

Expediente S-2059

Cliente... : ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS
Contrario : CAIXABANK, S.A.
Asunto... : PROCEDIMIENTO ORDINARIO 7445/17
Juzgado.. : PRIMERA INSTANCIA 101bis MADRID

Resumen

Resolución

06.02.2019

SENTENCIA

estimando nuestra demanda con imposición de costas

Saludos Cordiales



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

C/ Gran Vía 12

Tfno: 914937071

Fax: 917031648

42020310

NIG: 28.079.00.2-2017/0139804

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 7445/2017

Materia: Cláusulas GRI - Multidivisa

NEGOCIADO 5 BIS

Demandante: ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS

PROCURADOR Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON

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

Demandado: CAIXABANK SA

PROCURADOR D. JULIO CABELLOS ALBERTOS

SENTENCIA Nº 7048/2018

En Madrid a 21 de diciembre de 2018

La Ilma. Dña. María Paz Pérez Rúa, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia e instrucción número 101 BIS de Madrid, ha visto los autos de juicio ordinario sobre condiciones generales de la contratación número 7445/17

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la representación procesal de la actora se presentó demanda de juicio ordinario, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derechos solicitó se dictara sentencia en los términos que son de ver en la misma y que se dan por reproducidos.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, ésta contestó a la demanda en los términos que son de ver en la misma y que se dan por reproducidos. Señalada audiencia previa, se celebró con el resultado que obra en las actuaciones, quedando los autos vistos para sentencia.

TERCERO: En la tramitación de este proceso no se han cumplido los plazos legales dado el cumulo de asuntos pendientes en este Juzgado.





FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El día 2 de agosto de 2007 D. [REDACTED] y Dña. [REDACTED] y Barclays Bank, S.A. (hoy Caixabank, S.A), formalizaron escritura de préstamo hipotecario multimonedado, ante el notario D. Pablo García Toral, número de protocolo 994 que contenía las siguientes cláusulas:

CLAUSULA 1ª.- CONCESIÓN, CUANTIA, FINALIDAD DEL PRESTAMO Y DIVISA REPRESENTATIVA DEL CAPITAL: a) BARCLAYS BANK, S.A., entrega en este acto a la parte DON [REDACTED] Y DOÑA [REDACTED] que solidariamente lo reciben, en concepto de préstamo, la cantidad de (30.431.460,00) TREINTA MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SESENTA YENES JAPONESES. (...) Se hace constar expresamente que el contravalor del principal del préstamo al cambio correspondiente al segundo día hábil anterior a la fecha de la escritura es de (186.000,00 €) CIENTO OCHENTA Y SEIS MIL EUROS, siendo el tipo de cambio 163,61 yenes por eur.

c) El presente préstamo se conviene en la modalidad de multimonedado, de forma que el préstamo podrá quedar representado en cada uno de los periodos de mantenimiento de moneda y de interés, en cualquiera de las monedas que se indican a continuación en tanto sean negociadas en el mercado de divisas de Madrid, a solicitud del prestatario, y con sujeción a las condiciones establecidas, en el presente contrato: Dólar USA, yen japonés, franco suizo, libra esterlina inglesa y euro.

CLAUSULA 2ª VENCIMIENTO, AMORTIZACION E IMPUTACION DE PAGOS I.- VENCIMIENTO El presente préstamo se establece por un plazo de duración que finalizará el día 2 de agosto de 2037; sin perjuicio y salvo lo pactado en la presente escritura, debiendo quedar totalmente reintegrado al término de su vigencia.

II.- AMORTIZACIÓN DEL PRÉSTAMO a) El capital prestado, y los intereses pactados, se devolverán, respectivamente, mediante el pago sucesivo de 360 cuotas mensuales, cuya obligación de pago vencerá el mismo día de cada uno de los meses siguientes, contados desde la fecha de firma de la presente escritura, debiendo coincidir en todo caso el pago de la última cuota con la fecha de vencimiento del préstamo. Cuando en el mes de vencimiento de una cuota, no hubiera día equivalente al inicial de cómputo, la correspondiente obligación de pago vencerá el último día hábil del mismo mes, y en caso de que el vencimiento de pago de una cuota coincidiese con día inhábil, se trasladará al primer día hábil anterior. El importe de las Cuotas variará en función de las revisiones del tipo de interés de conformidad con lo que más adelante se pacta .b) Desde el mismo día en que hayan dejado de atenderse las obligaciones de pago derivadas del préstamo en concepto de cuota de amortización, se devengará una comisión de reclamación de deuda impagada liquidable y exigible por el BANCO en los términos y condiciones que se establecen el punto 3 de la cláusula





4º de esta escritura c) La restitución del capital se efectuará, así pues de forma progresiva, calculándose la cantidad a pagar en concepto de amortización de capital e intereses en base al tiempo de duración del préstamo, en el momento en que se calcule la cuota, y al tipo de interés vigente en dicho momento, de forma tal que con el pago de la cantidad resultante, al vencimiento del préstamo queden saldadas las obligaciones por principal e intereses, de haberse atendido los pagos en las fechas pactadas d) La cuota incluye amortización de capital e intereses, imputándose las cantidades entregadas a los intereses devengados por el principal prestado, y el exceso a la parte que alcance de dicho principal. e) Los pagos de la cuota de amortización de capital y devengo de intereses, hasta la primera revisión del tipo de interés, serán de (102.130,00) CIENTO DOS MIL CIENTO TREINTA yenes japoneses, equivalentes a (624,23 €) SEISCIENTOS VEINTICUATRO EUROS CON VEINTITRES CENTIMOS. f) Cada vez que se modifique el tipo de interés aplicable la cuota a pagar se variará estableciéndola en tal cuantía que la cantidad a pagar sea suficiente para cubrir los intereses que se devenguen por el préstamo y a devolver el capi tal pendiente en lo que reste de su vigencia. g) Practicada la revisión, de no modificarse el tipo de interés la cantidad a pagar comprensiva de la amortización de capital e intereses, no sufrirá variación alguna. h) El BANCO pone a disposición de la parte PRESTATARIA, en la oficina en la que se realiza la operación, información sobre la situación detallada del capital pendiente de amortizar en cada momento. i) El envío del recibo de pago, con detalle de la imputación a intereses y a capital de la cantidad pagada, y del resto del capital pendiente de amortizar no releva a los prestatarios de su obligación de información, en las oficinas del BANCO.

II. I. - PROCEDIMIENTO DE PAGO DEL CAPITAL E INTERESES.

Todos los pagos que deba efectuar la parte prestataria, tanto de principal como de intereses, comisiones y gastos, deberán ser realizados por aquélla en la oficina del BANCO reseñada en la cláusula la de esta escritura. I. - En el supuesto de que el préstamo esté representado en divisas (Dólar USA, yen japonés, franco suizo, libra esterlina), la amortización del principal del préstamo y el pago de intereses deberá efectuarlo la parte prestataria siguiendo cualquiera de los dos procedimientos que a continuación se señalan: a) Situar en el BANCO, con dos días hábiles de antelación al vencimiento de cada obligación de pago y antes de las 11 horas, el contravalor en euros, necesario para que, mediante la conversión por el BANCO de la divisa en que esté representado el préstamo, pueda realizar la amortización de la parte del principal pendiente y de los intereses que deban ser reintegrados en las fechas pactadas. Tal contravalor se calculará conforme al cambio vendedor de Barclays Bank, S.A. en aquella fecha para la divisa en que esté denominado el préstamo. b) Situar en el BANCO antes de las 11 horas del día del vencimiento de cada obligación de pago, un importe de la divisa en que esté representado el capital del préstamo, igual al principal





a amortizar y al de los intereses que corresponda satisfacer. 2. - En el supuesto de que el préstamo esté representado en euros, se aplicará el último de los procedimientos expresados (nº 1, letra b) anterior).

II.- TIPO DE INTERES INICIAL. El principal del préstamo devengará durante el primer periodo de interés de un mes de duración, intereses al tipo nominal anual inicial de 1,30 por ciento.

CLÁUSULA 3· BIS.- REVISIÓN DEL TIPO DE INTERÉS. El tipo de interés nominal anual aplicable en cada uno de los periodos de mantenimiento de interés será el que resulte de incrementar un margen constante positivo de 0,65 puntos al tipo de interés de referencia pactado. A los efectos previstos en la presente escritura, se entenderá por periodo de interés cada uno de los períodos de tiempo de cm mes de duración, que se ha definido en la cláusula la, como "período de mantenimiento de moneda y de interés sucesivos". b) Será el tipo de oferta o prestador para depósitos a plazo de un mes en la divisa en que esté representado el préstamo en cada momento (LIBOR a un mes), en el Mercado Interbancario de Londres (LONDON INTERBANK OFFERED RATE) a las 11 horas de Londres. Dicho tipo de referencia será, para el correspondiente período de interés, el que aparezca publicado, como tipo medio de oferta del segundo día hábil anterior al de inicio de cada período de interés a las 11 de la mañana, hora de Londres, en la página electrónica "LIBOR 01" 1 suministrada por Reuters, o cualquier otra página similar que pudiera reemplazarla en estos servicios. En el supuesto de ausencia o imposibilidad de obtención del LIBOR a un mes en el segundo día anterior al inicio de cada período de interés, se tomará el tipo LIBOR del día inmediato anterior en que sí se publique, en el modo expresado, el tipo de referencia pactado. A los efectos del presente contrato, se considerarán días inhábiles para la determinación del tipo de interés de referencia aquéllos en que no esté operativo el Mercado Interbancario de Londres, o en los que no aparezca la publicación de: LIBOR a un mes, tal como se ha definido, en la página electrónica señalada. Si durante la vigencia del préstamo no pudiera calcularse el tipo nominal de interés por haber desaparecido o dejado de publicarse el tipo de referencia, ambas partes deberán ponerse de acuerdo para encontrar otro sistema adecuado. Si no lo consiguieran antes de la finalización del primer período de liquidación de interés en que se produzca tal circunstancia, el préstamo deberá quedar totalmente liquidado y pagado dentro del referido período de liquidación de interés, rigiendo mientras tanto el último tipo nominal convenido, el cual, no podrá aplicarse a periodos sucesivos dado que es de esencia de este préstamo, en beneficio de ambas partes, que su interés venga referido periódicamente al de mercado. En el supuesto de que la parte prestataria no efectúe el pago del préstamo en el plazo indicado, ello será causa de vencimiento anticipado del préstamo. d) El BANCO comunicará a la parte prestataria el tipo de interés que resulte de aplicación mantenimiento al de siguiente moneda previamente a su inicio. período





de y de interés, Habida cuenta del procedimiento objetivo de fijación del interés que resulte en cada periodo y de las fuentes para consultar el mismo, la parte prestataria no ostenta ni se reserva derechos singulares en relación con la modificación pactada del tipo de interés. En todo caso, el tipo de interés que resulte para cada periodo de mantenimiento de interés, de acuerdo con el procedimiento establecido, será de obligada aplicación en cada uno de los periodos correspondientes, sin que el BANCO se reserve u ostente derecho alguno en orden a su modificación. el Sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba admisible en derecho, las partes convienen a todos los efectos de este contrato, en aceptar como medio de prueba para determinar el tipo de referencia aplicable al presente préstamo, el documento suscrito por el prestatario a tal efecto o la correspondencia o faxes cruzados entre las partes, si los hubiere, o, en su defecto, la página electrónica en la que se refleje el tipo de referencia publicado en la correspondiente pantalla en la fecha de determinación de la variación, conforme al procedimiento regulado en este contrato, o la comunicación expedida por el Servicio, Agencia de Información Financiera u Organismo correspondiente. f) A todos los efectos jurídicos y procesales la carga de la prueba de haber efectuado las comunicaciones al BANCO que procedan, siempre en las fechas convenidas, recaerá sobre la parte PRESTATARIA, entendiéndose que no tiene valor a los efectos de la presente escritura, las comunicaciones que no se entreguen al BANCO en la forma y con las especificaciones anteriormente indicadas. g) La falta de pago de las obligaciones vencidas, como consecuencia del vencimiento anticipado del préstamo, en la fecha en que debió hacerse, originará el devengo del interés de demora pactado. h) La parte PRESTATARIA acepta como comunicaciones válidas, que surtirán plenos efectos, las que se efectúen en las formas antes indicadas.

CLÁUSULA 6". - INTERESES DE DEMORA El retraso en el pago de las cantidades debidas, tanto por el principal como por intereses devengará un interés de demora anual de seis puntos porcentuales por encima del tipo de interés vigente en el momento de entrar el deudor en situación de mora, con un mínimo en todo caso del 18 %, que se computará a partir del día en que debió de realizarse el pago, y ello sin necesidad de notificación al deudor ni de denuncia de mora. El interés de demora es también aplicable en el supuesto de vencimiento anticipado por incumplimiento del deudor, devengándose sobre la totalidad de la cantidad vencida y no pagada.

SEGUNDO: La parte actora en su demanda, solicita en su suplico: a) Se declare la nulidad de la totalidad del clausulado multidivisa incorporado en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, por su abusividad, por falta transparencia y su falta de proporcionalidad. b) Subsidiariamente y en el orden que se expone, se declare la nulidad de la totalidad del clausulado multidivisa incorporado en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, por vicio del consentimiento del Cliente, por falta de objeto contractual, por falta de causa contractual y por vulneración de normas





imperativas. c) Independientemente de que se acoja el motivo del apartado a) o el del b), se condene a la eliminación de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, objeto del presente procedimiento, del precitado clausulado multidivisa. d) Se condene a la demandada a recalcular y rehacer, con exclusión del clausulado multidivisa, los cuadros de amortización del préstamo hipotecario suscrito con el demandante contabilizando el capital que, efectivamente, debió ser amortizado de haber sido éste amortizado en su divisa natural (euro) y aplicado el índice de referencia ordinario (Euribor), teniendo en cuenta también cualesquiera comisiones y gastos pagados. e) Se declare la nulidad de la cláusula de interés de demora por abusiva y que establece un tipo de interés de 6 puntos añadidos al tipo de interés aplicable en cada momento del adeudo, con un mínimo en todo caso del 18%, para la situación de retraso en el pago del préstamo. f) Se condene a la eliminación de la cláusula sexta denominada "*Interés de demora*" de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria. g) Más allá, subsidiariamente, sobre la base de la negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información como comisionista prestador de servicios de inversión y al amparo del artículo 1101 del CC, se condene al Banco a indemnizar al Cliente por los daños y perjuicios causados (que deben coincidir con el recalcule descrito en el párrafo anterior), quedando el préstamo referenciado a euros y Euribor en el futuro. h) De forma cumulativa con las anteriores peticiones, se solicita que se condene a la demandada al pago de las costas judiciales causadas.

Se opone la parte demandada por entender que básicamente que el riesgo es inherente al contrato suscrito; que era fácilmente entendible, que se le explicó claramente lo que estaban contratando; que además fue el cliente el que solicitó el préstamo lo que acredita su conocimiento; que el cliente podía cambiar de moneda de manera que podía evitar el riesgo de la elegida si fuera desfavorable su evolución; los prestatarios influyeron en el contenido de la cláusula primera y segunda del préstamo y en definitiva se cumplieron con los debidos requisitos legales lo que hace que el contrato sea perfectamente válido y sus cláusulas no puedan considerarse abusivas, al no existir tampoco desequilibrio entre las partes.

TERCERO.- Alega la parte demandada que, sin cuestionar la falta de legitimación de ASUFIN, ésta no acredita que los actores pertenezcan a la asociación, ya que únicamente consta el documento número 5D y entienden insuficiente. Dicha alegación debe ser desestimada por cuanto no impugnado el mismo a efectos del artículo 326 LEC, se considera que los actores forman parte de ASUFIN.

CUARTO: Se invoca por la parte la **teoría de los actos propios y existencia de retraso desleal** en la interposición de la demanda, por ser contrarios al artículo 7 del CC.





En relación con la teoría de los actos propios, la STS de 5 de septiembre de 2012 indica los requisitos necesarios para la aplicación de la regla básica "venire contra factum proprium non valet": 1) una conducta jurídicamente relevante previa y consciente de sus consecuencias; 2) que tal conducta tenga una significación inequívoca e incompatible con la posterior; y 3) que las expectativas defraudadas por la actuación posterior sean razonables. Esta doctrina no es aplicable "en los supuestos en que hay error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia, según Sentencias del TS de 25 de octubre de 2000, 12 de febrero de 1999, entre otras; insistiendo en tal doctrina otras como la de 3 de diciembre de 2013 al señalar que no procede tal alegación cuando "los actos están viciados por error o conocimiento equivocado".

En cuanto al retraso desleal, tal y como recuerda el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de marzo de 2017: "La aplicación de la doctrina jurisprudencial del retraso desleal o *verwirkung*, como plasmación de un acto típico de ejercicio extralimitado del derecho subjetivo que supone una contravención del principio de la buena fe (artículo 7.1 del Código Civil), requiere de la concurrencia de diversos presupuestos. Así, en el plano funcional, su aplicación debe operar necesariamente antes del término del plazo prescriptivo de la acción de que se trate. En el plano de su fundamentación, su aplicación requiere, aparte de una consustancial omisión del ejercicio del derecho y de una inactividad o transcurso dilatado de un periodo de tiempo, de una objetiva deslealtad respecto de la razonable confianza suscitada en el deudor acerca de la no reclamación del derecho de crédito. Confianza o apariencia de derecho que debe surgir, también necesariamente, de actos propios del acreedor (SSTS 300/2012, de 15 de junio y 530/2016, de 13 de septiembre), teniendo en cuenta, en cualquier caso que el mero transcurso del tiempo, vigente la acción, no es suficiente para deducir una conformidad que entrañe renuncia, nunca presumible, tal y como señala el Tribunal Supremo ((STS de 22 de octubre de 2002, RC n.º 901/1997). STS del 07 de Junio del 2010)

Ambas cuestiones sin duda interrelacionadas, amén de lo expuesto, no son planteables en este ámbito ya que nos encontramos ante el ejercicio de una acción de nulidad, bajo la normativa protectora de consumidores y usuarios que no permite la renuncia previa de las acciones que pudieran corresponderle, ni impide su control judicial, teniendo en cuenta, a mayor abundamiento que no consta dato alguno, que permita concluir que el consumidor era consciente de la posible nulidad de la cláusula y ha dejado de reclamar la misma, hasta que tal y como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de marzo de 2015, los interesados a la luz de la jurisprudencia surgida como consecuencia de las nulidades planteadas, han podido comprobar si lo pactado era susceptible de reclamación.





En consecuencia y por lo expuesto procede desestimar las alegaciones en este extremo efectuadas por la parte demandada.

QUINTO: La 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 (STS de 30 de junio de 2015, FJ 7.º 3).

En dicha sentencia el Alto Tribunal consideró este tipo de hipoteca como un instrumento financiero con la consecuencia necesaria de su inclusión en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.2 de dicha Ley y por tanto susceptible de aplicarse a la misma la normativa MIFID, es decir, la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, y por transposición, lo tipificado en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el RD 217/2018, de 15 de febrero

Sin embargo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 3 de diciembre de 2015, asunto Banif Plus Bank, señaló que una hipoteca denominada en divisas, en *"... la medida en que constituyen actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo ... no se encuentran comprendidas en dicha sección A"*, de modo que no podemos considerarla incluida entre los servicios y actividades de inversión cualquiera de los servicios y actividades enumerados en la sección A del anexo I mencionado por el art. 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.

Siendo así que *"Tales operaciones no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, como son, 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"*.

Por tanto el TJUE niega que la hipoteca multidivisa estuviera incluida en el ámbito de protección de la normativa MIFID y que deba regularse por la Directiva de productos financieros MIFID ya que se trata de un préstamo y no de un producto de inversión.

EL Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de noviembre de 2017, aclaró que las operaciones de cambio de divisa son accesorias a un préstamo que no tiene por





finalidad la inversión, no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato (el préstamo), sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste y el valor de las divisas que debe tenerse en cuenta para el cálculo de los reembolsos no se determina de antemano sino que se realiza sobre la base del tipo de cambio de estas divisas en la fecha de entrega del capital del préstamo o del vencimiento de cada cuota mensual de amortización.

Señalando que el hecho de que la normativa MIFID no sea aplicable a los préstamos hipotecarios denominados en divisa no impide que éste sea considerado un producto complejo a efectos del control transparencia derivado de la aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, por la dificultad que para el consumidor medio tiene la comprensión de algunos de sus riesgos (fundamento octavo, apartado 16). Según la misma Sentencia el carácter complejo de este tipo de contratos queda confirmado por la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial (apartado 18).

La consecuencia jurídica de dicha calificación es clara, la alta complejidad de la modalidad multidivisa, supone que se debe informar cumplidamente tanto en la fase pre-contractual como contractual.

SEXTO: En el presente caso, claramente nos encontramos ante un préstamo multidivisa y así se desprende, de la de la escritura pública, en la que claramente se dispone que “el presente préstamo se conviene en la modalidad de multimoneda” y BARCLAYS BANK, S.A., entrega en este acto BARCLAYS BANK, S.A., entrega en este acto a la parte DON [REDACTED] Y DOÑA [REDACTED] que solidariamente lo reciben, en concepto de préstamo, la cantidad de (30.431.460,00) TREINTA MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SESENTA YENES JAPONESES.. (...) Se hace constar expresamente que el contravalor del principal del préstamo al cambio correspondiente al segundo día hábil anterior a la fecha de la escritura es de (186.000,00 €) CIENTO OCHENTA Y SEIS MIL EUROS, siendo el tipo de cambio 163,61 yenes por euro.

Pero es que además del contenido de la misma no puede si no llegarse a dicha conclusión.

Teniendo en cuenta, a mayor abundamiento que la naturaleza del préstamo multidivisa viene igualmente determinada por la posibilidad del cambio de divisa en cada periodo de amortización y así se desprende de la CLAUSULA 1ª.

En el presente caso la moneda de pago son yenes, sin perjuicio de que la moneda con la que convive sea euros, pero eso no significa que pague en euros. Por describirlo gráficamente, el cliente cuando paga la cuota puede hacerlo en euros y el





banco se los cambia a yenes o compra previamente yenes para hacer el pago (para pagar el préstamo tiene, en todo caso que convertirlo en yenes y ahí es donde se corre el riesgo, como se verá en fundamentos posteriores).

SÉPTIMO: Niega la parte demandada que nos encontremos ante condiciones generales de la contratación porque considera que las cláusulas han sido negociadas.

En el presente caso, procede desestimar la alegación de la demandada, que afirma que las cláusulas controvertidas han sido objeto de negociación individual y, por tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas por aplicación de su art. 3.

El artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, Ley de las Condiciones Generales de la Contratación LCGC: "Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

Por tanto son rasgos definidores de las mismas como recuerda la STS de 9 de mayo de 2013, la predisposición, imposición e incorporación a una pluralidad de contratos.

Predisposición que se traduce en la pre redacción de la misma y en no ser fruto del *consenso alcanzado después de una fase de tratos previos*.

Siendo así que el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, dispone específicamente que: "se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión"

Debiendo por mor de dicho artículo y el art. 82.2 párrafo 2º del texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumir la carga de la prueba.

Imposición que viene determinada por la incorporación al contrato por una de las partes, en este caso la entidad financiera, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato sólo se puede obtener mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula, sin que pueda exigírsele al consumidor un comportamiento más allá de lo razonable y una oposición contumaz, que en cualquier caso no cambiaría la posición de la entidad.





Incorporación a una pluralidad de contratos, siendo así que se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

En el presente caso, la entidad financiera, más allá de las alegaciones vertidas en la contestación a la demanda, en virtud de la carga de la prueba que le corresponde, (art. 3.2 párrafo 3º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, y el art. 82.2 párrafo 2º TRLDCU) no ha acreditado que se haya producido una negociación individual de las cláusulas descritas, no ha acreditado que el préstamo hipotecario se hubiera concedido de no haberse incluido las mismas y no se ha probado que no consta incorporada a la mayoría de los contratos de semejantes características suscritos por dicha entidad.

Que la parte actora haya elegido el tipo de moneda es evidente que tiene que hacerlo porque estamos ante un préstamo multidivisa y esta circunstancia así se recoge en su propio clausulado, y que determine la cantidad solicitada y el plazo de devolución, es evidente igualmente que no significa negociación de la redacción de las cláusulas sino determinación del numerario solicitado.

En consecuencia y por lo expuesto, claramente nos encontramos ante condiciones generales de la contratación.

OCTAVO: Conceptuada como condición general de la contratación, pre redactada e impuesta a los prestatarios, que no fue en ningún caso negociada, es necesario el control de transparencia que establece la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (arts. 60, 80 y 82) y las exigencias de la Directiva 93/13 de Cláusulas Abusivas en Contratos Celebrados con Consumidores (en concreto el art. 4).

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

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





préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras, correspondiendo al órgano jurisdiccional nacional remitente llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto.”

Y señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de noviembre de 2017 que el consumidor puede conocer que las divisas fluctúan, pero debe ser advertido de que la variación de las cuotas puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos. El riesgo de recalcu al alza del capital pendiente podía implicar la facultad de resolver anticipadamente el préstamo si este superaba en un determinado porcentaje el valor de tasación de la finca, riesgo del que debe ser informado el consumidor.

Reiterando además la doctrina del propio Tribunal Supremo en el sentido de que la intervención de Notario no sule por sí solo el cumplimiento del deber de transparencia, máxime teniendo en cuenta en el momento en que se produce su intervención, al final del proceso de concertación del préstamo.

En definitiva, el cliente y consumidor a los efectos que aquí se discuten debe comprender lo siguiente:

- 1.- Que la suscripción del préstamo supone poner como garantía su casa, de manera que en caso de impago podría perderla.
- 2.- Que la cantidad de dinero que le va a prestar el Banco está denominada en una moneda distinta al Euro (yenes, francos.....).
- 3.- Que si se entrega la cantidad en euros es por su contravalor en las divisas convertibles en España (si le dan 100 € pero referido al dólar y un dólar, en ese momento vale dos euros, le debe al banco 50 \$).
- 4.- Que el pago, tanto del principal como de las cuotas lo tiene que hacer en esa moneda diferente al euro.
- 5.- Que al tener que pagar en dicha moneda, eso implica que va a tener que comprar esa moneda en cada momento que tenga que hacer el pago de las correspondientes cuotas y que evidentemente puede tener distinto valor, o en su caso, el banco va a efectuar el cambio previo.
- 6.- Que esa moneda fluctúa, es decir, varía el tipo de cambio, respecto al euro en el tiempo.
- 7.- Que es posible que el Banco le cobre una comisión por la adquisición de moneda extranjera.





8.- Que no va conocer la cantidad de dinero a pagar en cada momento con anticipación, ya que depende del tipo de cambio de la moneda elegida en el momento preciso de cada desembolso.

9.- Que esa incertidumbre derivada de la fluctuación afecta tanto al capital, como a los intereses.

10.- Que además, el tipo de interés al que se va a referenciar no es el que tiene que ver con la economía europea, y que incluso puede no tener que ver con el de la moneda en el que se está haciendo, es decir se puede contratar en yenes y referenciar el tipo de interés al Libor, lo que supone que tiene que estar pendiente de las fluctuaciones de ambos.

11.- Que puede que las cuotas varíen tanto que es posible que no pueda hacer frente a los pagos.

12.- Que ese riesgo puede suponer que el banco tenga que cancelar anticipadamente el préstamo hipotecario, lo que supone no solo una comisión adicional sino, en su caso, la pérdida de la vivienda.

Por tanto, tiene que entender que pese a que se mueve en un país que tiene una moneda y un tipo de interés, está contratando un préstamo en otra moneda y en otro tipo de interés, que pueden incluso no ser coincidentes siendo así que la entidad debe asegurarse que el cliente está en condiciones de entender perfectamente el mercado de divisas porque va a operar con diferentes monedas y asegurarse que comprende cuales pueden ser sus consecuencias financieras, es decir cómo va repercutir en su economía y la trascendencia de las mismas.

Información que es necesario se traslade a la documentación entregada, que evidentemente, más allá de los tecnicismos propios del sector, no puede incurrir en contradicción, ni inducir a error al cliente que acude a la entidad confiando en que la misma va a actuar con la profesionalidad que le es exigible.

Dicha información es necesario que se personalice para así asegurarse la entidad financiera el completo y cabal conocimiento, por parte del cliente del funcionamiento del préstamo multidivisa y no ofrecerle un link o una página web para que supla el cliente el trabajo que le corresponde a la entidad.

Información que refrenda tanto la mencionada sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017 como la del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017, en los términos en los que ya se ha hecho referencia en esta resolución.

Y cuya prueba y contenido corresponde a la entidad que ofrece la financiación, ya que ésta la que diseña el producto y lo ofrece al cliente, debiendo realizar por ello el esfuerzo necesario para que éstos comprendan el alcance necesario de su decisión.





NOVENO: En el presente caso, la entidad financiera no solo no ha recogido en la documentación entregada la información necesaria para trasladarla al cliente y que éste comprendiera claramente el alcance del contrato, sino que no ha llevado a cabo actuación alguna personal con él que permitiera suplir la falta de información y la información deficiente facilitada y evitar así el control de abusividad, si hubiesen sido redactadas por el profesional de manera clara y comprensible.

Esta falta de transparencia evidentemente provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe. Y así se señala por el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de noviembre de 2017: *"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."*

Y en este caso concreto se traduce en los siguientes datos:

A. La información de riesgos no ha existido ya que decir que deriva del hecho de contratar en moneda extranjera, carece de fundamento y en el documento 2 bis aportado con la contestación, pese a denominarse información de riesgos tampoco se contiene la misma.

B. La entidad financiera no facilitó previsiones sobre la evolución de los tipos de cambios, previsiones que poseen las entidades financieras, ni consta que se facilitaran simulaciones de escenarios futuros, debidamente explicados, pese a tener acceso a ellos, tal y como se desprende de la documental aportada con la demanda.

Que se trate de previsiones de analistas y que evidentemente no suponen un futuro cierto, no quiere decir que no faciliten la toma de una decisión y por tanto se deben poner a disposición del cliente.

Es más, podría perfectamente haberse procedido por la entidad financiera, de igual modo que se procede en los test de estrés la banca, esto es, con la información que evidentemente poseía sobre la evolución de los tipos de cambio, simular el mejor escenario posible y el peor escenario previsible, para que así el cliente pudiera elegir convenientemente.

C. Los clientes por su formación no tenían conocimientos financieros que le permitieran conocer, ni de una manera general el alcance del producto D. [REDACTED]
[REDACTED] tiene estudios de Formación Profesional y es informático y D^a. [REDACTED]



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 103771555709903841107



█ tiene estudios de EGB y en el momento de la contratación trabajaba como camarera si bien en actualmente oficial de peluquería y no los tenían ni para entender lo que contrataba en la fase precontractual, ni posteriormente a lo largo de la vida del contrato, puesto que la información que se contiene en los recibos no acredita el conocimiento de todos y cada uno de los elementos del contrato a los que se ha hecho referencia.

D. Se trata de un cliente que vive en la zona euro, percibe el salario y se maneja a diario en euros, sin experiencia en negocios con diferentes divisas y que lo único que pretendía era cancelar un préstamo anterior con otra entidad financiera y ahorrar costes, circunstancia ésta que el banco dijo ocurriría si contrataba la “hipoteca multidivisa”.

E. No han sido ellos lo solicitantes del préstamo multidivisa, al igual que no consta que la entidad financiera no evaluó la preparación del interlocutor ni se cercioró de que efectivamente entendía la trascendencia de lo que estaba contratando, ni que se pusiese en conocimiento del cliente todos aquellos datos, a los que se ha hecho referencia, sin carácter de exhaustividad y los necesarios para que pudieran, optar con total seguridad.

F. El nivel de ingresos del consumidor, lo situaba en situación de inferioridad en el supuesto de una evolución desfavorable del tipo de cambio, circunstancia esta de la que no se advirtió al cliente.

Por tanto, ha existido renuncia o limitación en los derechos del consumidor y usuario, proscrita por el artículo 86.7 TRLGDCU; falta de reciprocidad sancionada por el art. 87 TRLGDCU; se ha contravenido igualmente el principio de concreción y transparencia previsto en el artículo 80.1.a) TRLGDCU y 5.5 LCGC Y, como se desprende de los arts. 3.1 de la Directiva 93/13 y 82.1 TRLCU, la falta absoluta de información en atención a las particulares circunstancias del consumidor y el proceder de la entidad financiera, creó un desequilibrio tal que ha perjudicado al consumidor, debiendo, en consecuencia declarar el carácter abusivo de las cláusulas multidivisa.

DECIMO.- Consecuencia jurídica de la nulidad por abusivo del clausulado multidivisa, es la nulidad parcial del préstamo, y así se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 que zanja la cuestión al declarar la nulidad parcial del contrato, que implica la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros. La nulidad del contrato perjudicaría al consumidor, que se vería obligado a restituir la totalidad del capital pendiente de amortizar. Por ello se sustituye la cláusula abusiva por un régimen previsto en el propio contrato (la posibilidad de que el capital esté denominado en euros) – art. 1258 CC – y se ajuste al clausulado pactado para esta circunstancia que se mantiene válida, en los términos que se expresarán a continuación.





Dicha nulidad parcial impone el recalcule del importe de las cuotas como si el préstamo se hubiera concedido en euros, debiendo la entidad financiera restituir la diferencia entre la suma resultante y la cantidad efectivamente abonada por el consumidor con los intereses desde la fecha de cada cobro.

Eso significa, en el presente caso, que la nulidad de la opción multidivisa lleva a la consideración de que la cantidad adeudada por el demandante es el saldo vivo de la hipoteca referenciada a Euros, resultante de disminuir al importe prestado, la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal e intereses y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiendo que el préstamo lo fue de 333.000 Euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando el tipo de interés fijado en la escritura para esta moneda (euros).

DECIMO PRIMERO: Respecto a la cláusula que contiene los **intereses moratorios**, significar que, la pena de morosidad cumple una triple función: resarcitoria (indemnizar al prestamista acreedor por la pérdida de beneficio que sufrirá debido al incumplimiento de su deudor), conminatoria (estimular el cumplimiento de las obligaciones) y disuasoria (desalentar el incumplimiento del prestatario), debiendo ser calificados de abusivos y, por consiguiente, nula la cláusula que los establece en la medida en que dicha cláusula suponga la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

Así lo establece igualmente el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de Noviembre de 2015 cuando señala que, " el interés de demora fijado en una cláusula no negociada en un contrato concertado con un consumidor puede ser objeto de control de contenido y ser declarado abusivo si supone una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones".

Para determinar que una cláusula de intereses moratorios resulta desproporcionadamente alta tenemos que partir de los criterios sugeridos por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada precisamente con ocasión de una cuestión prejudicial planteada sobre esta concreta materia, y en la que expresamente se dice que el juez debe comprobar " por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos " (apartado 74).

De acuerdo con el referido texto, los elementos a tener en cuenta serían los siguientes:





a) La normativa nacional aplicable a la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias para el caso de que no se hubiera pactado nada específico en el contrato de que se trate.

b) La relación entre el interés de demora que se hubiera convenido y el interés legal del dinero vigente en el momento del pacto.

c) La función resarcitoria del interés legal del dinero y si el interés de demora convenido cumple este objetivo o va más allá de lo necesario para ello.

Así como el criterio establecido por el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de junio de 2016; en relación con los intereses de demora en préstamos no hipotecarios (SSTS 7/09/2015 que confirma la doctrina sentada en la sentencia núm. 265/2015, de 22 de abril).

En el presente caso se convino un interés de demora *superando en exceso* el interés remuneratorio incrementado en dos puntos por lo que es procedente la declaración de su abusividad y el efecto que ésta conlleva de tener por no puesta dicha cláusula, ya que una vez declarada nula la cláusula multidivisa, el interés referido al euro resulta claramente abusivo por los motivos expuestos.

DECIMO SEGUNDO: Se impone a la parte demandada el pago de los intereses previsto en el artículo 1303 del CC desde el momento del pago por la prestataria y los intereses previstos en el artículo 576 de la LEC, desde la fecha de la presente resolución.

DECIMO TERCERO.- En materia de costas, la estimación de la demanda de conformidad con el artículo 394 de la Lec supone que se condene en costas a la parte demandada.

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

FALLO

Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por ASUFIN representando a D. [REDACTED] y Dña. [REDACTED] contra BARCLAYS BANK, S.A. (hoy CAIXABANK S.A.) y, en su virtud:

DECLARO LA NULIDAD PARCIAL POR ABUSIVO DEL PRÉSTAMO EN DIVISA CON GARANTÍA HIPOTECARIA suscrito entre las partes el 2 de agosto de 2007, ante el ante el notario D. Pablo García Toral, número de protocolo 994, continuando la vigencia del préstamo sin dicho contenido multidivisa, lo que conlleva la declaración de que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros (186.000 Euros), resultante de disminuir al importe prestado la cantidad amortizada, también en euros, en concepto de principal e intereses, utilizando como tipo de interés la





referencia para esta moneda de la escritura; CONDENANDO a BARCLAYS BANK, S.A., a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a recalcular el importe de las cuotas como si el préstamo se hubiera concedido en euros y la entidad de crédito deberá restituir la diferencia entre la suma resultante y la cantidad efectivamente abonada por el consumidor con sus intereses desde la fecha de cada cobro, estableciéndose las bases de liquidación (ex art. 219 LEC) para ejecución de sentencia, si no hubiese conformidad entre las partes sobre este extremo.

Y debo declarar y declaro la nulidad, en los términos que constan en esta resolución de las siguientes cláusulas del préstamo hipotecario a que se ha hecho referencia en los hechos probados, teniéndolas por no puestas: CLÁUSULA 6". - INTERESES DE DEMORA.

Se imponen las costas a la parte demandada.

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

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra ella podrá interponerse, ante este Juzgado, recurso de apelación en el plazo de veinte días desde el siguiente a la notificación. El recurso será resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid previa la constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta IBAN ES55 0049 5284 0000 04 7445 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 7445 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 pronuncia, manda y firma, la Ilma. Dª. María Paz Pérez Rúa, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia Núm. 101 bis de Madrid.





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

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



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 1037715557099903841107





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

C/ Gran Vía 12

Tfno: 914937071

Fax: 917031648

42020310

NIG: 28.079.00.2-2017/0139804

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 7445/2017

Materia: Cláusulas GRI - Multidivisa

NEGOCIADO 5 BIS

Demandante: ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS

PROCURADOR Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON

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

Demandado: CAIXABANK SA

PROCURADOR D. JULIO CABELLOS ALBERTOS

SENTENCIA Nº 7048/2018

En Madrid a 21 de diciembre de 2018

La Ilma. Dña. María Paz Pérez Rúa, Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia e instrucción número 101 BIS de Madrid, ha visto los autos de juicio ordinario sobre condiciones generales de la contratación número 7445/17

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la representación procesal de la actora se presentó demanda de juicio ordinario, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derechos solicitó se dictara sentencia en los términos que son de ver en la misma y que se dan por reproducidos.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda y emplazada la demandada, ésta contestó a la demanda en los términos que son de ver en la misma y que se dan por reproducidos. Señalada audiencia previa, se celebró con el resultado que obra en las actuaciones, quedando los autos vistos para sentencia.

TERCERO: En la tramitación de este proceso no se han cumplido los plazos legales dado el cumulo de asuntos pendientes en este Juzgado.





FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El día 2 de agosto de 2007 D. [REDACTED] y Dña. [REDACTED] y Barclays Bank, S.A. (hoy Caixabank, S.A), formalizaron escritura de préstamo hipotecario multimonedado, ante el notario D. Pablo García Toral, número de protocolo 994 que contenía las siguientes cláusulas:

CLAUSULA 1ª.- CONCESIÓN, CUANTIA, FINALIDAD DEL PRESTAMO Y DIVISA REPRESENTATIVA DEL CAPITAL: a) BARCLAYS BANK, S.A., entrega en este acto a la parte DON [REDACTED] Y DOÑA [REDACTED] que solidariamente lo reciben, en concepto de préstamo, la cantidad de (30.431.460,00) TREINTA MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SESENTA YENES JAPONESES. (...) Se hace constar expresamente que el contravalor del principal del préstamo al cambio correspondiente al segundo día hábil anterior a la fecha de la escritura es de (186.000,00 €) CIENTO OCHENTA Y SEIS MIL EUROS, siendo el tipo de cambio 163,61 yenes por eur.

c) El presente préstamo se conviene en la modalidad de multimonedado, de forma que el préstamo podrá quedar representado en cada uno de los periodos de mantenimiento de moneda y de interés, en cualquiera de las monedas que se indican a continuación en tanto sean negociadas en el mercado de divisas de Madrid, a solicitud del prestatario, y con sujeción a las condiciones establecidas, en el presente contrato: Dólar USA, yen japonés, franco suizo, libra esterlina inglesa y euro.

CLAUSULA 2ª VENCIMIENTO, AMORTIZACION E IMPUTACION DE PAGOS I.- VENCIMIENTO El presente préstamo se establece por un plazo de duración que finalizará el día 2 de agosto de 2037; sin perjuicio y salvo lo pactado en la presente escritura, debiendo quedar totalmente reintegrado al término de su vigencia.

II.- AMORTIZACIÓN DEL PRÉSTAMO a) El capital prestado, y los intereses pactados, se devolverán, respectivamente, mediante el pago sucesivo de 360 cuotas mensuales, cuya obligación de pago vencerá el mismo día de cada uno de los meses siguientes, contados desde la fecha de firma de la presente escritura, debiendo coincidir en todo caso el pago de la última cuota con la fecha de vencimiento del préstamo. Cuando en el mes de vencimiento de una cuota, no hubiera día equivalente al inicial de cómputo, la correspondiente obligación de pago vencerá el último día hábil del mismo mes, y en caso de que el vencimiento de pago de una cuota coincidiese con día inhábil, se trasladará al primer día hábil anterior. El importe de las Cuotas variará en función de las revisiones del tipo de interés de conformidad con lo que más adelante se pacta .b) Desde el mismo día en que hayan dejado de atenderse las obligaciones de pago derivadas del préstamo en concepto de cuota de amortización, se devengará una comisión de reclamación de deuda impagada liquidable y exigible por el BANCO en los términos y condiciones que se establecen el punto 3 de la cláusula





4º de esta escritura c) La restitución del capital se efectuará, así pues de forma progresiva, calculándose la cantidad a pagar en concepto de amortización de capital e intereses en base al tiempo de duración del préstamo, en el momento en que se calcule la cuota, y al tipo de interés vigente en dicho momento, de forma tal que con el pago de la cantidad resultante, al vencimiento del préstamo queden saldadas las obligaciones por principal e intereses, de haberse atendido los pagos en las fechas pactadas d) La cuota incluye amortización de capital e intereses, imputándose las cantidades entregadas a los intereses devengados por el principal prestado, y el exceso a la parte que alcance de dicho principal. e) Los pagos de la cuota de amortización de capital y devengo de intereses, hasta la primera revisión del tipo de interés, serán de (102.130,00) CIENTO DOS MIL CIENTO TREINTA yenes japoneses, equivalentes a (624,23 €) SEISCIENTOS VEINTICUATRO EUROS CON VEINTITRES CENTIMOS. f) Cada vez que se modifique el tipo de interés aplicable la cuota a pagar se variará estableciéndola en tal cuantía que la cantidad a pagar sea suficiente para cubrir los intereses que se devenguen por el préstamo y a devolver el capi tal pendiente en lo que reste de su vigencia. g) Practicada la revisión, de no modificarse el tipo de interés la cantidad a pagar comprensiva de la amortización de capital e intereses, no sufrirá variación alguna. h) El BANCO pone a disposición de la parte PRESTATARIA, en la oficina en la que se realiza la operación, información sobre la situación detallada del capital pendiente de amortizar en cada momento. i) El envío del recibo de pago, con detalle de la imputación a intereses y a capital de la cantidad pagada, y del resto del capital pendiente de amortizar no releva a los prestatarios de su obligación de información, en las oficinas del BANCO.

II. I. - PROCEDIMIENTO DE PAGO DEL CAPITAL E INTERESES.

Todos los pagos que deba efectuar la parte prestataria, tanto de principal como de intereses, comisiones y gastos, deberán ser realizados por aquélla en la oficina del BANCO reseñada en la cláusula la de esta escritura. I. - En el supuesto de que el préstamo esté representado en divisas (Dólar USA, yen japonés, franco suizo, libra esterlina), la amortización del principal del préstamo y el pago de intereses deberá efectuarlo la parte prestataria siguiendo cualquiera de los dos procedimientos que a continuación se señalan: a) Situar en el BANCO, con dos días hábiles de antelación al vencimiento de cada obligación de pago y antes de las 11 horas, el contravalor en euros, necesario para que, mediante la conversión por el BANCO de la divisa en que esté representado el préstamo, pueda realizar la amortización de la parte del principal pendiente y de los intereses que deban ser reintegrados en las fechas pactadas. Tal contravalor se calculará conforme al cambio vendedor de Barclays Bank, S.A. en aquella fecha para la divisa en que esté denominado el préstamo. b) Situar en el BANCO antes de las 11 horas del día del vencimiento de cada obligación de pago, un importe de la divisa en que esté representado el capital del préstamo, igual al principal





a amortizar y al de los intereses que corresponda satisfacer. 2. - En el supuesto de que el préstamo esté representado en euros, se aplicará el último de los procedimientos expresados (nº 1, letra b) anterior).

II.- TIPO DE INTERES INICIAL. El principal del préstamo devengará durante el primer periodo de interés de un mes de duración, intereses al tipo nominal anual inicial de 1,30 por ciento.

CLÁUSULA 3· BIS.- REVISIÓN DEL TIPO DE INTERÉS. El tipo de interés nominal anual aplicable en cada uno de los periodos de mantenimiento de interés será el que resulte de incrementar un margen constante positivo de 0,65 puntos al tipo de interés de referencia pactado. A los efectos previstos en la presente escritura, se entenderá por periodo de interés cada uno de los períodos de tiempo de cm mes de duración, que se ha definido en la cláusula la, como "período de mantenimiento de moneda y de interés sucesivos". b) Será el tipo de oferta o prestador para depósitos a plazo de un mes en la divisa en que esté representado el préstamo en cada momento (LIBOR a un mes), en el Mercado Interbancario de Londres (LONDON INTERBANK OFFERED RATE) a las 11 horas de Londres. Dicho tipo de referencia será, para el correspondiente período de interés, el que aparezca publicado, como tipo medio de oferta del segundo día hábil anterior al de inicio de cada período de interés a las 11 de la mañana, hora de Londres, en la página electrónica "LIBOR 01" 1 suministrada por Reuters, o cualquier otra página similar que pudiera reemplazarla en estos servicios. En el supuesto de ausencia o imposibilidad de obtención del LIBOR a un mes en el segundo día anterior al inicio de cada período de interés, se tomará el tipo LIBOR del día inmediato anterior en que sí se publique, en el modo expresado, el tipo de referencia pactado. A los efectos del presente contrato, se considerarán días inhábiles para la determinación del tipo de interés de referencia aquéllos en que no esté operativo el Mercado Interbancario de Londres, o en los que no aparezca la publicación de: LIBOR a un mes, tal como se ha definido, en la página electrónica señalada. Si durante la vigencia del préstamo no pudiera calcularse el tipo nominal de interés por haber desaparecido o dejado de publicarse el tipo de referencia, ambas partes deberán ponerse de acuerdo para encontrar otro sistema adecuado. Si no lo consiguieran antes de la finalización del primer período de liquidación de interés en que se produzca tal circunstancia, el préstamo deberá quedar totalmente liquidado y pagado dentro del referido período de liquidación de interés, rigiendo mientras tanto el último tipo nominal convenido, el cual, no podrá aplicarse a periodos sucesivos dado que es de esencia de este préstamo, en beneficio de ambas partes, que su interés venga referido periódicamente al de mercado. En el supuesto de que la parte prestataria no efectúe el pago del préstamo en el plazo indicado, ello será causa de vencimiento anticipado del préstamo. d) El BANCO comunicará a la parte prestataria el tipo de interés que resulte de aplicación mantenimiento al de siguiente moneda previamente a su inicio. período





de y de interés, Habida cuenta del procedimiento objetivo de fijación del interés que resulte en cada periodo y de las fuentes para consultar el mismo, la parte prestataria no ostenta ni se reserva derechos singulares en relación con la modificación pactada del tipo de interés. En todo caso, el tipo de interés que resulte para cada periodo de mantenimiento de interés, de acuerdo con el procedimiento establecido, será de obligada aplicación en cada uno de los periodos correspondientes, sin que el BANCO se reserve u ostente derecho alguno en orden a su modificación. el Sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba admisible en derecho, las partes convienen a todos los efectos de este contrato, en aceptar como medio de prueba para determinar el tipo de referencia aplicable al presente préstamo, el documento suscrito por el prestatario a tal efecto o la correspondencia o faxes cruzados entre las partes, si los hubiere, o, en su defecto, la página electrónica en la que se refleje el tipo de referencia publicado en la correspondiente pantalla en la fecha de determinación de la variación, conforme al procedimiento regulado en este contrato, o la comunicación expedida por el Servicio, Agencia de Información Financiera u Organismo correspondiente. f) A todos los efectos jurídicos y procesales la carga de la prueba de haber efectuado las comunicaciones al BANCO que procedan, siempre en las fechas convenidas, recaerá sobre la parte PRESTATARIA, entendiéndose que no tiene valor a los efectos de la presente escritura, las comunicaciones que no se entreguen al BANCO en la forma y con las especificaciones anteriormente indicadas. g) La falta de pago de las obligaciones vencidas, como consecuencia del vencimiento anticipado del préstamo, en la fecha en que debió hacerse, originará el devengo del interés de demora pactado. h) La parte PRESTATARIA acepta como comunicaciones válidas, que surtirán plenos efectos, las que se efectúen en las formas antes indicadas.

CLÁUSULA 6". - INTERESES DE DEMORA El retraso en el pago de las cantidades debidas, tanto por el principal como por intereses devengará un interés de demora anual de seis puntos porcentuales por encima del tipo de interés vigente en el momento de entrar el deudor en situación de mora, con un mínimo en todo caso del 18 %, que se computará a partir del día en que debió de realizarse el pago, y ello sin necesidad de notificación al deudor ni de denuncia de mora. El interés de demora es también aplicable en el supuesto de vencimiento anticipado por incumplimiento del deudor, devengándose sobre la totalidad de la cantidad vencida y no pagada.

SEGUNDO: La parte actora en su demanda, solicita en su suplico: a) Se declare la nulidad de la totalidad del clausulado multidivisa incorporado en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, por su abusividad, por falta transparencia y su falta de proporcionalidad. b) Subsidiariamente y en el orden que se expone, se declare la nulidad de la totalidad del clausulado multidivisa incorporado en la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, por vicio del consentimiento del Cliente, por falta de objeto contractual, por falta de causa contractual y por vulneración de normas





imperativas. c) Independientemente de que se acoja el motivo del apartado a) o el del b), se condene a la eliminación de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, objeto del presente procedimiento, del precitado clausulado multidivisa. d) Se condene a la demandada a recalcular y rehacer, con exclusión del clausulado multidivisa, los cuadros de amortización del préstamo hipotecario suscrito con el demandante contabilizando el capital que, efectivamente, debió ser amortizado de haber sido éste amortizado en su divisa natural (euro) y aplicado el índice de referencia ordinario (Euribor), teniendo en cuenta también cualesquiera comisiones y gastos pagados. e) Se declare la nulidad de la cláusula de interés de demora por abusiva y que establece un tipo de interés de 6 puntos añadidos al tipo de interés aplicable en cada momento del adeudo, con un mínimo en todo caso del 18%, para la situación de retraso en el pago del préstamo. f) Se condene a la eliminación de la cláusula sexta denominada "*Interés de demora*" de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria. g) Más allá, subsidiariamente, sobre la base de la negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de diligencia, lealtad e información como comisionista prestador de servicios de inversión y al amparo del artículo 1101 del CC, se condene al Banco a indemnizar al Cliente por los daños y perjuicios causados (que deben coincidir con el recalcule descrito en el párrafo anterior), quedando el préstamo referenciado a euros y Euribor en el futuro. h) De forma cumulativa con las anteriores peticiones, se solicita que se condene a la demandada al pago de las costas judiciales causadas.

Se opone la parte demandada por entender que básicamente que el riesgo es inherente al contrato suscrito; que era fácilmente entendible, que se le explicó claramente lo que estaban contratando; que además fue el cliente el que solicitó el préstamo lo que acredita su conocimiento; que el cliente podía cambiar de moneda de manera que podía evitar el riesgo de la elegida si fuera desfavorable su evolución; los prestatarios influyeron en el contenido de la cláusula primera y segunda del préstamo y en definitiva se cumplieron con los debidos requisitos legales lo que hace que el contrato sea perfectamente válido y sus cláusulas no puedan considerarse abusivas, al no existir tampoco desequilibrio entre las partes.

TERCERO.- Alega la parte demandada que, sin cuestionar la falta de legitimación de ASUFIN, ésta no acredita que los actores pertenezcan a la asociación, ya que únicamente consta el documento número 5D y entienden insuficiente. Dicha alegación debe ser desestimada por cuanto no impugnado el mismo a efectos del artículo 326 LEC, se considera que los actores forman parte de ASUFIN.

CUARTO: Se invoca por la parte la **teoría de los actos propios y existencia de retraso desleal** en la interposición de la demanda, por ser contrarios al artículo 7 del CC.





En relación con la teoría de los actos propios, la STS de 5 de septiembre de 2012 indica los requisitos necesarios para la aplicación de la regla básica "venire contra factum proprium non valet": 1) una conducta jurídicamente relevante previa y consciente de sus consecuencias; 2) que tal conducta tenga una significación inequívoca e incompatible con la posterior; y 3) que las expectativas defraudadas por la actuación posterior sean razonables. Esta doctrina no es aplicable "en los supuestos en que hay error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia, según Sentencias del TS de 25 de octubre de 2000, 12 de febrero de 1999, entre otras; insistiendo en tal doctrina otras como la de 3 de diciembre de 2013 al señalar que no procede tal alegación cuando "los actos están viciados por error o conocimiento equivocado".

En cuanto al retraso desleal, tal y como recuerda el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de marzo de 2017: "La aplicación de la doctrina jurisprudencial del retraso desleal o *verwirkung*, como plasmación de un acto típico de ejercicio extralimitado del derecho subjetivo que supone una contravención del principio de la buena fe (artículo 7.1 del Código Civil), requiere de la concurrencia de diversos presupuestos. Así, en el plano funcional, su aplicación debe operar necesariamente antes del término del plazo prescriptivo de la acción de que se trate. En el plano de su fundamentación, su aplicación requiere, aparte de una consustancial omisión del ejercicio del derecho y de una inactividad o transcurso dilatado de un periodo de tiempo, de una objetiva deslealtad respecto de la razonable confianza suscitada en el deudor acerca de la no reclamación del derecho de crédito. Confianza o apariencia de derecho que debe surgir, también necesariamente, de actos propios del acreedor (SSTS 300/2012, de 15 de junio y 530/2016, de 13 de septiembre), teniendo en cuenta, en cualquier caso que el mero transcurso del tiempo, vigente la acción, no es suficiente para deducir una conformidad que entrañe renuncia, nunca presumible, tal y como señala el Tribunal Supremo ((STS de 22 de octubre de 2002, RC n.º 901/1997). STS del 07 de Junio del 2010)

Ambas cuestiones sin duda interrelacionadas, amén de lo expuesto, no son planteables en este ámbito ya que nos encontramos ante el ejercicio de una acción de nulidad, bajo la normativa protectora de consumidores y usuarios que no permite la renuncia previa de las acciones que pudieran corresponderle, ni impide su control judicial, teniendo en cuenta, a mayor abundamiento que no consta dato alguno, que permita concluir que el consumidor era consciente de la posible nulidad de la cláusula y ha dejado de reclamar la misma, hasta que tal y como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de marzo de 2015, los interesados a la luz de la jurisprudencia surgida como consecuencia de las nulidades planteadas, han podido comprobar si lo pactado era susceptible de reclamación.





En consecuencia y por lo expuesto procede desestimar las alegaciones en este extremo efectuadas por la parte demandada.

QUINTO: La 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 (STS de 30 de junio de 2015, FJ 7.º 3).

En dicha sentencia el Alto Tribunal consideró este tipo de hipoteca como un instrumento financiero con la consecuencia necesaria de su inclusión en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el artículo 2.2 de dicha Ley y por tanto susceptible de aplicarse a la misma la normativa MIFID, es decir, la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, y por transposición, lo tipificado en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el RD 217/2018, de 15 de febrero

Sin embargo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 3 de diciembre de 2015, asunto Banif Plus Bank, señaló que una hipoteca denominada en divisas, en *"... la medida en que constituyen actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo ... no se encuentran comprendidas en dicha sección A"*, de modo que no podemos considerarla incluida entre los servicios y actividades de inversión cualquiera de los servicios y actividades enumerados en la sección A del anexo I mencionado por el art. 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.

Siendo así que *"Tales operaciones no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, como son, 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"*.

Por tanto el TJUE niega que la hipoteca multidivisa estuviera incluida en el ámbito de protección de la normativa MIFID y que deba regularse por la Directiva de productos financieros MIFID ya que se trata de un préstamo y no de un producto de inversión.

EL Tribunal Supremo, en sentencia de 15 de noviembre de 2017, aclaró que las operaciones de cambio de divisa son accesorias a un préstamo que no tiene por





finalidad la inversión, no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato (el préstamo), sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste y el valor de las divisas que debe tenerse en cuenta para el cálculo de los reembolsos no se determina de antemano sino que se realiza sobre la base del tipo de cambio de estas divisas en la fecha de entrega del capital del préstamo o del vencimiento de cada cuota mensual de amortización.

Señalando que el hecho de que la normativa MIFID no sea aplicable a los préstamos hipotecarios denominados en divisa no impide que éste sea considerado un producto complejo a efectos del control transparencia derivado de la aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, por la dificultad que para el consumidor medio tiene la comprensión de algunos de sus riesgos (fundamento octavo, apartado 16). Según la misma Sentencia el carácter complejo de este tipo de contratos queda confirmado por la Directiva 2014/17/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial (apartado 18).

La consecuencia jurídica de dicha calificación es clara, la alta complejidad de la modalidad multidivisa, supone que se debe informar cumplidamente tanto en la fase pre-contractual como contractual.

SEXTO: En el presente caso, claramente nos encontramos ante un préstamo multidivisa y así se desprende, de la de la escritura pública, en la que claramente se dispone que “el presente préstamo se conviene en la modalidad de multimonedas” y BARCLAYS BANK, S.A., entrega en este acto BARCLAYS BANK, S.A., entrega en este acto a la parte DON [REDACTED] Y DOÑA [REDACTED] que solidariamente lo reciben, en concepto de préstamo, la cantidad de (30.431.460,00) TREINTA MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SESENTA YENES JAPONESES.. (...) Se hace constar expresamente que el contravalor del principal del préstamo al cambio correspondiente al segundo día hábil anterior a la fecha de la escritura es de (186.000,00 €) CIENTO OCHENTA Y SEIS MIL EUROS, siendo el tipo de cambio 163,61 yenes por euro.

Pero es que además del contenido de la misma no puede si no llegarse a dicha conclusión.

Teniendo en cuenta, a mayor abundamiento que la naturaleza del préstamo multidivisa viene igualmente determinada por la posibilidad del cambio de divisa en cada periodo de amortización y así se desprende de la CLAUSULA 1ª.

En el presente caso la moneda de pago son yenes, sin perjuicio de que la moneda con la que convive sea euros, pero eso no significa que pague en euros. Por describirlo gráficamente, el cliente cuando paga la cuota puede hacerlo en euros y el





banco se los cambia a yenes o compra previamente yenes para hacer el pago (para pagar el préstamo tiene, en todo caso que convertirlo en yenes y ahí es donde se corre el riesgo, como se verá en fundamentos posteriores).

SÉPTIMO: Niega la parte demandada que nos encontremos ante condiciones generales de la contratación porque considera que las cláusulas han sido negociadas.

En el presente caso, procede desestimar la alegación de la demandada, que afirma que las cláusulas controvertidas han sido objeto de negociación individual y, por tanto, quedan fuera del ámbito de aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas por aplicación de su art. 3.

El artículo 1 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, Ley de las Condiciones Generales de la Contratación LCGC: "Son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

Por tanto son rasgos definidores de las mismas como recuerda la STS de 9 de mayo de 2013, la predisposición, imposición e incorporación a una pluralidad de contratos.

Predisposición que se traduce en la pre redacción de la misma y en no ser fruto del *consenso alcanzado después de una fase de tratos previos*.

Siendo así que el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, dispone específicamente que: "se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión"

Debiendo por mor de dicho artículo y el art. 82.2 párrafo 2º del texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, el empresario que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumir la carga de la prueba.

Imposición que viene determinada por la incorporación al contrato por una de las partes, en este caso la entidad financiera, de tal forma que el bien o servicio sobre el que versa el contrato sólo se puede obtener mediante el acatamiento a la inclusión en el mismo de la cláusula, sin que pueda exigírsele al consumidor un comportamiento más allá de lo razonable y una oposición contumaz, que en cualquier caso no cambiaría la posición de la entidad.





Incorporación a una pluralidad de contratos, siendo así que se trata de modelos de declaraciones negociales que tienen la finalidad de disciplinar uniformemente los contratos que van a realizarse.

En el presente caso, la entidad financiera, más allá de las alegaciones vertidas en la contestación a la demanda, en virtud de la carga de la prueba que le corresponde, (art. 3.2 párrafo 3º de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril, y el art. 82.2 párrafo 2º TRLDCU) no ha acreditado que se haya producido una negociación individual de las cláusulas descritas, no ha acreditado que el préstamo hipotecario se hubiera concedido de no haberse incluido las mismas y no se ha probado que no consta incorporada a la mayoría de los contratos de semejantes características suscritos por dicha entidad.

Que la parte actora haya elegido el tipo de moneda es evidente que tiene que hacerlo porque estamos ante un préstamo multdivisa y esta circunstancia así se recoge en su propio clausulado, y que determine la cantidad solicitada y el plazo de devolución, es evidente igualmente que no significa negociación de la redacción de las cláusulas sino determinación del numerario solicitado.

En consecuencia y por lo expuesto, claramente nos encontramos ante condiciones generales de la contratación.

OCTAVO: Conceptuada como condición general de la contratación, pre redactada e impuesta a los prestatarios, que no fue en ningún caso negociada, es necesario el control de transparencia que establece la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (arts. 60, 80 y 82) y las exigencias de la Directiva 93/13 de Cláusulas Abusivas en Contratos Celebrados con Consumidores (en concreto el art. 4).

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

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





préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras, correspondiendo al órgano jurisdiccional nacional remitente llevar a cabo las comprobaciones necesarias a este respecto."

Y señala el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de noviembre de 2017 que el consumidor puede conocer que las divisas fluctúan, pero debe ser advertido de que la variación de las cuotas puede ser tan considerable que ponga en riesgo su capacidad de afrontar los pagos. El riesgo de recalcu al alza del capital pendiente podía implicar la facultad de resolver anticipadamente el préstamo si este superaba en un determinado porcentaje el valor de tasación de la finca, riesgo del que debe ser informado el consumidor.

Reiterando además la doctrina del propio Tribunal Supremo en el sentido de que la intervención de Notario no suple por sí solo el cumplimiento del deber de transparencia, máxime teniendo en cuenta en el momento en que se produce su intervención, al final del proceso de concertación del préstamo.

En definitiva, el cliente y consumidor a los efectos que aquí se discuten debe comprender lo siguiente:

- 1.- Que la suscripción del préstamo supone poner como garantía su casa, de manera que en caso de impago podría perderla.
- 2.- Que la cantidad de dinero que le va a prestar el Banco está denominada en una moneda distinta al Euro (yenes, francos.....).
- 3.- Que si se entrega la cantidad en euros es por su contravalor en las divisas convertibles en España (si le dan 100 € pero referido al dólar y un dólar, en ese momento vale dos euros, le debe al banco 50 \$).
- 4.- Que el pago, tanto del principal como de las cuotas lo tiene que hacer en esa moneda diferente al euro.
- 5.- Que al tener que pagar en dicha moneda, eso implica que va a tener que comprar esa moneda en cada momento que tenga que hacer el pago de las correspondientes cuotas y que evidentemente puede tener distinto valor, o en su caso, el banco va a efectuar el cambio previo.
- 6.- Que esa moneda fluctúa, es decir, varía el tipo de cambio, respecto al euro en el tiempo.
- 7.- Que es posible que el Banco le cobre una comisión por la adquisición de moneda extranjera.





8.- Que no va conocer la cantidad de dinero a pagar en cada momento con anticipación, ya que depende del tipo de cambio de la moneda elegida en el momento preciso de cada desembolso.

9.- Que esa incertidumbre derivada de la fluctuación afecta tanto al capital, como a los intereses.

10.- Que además, el tipo de interés al que se va a referenciar no es el que tiene que ver con la economía europea, y que incluso puede no tener que ver con el de la moneda en el que se está haciendo, es decir se puede contratar en yenes y referenciar el tipo de interés al Libor, lo que supone que tiene que estar pendiente de las fluctuaciones de ambos.

11.- Que puede que las cuotas varíen tanto que es posible que no pueda hacer frente a los pagos.

12.- Que ese riesgo puede suponer que el banco tenga que cancelar anticipadamente el préstamo hipotecario, lo que supone no solo una comisión adicional sino, en su caso, la pérdida de la vivienda.

Por tanto, tiene que entender que pese a que se mueve en un país que tiene una moneda y un tipo de interés, está contratando un préstamo en otra moneda y en otro tipo de interés, que pueden incluso no ser coincidentes siendo así que la entidad debe asegurarse que el cliente está en condiciones de entender perfectamente el mercado de divisas porque va a operar con diferentes monedas y asegurarse que comprende cuales pueden ser sus consecuencias financieras, es decir cómo va repercutir en su economía y la trascendencia de las mismas.

Información que es necesario se traslade a la documentación entregada, que evidentemente, más allá de los tecnicismos propios del sector, no puede incurrir en contradicción, ni inducir a error al cliente que acude a la entidad confiando en que la misma va a actuar con la profesionalidad que le es exigible.

Dicha información es necesario que se personalice para así asegurarse la entidad financiera el completo y cabal conocimiento, por parte del cliente del funcionamiento del préstamo multidivisa y no ofrecerle un link o una página web para que supla el cliente el trabajo que le corresponde a la entidad.

Información que refrenda tanto la mencionada sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017 como la del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017, en los términos en los que ya se ha hecho referencia en esta resolución.

Y cuya prueba y contenido corresponde a la entidad que ofrece la financiación, ya que ésta la que diseña el producto y lo ofrece al cliente, debiendo realizar por ello el esfuerzo necesario para que éstos comprendan el alcance necesario de su decisión.





NOVENO: En el presente caso, la entidad financiera no solo no ha recogido en la documentación entregada la información necesaria para trasladarla al cliente y que éste comprendiera claramente el alcance del contrato, sino que no ha llevado a cabo actuación alguna personal con él que permitiera suplir la falta de información y la información deficiente facilitada y evitar así el control de abusividad, si hubiesen sido redactadas por el profesional de manera clara y comprensible.

Esta falta de transparencia evidentemente provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe. Y así se señala por el Tribunal Supremo en su sentencia de 15 de noviembre de 2017: *"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."*

Y en este caso concreto se traduce en los siguientes datos:

A. La información de riesgos no ha existido ya que decir que deriva del hecho de contratar en moneda extranjera, carece de fundamento y en el documento 2 bis aportado con la contestación, pese a denominarse información de riesgos tampoco se contiene la misma.

B. La entidad financiera no facilitó previsiones sobre la evolución de los tipos de cambios, previsiones que poseen las entidades financieras, ni consta que se facilitaran simulaciones de escenarios futuros, debidamente explicados, pese a tener acceso a ellos, tal y como se desprende de la documental aportada con la demanda.

Que se trate de previsiones de analistas y que evidentemente no suponen un futuro cierto, no quiere decir que no faciliten la toma de una decisión y por tanto se deben poner a disposición del cliente.

Es más, podría perfectamente haberse procedido por la entidad financiera, de igual modo que se procede en los test de estrés la banca, esto es, con la información que evidentemente poseía sobre la evolución de los tipos de cambio, simular el mejor escenario posible y el peor escenario previsible, para que así el cliente pudiera elegir convenientemente.

C. Los clientes por su formación no tenían conocimientos financieros que le permitieran conocer, ni de una manera general el alcance del producto D. [REDACTED]
[REDACTED] tiene estudios de Formación Profesional y es informático y D^a. [REDACTED]





█ tiene estudios de EGB y en el momento de la contratación trabajaba como camarera si bien en actualmente oficial de peluquería y no los tenían ni para entender lo que contrataba en la fase precontractual, ni posteriormente a lo largo de la vida del contrato, puesto que la información que se contiene en los recibos no acredita el conocimiento de todos y cada uno de los elementos del contrato a los que se ha hecho referencia.

D. Se trata de un cliente que vive en la zona euro, percibe el salario y se maneja a diario en euros, sin experiencia en negocios con diferentes divisas y que lo único que pretendía era cancelar un préstamo anterior con otra entidad financiera y ahorrar costes, circunstancia ésta que el banco dijo ocurriría si contrataba la “hipoteca multidivisa”.

E. No han sido ellos lo solicitantes del préstamo multidivisa, al igual que no consta que la entidad financiera no evaluó la preparación del interlocutor ni se cercioró de que efectivamente entendía la trascendencia de lo que estaba contratando, ni que se pusiese en conocimiento del cliente todos aquellos datos, a los que se ha hecho referencia, sin carácter de exhaustividad y los necesarios para que pudieran, optar con total seguridad.

F. El nivel de ingresos del consumidor, lo situaba en situación de inferioridad en el supuesto de una evolución desfavorable del tipo de cambio, circunstancia esta de la que no se advirtió al cliente.

Por tanto, ha existido renuncia o limitación en los derechos del consumidor y usuario, proscrita por el artículo 86.7 TRLGDCU; falta de reciprocidad sancionada por el art. 87 TRLGDCU; se ha contravenido igualmente el principio de concreción y transparencia previsto en el artículo 80.1.a) TRLGDCU y 5.5 LCGC Y, como se desprende de los arts. 3.1 de la Directiva 93/13 y 82.1 TRLCU, la falta absoluta de información en atención a las particulares circunstancias del consumidor y el proceder de la entidad financiera, creó un desequilibrio tal que ha perjudicado al consumidor, debiendo, en consecuencia declarar el carácter abusivo de las cláusulas multidivisa.

DECIMO.- Consecuencia jurídica de la nulidad por abusivo del clausulado multidivisa, es la nulidad parcial del préstamo, y así se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 que zanja la cuestión al declarar la nulidad parcial del contrato, que implica la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros. La nulidad del contrato perjudicaría al consumidor, que se vería obligado a restituir la totalidad del capital pendiente de amortizar. Por ello se sustituye la cláusula abusiva por un régimen previsto en el propio contrato (la posibilidad de que el capital esté denominado en euros) – art. 1258 CC – y se ajuste al clausulado pactado para esta circunstancia que se mantiene válida, en los términos que se expresarán a continuación.





Dicha nulidad parcial impone el recalcule del importe de las cuotas como si el préstamo se hubiera concedido en euros, debiendo la entidad financiera restituir la diferencia entre la suma resultante y la cantidad efectivamente abonada por el consumidor con los intereses desde la fecha de cada cobro.

Eso significa, en el presente caso, que la nulidad de la opción multidivisa lleva a la consideración de que la cantidad adeudada por el demandante es el saldo vivo de la hipoteca referenciada a Euros, resultante de disminuir al importe prestado, la cantidad amortizada hasta la fecha, también en euros, en concepto de principal e intereses y que el contrato debe subsistir sin los contenidos declarados nulos, entendiendo que el préstamo lo fue de 333.000 Euros y que las amortizaciones deben realizarse también en euros, utilizando el tipo de interés fijado en la escritura para esta moneda (euros).

DECIMO PRIMERO: Respecto a la cláusula que contiene los **intereses moratorios**, significar que, la pena de morosidad cumple una triple función: resarcitoria (indemnizar al prestamista acreedor por la pérdida de beneficio que sufrirá debido al incumplimiento de su deudor), conminatoria (estimular el cumplimiento de las obligaciones) y disuasoria (desalentar el incumplimiento del prestatario), debiendo ser calificados de abusivos y, por consiguiente, nula la cláusula que los establece en la medida en que dicha cláusula suponga la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones.

Así lo establece igualmente el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de Noviembre de 2015 cuando señala que, " el interés de demora fijado en una cláusula no negociada en un contrato concertado con un consumidor puede ser objeto de control de contenido y ser declarado abusivo si supone una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla con sus obligaciones".

Para determinar que una cláusula de intereses moratorios resulta desproporcionadamente alta tenemos que partir de los criterios sugeridos por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, dictada precisamente con ocasión de una cuestión prejudicial planteada sobre esta concreta materia, y en la que expresamente se dice que el juez debe comprobar " por un lado, las normas nacionales aplicables entre las partes en el supuesto de que no se hubiera estipulado ningún acuerdo en el contrato controvertido o en diferentes contratos de ese tipo celebrados con los consumidores y, por otro lado, el tipo de interés de demora fijado con respecto al tipo de interés legal, con el fin de verificar que es adecuado para garantizar la realización de los objetivos que éste persigue en el estado miembro de que se trate y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos " (apartado 74).

De acuerdo con el referido texto, los elementos a tener en cuenta serían los siguientes:





a) La normativa nacional aplicable a la morosidad en el cumplimiento de las obligaciones dinerarias para el caso de que no se hubiera pactado nada específico en el contrato de que se trate.

b) La relación entre el interés de demora que se hubiera convenido y el interés legal del dinero vigente en el momento del pacto.

c) La función resarcitoria del interés legal del dinero y si el interés de demora convenido cumple este objetivo o va más allá de lo necesario para ello.

Así como el criterio establecido por el Tribunal Supremo en sentencia de 3 de junio de 2016; en relación con los intereses de demora en préstamos no hipotecarios (SSTS 7/09/2015 que confirma la doctrina sentada en la sentencia núm. 265/2015, de 22 de abril).

En el presente caso se convino un interés de demora *superando en exceso* el interés remuneratorio incrementado en dos puntos por lo que es procedente la declaración de su abusividad y el efecto que ésta conlleva de tener por no puesta dicha cláusula, ya que una vez declarada nula la cláusula multdivisa, el interés referido al euro resulta claramente abusivo por los motivos expuestos.

DECIMO SEGUNDO: Se impone a la parte demandada el pago de los intereses previsto en el artículo 1303 del CC desde el momento del pago por la prestataria y los intereses previstos en el artículo 576 de la LEC, desde la fecha de la presente resolución.

DECIMO TERCERO.- En materia de costas, la estimación de la demanda de conformidad con el artículo 394 de la Lec supone que se condene en costas a la parte demandada.

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

FALLO

Que debo estimar y estimo la demanda interpuesta por ASUFIN representando a D. [REDACTED] y Dña. [REDACTED] contra BARCLAYS BANK, S.A. (hoy CAIXABANK S.A.) y, en su virtud:

DECLARO LA NULIDAD PARCIAL POR ABUSIVO DEL PRÉSTAMO EN DIVISA CON GARANTÍA HIPOTECARIA suscrito entre las partes el 2 de agosto de 2007, ante el ante el notario D. Pablo García Toral, número de protocolo 994, continuando la vigencia del préstamo sin dicho contenido multdivisa, lo que conlleva la declaración de que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado a euros (186.000 Euros), resultante de disminuir al importe prestado la cantidad amortizada, también en euros, en concepto de principal e intereses, utilizando como tipo de interés la





referencia para esta moneda de la escritura; CONDENANDO a BARCLAYS BANK, S.A., a estar y pasar por las declaraciones anteriores y a recalcular el importe de las cuotas como si el préstamo se hubiera concedido en euros y la entidad de crédito deberá restituir la diferencia entre la suma resultante y la cantidad efectivamente abonada por el consumidor con sus intereses desde la fecha de cada cobro, estableciéndose las bases de liquidación (ex art. 219 LEC) para ejecución de sentencia, si no hubiese conformidad entre las partes sobre este extremo.

Y debo declarar y declaro la nulidad, en los términos que constan en esta resolución de las siguientes cláusulas del préstamo hipotecario a que se ha hecho referencia en los hechos probados, teniéndolas por no puestas: CLÁUSULA 6". - INTERESES DE DEMORA.

Se imponen las costas a la parte demandada.

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

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra ella podrá interponerse, ante este Juzgado, recurso de apelación en el plazo de veinte días desde el siguiente a la notificación. El recurso será resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid previa la constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta IBAN ES55 0049 5284 0000 04 7445 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 7445 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 pronuncia, manda y firma, la Ilma. Dª. María Paz Pérez Rúa, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia Núm. 101 bis de Madrid.





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

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



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove
mediante el siguiente código seguro de verificación: 1037715557099903841107





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

C/ Gran Vía 12

Tfno: 914937071

Fax: 917031648

42070000

NIG: 28.079.00.2-2017/0139804

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 7445/2017

Materia: Cláusulas GRI - Multidivisa

NEGOCIADO 5 BIS

ASOCIACION DE USUARIOS FINANCIEROS

PROCURADOR D./Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON

D./Dña. [REDACTED]

D./Dña. [REDACTED]

Demandado: CAIXABANK SA

PROCURADOR D./Dña. JULIO CABELLOS ALBERTOS

DILIGENCIA DE CONSTANCIA.- En Madrid, a veintiuno de enero de dos mil diecinueve.

La extiendo yo, el/la Letrado/a de la Administración de Justicia, para hacer constar que en el día de hoy, se integra la sentencia en el sistema de gestión procesal para su firma por el juez, una vez debidamente firmada, procédase a su notificación a las partes, quedando en el sistema de gestión procesal el original de la sentencia, dejándose testimonio suficiente en autos, de lo que doy fe.

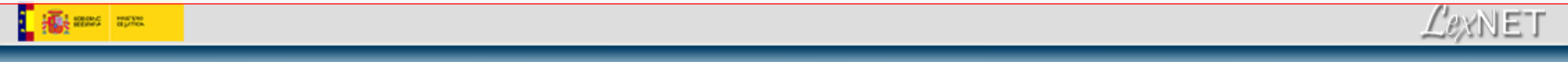
El/la Letrado/a de la Administración de Justicia

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 Diligencia de Publicación firmado~~
electrónicamente por JUAN CARLOS CONDE LOPEZ



Mensaje LexNET - Notificación

Mensaje

IdLexNet	201910253652588	
Asunto	Sentencia Proc. Ordinario (F.Resolucion 21/12/2018)	
Remitente	Órgano	JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 101 BIS de Madrid, Madrid [2807942A01]
	Tipo de órgano	JDO. PRIMERA INSTANCIA
	Oficina de registro	OF. REGISTRO Y REPARTO PRIMERA INSTANCIA [2807900006]
Destinatarios	Procurador	RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON, SHARON [1850] (Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid)
Fecha-hora envío	06/02/2019 13:25	
Documentos	0065685_2019_I_189788718.PDF(Principal)	
	Hash del Documento: 8ebb4434def6c5cab8d3cdb21aba6728b6da8bac	
	0065685_2019_E_25174135.ZIP(Anexo)	
Datos del mensaje	Hash del Documento: c2d5ccb9b6b5d8b0e98ca3f362f44b1495e02492	
	Procedimiento destino	Sentencia Proc. Ordinario (F.Resolucion 21/12/2018 N° 0007445/2017)
	Detalle de acontecimiento	Sentencia Proc. Ordinario (F.Resolucion 21/12/2018)
	NIG	2807900220170139804

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
06/02/2019 13:59	RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON, SHARON [1850]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid	LO RECOGE	
06/02/2019 13:39	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid (Madrid)	LO REPARTE A	RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON, SHARON [1850]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid

(*) Todas las horas referidas por LexNET son de ámbito Peninsular.