



## Juzgado de Primera Instancia nº 31 de Barcelona

Avenida Gran Via de les Corts Catalanes, 111, edifici C, planta 9 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549431

FAX: 935549531

EMAIL: instancia31.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120168179228

### Procedimiento ordinario 695/2016 -C

Materia: Juicio ordinario otros supuestos

Cuenta BANCO SANTANDER:

Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 31 de Barcelona

Para ingresos en caja. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato electrónico: ----. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato papel: IBAN ----. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Parte demandante/ejecutante: ----,

Parte demandada/ejecutada: CAIXABANK S.A.

----

Procurador/a: ----

Procurador/a: ----, ---- Abogado/a: ---- Abogado/a:

## SENTENCIA Nº 135/2018

**Magistrado:** ---- Barcelona, 29 de mayo de 2018

VISTOS por la Magistrada-Juez Dña ---- ---- ----, los presentes autos de **JUICIO ORDINARIO seguidos bajo el número 695/16-C**, a instancia de D.---- y Dña. ---- representados por el Procurador de los Tribunales y defendido por el Letrado que constan en el encabezamiento, contra CAIXABANK SA, representada por el Procurador de los Tribunales y defendido por el Letrado que constan en el encabezamiento, dictó la siguiente resolución

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la representación procesal de D.---- y Dña. ---- se interpone demanda de juicio ordinario contra la mercantil CAIXABANK SA, en la que, y previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que estima oportunos, suplica al Juzgado que se dicte sentencia de conformidad con los pedimentos formulados en la demanda, con expresa imposición de costas a dicha parte.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda por Decreto de 10/10/16 se emplazó a la parte demandada al objeto de comparecer en autos y contestar a la demanda. Por





Diligencia de Ordenación se tiene por presentado escrito de contestación a la demanda, señalando para la celebración de la Audiencia Previa el día 18/5/17.

**TERCERO.-** Convocadas ambas partes a la celebración de la Audiencia Previa prevista en el artículo 414 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no siendo posible alcanzar un acuerdo, se fijaron los hechos en controversia y las partes propusieron la prueba que consideraron necesaria, admitiéndose la que se consideró útil y pertinente y señalando día para la celebración de juicio.

**CUARTO.-** En la fecha señalada para la celebración de juicio 10/4/18 se practicó la prueba y los autos quedaron vistos para Sentencia.

**QUINTO.-** Conforme al art 211 LEC se hace constar que se ha excedido el plazo para dictar Sentencia por razón del volumen y sobrecarga de este Juzgado que supera el 100% del módulo fijado por el CGPJ.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- PLANTEAMIENTO DE LA LITIS:

A/ La representación de procesal de D.---- y Dña. ---- interpone demanda contra CAIXABANK SA por la que reclama que:

1º - con carácter principal se declare la nulidad parcial del préstamo por error vicio en el consentimiento prestado por los prestatarios.

- se declare que el efecto de la nulidad parcial conlleva que la cantidad de deuda hipotecaria, sea el saldo vivo que resulte de disminuir al importe pactado (702.000 euros) la cantidad amortizada hasta la fecha en concepto de principal e intereses también convertidos a Euros.

- en virtud del art 1.303 CC se condene a la demandada a devolver las cantidades percibidas en exceso en cada una de las cuotas devengadas, hasta la fecha en que se pronuncie este Juzgado en Sentencia firme, incrementadas con el interés legal de cada uno de los cobros. Cifra exacta que deberá determinarse en ejecución de sentencia.





- se declare que el contrato debe subsistir sin el contenido declarado nulo, entendiéndose que el préstamo fue de 702.000 euros y que las cuotas pendientes de amortización deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés de euribor y diferencial de 0,50%.
- se condene a la demandada a pasar por las anteriores declaraciones, soportando los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

2º- Subsidiariamente, respecto a lo anterior, se declare la nulidad parcial del préstamo hipotecario suscrito por las partes, por contravención de normas imperativas y prohibitivas.

- se declare que el efecto de la nulidad parcial conlleva que la cantidad de deuda hipotecaria, sea el saldo vivo que resulte de disminuir al importe pactado (702.000 euros) la cantidad amortizada hasta la fecha en concepto de principal e intereses también convertidos a Euros.
- en virtud del art 1303 CC se condene a la demandada a devolver las cantidades percibidas en exceso en cada una de las cuotas devengadas, hasta la fecha en que se pronuncie este Juzgado en Sentencia firme, incrementadas con el interés legal de cada uno de los cobros. Cifra exacta que deberá determinarse en ejecución de sentencia.
- se declare que el contrato debe subsistir sin el contenido declarado nulo, entendiéndose que el préstamo fue de 702.000 euros y que las cuotas pendientes de amortización deben realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés de euribor y diferencial de 0,50%.
- se condene a la demandada a pasar por las anteriores declaraciones, soportando los gastos que pudieran derivarse de su efectivo cumplimiento.

3º Más subsidiariamente, se declare la nulidad de las cláusulas referidas por considerarlas abusivas

- se eliminen las cláusulas y dejen de aplicarse en lo sucesivo.





- como consecuencia de dicha nulidad parcial, se condene a la entidad demandada a recalcular el capital debido en el contrato, descontando el capital inicial, las cantidades pagadas hasta el momento en concepto de amortización de capital y el exceso de los intereses nominales efectivamente pagados, con respecto a los que hubiera debido de pagar de estar los capitales fijados en euros desde el momento inicial; y se condene también a que la deuda pendiente del contrato quede fijada en euros, al tipo de interés y con el resto de condiciones financieras previstas.
- se condene al demandado a pasar por dicha declaración.

4º todo ello con expresa condena en costas de la demandada.

En sustento de las señaladas pretensiones, la parte demandante afirma, dicho en síntesis, que:

1. En fecha 16/8/07 los demandantes otorgaron escritura pública de constitución de préstamo con garantía hipotecaria con la entidad Barclays Bank (hoy CAIXABANK SA) por un capital de 1.149.525 CHF cuyo contravalor es de 702.000 euros; el plazo de amortización: 360 cuotas mensuales; tipo fijo durante el primer año; tipo variable posteriormente: LIBOR más 0,50; revisión del interés pactado: tipo medio de la oferta el segundo día hábil anterior al inicio de cada periodo de interés a las 11 horas (Londres) en la página electrónica LIBOR 01, suministrada por Reuters; comisión de conversión en punto 4º de la cláusula 4ª; tipo de cambio a la celebración del contrato fue del 1,6375 aunque no se expresó; .
2. la información ofrecida por la entidad financiera en ningún momento permitió a los suscriptores percatarse del enorme riesgo que asumían, al quedar ligada la deuda hipotecaria a la evolución de la divisa pudiendo llegar a deber más capital que el prestado inicialmente; información precontractual insuficiente: inexistencia de documento de oferta vinculante ni de folleto informativo; no se informó de la previsible evolución del tipo; no se informó de la evolución histórica del franco suizo; no se realizaron simulaciones en euros y divisas; no se informó que la divisa también se aplica al capital. En resumen: información insuficiente.





3. riesgo inherente a los préstamos en divisas, por fluctuaciones del cambio y de modo que el prestatario puede verse obligado a devolver importe en concepto de principal superior al capital; riesgo del tipo de cambio; incumplimiento del art 19 Ley 36/03.
4. interés de la comercializadora en la venta del producto por razón de la comisión por conversión de moneda
5. Perfil: 1. Consumidores; 2. los prestatarios son licenciados en medicina y cirugía (neurocirujanos); profesionales sanitarios y docentes universitarios; no disponen de formación en finanza, economía ni se hallan relacionados con cuestiones bancarias, profesionalmente 3: destino: adquisición vivienda.
6. vicio error en consentimiento: concurrencia de todos los requisitos: 1. Error esencial (capital en euros); coste del préstamo; 2. Excusabilidad: omisión de la debida información; 3. Imputabilidad del error a la entidad.
7. vulneración de normas imperativas; concurren los requisitos
8. falta de transparencia; concurren los requisitos.

B/. Frente a ello, la demandada CAIXABANK SA reconoció la celebración del contrato de préstamo:

1. Que los demandantes contactaron con el Banco tres meses antes de la suscripción del contrato para solicitar financiación para la adquisición de un inmueble; tras valorar la oferta celebraron el contrato que, ahora, 9 años después tras haber abonado más de 100 cuotas pretenden anular. Fueron los propios demandantes quienes solicitaron expresamente la opción multidivisa.
2. la cláusula multidivisa es lícita y plenamente admitida en nuestro derecho.
3. las condiciones fueron negociadas y los prestatarios fueron plenamente conscientes de la naturaleza del contrato y del riesgo que asumían; aceptaron expresamente el riesgo que asumían; la aplicación de la cláusula depende exclusivamente de la voluntad de los prestatarios.





4. tanto la concesión del préstamo en moneda extranjera como la cláusula multidivisa aparecen claramente establecidas.

#### **SEGUNDO.- CUESTIONES EN CONTROVERSA:**

Tal y como se puso de manifiesto en la Audiencia Previa, en el caso, se muestra controvertido:

1. caducidad de la acción
2. información suministrada y obligaciones informativas
3. iniciativa contractual.
4. actos propios (pago)
5. si la cláusula fue negociada
6. naturaleza jurídica del contrato.
7. consecuencias de la declaración de nulidad.

#### **TERCERO.- VICIO-ERROR EN EL CONSENTIMIENTO:**

La primera acción que se ejercita es la acción de anulabilidad por vicio en el consentimiento, pretendiendo, no obstante, no que se declare la nulidad del contrato, sino que se declare la nulidad parcial del préstamo de la cláusula por la que - dicho en breve- se acordó la multidivisa; dicha pretensión es inviable y ha de ser desestimada siguiendo la **doctrina del Tribunal Supremo resumida en sentencia nº 104/2017, de 17 de febrero** , a cuyo tenor: "*La sentencia recurrida ha apreciado la existencia de error vicio respecto de una de las cláusulas del contrato de leasing. En concreto, la que, después de haberse pactado un derivado implícito para fijar el interés de la financiación, se refiere al coste de la cancelación del derivado.*





*Con ello la Audiencia infringe la interpretación jurisprudencial al respecto. En la sentencia 66/2017, de 2 de febrero , declaramos que «la nulidad por este vicio del consentimiento (error vicio) debía conllevar la ineficacia de la totalidad del contrato y no sólo de la cláusula que contiene un derivado implícito». En esta sentencia nos remitíamos a otra sentencia anterior, la sentencia 450/2016, de 1 de julio , en la con mayor detalle exponíamos esta doctrina:*

*« (Como hemos recordado recientemente con motivo de un recurso en el que se había pretendido la nulidad por error vicio de las cláusulas relativas al derivado financiero de un contrato de préstamo, no cabía la nulidad parcial de una cláusula basada en el error vicio ( Sentencia 380/2016, de 3 de junio ). Si el error es sustancial y relevante, y además inexcusable, podría viciar la totalidad del contrato, pero no declararse por este motivo la nulidad de una parte con la subsistencia del resto del contrato»."*

La aplicación de la referida doctrina al caso de autos, ha de llevar a constatar la inviabilidad de la acción en el modo en el que se ejercita y por lo que se desestima la pretensión principal sin entrar en el examen de los requisitos y caducidad alegada.

#### **CUARTO.- INCUMPLIMIENTO NORMAS IMPERATIVAS:**

Como recuerda la **Sentencia de la Sección 13ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de abril de 2018**: "*La STJUE 12.2015 afirma que un préstamo hipotecario multidivisa no constituye en sí mismo un instrumento financiero. Por tanto, las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión a una divisa, en la medida en que constituyen actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo denominado en divisas, ya que se limitan a la conversión, sobre la base del tipo de cambio de compra o de venta de la divisa considerada, de los importes del préstamo y de las mensualidades expresadas en esta divisa (moneda de cuenta) a la moneda nacional (moneda de pago), no parecen tener otro objeto que permitir la concesión y el reembolso del préstamo. El TJUE en dicha sentencia razona 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, a saber, la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital más los intereses por el prestatario.*

*La finalidad de estas operaciones no es llevar a cabo una inversión, ya que el consumidor únicamente pretende obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio y no, por ejemplo, gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de una divisa".*

*Por tanto, sigue razonando, las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste. Y, en su virtud, concluye que " De ello resulta, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, que las operaciones de cambio que realiza una entidad de crédito en el marco de la ejecución de un contrato de préstamo denominado en divisas, como el controvertido en litigio principal, no pueden calificarse de servicios de inversión, de manera que esta entidad no está sometida, en particular, a las obligaciones en materia de evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que pretende prestar previstas en el artículo 19 de la Directiva 2004/39 ".*

En definitiva, la sentencia reseñada excluye la aplicación de la normativa MIFID (tanto de la Directiva como de las normas nacionales que la trasponen al ordenamiento interno) a los préstamos multdivisa.

Correlativamente, procede desestimar la acción ejercitada a título subsidiario.

#### **QUINTO.- DE LA ABUSIVIDAD (CONTROL DE TRANSPARENCIA):**

**3.La Sentencia nº305/18 que resuelve el recurso de apelación nº135/17 de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictada el 7 de mayo de 2018 ( ROJ: SAP B 3401/2018 - ECLI:ES:APB:2018:3401 ) dice: *De la cláusula multdivisa como cláusula que determina el objeto principal del contrato.***

(...)







*La nulidad debe analizarse desde la perspectiva del control de transparencia y de la abusividad de las cláusulas, dado que el error o el dolo como vicio del consentimiento, al afectar al objeto del contrato o a sus elementos esenciales, determina la nulidad del propio contrato. En nuestra Sentencia de 22 de enero de 2018 (Rollo 135/2017 ) hemos dicho al respecto lo siguiente:*

*"Si lo que la demanda pretende es la nulidad de una concreta estipulación, no la nulidad del contrato de préstamo, creemos que lo razonable no es examinar esa cuestión desde la perspectiva de los vicios en el consentimiento, que es más propia del examen de la validez del negocio jurídico que de la que corresponde al examen de la validez de sus concretas estipulaciones. Y, como indica el art. 9.2 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (LCGC), es la nulidad de una condición general lo que puede determinar la nulidad del contrato, cuando afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil . Si bien en este caso estamos hablando de los efectos de la nulidad de la estipulación que pueden determinar también la del contrato. Pero ello no autoriza a poder aplicar, al menos de forma directa, la doctrina de los vicios del consentimiento al examen de la validez de las condiciones generales, ya que se trata de una doctrina sobre la validez del negocio jurídico."*

*11. Tanto la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 20 de septiembre de 2017 (-ECLI: EU:C:2017:703 - asunto Andriuc ), como la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:3893) analizan la cuestión desde la perspectiva del control de transparencia. Por tanto, realizaremos nuestro análisis a partir de las consideraciones jurídicas realizadas en esas dos resoluciones.*

*La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 20 de septiembre de 2017 (-ECLI: EU:C:2017:703 - asunto Andriuc) ha considerado que «el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de "objeto principal del contrato", en el sentido de esa disposición, comprende una cláusula contractual, como la del litigio principal, incluida en un contrato de préstamo*





*denominado en divisa extranjera que no ha sido negociada individualmente y según la cual el préstamo deberá reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató, dado que esta cláusula regula una prestación esencial que caracteriza dicho contrato».*

*La STS de 15 de noviembre de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:3893) sigue el mismo criterio del TJUE para identificar las cláusulas que definen el objeto principal del contrato: «Las cláusulas cuestionadas en la demanda, que fijan la moneda nominal y la moneda funcional del contrato, así como los mecanismos para el cálculo de la equivalencia entre una y otra, y determinan el tipo de cambio de la divisa en que esté representado el capital pendiente de amortizar, configuran tanto la obligación de pago del capital prestado por parte del prestamista como las obligaciones de reembolso del prestatario, ya sean las cuotas periódicas de amortización del capital con sus intereses por parte del prestatario, ya sea la devolución en un único pago del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado del contrato. Por tal razón, son cláusulas que definen el objeto principal del contrato».*

*Partimos de la jurisprudencia del TJUE sobre el control que puede hacerse de las condiciones generales que determinan el objeto principal del contrato. Estas cláusulas no pueden considerarse abusivas si han sido redactadas de forma clara y comprensible (así, por ejemplo en el apartado 43 de la sentencia de 20 de septiembre de 2017, en la que se citan sentencias anteriores en las que se afirma que «las cláusulas contempladas en esa disposición sólo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible (sentencia de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C 484/08, EU:C:2010:309 , apartado 32)»).*

*El Tribunal proyecta la claridad y comprensibilidad de las cláusulas no sólo a sus aspectos formales (transparencia formal), sino que la extiende al denominado segundo control de transparencia, entendido como la «obligación de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula de*





*que se trate, así como, en su caso, la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él (sentencias de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C 26/13, EU:C:2014:282 , apartado 75, y de 23 de abril de 2015, Van Hove, C 96/14, EU:C:2015:262 , apartado 50)» (apartado 45 de la Sentencia de 20 de septiembre de 2017).*

*La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 se expresa en parecidos términos, al señalar que "no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas" (apartado 11 del fundamento octavo).*

*CUARTO.- Sobre el alcance del control de transparencia.*

*12. La STJUE de 20 de septiembre de 2017 se extiende de forma notable en interpretar la forma en la que debe llevarse a cabo el control de transparencia, así como la finalidad que el mismo persigue. En cuanto a esta última, expresa en el apartado 476 que « incumbe al juez nacional, (...) verificar que, en el asunto de que se trata, se comunicaron al consumidor todos los elementos que pueden incidir en el alcance de su compromiso ». Por consiguiente, el objetivo último del control de transparencia consiste en determinar si el consumidor se ha encontrado al contratar en situación de poder conocer y comprender adecuadamente todos aquellos elementos que tienen incidencia en las obligaciones asumidas. Ello incluye, en un contrato como es el préstamo multidivisa, los riesgos asociados al producto contratado.*

*La STJUE hace referencia, en el apartado 49, a la extraordinaria importancia de esos riesgos, a la que también nosotros nos referíamos en nuestra Sentencia de 26 de mayo*





*de 2017 (ECLI:ES:APB:2017:4033), con alusión a la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Como justificación de dicha norma, el considerando cuarto de la Directiva hace referencia a los problemas existentes « en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado », así como que « algunos de los problemas observados se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban ». En el considerando trigésimo, la Directiva añade que «[d]ebido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito. El riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato de crédito, o bien mediante otros procedimientos. Entre tales procedimientos cabría, por ejemplo, incluir límites máximos o advertencias de riesgo, en caso de que las mismas sean suficientes para limitar el riesgo de tipo de cambio».*

*En los arts. 13.f/ y 23 se contienen previsiones específicas para estos préstamos en moneda extranjera, que son sometidos a importantes limitaciones para reducir el riesgo de cambio de divisa que supone para los prestatarios, y a obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos para las entidades que los comercialicen.*

*En suma, esa Directiva nos sirve para justificar que lo pactado no es algo corriente, al menos en las relaciones entre una entidad bancaria y un consumidor y menos aún cuando el consumidor se encuentra en una situación tan vulnerable como es la que se produce en el momento de la solicitud de financiación para la compra de su vivienda habitual. Por tanto, lo que pone de manifiesto esa Directiva es que en estas situaciones se produce una situación de vulnerabilidad extraordinaria del consumidor que hace precisa una intervención del legislador para remediarla, al menos hacia el futuro. Y, en*





*cuanto al pasado, esto es, respecto de los contratos ya celebrados, la enseñanza de la Directiva 2014/17/UE sirve al juez para justificar la idea de que al contrato se asocia una importante situación de riesgo para el consumidor, lo que ha de conducir a extremar la interpretación de las garantías relativas a la forma en la que se produjo la prestación de su consentimiento contractual.*

*13. La doctrina que emana de la STJUE de 20 de septiembre es particularmente elocuente respecto de ese punto, al poner mucho énfasis en los deberes de lealtad y diligencia que pesan sobre el Banco, deberes que comportan unas especiales obligaciones de información que el Banco debe prestar al consumidor. A pesar de que en la STJUE de 3 de diciembre de 2015 (asunto C-312/14 ) se afirmara que el préstamo multidivisa no es un producto de inversión, razón por la que no le resultan de aplicación la normativa MiFID (esto es, la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros), ello no impide que la intensidad y calidad de la información que el Banco debe suministrar al cliente se aproxime mucho a la que es propia de los productos de inversión, porque los riesgos son similares.*

*El alcance de ese derecho de información constituye uno de los pilares fundamentales (no el único, como veremos) de la doctrina que establece la STJUE de 20 de septiembre de 2017. En el apartado 47 se expresa que esa información debe permitir «... a un consumidor medio, a saber, un consumidor normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, evaluar » el coste total del préstamo, lo que incluye las consecuencias económicas adversas y desconocidas en el momento de contratar que se puedan derivar de la evolución de los mercados de divisas.*

*El deber de prestar información que pesa sobre el Banco se proyecta en una doble dirección: de una parte, como exigencia del deber de lealtad de quien se encuentra en clara posición de ventaja hacia quien está en clara posición de desventaja, implica que el Banco ponga en conocimiento del cliente toda aquella información relativa al conocimiento de los mercados de divisas a las que haya podido tener acceso de forma*





*ordinaria, esto es, sin un especial esfuerzo o inversión de medios por su parte; de otra, ese deber de información se ha de acomodar a las concretas circunstancias de cada consumidor, a su grado de información y conocimiento de los mercados, para asegurarse (le entidad financiera) de que ambas partes prestan de forma efectiva el consentimiento sobre un mismo objeto, determinado previamente con la necesaria claridad.*

14. *La Sentencia Andriuc expone en el apartado 48 que «reviste unaiimportancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información ( sentencias de 21 de marzo de 2013 , RWE Vertrieb, C 92/11 , EU:C:2013:180 , apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C 154/15, C 307/15 y C 308/15, EU:C:2016:980 , apartado 50)».*

*Y se refiere al alcance de la información que deberá recibir el cliente (consumidor) en los siguientes términos: «...por una parte, el prestatario deberá estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto el banco, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el consumidor prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa (apartado 50 de la Sentencia de 20 de septiembre de 2017).*

*En el supuesto del denominado préstamo multidivisa el deber de información del predisponente tiene unos perfiles especiales ya que no sólo debe informarse al adherente sobre las condiciones del crédito, es decir, los intereses, comisiones y garantías a cargo del prestatario, de modo que el prestatario debe conocer y comprender con certeza «el crédito se reembolsará en la misma divisa extranjera en que se contrató [ indicando ] las*





*razones de su inclusión en el contrato y su mecanismo de funcionamiento» . Sino que también se debe informar al adherente de «la posibilidad de apreciación o de depreciación de una moneda extranjera» (apartado 42 de la Sentencia Andriciuc ).*

*El Tribunal Europeo, a modo de resumen sobre el alcance de ese deber de información, precisa en el apartado 51 que «...la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, 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».*

*15. También la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017 refleja con detalle el alcance de este deber cualificado de información cuando afirma en el apartado 48 que:*

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

*Si no recibe esa información sobre el mercado de divisas y carece de esos conocimientos, el prestatario que haga uso de esa posibilidad de cambio de divisa porque esta se haya*





*apreciado significativamente respecto de la moneda funcional, el euro, y haya aumentado el importe en euros que tiene que pagar mensualmente para el reembolso del préstamo, corre el riesgo de ir consolidando sucesivas cifras elevadas de capital pendiente de amortizar cuya equivalencia en euros se incrementa progresivamente, si los cambios de moneda se realizan en el «pico» de mayor cotización respecto del euro de la divisa en que en cada momento esté representado el préstamo o en un momento cercano a esos «picos» de cotización».*

*El Tribunal Supremo en la citada Sentencia fija algunas pautas para valorar el alcance de la información en el control de transparencia:*

- a) En este tipo de cláusulas el deber de transparencia en la incorporación es más intenso, es especial.*
  
- b) Se traslada a la entidad financiera la obligación de probar que se ha facilitado esa información adicional, información cualificada.*
  
- c) Las pautas de información exigidas para los contratos de préstamo multidivisa debe ser superior a la información que se facilita para otros tipos de préstamos con garantía hipotecaria.*
  
- d) Al exigirse una información cualificada, es necesario que el empleado que informa a los clientes tenga una formación también cualificada.*
  
- e) La información que debe evaluarse es la facilitada al consumidor antes de suscribir el contrato.*
  
- f) Ni la intervención del notario, ni la inclusión en la escritura cláusulas en las que se indica que el consumidor ha sido expresamente informado, o cláusulas de exención de*







*responsabilidad a la entidad prestamista por la fluctuación de tipos de interés, son suficientes para acreditar que el consumidor ha sido suficientemente informado, o para convalidar posibles carencias de la información precontractual.*

*g) El grado de conocimiento del consumidor medio sobre este tipo de cláusulas exige no sólo que conozca que la fluctuación de la divisa, con referencia al contravalor en euros, puede afectar al principal pactado, ha de ser consciente de que esa incidencia puede ser considerable.*

*QUINTO.- Carácter abusivo de la cláusula multidivisa.*

*16. Ahora bien, para que pueda prosperar la acción de nulidad y conseguir efecto práctico pretendido por el consumidor, esto es, la sustitución de un préstamo concedido en moneda extranjera por otro concedido en euros, no basta con constatar si ha existido o no una infracción del deber de información, sino que es preciso que las cláusulas puedan considerarse abusivas, esto es, que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017 (ECLI ES:TS:2017:788), tras descartar en términos generales el control de contenido de las cláusulas que defina el objeto principal del contrato y a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida ( artículo 4.2 de la Directiva 93/2013 ), admite como excepción el control de abusividad si la cláusula no es transparente.*

*De igual modo la Sentencia del TJUE en el asunto Andriuc dice al respecto lo siguiente (apartado 43), antes citado, que "las cláusulas contempladas en esa disposición (las que definen el precio) sólo quedan eximidas de la apreciación de su carácter abusivo en la medida en que el órgano jurisdiccional competente considere, tras un examen del caso concreto, que fueron redactadas por el profesional de manera clara y comprensible*





*(sentencia de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C 484/08, EU:C:2010:309 , apartado 32)."*

17. *La Sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017, al dar respuesta a la primera cuestión prejudicial, referida el momento en que debe examinarse el desequilibrio que una cláusula abusiva causa en los derechos y obligaciones de las partes, tras indicar que debe examinarse en atención a las circunstancias existentes en el momento de la celebración del contrato, expone en los apartados 56 a 58 el alcance de ese análisis. Antes, en el apartado 54, se remite a las conclusiones del Abogado General señaladas en los puntos 78, 80 y 82. Estimamos conveniente, para valorar adecuadamente la posición del Tribunal, partir de las consideraciones del Abogado General. En este sentido, en el apartado 82 señala que "debe distinguirse el caso en el que una cláusula contractual entraña un desequilibrio entre las partes que sólo se manifiesta mientras se ejecuta el contrato de aquel otro en el que, aunque no existe una cláusula abusiva, las obligaciones que incumben al consumidor son percibidas por éste como más gravosas de resultas de una modificación de las circunstancias posterior a la celebración de un contrato y ajena la voluntad de las partes". En los siguientes apartados dice lo siguiente:*

83. *El primer supuesto, que se corresponde, en particular, con el que el Tribunal de Justicia examinó en el asunto que dio lugar a la sentencia de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb (C 92/11 , EU:C:2013:180 ) y que versaba sobre la posibilidad de que el profesional modificase unilateralmente, en virtud de la inclusión de una cláusula tipo, el precio de una prestación de servicios (suministro de gas), la «evolución posterior» al contrato en cuestión afectaba efectivamente a la aplicación de una cláusula contractual que era desde un primer momento abusiva por entrañar un desequilibrio importante entre las partes.*

84. *El segundo supuesto en cambio, a saber, aquel en el que no existiendo una cláusula abusiva, en virtud de la evolución de las circunstancias el consumidor percibe las obligaciones que le incumben como excesivas, no queda comprendido en la protección que confiere la Directiva 93/13. (37)*





85. *Considero que este último es el caso de la cláusula que, en el supuesto de un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, obliga a abonar las cuotas mensuales de reembolso del préstamo en esta misma divisa y, por consiguiente, «hace que recaiga» sobre el consumidor el riesgo de tipo de cambio en caso de devaluación de la moneda nacional respecto a esta misma divisa.*

86. *No nos parece que tal cláusula entrañe, como tal, un desequilibrio. En efecto, ha de hacerse constar que la variación del tipo de cambio que, recuérdese, puede darse tanto al alza como a la baja, es una circunstancia que no depende de la voluntad de una de las partes del contrato de préstamo. El hecho de que la prestación debida por el prestatario haya devenido, como consecuencia de la evolución de los tipos de cambio, gravosa al convertirla a la moneda extranjera no puede llevar a trasladar al prestamista el riesgo de tipo de cambio.*

87. *Por otro lado, para que se compruebe la existencia de un desequilibrio importante habría de acreditarse una diferencia entre el importe prestado y el importe reembolsado. Pues bien, tal diferencia no existe: la entidad bancaria ha prestado un cierto número de unidades monetarias y tiene derecho a obtener la restitución de este mismo número de unidades.*

88. *Dicho con otras palabras, el hecho de hacer recaer sobre el consumidor un riesgo de tipo de cambio no crea, por sí mismo, un desequilibrio importante, puesto que el profesional (en el presente asunto, el banco) no tiene el control sobre el tipo de cambio que estará vigente tras la celebración del contrato.*

89. *Tratándose de acontecimientos producidos durante la vigencia del contrato, no podría decirse lo mismo si la existencia de un desequilibrio importante debiera apreciarse en relación con acontecimientos que el profesional acreedor conocía o podía prever en el momento de la celebración del contrato, y ello al margen de la voluntad de las partes."*





*Expuestas las consideraciones del Abogado General, a las que, como hemos dicho, se remite la Sentencia, esta aborda el posible desequilibrio de la cláusula en contra de las exigencias de la buena fe en sus apartados 56 a 58, que reproducimos a continuación:*

*" 56. A este respecto, incumbe al órgano jurisdiccional remitente evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio principal, y teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional, en este caso el banco, en lo que respecta a las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, en primer lugar, el posible incumplimiento de la exigencia de buena fe y, en segundo lugar, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 .*

*57. En efecto, para saber si una cláusula como la controvertida en el litigio principal causa en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, el juez nacional debe verificar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Aziz, C 415/11, EU:C:2013:164 , apartados 68 y 69).*

*58. Habida cuenta de las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 ha de interpretarse en el sentido de que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias que el profesional podía conocer en ese momento y que podían influir en la ulterior ejecución de dicho contrato. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente evaluar, atendiendo a todas las circunstancias del litigio principal, y teniendo en cuenta especialmente la experiencia y los conocimientos del profesional, en este caso el banco, en lo que respecta a las posibles*





*variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, la existencia de un posible desequilibrio importante en el sentido de esa disposición."*

18. La Sentencia del TS de 15 de noviembre de 2017 aborda la cuestión relativa al desequilibrio de la siguiente manera (apartado 43):

*"La falta de transparencia de las cláusulas relativas a la denominación en divisa del préstamo y la equivalencia en euros de las cuotas de reembolso y del capital pendiente de amortizar, no es inocua para el consumidor sino que provoca un grave desequilibrio, en contra de las exigencias de la buena fe, puesto que, al ignorar los graves riesgos que entrañaba la contratación del préstamo, no pudo comparar la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos, o con la opción de mantener los préstamos que ya tenían concedidos y que fueron cancelados con lo obtenido con el préstamo multidivisa, que originó nuevos gastos a los prestatarios, a cuyo pago se destinó parte del importe obtenido con el nuevo préstamo.*

*La situación económica de los prestatarios se agravó severamente cuando el riesgo de fluctuación se materializó, de modo que no solo las cuotas periódicas de reembolso se incrementaron drásticamente, sino que la equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar se incrementó en vez de disminuir a medida que iban pagando cuotas periódicas, lo que les resultó perjudicial cuando el banco ejerció su facultad de dar por vencido el préstamo anticipadamente y exigir el capital pendiente de amortizar en un proceso de ejecución hipotecaria, que resultó ser superior al que habían recibido del prestamista al concertar el préstamo.*

*También se agravó su situación jurídica, puesto que concurrieron causas de vencimiento anticipado del préstamo previstas para el caso de depreciación del euro frente a la divisa en que se denominó el préstamo, por más que la causa de vencimiento anticipado que empleó Barclays para hacer uso de su facultad fuera el impago de las cuotas."*





19. *Teniendo en cuentas las anteriores consideraciones y valorando, fundamentalmente, la obligación a la que alude el TJUE del juez nacional de "verificar si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual", estimamos que a lo que en realidad se está refiriendo el Tribunal es, más que al perjuicio de la estipulación entendido en sentido propio, a si la voluntad del consumidor se conformó de la manera adecuada, esto es, aceptando todos los riesgos del contrato. Contemplada desde la perspectiva del contrato, esto es, en sí misma considerada, la cláusula no es ni perjudicial ni beneficiosa para el consumidor, pues tanto puede resultar perjudicado como favorecido por la evolución de los tipos de cambio. Lo que puede resultar perjudicial para el consumidor es que el Banco predisponente, incumpliendo la exigencia de la buena fe contractual, se reserve para sí la información de que disponga por su carácter de profesional sobre la evolución del tipo de cambio y no haga partícipe de ella al consumidor, determinando con ello que su voluntad no se determine de forma correcta.*

*Para llevar a cabo ese juicio de hecho habremos de atender a todas las concretas circunstancias de hecho del caso que nos resulten conocidas de forma concreta y que enmarquen la decisión del consumidor. Esto es, circunstancias tales como su perfil (prudente o arriesgado, previamente informado o no, que solicita el producto a la entidad bancaria o al que le es ofrecido, relacionado con las monedas del préstamo o no, con razones objetivas para querer contratar en una moneda distinta a la suya o no, etc.). Todas ellas son cuestiones de puro hecho, puramente circunstanciales (esto es, ninguna en sí misma definitiva) pero que nos pueden ayudar en cada caso a representarnos con la mejor aproximación posible ese juicio de pronóstico al que hemos hecho referencia.*

*Y en ese sentido, obvio es decirlo, ocupa un lugar muy destacado, como no puede ser menos, el grado de información sobre los riesgos inherentes al producto recibido por el consumidor en el momento de contratar. Caso de resultar acreditado un alto grado de*





*información, el mismo podría resultar muy determinante para representarnos que el consumidor conoció bien los riesgos y que por tanto su voluntad para contratar se prestó de forma adecuada, lo que no nos permitiría deducir o presumir que su decisión hubiera sido otra en la situación ideal a que nos hemos referido. Y, al contrario, si el grado de información hubiera sido escaso o no hubiera resultado acreditado por el Banco, ello también podría constituir un elemento trascendente en el juicio de hecho a que nos referimos. Si bien debemos insistir en que la ausencia de información, o de su prueba, no debe constituir el único elemento determinante, y en algún caso ni siquiera el más determinante.*

*20. La conexión que hemos visto que existe en este caso entre la falta de transparencia y los vicios de la voluntad impide que al hacer el enjuiciamiento nos podamos quedar con criterios completamente preestablecidos, esto es, criterios exclusivamente propios del consumidor medio. Sin despreciar la trascendencia de los mismos, el enjuiciamiento debe ir, al menos el caso de cláusulas multivisa, más allá, en la medida en que lo permita el conocimiento de hecho sobre las concretas circunstancias del consumidor que en cada caso ha firmado el contrato que contenga la estipulación cuestionada. Por esa razón hemos de insistir en el carácter esencialmente fáctico del juicio que en cada caso es preciso hacer, a partir de todas las circunstancias del caso.*

*La referencia al consumidor medio puede servir como punto de partida, para evaluar los riesgos del contrato, pero no así para concluir cuál hubiera sido en cada caso la decisión del consumidor, que insistimos es el aspecto determinante del juicio.*

*En definitiva y a modo resumen, procederá la nulidad de las cláusulas multivisa si se llega a la conclusión que el consumidor, atendidas las circunstancias concurrentes, no hubiera contratado o no hubiera aceptado este tipo de cláusulas de haber sido informado leal y completamente de la incidencia de las mismas en las obligaciones previstas en el contrato. Es preciso, por tanto, un requisito añadido al déficit de información, como es el de la trascendencia, esto es, que ese déficit de información y, en*





*general, la actuación del Banco haya resultado relevante para la adecuada formación de la voluntad del consumidor.*

#### **SEXTO.- EXAMEN DE LA PRUEBA:**

1. En el caso no se discute que el prestatario tiene el carácter de consumidor (art. 3 TRLGDCyU: personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión).

En otro orden de cosas, pese a que se estableció como controvertido que la cláusula litigiosa fue negociada, nula prueba se ha practicado en el señalado sentido que permita concluir que el resultado de la redacción fue fruto de la intervención de ambas partes. Correlativamente, la cláusula es una condición general de la contratación, impuesta al consumidor en su redacción.

2. Las cláusulas del contrato objeto de examen son:

-cláusula 1ª a) que cifra el capital

- cláusula 2ª II e) por la que se acuerda la amortización y devengo de intereses hasta la primera revisión del tipo de interés en francos

-cláusula 2ª II. I. 1. a) por el que se establece el procedimiento de pago en divisa extranjera.

3. Aplicando lo expuesto en el fundamento anterior al caso de autos:

En el caso, la prueba de la que se dispone viene dada por la documental obrante en autos y la testifical de D---empleado de la entidad financiera que actuó como comercializador.

Lo primero que debe señalarse es que las cláusulas que se examinan superan el control de incorporación; se hallan redactadas de forma clara y debidamente rubricadas y ubicadas en el contrato. Superan el control de transparencia formal. Cosa distinta es lo que se refiere a lo que se concluye respecto de la transparencia en cuanto al funcionamiento del contrato (segundo control de transparencia). Comenzando por la







conclusión, esta juzgadora ha alcanzado convicción de que procede declarar la abusividad de la cláusula, por las siguientes razones:

a) En primer lugar, por lo que se refiere a la determinación del capital, es cierto que la cláusula primera establece el montante en francos (cuantía que se recibe) y que en el mismo extenso primer párrafo de la letra a) de la cláusula primera, se dice que los prestatarios se obligan a la devolución de ese capital. No obstante, no puede omitirse, que inmediatamente después, “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 702.000 euros”. El señalado párrafo introduce un aserto manifiestamente confuso o que, al menos a un profano en la materia, puede llevarle a alcanzar la conclusión de que ese es el capital prestado (en euros) cuando lo cierto es que:

1. A los efectos del contrato resulta irrelevante el importe en euros, porque el préstamo es en francos;
2. Se desconoce si a la fecha de celebración del contrato el contravalor en euros seguía siendo el que se dice. En suma, de la lectura del contrato se da a entender que el importe en euros es el capital.

b) En otro orden de cosas, conforme a cuanto se expuso en relación a la especial sensibilidad del consumidor en esta clase de contratos y el extraordinario riesgo que asume, que exige que la entidad prestamista extreme el cuidado en la información, actuando con escrupulosa diligencia en ese cometido, hay que decir que:

- La información proporcionada por la entidad demandada fue insuficiente para que los prestatarios formaran su convicción. El Sr. Valero – quien no consta que recibiera formación específica- dijo que la información se daba conforme a un protocolo del que disponían y que, en toda su carrera, habría celebrado 8 ó 9 contratos frente a la ingente cantidad de préstamos hipotecarios tradicionales. Añadió que los demandantes eran personas con formación elevada

(neurocirujanos) y que el contrato con opción multdivisa estaba reservado a una serie de clientes o colectivos muy restringido. En suma, que sólo se informaba cuando lo solicitaban (por ello, dijo, no disponían ni de folletos informativos) y, además, era necesario pasar una serie de filtros no





sólo económicos (capacidad de reembolso) sino sociales y de capacidad de entendimiento sobre el funcionamiento del producto precisamente porque era complejo. Ello lo relacionó con el manejo de divisas, así –dijo- se reservaba para colectivos como el SEPLA, o personas acostumbradas a viajar al extranjero o profesionales....En consonancia con ello, sostuvo, efectuaban un informe de análisis del perfil del cliente: quiénes eran, qué trabajo, qué estudios, qué ingresos, qué experiencia en el extranjero...Pero ello correspondía a otro departamento.

- Pues bien, aun admitiendo que se elaborara ese informe socio-económico, es claro que los parámetros tenidos en cuenta no eximían de las obligaciones informativas y que, además, no adveran necesariamente especiales conocimientos financiero-económicos que excluyeran la necesidad de informar. Efectivamente, es claro que una cosa es tener estudios universitarios (medicina) y otra que cualquier titulado, con independencia del objeto de sus estudios, esté en condiciones de percibir la naturaleza y riesgos anejos al contrato con opción multdivisa. Y qué decir tiene la experiencia en el extranjero. Por mucho que uno pueda viajar e, incluso, residir en el extranjero, apercibiéndose de la posible fluctuación de los tipos de cambio, no resulta conocimiento de las características del producto y de los riesgos anejos al mismo; no resulta, en suma, que por razones de esa fluctuación vaya, por ejemplo, a afectarse al capital, eventualmente, incluso, debiendo más cuando se han pagado muchas cuotas.

- El conocimiento de los riesgos de la opción multdivisa sólo pueden presumirse en avezados conocedores de los mercados financieros, economistas, profesionales relacionados con finanzas o economía, o similar, pero no en médicos neurocirujanos, ni en personas que hayan viajado al extranjero. Tales circunstancias- si fueron las que se ponderaron en el informe socioeconómico- se consideran absolutamente irrelevantes. En cuanto a los aspectos económicos, aun omitiendo que percibían su salario en euros y no parece que tengan ninguna relación con la moneda del préstamo (médicos de hospital y docentes universitarios en Pamplona) la





capacidad de retorno del capital (que se supone debía integrar esa segunda variable objeto de examen) es irrelevante; ello se examina también en los préstamos convencionales.

- Es claro, en suma, que entre las partes existía un manifiesto desequilibrio que debía suplir la entidad financiera ofreciendo información puntual. En el caso dijo el testigo que el franco se mostraba más estable en el histórico, pero que no hizo una previsión (una simulación a futuro) porque “el riesgo de divisa es muy difícil preverlo”; por tanto, dijo “no hizo previsión a futuro” y sólo empleó datos históricos que, como añadió a continuación, era más estable. No se ha probado que se facilitara información sobre la evolución de la divisa, ni del LIBOR. No se ha probado que se explicara la evolución de la previsible paridad de euros/franco y otras divisas y que, al hilo de ello, se explicara – con las correspondientes simulaciones- el impacto que ello podía tener incrementando el capital. Tampoco se ha acreditado que se les explicara con un estudio comparativo con una hipoteca convencional usando Euribor más diferencial la eventual diferencia de futuro. La entidad financiera no expuso las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera. La pregunta que inmediatamente surge es si los prestatarios hubieran celebrado el contrato si – debidamente informados- se les hubiera mostrado un escenario menos estable con simulaciones o proyecciones de futuro con mayores fluctuaciones que las del histórico; escenario que era eventual e hipotéticamente susceptible de verificación y que constituía una de las piedras angulares de la información a suministrar. La respuesta se muestra previsiblemente negativa.

- Efectivamente, si los prestatarios hubiesen tenido un conocimiento completo de la trascendencia económica de la cláusula multidivisa, no habrían contratado el préstamo. Ello se concluye, entre otros, dado que el testigo dijo que, en la elección de la divisa, no optaron por el yen porque querían “una divisa conservadora”; el demandante quiso ser conservador (dijo) por ello no eligió el yen.





- De lo dicho se colige, junto a la falta de formación y experiencia inversora y la deficiente información recibida que los prestatarios tenían un perfil que no se inclinaría por productos de riesgo ni que prestaría su consentimiento a productos financieros o cláusulas que pudiesen ocasionar una variabilidad o incremento en la cantidad a restituir en función de las fluctuaciones de la moneda.
- La entidad financiera no informó debidamente a los prestatarios sobre el funcionamiento de la cláusula multdivisa, ni ofreció mecanismos de limitación del riesgo, otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato del crédito. No se establecieron limitaciones al riesgo asumido a partir de la cláusula multdivisa en el sentido establecido en los artículos 13.f / y 23 de la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014. Tampoco se informó a los consumidores sobre la posibilidad de introducir limitaciones a la variabilidad de principal a devolver como consecuencia de las fluctuaciones de la moneda extranjera en la que se pactaba el préstamo hipotecario.
- La ausencia de información, el perfil de los contratantes y la inexistencia de mecanismos de limitación del riesgo, evidencian que, si los prestatarios hubiesen tenido una información precontractual completa del funcionamiento y riesgos que entrañaba la cláusula multdivisa, no habrían contratado el préstamo en moneda extranjera. Los prestatarios no expresaron, por tanto, un consentimiento suficientemente informado a la cláusula multdivisa inserta en el contrato.

c) Al hilo de lo dicho se concluye que la cláusula multdivisa objeto de litis causa en detrimento de los consumidores, contrariamente a las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, dado que atendiendo a las circunstancias anteriores la entidad financiera no podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con los prestatarios, estos aceptarían una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual.





Como consecuencia de lo dicho, tiene sentado la jurisprudencia, que procede declarar la nulidad de las cláusulas multdivisa. Así, La Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Noviembre de 2017 (ROJ STS 3893/2017 ) establece que en tal caso es menester declarar la nulidad parcial del contrato, lo que supone la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros.

**SEPTIMO.- COSTAS.** En cuanto a las costas, dada la estimación de la demanda las costas se imponen a la demandada. (394 LEC)

## FALLO

**ESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta en representación de D.---- y Dña. ---- contra CAIXABANK SA**

### **Y ACUERDO:**

- 1 Declarar parcialmente nula la cláusula 1ª multdivisa, acordando la eliminación de las referencias a la denominación en divisas del préstamo concertado por las partes, que queda como un préstamo concedido en euros (capital: 702.000 euros) y amortizado en euros.**
- 2. Declarar nula la cláusula 2ª II e) por la que se acuerda la amortización y devengo de intereses hasta la primera revisión del tipo de interés en francos**
- 3. Declarar nula la cláusula 2ª II. I. 1. a) por el que se establece el procedimiento de pago en divisa extranjera**





4. como consecuencia de lo anterior, tener por no puestas las referencias ala denominación en divisas del préstamo, que queda como un préstamo concedido en euros y amortizado en euros.
  
5. y como consecuencia de la de nulidad parcial que se ha declarado, **CONDENAR A CAIXABANK SA** a recalcular el capital debido en el contrato, descontando del capital inicial fijado en euros, las cantidades pagadas hasta el momento en concepto de amortización de capital y el exceso de los intereses nominales efectivamente pagados, con respecto a los que hubiera debido de pagar de estar los capitales fijados en euros desde el momento inicial.
  
6. Las costas se imponen a la demandada.

**Notifíquese la presente resolución a las partes personadas, haciéndoles saber que la misma no es firme, cabiendo contra ella recurso de apelación que habrá de interponerse en el plazo de veinte días, previo depósito de 50 euros, que se consignará en la oportuna entidad de crédito.**

**Por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para incorporarlo a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.**

