



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

C/ Gran Vía 12

Tfno: 914937071

Fax: 917031648

juzpriminstancia101bismadrid@madrid.org

42020310

NIG: 28.079.00.2-2018/0254552

**Procedimiento: Procedimiento Ordinario 11398/2019**

Materia: Cláusulas GRI - Multidivisa

NEGOCIADO 8 BIS

**Demandante:** [REDACTED]

PROCURADOR D. AGUSTIN ROBERTO SCHIAVON RAINERI

**Demandado:** CAIXABANK SA

PROCURADOR Dña. EVA MARIA OLMOS BITTINI

**SENTENCIA Nº 2246/2023**

**MAGISTRADO:** José María Ortiz Aguirre

En Madrid, a 5 de mayo de 2023.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Procurador Sr. SCHIAVON RAINERI, en nombre y representación de [REDACTED]

[REDACTED], presentó demanda de juicio ordinario contra CAIXABANK, S.A., en la que, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó solicitando que se dictara sentencia con el contenido que obra en su suplico.

**SEGUNDO.-** La demanda fue admitida a trámite por decreto que, además, emplazó a la demandada. Así, en representación de CAIXABANK, S.A., compareció la Procuradora Sra. MEDINA CUADROS, quien presentó escrito de contestación a la demanda en la que, tras señalar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó solicitando que se dictara sentencia por la que acuerde desestimar íntegramente la demanda, todo ello con expresa imposición de costas a la actora.

**TERCERO.-** La audiencia previa tuvo lugar el día 25/11/22 y tras intentar la conciliación sin éxito, se fijaron los hechos controvertidos y, ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, se propusieron las pruebas que constan en el sistema de grabación del juicio.

**CUARTO.-** Las pruebas declaradas pertinentes se practicaron en el acto del juicio que se celebró el día 05/05/23, con el resultado que obra en el soporte audiovisual



de grabación del mismo. En el mismo acto, las partes formularon oralmente sus conclusiones y las actuaciones quedaron vistas para sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El objeto del procedimiento recae sobre el préstamo de contenido multidivisa de fecha 7 de mayo de 2008 firmado entre las partes.

Con la presente demanda, la demandante pretende:

1. La nulidad parcial de la escritura de préstamo hipotecario objeto del presente procedimiento, en cuanto al contenido de la cláusula MULTIDIVISA y cláusulas a ella accesorias por no superar los controles de inclusión y/o transparencia.

2. Que se condene a la entidad demandada a eliminar de la escritura de préstamo hipotecario la opción multidivisa y sus referencias accesorias, procediendo al recálculo de toda la operación (desde la fecha de su otorgamiento) en Euros y aplicando el índice de referencia Euribor al que se adicionará el diferencial establecido en la escritura para dicho índice; minorando en dicho recálculo todas las cantidades amortizadas en Francos Suizos por mi representado, en concepto de principal e intereses, también reconvertidos a Euros, y recalcular a partir del cambio a Euros los intereses pagados de más por tener el capital pendiente de amortizar sobrevalorado y el reintegro de los mismos.

3. La nulidad de la estipulación que establece el interés de demora del 29% aplicable al contrato.

La entidad bancaria demandada se opone alegando, en resumen, lo siguiente: Fueron los actores quienes motu proprio acudieron en 2008 a la sucursal de Banco de Valencia solicitando expresamente una hipoteca multidivisa. En concreto, solicitaron expresamente una hipoteca multidivisa con la finalidad de cancelar un préstamo hipotecario en euros que tenían con Caja de España de Inversiones, Caja de Ahorros y Monte de Piedad. De este modo, los demandantes no tenían ninguna necesidad de financiación cuando decidieron contratar el préstamo multidivisa. De forma previa a la suscripción del préstamo, la parte demandante recibió información clara por parte de Banco de Valencia acerca de las características y riesgos de este tipo de préstamo. A los demandantes, a lo largo de todos estos años, se les han remitido extractos mensuales e información fiscal, en los que se iba indicando expresamente la deuda pendiente en euros y los demandantes podían ir comprobando cómo les había afectado la fluctuación del tipo de cambio, sin que los demandantes hayan manifestado nunca en estos más de 10 años que desconocían el riesgo antes de contratar. Las cláusulas del préstamo que establecen la obligación del prestatario de devolver el préstamo en la divisa extranjera pactada en el contrato, que no es otra que aquella en la que se formalizó éste, quedan extramuros del juicio de abusividad, como resulta con meridiana claridad, entre otros, del Auto del TJUE de 14 de abril de 2021 (asunto C-364/19). En cualquier caso, no sería posible apreciar la abusividad de las cláusulas atacadas, y es necesario realizar un análisis diferenciado del control de abusividad teniendo en cuenta criterios que se analizarán más adelante y que han sido enumerados por los magistrados de las secciones especializadas de las Audiencias Provinciales y las circunstancias existentes en el momento de la contratación (y no las circunstancias actuales), como ya ha indicado en

multitud de ocasiones la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**SEGUNDO.- 2.1.** Sobre la viabilidad de la acción de nulidad de condición general de contratación. Caducidad. Prescripción.

Para resolver la cuestión planteada, netamente jurídica, debemos comenzar por traer a colación la STS de 19 de noviembre de 2015, según la cual, "La nulidad se define como una ineficacia que es estructural, radical y automática. Estructural, porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato; y radical y automática, porque se produce "ipso iure" y sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de los interesados, sin perjuicio de que por razones de orden práctico pueda pretenderse un pronunciamiento de los tribunales al respecto.

Además, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, declarando que cuando se trata de nulidad absoluta, la acción ni caduca ni prescribe, entre otras STS de 25 de abril de 2013.

Siguiendo esta línea argumental, la SAP de Madrid, Civil, sección 28 del 30 de septiembre de 2020 (ROJ: SAP M 13684/2020) reitera en su FD 5º: "El motivo debe ser desestimado por cuanto la nulidad que se deriva de la falta de transparencia y abusividad de la cláusula es una nulidad absoluta, que no está sometida a plazo de caducidad, (...)".

*No resulta aplicable la prescripción a la acción de reclamación de cantidades y recálculo del préstamo, dado el ligamen que, en casos como este, existe entre ambas acciones.*

Esta doctrina es plenamente aplicable a nuestro supuesto y lleva a continuar con el examen de la cuestión.

**2.2** Sobre la alegación relativa a una actuación contraria a los "ACTOS PROPIOS" (actos confirmatorios) en relación con un ejercicio tardío del derecho (RETRASO DESLEAL), al parecer de la demandada, por ser contrario al art. 7 CC, al haber transcurrido muchos años desde la concertación del préstamo y abono de las cantidades. Se tratarán de forma conjunta ambas alegaciones, dada su interrelación.

En cuanto a la doctrina de los actos propios (STS núm. 805/2012, de 16 enero, citada por la STS, Civil sección 1 del 30 de octubre de 2013 (ROJ: STS 5292/2013); SSTs de 6 de octubre de 1998 RJ 1988, 753 y 1 de octubre de 2010 RJ 2010, 7303) exige, como presupuesto de base, que "el acto propio haya sido adoptado y realizado con plena libertad de criterio y voluntad no coartada, y por ello el principio no puede alegarse cuando el acto viene provocado por la misma conducta de quien pretende valerse en provecho propio del mismo."

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo tiene señalado (vg. STS 769/2010, de 3 diciembre, citada por STS, Civil sección 1 del 26 de septiembre de 2013 [ROJ: STS 4738/2013]) que "se considera que son características de esta situación de retraso desleal (Verwirkung): a) el transcurso de un periodo de tiempo sin ejercitar el derecho; b) la omisión del ejercicio; c) creación de una confianza legítima en la otra parte de que no se ejercitará.

Como recoge la *sentencia núm. 467/2023, de 11 de abril*, “la apreciación de la doctrina del retraso desleal exige que, además del transcurso de un dilatado plazo temporal, por más que no exceda del plazo de caducidad o de prescripción, concurra una conducta que, objetivamente haya creado en la otra parte la confianza en que la acción no se ejercitará y convierta en desleal el ejercicio de la acción. Entre las más recientes, la *sentencia 112/2022, de 15 de febrero*, con cita de las *sentencias 616/2021, de 21 de septiembre* y *783/2021, de 15 de noviembre* declaró:

“La doctrina indica que la figura del retraso desleal se distingue de la prescripción porque, si bien en ambas se requiere que el derecho no se haya ejercido durante un largo tiempo, en el ejercicio retrasado se requiere, además, que la conducta sea desleal, de modo que haya creado una confianza en el deudor, de que el titular del derecho no lo ejercería”.

En definitiva, “tal deslealtad no puede derivarse exclusivamente del lapso temporal pues en tal caso estaríamos creando un nuevo plazo de caducidad o de prescripción sin apoyatura legal”.

Por tanto, y siguiendo la *SAP Madrid, Civil sección 28 del 27 de mayo de 2020 (ROJ: SAP M 4313/2020)*: “...cuyo ejercicio no puede conceptuarse como retraso desleal en los términos pautados por la *sentencia del Tribunal Supremo 243/2019, de 24 de abril*, cuando declara: “La regla es que el titular del derecho puede ejercitarlo hasta el último momento hábil del plazo de prescripción, pues es el legislador quien debe valorar en qué plazo se puede ejercitar cada acción. No se puede afirmar que ejercita sus derechos de mala fe quien lo hace dentro del plazo legal, sin que previamente existan hechos, actos o conductas suyos que engendren, rectamente entendidos, en el obligado la confianza de que aquéllos no se actuarán (*sentencia de 16 de diciembre de 1991, rc. 143/1990*).”

En consecuencia, no pueden prosperar los motivos de oposición esgrimidos en la demanda en relación con estos extremos.

**TERCERO.- Naturaleza del préstamo hipotecario denominado “multidivisa” y marco normativo aplicable a la controversia.**

En un contrato de préstamo denominado en divisas, no puede distinguirse entre el contrato de préstamo propiamente dicho y una operación de futuros de venta de divisas, por cuanto el objeto exclusivo de esta es la ejecución de las obligaciones esenciales de este contrato, a saber, las de pago del capital y de los vencimientos, entendiéndose que una operación de este tipo no constituye en sí misma un instrumento financiero (apartado 71 de la *sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, caso Banif Plus Bank, asunto C-312/14*). Como aclara el Tribunal Supremo, en su *Sentencia de 15 de noviembre de 2017*, 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.

Ello, no obstante, la referida Sentencia de Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017, señala 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 de transparencia derivado de la aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, por la dificultad que para el consumidor medio tiene la comprensión de algunos de sus riesgos (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, según nuestro Tribunal Supremo, en la sentencia citada, supone que las entidades financieras que conceden estos préstamos no están obligadas a realizar las actividades de evaluación del cliente y de información prevista en la normativa del mercado de valores. Pero no excluye que estas entidades, cuando ofertan y conceden estos préstamos denominados, representados o vinculados a divisas, estén sujetas a las obligaciones que resultan del resto de normas aplicables, como son las de *transparencia bancaria*.

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

**CUARTO.-** La consideración del clausulado multidivisa como "*condición general de contratación*".

**4.1** No puede estimarse 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.

Que se haya negociado la cantidad, en euros, por la que se concedía el préstamo, el plazo de devolución, incluso la presencia del elemento «divisa extranjera» que justificaba un interés más bajo de lo habitual en el mercado para los préstamos en euros (que es lo que hacía atractivo el préstamo), no supone que haya sido objeto de negociación la redacción de las cláusulas del contrato y, en concreto, el modo en que operaba ese elemento «divisa extranjera» en la economía del contrato (tipos de cambio de la entrega del capital, del reembolso de las cuotas y del cambio de una divisa a otra, repercusiones concretas del riesgo de fluctuación de la divisa, recálculo de la equivalencia en euros del capital denominado en divisas según la fluctuación de esta, consolidación de la equivalencia en euros, o en la otra divisa escogida, del capital pendiente de amortizar, con la revalorización derivada de la fluctuación de la divisa, en caso de cambio de una divisa a otra, etc.) y en la posición jurídica y económica que cada parte asumía en la ejecución del contrato. Razón por la cual, en nada aparece afectada esta conclusión, por el hecho de que el notario incluya un apartado sobre la consideración de lo que son "condiciones generales de contratación" y lo que no, al referirse, para excluirlas de tal definición, únicamente a la cuantía del contrato, el vencimiento y amortizaciones, el tipo de interés y las comisiones.

La demandada no ha aportado, teniendo la carga probatoria de hacerlo (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) elemento fáctico alguno del que derivar con certeza que dicho clausulado fue concertado conjuntamente con la parte prestataria, por lo que solo puede concluirse la condición de dicho clausulado como "general de contratación". Como señala el art. 3.2 de la Directiva 93/13, "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", lo que se estima acaece en el caso enjuiciado.

Finalmente, por lo que se refiere a este apartado, concurre el elemento o nota de la generalidad, visto el material probatorio obrante en autos y onus probandi referido en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2013, estimándose por tanto que se está ante un tipo de cláusulas predeterminadas por la entidad bancaria con independencia de la persona del prestatario, es decir, se trata de un clausulado destinado por el prestamista a ser incorporado a una pluralidad de contratos. Y por tanto, también resulta de aplicación la Ley 7/1998, de 13 de abril, Ley de las Condiciones Generales de la Contratación LCGC, cuyo art. 1.1 dispone que "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".

Como señala la STS núm. 599/2018, de 31 de octubre (ROJ: STS 3677/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3677), "Que fueran los demandantes quienes acudieron al banco para contratar un préstamo hipotecario en divisas o que otros bancos ofrecieran también ese tipo de préstamos, y los demandantes hubieran acudido antes a otro banco para interesarse por este producto, no elimina el carácter de condiciones generales de la contratación de las cláusulas que integran la reglamentación contractual, a menos que el banco pruebe que hayan sido el fruto de la negociación con el cliente (...)"

"Que hayan sido los demandantes quienes, atraídos por las ventajas que se predicaban de las hipotecas en divisa extranjera, acudieran al banco a interesarse por el producto tampoco enerva el carácter de condición general de las cláusulas del contrato, puesto que no elimina las características de este tipo de cláusulas como son la generalidad, la predisposición y la imposición. Naturalmente, lo que ha de ser objeto de imposición para que estemos ante una condición general no es la celebración misma del contrato (estaríamos en tal caso en un supuesto de vicio del consentimiento) sino la concreta reglamentación contractual que integra tal contrato, y eso tiene lugar en estos supuestos de contratación en masa tanto cuando es el empresario quien tiene la iniciativa de dirigirse al potencial cliente como cuando es este quien acude al empresario a interesarse por su producto o servicio."

En conclusión, en el presente supuesto, no puede considerarse probado que el clausulado multidivisa hubiese sido expresamente pactado en todos sus extremos con el demandante, sino que se incluyó con un contenido prerredactado y estereotipado con el fin de ser incorporado a una pluralidad de contratos (en este caso, préstamos de contenido multidivisa), no obstante a dicha conclusión, como ya se ha expuesto, que se hubieran pactado ciertos extremos de las referidas cláusulas; como el importe del préstamo o el plazo de amortización o ciertos aspectos relativos a comisiones.

4.2 Tampoco puede prosperar la alegación de que se trata de una cláusula que refleja una *disposición de derecho nacional de aplicación supletoria*, pero obligatoria (arts. 1170 CC y 312 Cco), que queda excluida del ámbito de la Directiva 93/13 (art. 1.2) (vg. STJUE de 9 de julio de 2020 y Auto de 14 de abril de 2021).

El Tribunal Supremo ha tratado esta cuestión en su sentencia de 27 de septiembre de 2022 (Roj: STS 3484/2022) del siguiente modo que pasamos a reproducir:

“SEGUNDO.- Cuestiones previas: la alegada imposibilidad de control de las cláusulas cuestionadas

1.- Caixabank ha realizado extensas alegaciones relativas a la imposibilidad de realizar el control de abusividad de las cláusulas del contrato de préstamo hipotecario relativas a las divisas, por impedirlo el art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE. Según Caixabank, nuestra jurisprudencia, que ha rechazado esta tesis, se opone al auto del TJUE de 14 de abril de 2021. Y vuelve a invocar la sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020, asunto C-81/19, caso Banca Transilvania SA, que había sido ya invocada en anteriores recursos, en los que esta sala rechazó la pretensión de Caixabank.

2.- El auto del TJUE en que pretende apoyarse Caixabank no hace sino reiterar la doctrina sentada con anterioridad por el TJUE en sus sentencias, por lo que hemos de remitirnos a nuestra jurisprudencia, establecida en las sentencias 99/2021, de 23 de febrero, 188/2021, de 31 de marzo, 672/2021, de 5 de octubre, y 29/2022, de 18 de enero, en las que rechazamos las alegaciones realizadas por Caixabank y que hoy reitera en su recurso.

3.- Las cláusulas cuestionadas por los prestatarios no se limitan a reflejar las disposiciones legales o reglamentarias imperativas. El TJUE ha declarado reiteradamente que la exclusión contenida en el art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE “es de interpretación estricta”. Debe recordarse que la sentencia del TJUE de 9 de julio de 2020, C-81/19, caso Banca Transilvania, que también resulta invocada por Caixabank, declara expresamente que “incumbe al juez nacional comprobar si la cláusula contractual de que se trata refleja normas de Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes de manera imperativa con independencia de su elección o normas de naturaleza dispositiva y, por tanto, aplicables con carácter supletorio”. Esta doctrina se reitera en el auto de 14 de abril de 2021, asunto C-364/19, apartado 38. Y hemos rechazado de forma reiterada que las cláusulas cuestionadas reflejen normas de Derecho nacional que se apliquen entre las partes contratantes de manera imperativa.

4.- En la sentencia 608/2017, de 15 de noviembre (reiterada en otras posteriores, la última de las cuales es la 29/2022, de 18 de enero), habíamos declarado sobre esta cuestión:

“7.- Tampoco puede admitirse la segunda objeción opuesta por la entidad bancaria, expresada en el trámite de alegaciones sobre la STJUE del caso Andriuc, en el sentido de que las estipulaciones cuestionadas quedan fuera del ámbito de la Directiva sobre cláusulas abusivas por aplicación de su art. 1.2.

“Este precepto dispone:

""Las cláusulas contractuales que reflejen disposiciones legales o reglamentarias imperativas, así como las disposiciones o los principios de los convenios internacionales, en especial en el ámbito de los transportes, donde los Estados miembros o la Comunidad son parte, no estarán sometidos a las disposiciones de la presente Directiva".

"La razón por la que, según el banco, debe aplicarse tal precepto consiste en que esas estipulaciones se limitan a reflejar el principio del nominalismo monetario del art. 1170 del Código Civil en relación con los arts. 1753 y 1754 del Código Civil y 312 del Código de Comercio,

"8.- La objeción debe ser rechazada. Es innegable que en un contrato del que resulten obligaciones pecuniarias es necesario fijar la moneda en la que deben cumplirse las obligaciones de pago fijadas en el contrato. Pero las cláusulas impugnadas en la demanda no se limitan a reflejar los preceptos legales invocados por la recurrida. Tampoco la redacción concreta que se ha dado a esas cláusulas en la escritura pública y la ausencia de información precontractual y contractual sobre su trascendencia para la posición jurídica y económica de las partes en el desarrollo del contrato son consecuencia de la trasposición al contrato de esas normas legales. Frente a lo que parece sostener Caixabank, las cláusulas cuestionadas no se limitan a fijar la moneda en que deben ser cumplidas las obligaciones derivadas del contrato".

5.- Y en esa misma sentencia, justificábamos cómo la estimación de la pretensión de nulidad de las cláusulas relativas a las divisas no infringía tales preceptos legales, al declarar:

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

6.- Además, aunque se anulen las cláusulas relativas a la divisa, los prestatarios seguirán devolviendo la cantidad que recibieron, que lo fue en euros, en la misma moneda en que lo venían haciendo anteriormente, que también era el euro, puesto que era esta la "moneda funcional" del contrato, al ser la moneda en la que los prestatarios perciben sus ingresos y hacen sus pagos. En esa misma sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, en un préstamo de similares características, otorgado por la misma entidad financiera, y en el que se planteó esta misma cuestión, declaramos:

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

"24.- Los demandantes solicitaron el préstamo para hacer el pago de una cantidad de dinero determinada en euros, concretamente la cantidad necesaria para cancelar anteriores préstamos denominados en euros, cuyas condiciones consideraban más desfavorables que el préstamo denominado en divisas que Barclays les ofreció a un interés más bajo.

"La escritura pública de préstamo hipotecario preveía que el ingreso del capital prestado en la cuenta de los prestatarios se haría, como se hizo, en euros, y fijaba el tipo de cambio aplicado para hallar la equivalencia del capital denominado en divisa (yen japonés) con el capital que se entregó efectivamente en euros, que era el tipo de cambio de venta de esa divisa que tenía fijado el banco. Por tanto, el importe del capital del préstamo denominado en la divisa inicial, el yen japonés, era la equivalencia, al tipo de cambio fijado, del importe que los prestatarios necesitaban en euros.

"La valoración del bien hipotecado contenida en la escritura se hizo en euros y la fijación de la extensión de la garantía hipotecaria se hizo también en euros.

"Los prestatarios tenían sus ingresos en euros. Aunque el clausulado predispuesto por Barclays preveía la posibilidad de hacer los pagos de las amortizaciones en divisas o en euros y establecía en este último caso el tipo de cambio aplicable (tipo de cambio de compra de la divisa fijado por el banco en un determinado momento), esta segunda opción era la única que podía cumplirse de forma efectiva en la ejecución del contrato puesto que los prestatarios obtenían sus ingresos en euros. [...]

"25.- Lo expuesto muestra que era exigible a Barclays que hubiera informado a los demandantes sobre los riesgos que derivaban del juego de la moneda nominal del préstamo, el yen japonés, respecto de la moneda funcional, el euro, en que se realizaron efectivamente las prestaciones derivadas de su ejecución (esto es, la entrega efectiva del capital a los prestatarios, el pago efectivo por estos de las cuotas mensuales de amortización y la reclamación por el banco del capital pendiente de amortizar cuando se dio por vencido anticipadamente el préstamo, mediante un procedimiento de ejecución hipotecaria)".

7.- Por estas razones, reiteración de las que expusimos en las citadas sentencias, no puede estimarse la alegada imposibilidad de control de abusividad de las cláusulas cuestionadas, puesto que no se encuentran en el ámbito de aplicación de la excepción del art. 1.2 de la Directiva 93/13/CEE."

**QUINTO.-** El *control de transparencia* de este tipo de clausulado.

**5.1** Como señala la reciente *STS núm. 445/2023, de 10 de abril*, sobre el control de transparencia y abusividad de los préstamos multidivisa:

"Hemos de partir, como en resoluciones anteriores, de la doctrina del TJUE en aplicación del control de transparencia en la contratación de este tipo de préstamos hipotecarios en divisas, que se contiene esencialmente en la STJUE de 20 de septiembre de 2017, asunto C-186/16 (caso Andriciuc). En esa sentencia, el TJUE recuerda que, de acuerdo con la doctrina general sobre el control de transparencia, «reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones

redactadas de antemano por el profesional basándose principalmente en esa información (sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C 92/11, EU:C:2013:180, apartado 44, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C 154/15, C 307/15 y C 308/15, EU:C:2016:980, apartado 50)». Y, más adelante, puntualiza cómo se concretan esas obligaciones de información en el caso de los préstamos en divisas:

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

“Más concretamente, el prestatario deberá, por una parte, estar claramente informado de que, al suscribir un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera, se expone a un riesgo de tipo de cambio que le será, eventualmente, difícil de asumir desde un punto de vista económico en caso de devaluación de la moneda en la que percibe sus ingresos en relación con la divisa extranjera en la que se le concedió el préstamo. Por otra parte, el profesional, en el presente asunto la entidad bancaria, deberá exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera”.

Al asumir esta doctrina, en nuestras sentencias de 608/2017, de 15 de noviembre, y 599/2018, de 31 de octubre, hemos explicado por qué los riesgos de este tipo de préstamo hipotecario exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros y, en consecuencia, qué información es exigible a las entidades que ofertan este producto:

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

En nuestro caso, la prueba aportada al procedimiento (*documental e interrogatorio parte demandante a través del* [REDACTED]) ha puesto de manifiesto:

Que los demandantes concertaron la operación con el fin de mejorar las condiciones de financiación que tenían, cancelando una hipoteca anterior en euros que pesaba sobre su vivienda.

Que por sus profesiones y formación aparecen como personas ajenas al ámbito bancario y al mercado de divisas; no teniendo conocimiento de qué era una divisa ni qué era el tipo de cambio y su repercusión sobre la hipoteca que querían concertar.

Que perciben sus ingresos en euros.

Que no se aporta documentación precontractual que informara a los prestatarios de los riesgos de la operación que iban a suscribir; ni se acompañaron simulaciones de escenarios de fluctuación de la divisa que les permitiera comprender los riesgos de dicha fluctuación, dentro del contexto económico general y particular de los prestatarios, podía suponer para el devenir de su hipoteca y así poder tomar decisiones fundadas y prudentes al respecto.

En consecuencia, no existió esa información precontractual necesaria para que los prestatarios conocieran adecuadamente la naturaleza y riesgos vinculados a las cláusulas relativas a la divisa en que estaba denominado el préstamo, porque la que se les facilitó no explicaba adecuadamente en qué consistía el riesgo de cambio del préstamo hipotecario en divisas. Asimismo, la lectura de la escritura y la inclusión en ella de menciones predisuestas en las que los prestatarios afirman haber sido informados y asumir los riesgos, no suple la falta de información precontractual (STS de 14 de noviembre de 2019).

“Esta equivalencia en euros del capital pendiente de amortizar y de las cuotas de reembolso es la verdaderamente relevante para valorar la carga económica del consumidor cuya moneda funcional es el euro, que es la que necesita utilizar el prestatario, puesto que el capital obtenido en el préstamo lo va a destinar a pagar una deuda en euros y porque los ingresos con los que debe hacer frente al pago de las cuotas de amortización o del capital pendiente de amortizar en caso de vencimiento anticipado, los obtiene en euros.

Por estas razones, es esencial que el banco informe al cliente sobre la carga económica que en caso de fluctuación de la divisa le podría suponer, en euros, tanto el pago de las cuotas de amortización, como el pago del capital pendiente de amortizar al que debería hacer frente en caso de vencimiento anticipado del préstamo, o la trascendencia que el incremento del capital pendiente de amortizar, computado en euros, le supondrá en caso de que pretenda cambiar desde la divisa al euro.

También debe ser informado de que la devaluación, por encima de ciertos límites, del euro frente a la divisa extranjera otorga al banco la facultad de exigir nuevas garantías, así como de las consecuencias de no prestar esas garantías suplementarias.”

Partiendo de esta afirmación y de la esencialidad de la información documentada y precontractual; no puede pretenderse por la demandada suplirla con una *información o actuaciones posteriores* a la suscripción del contrato (remisión de extractos mensuales, información fiscal, cambios de divisa, aperturas de cuenta en divisa, etc.); nuestro Tribunal Supremo, en la referida Sentencia de 14/03/2019 se encarga de remarcar:

“...debe recordarse que la apreciación del carácter abusivo de una cláusula contractual debe realizarse en relación con el momento de la celebración del contrato en cuestión, atendiendo a todas las circunstancias del caso.”

“Además, la consulta en la web de Bankinter de la evolución del yen, la apertura, meses después de la celebración del contrato, de una cuenta en yenes y el cambio de divisa (...), *no supone que en el momento de la celebración del contrato los demandantes tuvieran información sobre la naturaleza de los riesgos asociados al préstamo hipotecario en divisas* y seguramente tiene mucho más que ver con el incremento de las cuotas por la depreciación del euro frente al yen.”

En esta misma línea, se manifiesta la SAP de Madrid, Civil, sección 25 del 24 de julio de 2018 (ROJ: SAP M 14774/2018) que ya revocó una sentencia de instancia porque “desestimó la pretensión del demandante por considerar que conocía lo contratado por la inferencia extraída de los cambios de moneda realizados después de la firma del contrato y de la suscripción de un seguro de cambio”, debe centrarse el momento de la calificación de la transparencia al momento de concertación del contrato y no a momentos posteriores (FD 3º).

En consecuencia, y al leal saber y entender de quien resuelve, el clausulado multidivisa del préstamo litigioso no reunió las condiciones necesarias para ser calificado de transparente para el consumidor, al no constar documentación precontractual entregada al consumidor que con carácter previo a la firma del préstamo le permitiera conocer los riesgos de la operación, en los términos que exige la jurisprudencia citada de nuestro Tribunal Supremo.

#### **SEXTO.-** El control de abusividad del clausulado multidivisa.

Como señala el Tribunal Supremo en sus sentencias 608/2017, de 15 de noviembre, y 599/2018, de 31 de octubre (reproducidas por la sentencia de 14 de noviembre de 2019), 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 puede compararse la oferta del préstamo hipotecario multidivisa con las de otros préstamos en euros.

Esta falta de transparencia también agrava su situación jurídica, puesto que ignora el riesgo de infra-garantía para el caso de depreciación del euro frente a la divisa en que se denominó el préstamo.

Doctrina reiterada en la STS, Civil sección 1 del 23 de julio de 2020 (ROJ: STS 2626/2020).

También ha sido contundente el TJUE en su sentencia de 10 de junio de 2021, ya citada, al concluir:

*“que el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que las cláusulas de un contrato de préstamo que establecen que la moneda extranjera es la moneda de cuenta y el euro la moneda de pago y cuyo efecto es hacer*

*recaer sobre el prestatario el riesgo de tipo de cambio, sin que esté limitado, pueden causar en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan de dicho contrato, toda vez que el profesional no podía razonablemente estimar, observando la exigencia de transparencia frente al consumidor, que este último aceptaría, en el marco de una negociación individual, un riesgo desproporcionado de tipo de cambio resultante de tales cláusulas.”*

Por lo tanto, se concluye también el carácter abusivo del clausulado multivisa cuestionado en el presente procedimiento.

**SÉPTIMO.- Consecuencia jurídica** de la nulidad por abusivo del clausulado multivisa.

Procede, en consecuencia, declarar la nulidad parcial del contrato, 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; con la consiguiente obligación para la entidad demandada de realizar nuevo cuadro de amortización y devolución de cantidades indebidamente percibidas con los intereses correspondientes desde las fechas de su indebidos abonos; efecto legal e intrínsecamente unido a la declaración de nulidad que no requiere de argumentación expresa (art. 1303 CC).

La nulidad total del contrato de préstamo supondría en este caso un serio perjuicio para el consumidor, que se vería obligado a devolver de una sola vez la totalidad del capital pendiente de amortizar, de modo que el ejercicio de la acción de nulidad por abusividad de la cláusula no negociada puede perjudicarle más que al predisponente ( SSTJUE de 30 de abril de 2014, caso Kásler y Káslerné Rábai, asunto C-26/13, apartados 83 y 84; de 14 de marzo de 2019, caso Dunai, C-118/17 , apartados 48 y 52; y de 3 de octubre de 2019, caso Dziubak, asunto C-260/18, apartado 45).

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

Esta solución supone la sustitución de la cláusula abusiva por un régimen contractual previsto en el contrato (que establecía desde un principio la posibilidad de que el capital esté denominado en euros, como de hecho lo estuvo a partir de un determinado momento) y que responde a las exigencias de una disposición nacional, como la contenida en preceptos como los arts. 1170 CC y 312 CCom, que exige la denominación en una determinada unidad monetaria de las cantidades estipuladas en las obligaciones pecuniarias, requisito inherente a las obligaciones dinerarias.

Por ello, no existe problema alguno de separabilidad del contenido inválido del contrato de préstamo (STS 608/2017, de 15 de noviembre, y 599/2018, de 31 de octubre – reproducidas por la sentencia de 14 de noviembre de 2019 [ROJ/ STS 3627/2019] –).

Dado que el préstamo está vigente las cantidades indebidamente percibidas se destinarán a la amortización del préstamo.

## OCTAVO.- CLÁUSULA INTERÉS DEMORA.

En cuanto a la cláusula que fija el INTERÉS DE DEMORA, debe indicarse que, como señala el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia 21 de enero de 2015; asuntos acumulados C 482/13, C 484/13, C 485/13 y C 487/13):

“37. En este contexto, debe recordarse que, con arreglo al artículo 4, apartado 1, de la Directiva 93/13, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración. De ello se desprende que, en esta perspectiva, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional (véase el auto Sebestyén, C 342/13, EU:C:2014:1857, apartado 29 y jurisprudencia citada).”

38. En este sentido hay que recordar, igualmente, que cuando un tribunal nacional conoce de un litigio entablado exclusivamente entre particulares, está obligado, al aplicar las normas del Derecho interno, a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva aplicable en la materia para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta (sentencia Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 64).

39. Por lo tanto, es preciso considerar que, en la medida en que la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 no impide que el juez nacional pueda, en presencia de una cláusula abusiva, ejercer sus competencias y excluir la aplicación de dicha cláusula, la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de tal disposición nacional.

40. Ello implica en particular, por una parte, que cuando el juez nacional debe examinar una cláusula de un contrato relativa a intereses de demora calculados a partir de un tipo inferior al previsto por la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013, la fijación por ley de ese límite máximo no impide a dicho juez apreciar el carácter eventualmente abusivo de tal cláusula en el sentido del artículo 3 de la Directiva 93/13. De este modo, no cabe considerar que un tipo de interés de demora inferior a tres veces el interés legal del dinero sea necesariamente equitativo en el sentido de la mencionada Directiva.

41. Por otra parte, en el supuesto de que el tipo de interés de demora estipulado en una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario sea superior al establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 y deba ser objeto de limitación en virtud de esa disposición, tal circunstancia no es óbice para que el juez nacional pueda, además de aplicar esa medida moderadora, extraer del eventual carácter abusivo de la cláusula en la que se establece ese tipo de interés todas las consecuencias que se derivan de la Directiva 93/13, procediendo, en su caso, a la anulación de dicha cláusula.

42. Por consiguiente, del conjunto de las anteriores consideraciones resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional con arreglo a la cual el juez nacional que conoce de un procedimiento de ejecución hipotecaria está obligado a hacer que se recalculen las cantidades debidas en virtud de la cláusula de un contrato de préstamo hipotecario que

fija intereses de demora calculados a partir de un tipo superior a tres veces el interés legal del dinero con el fin de que el importe de dichos intereses no rebase ese límite, siempre que la aplicación de la disposición nacional:

— no prejuzgue la apreciación por parte de dicho juez nacional del carácter abusivo de tal cláusula y

— no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que aprecie que es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva.”

En nuestro caso, resulta evidente que la fijación, como interés de demora un tipo consistente en “29%” resulta contrario a las disposiciones de legalidad interna que tratan de mantener el equilibrio de la posición entre la entidad bancaria (en preeminencia) y el consumidor (en inferioridad), ya observemos lo dispuesto en el art. 114 LH, en la redacción dada por la Ley 1/2013 (ciertamente posterior al concierto de la póliza, pero que ofrece un criterio de valoración), ya nos acojamos a las resoluciones del Tribunal Supremo por exceder del resultado de sumar dos puntos al interés remuneratorio pactado (criterio objetivo de abusividad) fijado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2016; en relación con los intereses de demora en préstamos no hipotecarios (SSTS 7/09/2015 [ROJ: STS 3828/2015] que confirma la doctrina sentada en la sentencia núm. 265/2015, de 22 de abril).

En consecuencia, procede declarar la nulidad de la cláusula que fija el interés moratorio dejándola sin efecto, según reiterada doctrina del Tribunal de Justicia Europeo, con lo que el contrato sólo devengará el interés remuneratorio hasta su completo pago, según STS, Civil PLENO del 28 de noviembre de 2018 (ROJ: STS 3889/2018) y que recoge la doctrina del TJUE en su sentencia de 7 de agosto de 2018 (ECLI:EU:C:2018:643) en los asuntos acumulados C-96/16 (Banco Santander, S.A./Mahamadou Demba) y C-94/17 (Rafael Ramón Escobedo Cortés/Banco de Sabadell, S.A.).

**NOVENO.-** En materia de costas, la estimación de la demanda conlleva la imposición de las causadas en la instancia a la parte demandada (art. 394.1 LEC), teniendo en cuenta, además, la doctrina fijada por las STJUE de 16 de julio de 2020 y las SSTS de 6 de octubre de 2020 [ROJ: STS 3130/2020]; 25 y 26 de enero de 2021 [ROJ: STS 113/2021] y [ROJ: STS 118/2021], en relación con el “principio de efectividad” en materia de consumo.

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

## FALLO

**ESTIMAR** la demanda interpuesta por el Procurador Sr. **SCHIAVON RAINERI**, en nombre y representación de [REDACTED]

contra **CAIXABANK, S.A.** y, en su virtud:

Declarar la nulidad del clausulado multivisa incluido en el préstamo hipotecario litigioso por falta de transparencia, de modo que el contrato seguirá vigente sin dicho contenido, condenándose a la entidad demandada a recalcular el referido préstamo como si hubiera sido convenido en euros desde un principio, destinando las cantidades indebidamente percibidas por todos los conceptos con sus respectivos intereses a la amortización del préstamo.

Cantidades que se determinarán en ejecución de sentencia sobre la obligación de la entidad demandada de *rehacer el cuadro de amortización del préstamo* en los términos indicados en la presente resolución.

Declarar la nulidad de la estipulación que establece el interés de demora del 29%, de modo que el préstamo sólo generará el interés remuneratorio hasta su completo pago.

Todo ello con expresa imposición de las costas de la instancia 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 0001 04 1398 19 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 0001 04 1398 19.

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

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo, José M<sup>a</sup> Ortiz Aguirre, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia Núm. 101 bis de Madrid.