión legal de estos deberes, que se apoya en la asimetría informativa que suele darse en la contratación de estos productos financieros con clientes minoristas, puede incidir en la apreciación del error. También ha resaltado la Sala la importancia del deber de informar adecuadamente al cliente minorista, al que en principio se presupone que carece de conocimientos adecuados para



comprender productos complejos y respecto del que, por lo general, existe una asimetría en la información en relación a la empresa con la que contrata. Pero ha considerado infundadas las pretensiones de anulación por vicio de consentimiento en el caso de contratación de estos productos, generalmente por importes elevados, cuando el contratante, pese a tener la consideración legal de minorista, tiene el perfil de cliente experimentado y la información que se le ha suministrado, pese a que pudiera no ser suficiente para un cliente no experto, sí lo es para quien tiene experiencia y conocimientos financieros (sentencia núm. 207/2015, de 23 de abril). *Lo relevante para decidir si ha existido error vicio no es, en sí mismo, si se cumplieron las obligaciones de información que afectaban a la entidad bancaria, sino si al contratar, el cliente tenía un conocimiento suficiente de este producto complejo y de los concretos riesgos asociados al mismo.* La omisión en el cumplimiento de los deberes de información que la normativa general y sectorial impone a la entidad bancaria permite presumir en el cliente la falta del conocimiento suficiente sobre el producto contratado y los riesgos asociados, que vicia el consentimiento, pero tal presunción puede ser desvirtuada por la prueba de que el cliente tiene los conocimientos adecuados para entender la naturaleza del producto que contrata y los riesgos que lleva asociados, en cuyo caso ya no concurre la asimetría informativa relevante que justifica la obligación de información que se impone a la entidad bancaria o de inversión y que justifica el carácter excusable del error del cliente."

Como recuerda la Sentencia de la A.P Madrid (Sección 20ª) de 30 de marzo de 2017, la condición de consumidores otorga a los demandantes una especial protección como parte más débil del contrato y en tal sentido gozan de la presunción de que si no se les suministra información adecuada, se presume que prestaron su consentimiento de manera viciada; ahora bien, dicha presunción debe analizarse y valorarse en sus justos términos, teniendo en cuenta la naturaleza del producto, el comportamiento de ambas partes antes, durante y después de la celebración de contrato y pruebas suministradas por ambas partes al procedimiento, por cuanto la seguridad jurídica y el respeto a lo pactado, también debe ser tenidas en cuenta y valoradas en función de las circunstancias concurrentes, pues también existe la presunción de que el consentimiento se presta libremente. No puede por tanto el prestatario, limitarse a alegar un incumplimiento global de la parte contraria y exigirle además que acredite que él tenía por sí mismo, en base a su experiencia y conocimientos previos, la información necesaria para conocer los riesgos y consecuencias del producto que está contratando.



La prueba practicada en el acto del juicio, y en concreto, la documental y la testifical de Dña. [REDACTED] permite considerar que la voluntad de suscribir un préstamo con opción multidivisa le fue sugerida a los actores por un agente comercial llamado [REDACTED] que consiguió captarles como clientes para BANCO DE VALENCIA, ahora CAIXABANK S.A Así lo manifiesta la actora en su demanda, cuando afirma que por pertenecer a un colectivo, en este caso la Guardia Civil, era frecuente la existencia de esos agentes comerciales que ofrecían estos productos bancarios. Por ello, acudieron a la sucursal bancaria para informarse sobre el producto, y en su caso contratarlo.

Ahora bien lo que no ha quedado acreditado es que los actores fuesen debidamente informados de los riesgos reales del préstamo y en especial de los derivados del tipo de cambio. A estos efectos, no se acredita en modo alguno que la persona que atendió a los demandantes les explicara el funcionamiento y riesgos de este tipo de hipotecas, pues la testigo Dña. [REDACTED] lleva a cabo una declaración en la que trata de acreditar que informó a los actores, pero reconociendo a su vez que no consta documento alguno que así lo acredite. Efectivamente, y a preguntas de quien resuelve, afirma que los actores acudieron a la entidad tras ser captados por el comercial, quien les había explicado el producto. Que aun así lo volvió a explicar en la entidad, pero no recuerda las circunstancias concretas del presente asunto. Ofrece respuestas abstractas, basadas en los supuestos de hecho generales, sin recordar el contrato objeto de la presente litis, y con una evidente parcialidad dada su condición de empleada de una de las partes, en este caso, de la demandada.

. Además, si bien afirma que estuvo hablando con los demandantes, no hay rastro documental alguno que acredite que realizó tablas, simulaciones, escenarios de futuro, etc En definitiva, **no puede afirmarse que la demandada haya cumplido con la carga de probar que suministró de manera suficiente al consumidor todos los elementos de juicio suficientes** para formar en él la voluntad de forma libre pudiendo conocer cabalmente los riesgos y la posición que asumía en la contratación de una hipoteca de estas características. **No constando tampoco aportado ni un solo documento suscrito por las partes en este sentido.**

QUINTO.- Condiciones generales de contratación.-

Opone también la parte actora el carácter abusivo de la cláusula multidivisa por no superar los requisitos o control de transparencia. La Sentencia del TS, Sala primera, pleno, de 9 de mayo de 2013, indica que: “El artículo 1 LCGC no precisa qué debe entenderse por imposición de la condición general por una de las partes, por lo que, al desarrollarse el litigio



en materia de condiciones insertas en contratos con consumidores resulta particularmente útil lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 93/13, a cuyo tenor"[s]e considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión. El análisis de la norma transcrita impone concluir que el carácter impuesto de una cláusula o condición general prerredactada no desaparece por el hecho de que el empresario formule una pluralidad de ofertas cuando todas están estandarizadas con base cláusulas predispuestas, sin posibilidad real alguna de negociación por el consumidor medio, en orden a la individualización o singularización del contrato, ya que, como afirma el Ministerio Fiscal, la norma no exige que la condición se incorpore "a todos los futuros contratos, sino a una pluralidad de ellos. Más aún, cuando se trata de condiciones generales en contratos con consumidores, ni siquiera es preciso que el consumidor observe una conducta activa, pese a lo cual vea rechazado su intento de negociar, ya que, a diferencia de lo que exigía el artículo 10.2 LCU en su primitiva redacción"[a] los efectos de esta Ley se entiende por cláusulas, condiciones o estipulaciones de carácter general, el conjunto de las redactadas previa y unilateralmente por una Empresa o grupo de Empresas para aplicarlas a todos los contratos que aquella o éste celebren, y cuya aplicación no puede evitar el consumidor o usuario, siempre que quiera obtener el bien o servicio de que se trate"-lo que fue interpretado por la STS de 20 de noviembre de 1996, RC 3930/1992, en el sentido de que"[s]e le exige que no haya podido eludir su aplicación, en otras palabras, no una actitud meramente pasiva". En definitiva, la norma vigente, fruto de la transposición de la Directiva 93/13, no requiere que las condiciones estén redactadas para ser aplicadas a "todos los contratos" que aquella o estos celebren, ni exige la inevitabilidad. Solo que se trate de cláusulas "no negociadas individualmente". Continúa la citada Sentencia indicando que cabe someter a las condiciones generales a un doble control de transparencia que consiste en: 1º) Superar el filtro de incorporación o de consideración de las mismas como incluidas en el contrato (artículos 5.5 y 7 de la LCGC), lo que se entenderá cumplido si las cláusulas son claras, concretas y sencillas, el adherente ha tenido oportunidad real de conocerlas de manera completa al tiempo de celebrar el contrato y no son ilegibles, ambiguas, oscuras o incomprensibles, y; 2º) Superar, además, una vez que puedan considerarse cumplidos los requisitos de incorporación a los contratos con consumidores, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta; éste debe proyectarse sobre la comprensibilidad real de la importancia de la cláusula en el desarrollo del contrato, lo que supone que podrá ser considerada abusiva la condición general si se llegase a la conclusión de que el consumidor no percibiría que se trataba de una previsión principal, que iba a incidir en el



contenido de su obligación de pago, o no se le permitiera un conocimiento real y razonablemente completo de cómo aquélla puede jugar en la economía del contrato, porque resulta indispensable que se garantice que el consumidor dispone de la información necesaria para poder tomar su decisión con pleno conocimiento de causa. Este examen debe realizarse tomando en cuenta, incluso, el contexto en el que se enmarca la cláusula.

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2016 indica: "El control de transparencia, tal y como ha sido configurado por esta Sala desde su Sentencia 241/2013, de 9 de mayo, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se refiere a las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato. Respecto de estas cláusulas, el control de transparencia, que se configura como un parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, «tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo" (STS 241/2013, de 9 de mayo). Esta doctrina ha sido desarrollada y aclarada por sentencias posteriores, entre ellas las Sentencias 138/2015, de 24 de marzo, y 222/2015, de 29 de abril. Esta última ofrece una explicación del sentido y alcance de este control de transparencia: "que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio. No basta, por tanto, con que las condiciones generales puedan considerarse incorporadas al contrato por cumplir los requisitos previstos en el art. 5.5 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Es preciso que, además, sean transparentes, en el sentido de que el consumidor pueda hacerse una idea cabal de las consecuencias económicas y jurídicas que la inclusión de tal cláusula le



supondrá. » El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad (« la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a [...] siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible »), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados. »Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación”.

El control sobre la redacción clara y comprensible de la cláusula del contrato definidora del objeto principal a efectos de establecer si supera el control de abusividad, según el artículo 4.2 Directiva CEE 93/13, se ha de medir, tal como lo ha declarado la referida Sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE de 30 de abril de 2014, valorándose por el Tribunal que enjuicia el asunto si "un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso podía no sólo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de una divisa extranjera, aplicada en general en el mercado de valores mobiliarios, sino también evaluar las consecuencias económicas potencialmente importantes para él de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución a cuyo pago estaría obligado en definitiva, y por tanto el coste total de su préstamo."

En el caso de autos los demandantes suscribieron el día 22 de febrero de 2007, una escritura de préstamo en divisas con garantía hipotecaria otorgada por **CAIXABANK S.A** por virtud de la cual recibieron un préstamo multidivisa de CINCUENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS CUATRO MIL CIENTO VEINTIOCHO YENES JAPONESES (51.604.128 JPY) en concepto de préstamo, estableciendo en TRESCIENTOS VEINTICUATRO MIL EUROS (324.000 €) su contravalor, mediante ingreso en la cuenta corriente que mantenían en dicha entidad. Añaden los actores que en el mismo momento de la firma del préstamo hipotecario la deuda se incrementó en 5.221,51 € por



aplicación del cambio comprador/vendedor. Circunstancia que en ningún caso fue ni advertida, ni mucho menos explicada a mis representados

El examen de la escritura de préstamo permite comprobar que la misma contiene un clausulado, especialmente el atinente a los intereses y multdivisas, con conceptos técnicos y remisiones difíciles de entender por quién no es experto financiero. La cláusula recogida en la propia escritura pública de préstamo (doc.3), establece en el exponente III: "La parte prestataria conoce y acepta que la sustitución de la divisa utilizada no supondrá la elevación del límite pactado inicialmente ni reducción del riesgo en vigor, salvo en caso de efectiva amortización. Por tanto, el prestatario reconoce que este préstamo está formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del contrato, exonerando a **CAIXABANK, S.A.** de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en EUROS pueda ser superior al límite pactado. Si se produjera dicho exceso, el Banco podrá ejercer la facultad de resolución recogida en la cláusula 7ª de las financieras". De su lectura se concluye que no es clara en sus términos, como tampoco parece que exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula. Principalmente, resulta criticable que el texto utilice conceptos no definidos previamente (como, por ejemplo, la expresión el "límite pactado". Tampoco su ubicación -enmascarada en los exponentes de la escritura, fuera de las cláusulas financieras, ayuda a ello.

No consta que la entidad CAIXABANK S.A informase a los actores de una manera comprensible de que 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, resultando escasa la escueta mención incluida en el párrafo transcrito. No es clara la información sobre el verdadero riesgo que asumen los prestatarios al contratar este tipo de préstamo, esto es, que pese a que hayan pagado durante varios años las cuotas de amortización mensuales, al haberse devaluado considerablemente el euro frente a la divisa extranjera, pueden terminar adeudando al prestamista un capital en euros significativamente mayor que el que les fue entregado al concertar el préstamo, sin que la modificación de la moneda del préstamo a euros enerve la materialización del riesgo, sino que precisamente lo agrava, en la medida que la llamada "redenominación" del préstamo por cambio de divisa supone de facto la consolidación definitiva de las pérdidas sufridas por la devaluación. Como se expuso en el anterior Fundamento Jurídico, la declaración testifical no resuelve el déficit probatorio ya existente, pues **Dña. [REDACTED]** no puede concretar los



extremos referentes a la contratación con la actora, siendo además aplicable **la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo sobre la parcialidad de los empleados bancarios.**

Por otra parte, **no se constata que el Notario o quien compareció en nombre de la entidad recurrente les hubiera explicado y advertido de forma clara, transparente y comprensible**, del funcionamiento del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre este mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas al préstamo, déficit informativo que tampoco puede considerarse subsanado por genéricos reconocimientos de información y conocimiento de cláusulas predispuestas por el Banco, ni por la mera y rutinaria lectura de la escritura por el Notario autorizante, pues no se trata simplemente de que los prestatarios conocieran que contrataban una hipoteca en yenes japoneses, sino de que se les hubiera informado sobre la mecánica de la operación de préstamo que estaban contratando y los concretos riesgos que entrañaba la opción multidivisa, que no era solo de interés -subidas y bajadas- sino también monetario -tipo de cambio- de modo que podría ocurrir que después de estar varios años abonando las cuotas -por principal e intereses- podrían seguir debiendo la misma cantidad prestada o incluso una mayor.

Por otra parte, que la prestataria tuviera la posibilidad de cambiar la moneda a que el préstamo se referenció inicialmente, no dispensaba del deber de proporcionar la debida información precontractual, ni elimina por sí sola el riesgo o el posible carácter abusivo de las cláusulas en cuestión, particularmente en lo relativo a que dicho posible cambio de moneda supondría la consolidación de la apreciación de la inicialmente escogida.

La remisión de liquidaciones, en las que constaba el contravalor de la cuota satisfecha, no es suficiente, por la escasez de datos, para entender cumplido el deber de información, pero en todo caso, es ya una información post contractual que no purga las omisiones cometidas en la fase precontractual.

En consecuencia, por la propia naturaleza, complejidad y trascendencia de las cláusulas discutidas, la entidad comercializadora se encontraba compelida a informar sobre los concretos riesgos asumidos y las consecuencias prácticas que para la economía del contrato tendría una oscilación acusada de la cotización de la divisa extranjera, sin que la documentación entregada permita conocer con carácter previo a la firma del contrato, los riesgos y especificidades derivadas de la concesión de un préstamo "en euros por su contravalor en yenes japoneses". Esto es precisamente lo que se echa en falta en el contrato de préstamo y del



periodo negociador o precontractual, esto es, que los actores hubieran podido comprender en toda su extensión los graves riesgos y consecuencias que el tipo de cambio tenía en el funcionamiento del préstamo. Por ello se debe concluir que las cláusulas cuestionadas no superan el control de transparencia conforme a los arts. 60.2, 80.1 y 82.1 TRLCU y el art. 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas.

SEXTO.- Nulidad parcial

Por último, en relación con los efectos de la declaración de nulidad y la alegación de la parte demandada que niega la posibilidad de declarar la nulidad parcial del contrato con la indebida transformación a euros del mismo, pues no es posible realizar una ficción de equiparar el préstamo en moneda extranjera por otro en euros, existiendo una prohibición de integración del contrato en supuestos como el que nos ocupa según la jurisprudencia del TJUE, debe señalarse que la solución de la nulidad parcial está establecida legalmente para la abusividad de una cláusula, concretamente por el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 que permite la subsistencia del contrato no obstante dejar sin efecto, teniendo por no puestas, las cláusulas abusivas siempre que puedan subsistir sin dichas cláusulas.

En este mismo sentido se pronunció el TS en sentencia de 15 de noviembre de 2017 al indicar que (FD 8º; puntos 53 a 55): " La nulidad total del contrato de 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. 54.- 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".

En consecuencia, declarada la nulidad de las cláusulas multidivisas por falta de transparencia y abusividad, ello no debe comportar necesariamente la nulidad total del préstamo hipotecario con restitución recíproca de las prestaciones, sino tan sólo la nulidad de las referidas cláusulas, pues, sin necesidad de "reintegrar" el contrato (proscrito por la jurisprudencia Europea salvo sustitución por disposición supletoria nacional), basta simplemente con acudir a las propias previsiones contractuales. Se trata, en suma, de aplicar las condiciones restantes del préstamo hipotecario sin inclusión de la opción multidivisa. La apreciación de la nulidad total del contrato sería contraria a la jurisprudencia del TJUE (STJUE de 30 de abril de 2014) y a la protección de los consumidores, ya que produciría un efecto más perjudicial para los actores que para la entidad bancaria demandada, en la medida en que aquellos se verían obligados a devolver de una sola vez y anticipadamente la totalidad del préstamo. La nulidad de las cláusulas y pacto de divisa, da lugar a que estos se deje sin efecto y se tengan por no puestas, manteniéndose el resto del contrato de préstamo con sus garantías, considerando el mismo como una operación en euros con aplicación desde la fecha de su contratación del tipo de referencia Euribor más el diferencial pactado, con arreglo al cual se determinara el capital pendiente de amortizar, deduciendo las sumas ya abonadas por el prestatario.

Además, la escindibilidad de las cláusulas de divisa en casos como el presente es evidente, pues las partes (a través de las cláusulas predispuestas por la demandada) previeron también el funcionamiento del préstamo en euros, conteniendo, al respecto, todos los elementos (principal, interés remuneratorio y de demora, plazo, etc.) precisos para que pudiera ejecutarse el contrato si se optara por esa moneda, siendo, además, una opción reconocida al deudor, de modo que se ha de suponer que al acreedor le era indiferente que el préstamo siguiera nominado en una u otra moneda.



En consecuencia, en el caso objeto de enjuiciamiento, el examen de las pruebas aportadas por la entidad demandada avala la conclusión alcanzada por la sentencia apelada, es decir, que la opción y condicionado "multidivisa" incorporada al contrato de préstamo se pactó a iniciativa de la entidad demandada y fue un clausulado predispuesto por ésta y no negociado individualmente con los prestatarios, por lo que claramente constituye una condición general de la contratación en la que se aprecia una falta de transparencia real y un carácter abusivo, que, de conformidad con la doctrina y disposiciones legales citadas, comportan la inaplicación y nulidad de dicha opción y condicionado, tal y como solicitan los actores en su escrito de demanda.

SÉPTIMO.- Costas

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 LEC "1. En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. 2. Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad."

Vistos los artículos citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

ESTIMANDO la demanda interpuesta por D. [REDACTED] y Dña. [REDACTED] representados por el Procurador de los Tribunales D. Angel Francisco Codosero Rodríguez, contra **CAIXABANK, S.A.**, debo:

.- DECLARAR la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario suscrito por las partes el día **22 de febrero de 2007** en todos los contenidos referidos a la opción multidivisa, declarando la subsistencia del contrato como si hubiese sido otorgado en euros.



.- CONDENAR a la demandada a recalcular el cuadro de amortización con la cantidad prestada en euros y aplicando el tipo de interés pactado en la escritura más el diferencial estipulado.

.- CONDENAR a la demandada a tener en cuenta los pagos realizados por los actores hasta Sentencia, procediendo a la restitución de las parte que excedan de las cuotas comprensivas de capital e intereses que corresponderían con arreglo al nuevo cuadro de amortización, o, en su caso al abono por los actores de las cuotas que pudieran ser inferiores a la determinada en euros, más los intereses legales en ambos casos. O bien, subsidiariamente, que la cantidad resultante se aplique a reducir el importe pendiente de amortización del préstamo.

Condeno a la parte demandada al pago de las costas procesales.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra ella podrá interponerse, ante este Juzgado, recurso de apelación en el plazo de veinte días desde el siguiente a la notificación. El recurso será resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid previa la constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta IBAN ES55 0049 5284 0000 04 1975 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 1975 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 en nombre de S.M el Rey de España.

El Juez/Magistrado Juez



NOTA: De conformidad con el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, se informa que la difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

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



Este documento es una copia auténtica del documento Sentencia Proc. Ordinario firmado electrónicamente por ROBERTO FERNÁNDEZ MUÑOZ