

**JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN NÚMERO 7 DE  
GAVÀ**

**PROCEDIMIENTO: JUICIO ORDINARIO** ■/2016

**SENTENCIA n°** ■/2017

En Gavà a 13 de febrero de 2017

Vistos por mí, Doña #####, Jueza del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 7 de Gavà y su partido judicial, los presentes autos de juicio ordinario de nulidad contractual registrados con el número ■/2016 promovidos DOÑA ■ Y DON ■ representado por el Procurador de los Tribunales Don Lluís Ricart Ribalta y asistido por el letrado don **Alberto Fernández Boira** contra BANCO ■ representada por el Procurador de los Tribunales ■ y asistido por el letrado don ■ pronuncio la siguiente resolución en base a lo siguiente;

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Por el Procurador de Tribunales, Don Lluís Ricart Ribalta en nombre y representación que acreditó, se formuló demanda de procedimiento ordinario contra BANCO ■. Demanda en la que, después de invocar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, terminó interesando que se dictara sentencia conforme al suplico de la misma.

**SEGUNDO:** Admitida a trámite la demanda, se dio traslado de la misma a la entidad demandada para que compareciera y contestara, verificándolo en su nombre, y en plazo hábil, el Procurador de Tribunales don ■. A través del escrito de contestación a la demanda, se oponía a las pretensiones de la parte actora, solicitando la desestimación íntegra de la demanda con imposición de costas a la parte demandante.

**TERCERO:** Los litigantes fueron convocados a la preceptiva Audiencia Previa, que se celebró el 16 de noviembre de 2016. Durante su celebración ambas partes formularon

alegaciones en apoyo de sus respectivas pretensiones y solicitaron el recibimiento del pleito a prueba, a lo que seguidamente se accedió, proponiendo cada una de las representaciones las diligencias que estimó oportunas.

**CUARTO:** Durante la sesión del acto del juicio, celebrado el 23 de enero de 2017, se practicaron las pruebas propuestas y admitidas, como quedó recogido en el soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y la imagen, con lo que, una vez evacuado por las partes el trámite de resumen de prueba, quedaron los autos conclusos para resolver.

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

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO:** En el presente procedimiento se está ejercitando una acción de nulidad de determinadas cláusulas contenidas en la escritura pública de hipoteca formalizada entre las partes por falta de transparencia.

La parte actora fundamenta el ejercicio de su acción definiendo en primer lugar la naturaleza de la hipoteca multidivisa como un derivado implícito incorporado en el contrato. Sostiene que de esta forma lo define el tribunal Supremo en la sentencia de 30 de junio de 2015.

En segundo lugar indica el perfil de los actores, señalando que la Sra. [REDACTED] es funcionaria de la Administración de Justicia y el [REDACTED] es profesional de la construcción, dedicándose a la instalación de parques y tarimas. Añade que la experiencia inversora previa de ambos es nula.

A continuación indica que los actores, que tenían concertado con la entidad BBVA un préstamo hipotecario, garantizado con su vivienda habitual, en el 2007 al no estar contentos con las condiciones de su hipoteca decidieron buscar otra alternativa. De este modo acudieron a la oficina del BANCO [REDACTED] donde se les ofreció la hipoteca objeto de este procedimiento manifestándoles que era una hipoteca para clientes especiales y que por eso iban a disfrutar de una cuota inferior. Indican que en ningún momento se les explicó ningún tipo de riesgo ni que la deuda se contraía en yenes.

Expone que la entidad vulneró sus obligaciones de información y transparencia a la hora de comercializar el préstamo hipotecario a los actores al no ofrecer una información precontractual adecuada a su perfil y a las características del producto. Por ello los actores no conocían las consecuencias económicas del préstamo que estaban concertando tanto en lo que se refiere a la cláusula de multidivisa como a la limitación del tipo de interés. De este modo solicita la declaración de nulidad de las mismas por falta de transparencia.

La parte demandada se opone a la acción ejercitada definiendo la naturaleza del préstamo multidivisa recalcando que no es posible que la parte actora sostenga que desconocía que el préstamo que había contratado en divisas.

Por otro lado indica que los términos concretos de la operación aparecían redactados de forma clara en el contrato desde la primera cláusula de la que se deduce con nitidez el funcionamiento del préstamo y los riesgos que presenta el mismo, permitiendo en la cláusula 1.3 convertir la divisa en cualquier momento.

En otro sentido alega que la iniciativa de contratar el préstamo multidivisa fue de los actores ya que fueron ellos los que acudieron a la entidad buscando las ventajas de este tipo de hipotecas. Añade que en la oficina se le dio toda la información sobre las características del préstamo haciendo especial énfasis en los riesgos de fluctuación del tipo de cambio, su repercusión en el préstamo y se hicieron simulaciones explicativas. También sostiene que el perfil de los actores no es tal y como se describe en la demanda y añade que ello además es secundario ya que la iniciativa de la contratación del préstamo fue de ellos, por lo que si no entendían lo que firmaban no debieron suscribirlo.

A continuación señala que desde que se formalizó el contrato se le fue entregando a los actores información periódica de la fluctuación del cambio y su repercusión en la cuota, así como la información fiscal, sin que durante este tiempo los actores hubieron mostrado queja alguna, ni acudieron a la oficina a preguntar las dudas que pudieran tener.

En los fundamentos de derecho opone el retraso desleal en el ejercicio del derecho y la inexistencia de vicios en el consentimiento. En cuanto a la falta de transparencia del préstamo indica que en este caso se está solicitando la declaración de nulidad de condiciones esenciales del contrato definitorias del mismo, por lo que su declaración de nulidad afectaría a todo el negocio. Añade que lo querido por los actores fue la suscripción del préstamo en yenes por lo que los mismos eran conscientes de los riesgos del contrato. Indica que la cláusula multidivisa es clara y transparente por lo que

permite conocer la función económica de la misma dentro del contrato.

En lo que respecta a la cláusula suelo alegó la excepción de cosa juzgada.

**SEGUNDO:** Centrados de esta forma los términos de debate la cuestión controvertida que debe ser resulta con carácter principal en la presente resolución radica en determinar si procede declarar la nulidad de las cláusulas multidivisa y la relativa a la formalización de la hipoteca en yenes, así como la cláusula de limitación a la variación del tipo de interés. Asimismo se deberá de determinar, el supuesto de que se declarase la nulidad de las mismas, qué consecuencias conlleva tal declaración.

Cabe mencionar que si bien la parte demandada centra la contestación en la inexistencia de error en el consentimiento, ésta no es la acción que los actores están ejercitando en el presente procedimiento, sino que lo que interesan es la declaración de nulidad de las cláusulas por falta de transparencia.

En primer lugar hay que poner de relieve que uno de los motivos de oposición alegado por la parte demandada es que, en relación con el préstamo en divisas y la cláusula multidivisa, son condiciones esenciales y nucleares del negocio jurídico, por lo que su nulidad afectaría a todo el negocio, no siendo posible declarar la nulidad parcial tal y como interesa la actora.

En relación con esta cuestión ya se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 30 de abril de 2014 en el sentido de:

*“El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) debe interpretarse en el sentido de que : - los términos «objeto principal del contrato» únicamente abarcan una cláusula, contenida en un contrato de préstamo denominado en una divisa extranjera concluido entre un profesional y un consumidor, que no ha sido objeto de negociación individual, como la cláusula discutida en el litigio principal, en virtud de la cual la cotización de venta de esa divisa se aplica para el cálculo de las cuotas de devolución del préstamo, si se aprecia, lo que corresponde comprobar al tribunal remitente atendiendo a la naturaleza, el sistema general y las estipulaciones de ese contrato, así como a su contexto jurídico y de hecho, que esa cláusula establece una prestación esencial de ese contrato que como tal lo caracteriza; tal cláusula, en cuanto estipula la obligación pecuniaria para el consumidor de pagar en devolución del préstamo los importes derivados de la diferencia entre la cotización de venta y la de compra de la divisa extranjera, no puede calificarse como comprensiva de una «retribución» cuya adecuación como contrapartida de una prestación realizada por el*

*prestamista no pueda ser apreciada en relación con su carácter abusivo en virtud del artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 .".*

En segundo lugar señala que *"el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo".*

De este modo a la vista de lo indicado en dicha sentencia y lo estipulado en el contrato de préstamo cabe concluir que nos encontramos ante unas cláusulas que constituyen elementos esenciales del contrato. Ahora bien tal y como se indica en dicha sentencia, ello no impide que pueda declararse su nulidad si se comprueba que estamos ante una cláusula que no ha sido negociada entre las partes y que no está redactada de forma clara y comprensible.

Así el artículo 4.2 de la Directiva 93/13 indica que *"la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible".*

Dicho precepto ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia tanto del TJUE como del Tribunal Supremo indicando que dichas cláusulas pese a definir un elemento esencial del contrato pueden ser declaradas abusivas si no superan el doble control de transparencia, tanto en lo relativo a la incorporación como al contenido.

Así el TJUE en la Sentencia de 3 de junio de 2010 asunto C-484/02 en su párrafo 32 indicaba que *"las cláusulas contempladas en dicho artículo 4, apartado 2, que están incluidas en el ámbito regulado por la Directiva, 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”.*

La sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 asunto C26-13 indica en la conclusión segunda que *“El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo”.*

En lo que respecta a las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo cabe traer a colación la sentencia de 18 de junio de 2012 en la que se señala que *“aunque doctrinalmente no hay una posición unánime al respecto, debe entenderse, por aplicación teleológica de la Directiva del 93, artículo 4.2, que los elementos esenciales del contrato, si bien excluidos del control de contenido, no obstante pueden ser objeto de control por la vía de inclusión y de transparencia (artículos 5.5 y 7 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 10.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios)”.*

Posteriormente el Alto Tribunal ha venido a desarrollar esta postura en diferentes resoluciones, entre otras en la Sentencia de 9 de mayo de 2013, 24 de marzo de 2015 y en la de 23 de diciembre de 2015. Esta última sentencia determina la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y prestación. Señala que *esto se deriva de lo contemplado en el art.4.2 de la Directiva1993/13/CEE, de 5 abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores”*

En dicha sentencia dispone que *“hay que realizar un doble control de incorporación y de contenido del contrato. Así indica que “Como recordamos en la sentencia núm. 138/2015, de 24 de marzo, ya dijimos en la previa 241/2013 que este doble control consistía en que, además del control de incorporación, que atiende a una*

*mera transparencia documental o gramatical, «conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo». Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, «la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato.*

*Por tanto, que las cláusulas en los contratos concertados con consumidores que definen el objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución, por una parte, y los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, se redacten de manera clara y comprensible no implica solamente que deban posibilitar el conocimiento real de su contenido mediante la utilización de caracteres tipográficos legibles y una redacción comprensible, objeto del control de inclusión o incorporación (arts. 5.5 y 7.b de la Ley española de Condiciones Generales de la Contratación -en adelante, LCGC). Supone, además, que no pueden utilizarse cláusulas que, pese a que gramaticalmente sean comprensibles y estén redactadas en caracteres legibles, impliquen subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio”.*

De todo lo anteriormente manifestado se desprende que si bien tanto las cláusulas multidivisas como la de limitación de la variación del tipo de interés previstas en el préstamo constituyen un elemento esencial del contrato es posible su control de inclusión y contenido siempre y cuando nos encontremos ante una condición general de la contratación incorporada a un contrato celebrado entre un profesional y un

consumidor.

De este modo con carácter previo a entrar a analizar cada una de las cláusulas cuya nulidad se solicita, la primera cuestión que debe de determinarse es si nos encontramos ante condiciones generales de la contratación según la redacción prevista en el artículo 1.1 en la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre condiciones Generales de la Contratación. ( 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).

La prueba sobre dicha negociación corresponde a la entidad financiera tal y como se desprende del contenido del artículo 82 del Texto Refundido 1/2007, de 16 de noviembre, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Además en dicho artículo también se indica que el hecho de que ciertos elementos de una cláusula o que una cláusula aislada se hayan negociado individualmente no excluirá la aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas al resto del contrato.

El Tribunal Supremo en la sentencia de fecha 9 de mayo de 2013 indicaba *“que el empresario al configurar la oferta, puede imponer al consumidor una cláusula indeseada por éste que, pese a conocerla, debe de aceptar para contratar. Tal conocimiento no excluye su naturaleza de condición general de la contratación y constituye un requisito absolutamente elemental para ser consentidas e incorporadas al contrato, ya por el consentimiento un elemento esencial del contrato, tal y como establece el artículo 1261 del CC. Así distingue nuestro Alto Tribunal entre la imposición del contenido y la imposición del contrato”*.

En el supuesto de autos, la parte demandada no ha aportado ningún documento precontractual que permita determinar que ha existido una negociación previa de las cláusulas del contrato. En el acto de la vista declaró como testigo, [REDACTED], empleado de la entidad demandada que comercializó el producto con los actores. El testigo mencionó que recuerda bien la comercialización con los actores, y piensa que fueron ellos los que acudieron a la entidad a preguntar por la hipoteca multdivisa. Indicó que no recuerda haber entregado información sobre el préstamo aunque luego señaló que si le dio la oferta vinculante. También manifestó que cree que la escritura formalizada era una escritura proforma, estándar.



A la vista por lo indicado por el testigo, y ante la ausencia de documentación precontractual, (no se ha aportado la oferta vinculante) cabe concluir que las cláusulas contractuales cuya declaración de nulidad se solicita deben ser consideradas como condiciones generales de la contratación predispuestas por la entidad de crédito de forma anticipada con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos, no quedando más opción al cliente que aceptar o rechazar la oferta propuesta por la otra parte contratante.

Por otro lado en cuanto a la condición de consumidores de los actores, no es cuestión discutida que la finalidad del préstamo era cancelar una hipoteca anterior que se había constituido sobre su vivienda habitual. De este modo cabe concluir igualmente que los actores tienen la condición de consumidores y usuarios en los términos del Texto Refundido 1/2007, de 16 de noviembre, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

**TERCERO:** Una vez sentado todo lo anterior se procederá a analizar cada una de las cláusulas cuya nulidad se interesa a efectos de determinar si las mismas cumplen con los requisitos de transparencia antes mencionados.

## **1. CLAUSULA MULTIDISA**

### **1.1 NATURALEZA JURÍDICA Y RIESGOS**

En el supuesto que nos ocupa las partes formalizaron un contrato de préstamo hipotecario en fecha 7 de marzo de 2008. En dicho contrato, en la cláusula 1.1, se indica que el BANCO ██████ entrega a los actores la cantidad de 61.893.000 yenes por su contravalor de 390.000 euros. A continuación en el 1.3 se incluye la cláusula multidivisa.

El Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los préstamos hipotecarios multidivisas, aunque con clientes no consumidores, en la sentencia de 30 de junio de 2015. En dicha sentencia define a la hipoteca multidivisa *“como un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank Offerd Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).*

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

*Añade que Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo.*

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

*mayor que cuando suscribieron el préstamo hipotecario, absolutamente desproporcionada respecto del valor del inmueble que financiaron mediante la suscripción de este tipo de préstamos”.*

El Tribunal Supremo consideró que nos encontramos ante un derivado financiero y que por lo tanto resultaba de aplicación la normativa del Mercado de Valores, es decir la normativa MIFID. Sin embargo, con posterioridad a dicha sentencia el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la sentencia de fecha 3 de diciembre de 2015 indicó , *“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 este sentido se pronuncia igualmente el perito en el informe pericial aportado por la parte demandada.

Con viene traer a colación la sentencia de la Audiencia de Barcelona, sección 13 de 29 de abril de 2016, ya que analiza los riesgos de este tipo de hipoteca e indica que *“La verdadera naturaleza, el modo de funcionamiento y los riesgos que entraña la hipoteca multidivisa que aquí se enjuicia entrañan una considerable complejidad para clientes minoristas sin una adecuada formación, sin relación con los mercados financieros y con ingresos y gastos exclusivamente en euros. Obviamente, su funcionamiento y sus riesgos pueden llegar a entenderse con una adecuada explicación y si la forma en la que se pacta recoge de forma clara y transparente los derechos y obligaciones de las partes y todas las variables que resultan de interés en la carga jurídica y económica del contrato de préstamo y en la afectación que ello supone para la garantía hipotecaria, pero no es una tarea que, en este caso concreto, pueda calificarse de sencilla.*

En dicha sentencia se indica los principales riesgos del préstamo de forma separada:

- 1. El tipo de interés aplicable, que es el primer factor de riesgo en un préstamo a interés variable, depende de una referencia como el LIBOR (London Interbank Offerd Rate, en términos muy resumidos, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres) sobre el que un cliente minorista español no dispone de especial información, a diferencia de lo que puede suceder, por ejemplo, con el Euribor, respecto del que los medios de comunicación ofrecen información periódica, homogénea y entendible.*
- 2. El riesgo de fluctuación de la moneda es un riesgo esencial con un impacto económico*

*importantísimo sobre la vida del contrato. Las implicaciones de la diferencia entre la moneda nacional del prestatario, que es la moneda en la que el consumidor opera, porque en ella recibe sus ingresos y tiene sus activos (también llamada moneda funcional) y la moneda del crédito (moneda nocional) son esenciales. Hay dos cuestiones distintas en el riesgo asociado a la fluctuación del tipo de cambio:*

*a) El riesgo más evidente es el siguiente: quien recibe un préstamo en yenes para afrontar deudas en euros y se obliga a devolver ese préstamo en yenes (o en otra divisa de su elección) tenderá a pensar, salvo que se le explique lo contrario, que el capital que debe es una suma prefijada que ha quedado determinada en euros y que, como tal, sólo podrá modificarse a la baja, en mayor o medida, al restar las cuotas amortizadas. Es decir, tenderá a pensar que el capital prestado es de los euros que necesita y que se irá reduciendo en función del contravalor en euros de los yenes pagados. Asumirá, pues, el riesgo de que la fluctuación de los tipos de cambio perjudique el valor en euros de las cuotas amortizadas. Este riesgo puede tener una doble representación mental para quien realiza el esfuerzo económico en euros: (i) con la misma cantidad de euros se podrá amortizar menos capital, si el tipo de cambio es desfavorable al euro o (ii) para mantener el mismo nivel de reducción de capital es preciso aportar más euros, lo que se traduciría en una subida de la cuota.*

*b) Ahora bien, además de estos riesgos, existe otro más importante asociado a la fluctuación de los tipos de cambio, que explica que, pese al pago de las cuotas y pese a que éstas retribuyen capital e intereses, el capital del préstamo no se reduzca, sino que se incremente, y es que el tipo de cambio se aplica no sólo a las cuotas periódicas de amortización, sino que supone también un recálculo constante del capital prestado, que no es una cantidad fija, sino una representación en yenes de los euros recibidos que se recalcula cada mes en función del tipo de cambio. Este riesgo explica que el consumidor no adecuadamente informado supusiera que, por haber amortizado capital ha reducido su deuda, cuando realmente no sólo no es así sino que su deuda se puede ver incrementada.*

*3. Todos estos riesgos tienen dificultad añadida: las cuotas de amortización, el tipo de interés (obligatoriamente, salvo que no exista variación en el tipo aplicable) y la divisa de pago (facultativamente) se determinan cada mes, lo que se supone que obliga a los prestatarios a estar permanente pendientes, durante toda la vida del préstamo, de una información difícilmente accesible. En teoría, cada una de las cuotas mensuales debía ir precedida de una decisión sobre la divisa aplicable y sobre la forma de gestionar su pago, mediante su contravalor en euros o mediante la puesta a disposición del banco de la divisa de pago”*

## 1.2 Análisis de la transparencia de la cláusula

En este supuesto como antes se indicado en la cláusula 1.1 del contrato de préstamo se indica, que el BANCO [REDACTED] conviene con DOÑA [REDACTED] Y DON [REDACTED] la entrega a éste en su calidad de préstamo multidivisa, de la suma de 61.893.000 yenes por su contravalor **en 390.000 euros**. Dicho contravalor se establecerá en base al cambio comprador de la divisa elegida, respecto del Euro, que el Banco publique, salvo que las partes acuerden la aplicación de un cambio distinto.

En la cláusula 1.2 se señala que la entrega del capital del préstamo por el Banco a la parte prestataria, en euros o en la divisa elegida, (...).

En el punto 1.3 se prevé que el prestatario podrá, con una antelación mínima de 3 días hábiles de antelación al de cada cuota de amortización, solicitar la sustitución de la divisa por otra de las cotizadas en España, incluido el euro, valorándose a estos efectos la divisa que se sustituya al cambio vendedor, y la que se introduce al cambio comprador. (...).

El tipo de cambio comprador y vendedor aplicado a cada uno de los cambios de divisa deberán ser los publicados por el Banco el día en que se solicite el cambio de la divisa, salvo que las partes acordaran la aplicación de un cambio distinto. (...).

El día en que se haga efectivo el cambio de divisa, el Banco practicará una liquidación extraordinaria de intereses que abarcará el periodo comprendido entre la fecha de vencimiento de la cuota de amortización inmediatamente anterior a la solicitud de cambio efectuada y el día anterior al que se haya hecho efectiva el cambio de divisa(...).

La sustitución de la divisa utilizada no supondrá, en ningún caso, la elevación del importe del préstamo, ni la redacción del riesgo en vigor, salvo en caso de amortización, cualquiera que sea la cauda incluida la variación del tipo de cambio. Por tanto la parte prestataria reconoce que este préstamo esta formalizado en divisas, por lo que asume explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del préstamo exonerando a Banco [REDACTED] de cualquier responsabilidad de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en la moneda que, según el caso sea contratada, pueda ser superior al límite pactado. Si se produjera ese exceso, de manera

que el contravalor en euros del capital pendiente de amortizar fuera superior en un 10% al importe de la responsabilidad hipotecaria que por principal responde, la prestataria deberá de realizar una amortización extraordinaria de capital por el importe que se cuantifique el referido exceso. (...).

El cambio de divisa realizado a solicitud de la parte prestataria devengará la comisión que se especifica en la cláusula 4.5 del presente contrato.

En este supuesto tal y como antes ya se ha indicado resulta de aplicación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, al tener la consideración los actores de consumidores. En su artículo 8 e se establece como un derecho de los consumidores recibir una " d) La información correcta sobre los diferentes bienes o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento sobre su adecuado uso, consumo o disfrute ". Este derecho de los consumidores aparece indicado en otros artículos aunque conviene resultar lo establecido en el artículo 60. Dicho artículo dispone que " antes de que el consumidor y usuario quede vinculado por un contrato u oferta correspondiente, el empresario deberá facilitarle de forma clara y comprensible, salvo que resulte manifiesta por el contexto, la información relevante, veraz y suficiente sobre las características principales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas. 2. Serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y cualesquiera otras que resulten de aplicación.

La sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014, antes ya mencionada indica los requisitos que debe de reunir la información suministrada a los consumidores en este tipo de préstamo. Así sostiene *"que es fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración de un contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. En función, principalmente, de esa información el consumidor decide si desea quedar vinculado contractualmente adhiriéndose a las condiciones redactadas de antemano por el profesional (véase la sentencia RWE Vertrieb, EU:C:2013:180 , apartado 44). También indica que dado la situación de inferioridad del consumidor la exigencia del nivel de transparencia de la información a suministrar debe entenderse de manera extensiva. Y en concreto en lo que atañe a las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera especificadas por la cláusula III/2, incumbe al tribunal remitente determinar si, a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes, entre ellos la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, un consumidor*

*medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso podía no sólo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de una divisa extranjera, aplicada en general en el mercado de valores mobiliarios, sino también evaluar las consecuencias económicas potencialmente importantes para él de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución a cuyo pago estaría obligado en definitiva, y por tanto el coste total de su préstamo".*

Una cláusula idéntica a la del objeto de este procedimiento, incorporado a un préstamo multidivisa formalizado por el BANCO [REDACTED], ha sido analizada por la sentencia de la AP de Barcelona, sección 19 de 19 de enero de 2016. En esta sentencia se indica que *" y si bien se explica con sencillez el mecanismo de cambio o de sustitución de la divisa elegida, la forma en que pueden hacerlo los prestarios en cualquier momento durante la duración del contrato, reflejando a tal efecto el Banco la liquidación correspondiente al cambio de la divisa que se sustituya al cambio vendedor y la que se introduce al cambio comprador ( incluido el Euro ), la cláusula es ambigua y contradictoria inclusive en el párrafo 7º (...).*

*La oscuridad, ambigüedad y contradicción de la redacción señalada en el párrafo primero y respecto de la propia cláusula multidivisa resultan evidentes, en tanto de un lado parece que la sustitución de la divisa no supondrá en ningún caso la elevación del importe del préstamo, pero por otro lado la afectación a los saldos pendientes de cambio parece indicar justamente lo contrario. Seguidamente el propio párrafo 7º in fine establece que la prestataria reconoce que el préstamo está formalizado en divisas asumiendo explícitamente los riesgos de cambio exonerando al Banco de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo incluido la posibilidad de que el contravalor en la divisa escogida pueda ser superior al límite pactado. El equívoco se patentiza también a continuación cuando tras el último inciso de la cláusula de exoneración se sigue diciendo que " Si se produjera dicho exceso, de manera que el contravalor en euros del capital pendiente de amortizar fuera superior en un 10% al importe de la responsabilidad hipotecaria que por principal corresponde, la prestataria deberá realizar una amortización extraordinaria de capital por el importe en que se cuantifique el referido exceso ". A qué límite se refiere, es el importe del préstamo original o no lo es. De la redacción confusa o poco clara no se advierte a priori la respuesta a dichas cuestiones, si bien de la cláusula en cuestión, de una extensión aproximada de unas dos páginas, resulta que el prestatario no tiene límite alguno, esto es el único límite es el de la obligación garantizada por la hipoteca; esto es la garantía hipotecaria la que tiene límite respecto al préstamo en euros, pero no lo tiene las consideradas cláusulas de la*

*evolución de las divisas en el importe del capital objeto del préstamo”.*

De este modo en cuanto a la redacción de la cláusula se puede determinar que con la información contenida de la misma difícilmente podrían los actores, a los cuales no les consta la contratación previa de otros productos relacionados con divisas, ni que tengan especiales conocimientos financieros, conocer adecuadamente el funcionamiento de la opción multidivisa y como repercutiría la misma en sus obligaciones de pago, la carga económica del préstamo y en los riesgos concretos asociados al mismo. Por ello tiene especial relevancia la información que los empleados de la entidad debieron dar a los actores para que pudieran tener con correcto conocimiento de la carga económica que el prestamos les iba a suponer.

Pues bien en este supuesto y una vez analizada la prueba practicada y teniendo en cuenta la jurisprudencia y normativa antes mencionada, cabe concluir que la información que recibieron los actores no fue la adecuada.

Así en primer lugar en cuanto a la información precontractual, no constan en los autos prueba alguna de la entrega de documentación informativa precontractual acerca de las características y riesgos del préstamo, ni que se le expusieran a los clientes los posibles escenarios de variación de los tipos de cotización de la divisa.

El testigo, director de la entidad que comercializó el préstamo con los actores, indicó que no recuerda haber entregado información escrita sobre el préstamo, aunque luego mencionó que se le entregaría la oferta vinculante. Sin embargo como se ha indicado no consta en la documentación aportada la oferta vinculante firmada por los actores. De este modo la entidad bancaria incumplió lo previsto en la orden de 5 de mayo de 1994.

En cuanto a la información verbal suministrada por los empleados de la entidad, el actor manifestó en el acto de la vista, que no se le explicó que el préstamo que contrataban era multidivisa y que existía la posibilidad de cambiar la divisa. Señaló que le dijeron que el tipo de interés era el LIBOR y que el mismo era muy atractivo. La actora alegó igualmente que no sabían que el préstamo era en divisas y que sí que le dijeron que la cuota era variable y que el interés de referencia era el LIBOR pero no le hablaron del tipo de cambio.

El director de la entidad mencionó que no recuerda muy bien la contratación del préstamo con los actores pero indicó que ellos fueron los que acudieron a la entidad a



preguntar por este tipo de hipoteca expresamente. Indicó que normalmente se les explica la fluctuación de la divisa y que era como la bolsa, también el riesgo de apreciación y que si cancelaban la deuda está podría aumentar. También indicó que qué no les dijo que la deuda podría aumentar. También declaró como testigo, Doña [REDACTED] [REDACTED] quien indicó que ella no participó en la comercialización del préstamo señalando que nos encontramos ante un préstamo especulativo.

Pues bien, dichas declaraciones no permiten concluir que la información verbal suministrada a los actores con carácter previo a la formalización del contrato se ajustará a los parámetros legales y jurisprudenciales exigibles. De este modo el primer testigo no recuerda en concreto la comercialización y a pesar de que manifestara que en todos los casos se dada más o menos la misma información, no se puede tener por acreditado que a los actores se le suministradora una información adecuada.

Así no consta que se explicaran correctamente los riesgos del préstamo que con anterioridad en esta resolución han sido mencionados. Tampoco que se documentara el cambio de divisa en el momento en el que el préstamo se formalizó, ni que se le explicará la evolución del LIBOR en comparación con el EUROIBOR.

Tampoco se ha acreditado que la entidad explicara adecuadamente a los actores los diferentes escenarios posibles que se podrían producir ante el cambio de divisa y como ello repercutiría en sus cuotas para que los clientes se pudieran hacerse una idea formada de la carga económica que el préstamo podría suponer para ellos y como podía incidir en su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar el tipo de cambio en la economía del contrato y en la determinación de las cuotas.

De igual forma no consta que se explica adecuadamente el hecho de que el capital prestado podría verse ampliado en el caso de apreciación de la moneda ya que serían necesarios más euros para comprar yenes.

No se pretende exigir en esta resolución a la entidad demandada que hubiera previsto la apreciación el yen , sino que lo que se le exige es que como entidad financiera que es , debe de conocer la fluctuación de los tipos de cambio , por lo que a la hora de comercializar este producto debían de hacer explicado convenientemente a los actores los escenarios posibles y la influencia de los mismos en sus obligaciones de pago.

Tampoco se ha aportado ningún documento en el que la entidad informara a los

deudores del coste del préstamo en comparación con otras modalidades de amortización que la propia entidad le pudiera ofrecer. Debe de tenerse presente que la falta de claridad de la cláusula no puede beneficiar a la entidad financiera ya que no podemos olvidar que estamos en presencia de un contrato tipo que ha sido redactado unilateralmente por ella y que se ha adaptado a las circunstancias concretas del caso.

Por otro lado en relación a la información pos contractual, la entidad demandada sostiene que se le fue suministrado a los actores los recibos del pago de las cuotas hipotecarias así como la información fiscal, por lo que eran perfectos conocedores de las características del préstamo. Los actores indicaron en la vista que no entendían los recibos y que solo se fijaban en la cuota a abonar. En cuanto a la información fiscal indicaron que no fue hasta que vieron en dichos extractos números negativos no se fijaron en ellos.

Dicha documentación ha sido aportada por la parte demandada. En los recibos se puede observar que se establece la liquidación de la cuota del préstamo en las dos monedas, por un lado en yenes aunque se indica como JPY y en euros. Sin embargo en dichos recibos se puede comprobar que aparecen una cantidad de números que requieren una explicación a fin de poder conocer a que se refieren cada uno de ellos. En este caso no consta que se les explicara adecuadamente a los actores los mismos.

En cuanto a la información fiscal, en los primeros documentos que constan aportados no consta que se indicara que lo que habían contratado los actores era una hipoteca multdivisa. Posteriormente en la liquidación de 2012 si parece la multdivisa, así como las pérdidas.

Los actores manifestaron que cuando vieron que la cuota aumentaba fueron a preguntar a la oficina y que allí le dijeron que era normal y que no se preocuparan. La testigo, la Sra. [REDACTED], indicó que el actor fue a la oficina, con posterioridad a la formalización del préstamo, a preguntar el importe de las cuotas, pero no recuerda si era una queja o una pregunta y que no le dijo que no supiera nada del tipo de cambio.

Por otro lado, conviene poner relieve que no consta que los actores durante la vida del préstamo y ante la apreciación del yen hubieran solicitado a la entidad el cambio de divisa. Tampoco se ha alegado que los actores preguntaran por esta opción a los empleados de la entidad ante las subidas de las cuotas. Ello permite pensar que los actores no conocían correctamente el funcionamiento del préstamo ya que no hicieron uso ni una sola vez de la posibilidad de cambiar la divisa.

Por todo lo expuesto se puede concluir que los actores formalizaron el contrato de préstamo multidivisa atraídos por un tipo de interés más ventajoso que hacía que pagaran cuotas menos elevadas que las que pagaban con la anterior hipoteca, sin conocer realmente cuales eran las características y riesgos de este tipo de préstamo. De este modo la entidad bancaria no cumplió con los requisitos de transparencia ni en la redacción de la totalidad de las cláusulas ni en la información suministrada a los actores. Así la entidad bancaria tiene el deber de garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos reales del productos que contratan, más en este caso que se trata de un préstamo complejo que es útil para personas que perciben su salario en una moneda diferente al euro y están al corriente del funcionamiento y evolución de los tipos de cambio de forma que puedan limitar los riesgos que supone la fluctuación de las divisas.

Una vez determinado que la cláusula no supera el control de transparencia se debe de entrar a analizar su posible abusividad. Así teniendo en cuenta toda la normativa y jurisprudencia antes expuesta cabe concluir que la cláusula es abusiva ya que existe un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor que hace pensar que si el los actores, los cuáles no perciben su salario en yenes y carecen una especial formación en materia financiera y en divisas, la hubiera negociado individualmente y con una correcta información no la habría aceptado. Y ello debido fundamentalmente, a que al aplicar este tipo de préstamo a los actores, los cuales buscaban financiación para cancelar un préstamo hipotecario anterior sobre su vivienda habitual, y buscar mejores condiciones financieras, no hubieran formalizado este tipo de préstamos que puede hacer que el capital prestado aumente en vez de disminuir con el pago de las cuotas. Este desequilibrio entre las partes ha perjudicado a los actores los cuales no están en disposición por sus conocimientos financieros de disminuir los riesgos que la fluctuación del tipo de cambio puede afectar a su obligación de pago.

En este sentido se han pronunciado entre otras las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 16 del 18 de septiembre de 2015 , SAP sección 13 del 30 de diciembre de 2015 y SAP sección 13 del 29 de abril de 2016.

## **2. CLAUSULA DE LIMITACIÓN DEL TIPO DE INTERÉS.**

En la escritura del préstamo hipotecario se indica en la cláusula 3.3, denominada como limitación a la variación del tipo de interés que .- No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes,

que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 3.50% solo a la liquidación en euros.

En relación a la limitación de la variación del tipo de interés, el Tribunal Supremo en la Sentencia de 9 de mayo de 2013 mantiene su validez y establece la posibilidad del control judicial del carácter abusivo de la misma cuando esté incorporada a contratos bancarios de préstamo con garantía hipotecaria y a interés variable celebrados con consumidores y usuarios.

Así establece que *“las cláusulas suelo con lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definitoria del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Es necesario que esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo, de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de referencia a la baja probablemente no repercutirán o lo harán de forma imperceptible en su beneficio”*.

Señala la Sentencia que los criterios que hay que tener en cuenta para determinar si se supera ese control de transparencia son:

*“a) La creación de la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable en el que las oscilaciones a la baja del índice de referencia, repercutirán en una disminución del precio del dinero.*

*b) La falta de información suficiente de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.*

*c) La creación de la apariencia de que el suelo tiene como contraprestación inescindible la fijación de un techo.*

*d) Su ubicación entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor en el caso de las utilizadas por el BBVA.*

*e) La ausencia de simulaciones de escenarios diversos, relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de*

*contratar, en fase precontractual.*

*f) Inexistencia de advertencia previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otros productos de la propia entidad.”*

Teniendo en cuenta todo lo anterior se puede concluir que la cláusula suelo fijada en la escritura formalizada entre las partes no cumple con los requisitos de transparencia exigidos por el Tribunal Supremo. Así en primer lugar no se menciona de forma clara en el contrato que el tipo de interés mínimo establecido es un elemento definitorio del objeto principal del mismo. Su fijación aparece diluida en la cláusula tercera junto con otros datos sobre la periodicidad de la liquidación del tipo de interés, el diferencial aplicable, bonificaciones, índices de referencia sustitutivos y revisión del tipo de interés.

Por otro lado, en cuanto a la información suministrada por el Banco al cliente, no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar. Así no se acompaña al contrato, como anexo, los escenarios posibles ante bajadas de tipos por debajo del mínimo establecido en el préstamo, ni las cuotas que tendría que abonar si esto ocurriera.

En cuanto a la información verbal suministrada por los empleados de la entidad ninguna prueba se ha traído al proceso sobre ello, no constando que se le entregara a los clientes una oferta vinculante con las características del préstamo, tal y como antes se ha indicado.

No cabe acoger la alegación realizada por la parte demandada en las conclusiones de que los actores ya tenían cláusula suelo con la entidad BBVA y que negociaron su expulsión del contrato, ya que ninguna prueba se ha traído a la causa de esa negociación y de sí los actores conocían que esa cláusula existía en el contrato y que la misma fue eliminada.

De este modo cabe concluir que la citada cláusula no cumple con los requisitos de transparencia exigidos por lo que procede declarar la nulidad de la misma.

**QUINTO:** En cuanto a las consecuencias que supone la declaración de la nulidad de las cláusulas antes mencionadas, debe de tenerse en cuenta que el art 9.2 LCGC

dispone que la sentencia que declare nulidad debe aclarar su eficacia conforme al artículo siguiente. Dicho art. 10 LCGC establece que la nulidad no determina la ineficacia total del contrato. Procede, exclusivamente la nulidad de la cláusula que merezca tal sanción, lo que visto el art. 1303 CCv, obliga a la restitución recíproca de las prestaciones.

El artículo 6 de la Directiva 93/13 establece que *Los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.*

La STJUE de 30 de mayo de 2013, caso Dirk Frederik Asbeek Bruse: § 57 indica que : *"El Tribunal de Justicia ha deducido de esa redacción del artículo 6, apartado 1, que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que ésta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma". En el siguiente párrafo, § 58, se explica la razón: "Pues bien, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva ya que la mencionada facultad debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores". Lo que arrastra la consecuencia que señala el § 59 y el fallo: "De ello se deduce que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a éste de la referida cláusula".*

En la sentencia de 30 de abril de 2014 TJUE , relativa a un préstamo multidivisa, señalaba que *" El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en una situación como la que es objeto del litigio principal, en la que un contrato concluido entre un profesional y un consumidor no puede subsistir tras la supresión de una cláusula abusiva, dicha disposición no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional"*.

En primer lugar en cuanto a la cláusula multidivisa la consecuencia de la nulidad es la expulsión de la misma del contrato de préstamo, que, pese a ello subsiste en la

medida en que no se ven afectados otros elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código Civil.

En este supuesto a la vista de lo indicado en la STJUE de 30 de abril de 2014, se considera que no existe, motivo para eludir la aplicación del principio de conservación parcial del contrato, eliminando la cláusula cuya nulidad se ha declarado, manteniendo la validez del contrato no afectado por tal declaración. Así la declaración de nulidad total del contrato sería perjudicial para los actores ya que tendrían que devolver de una vez el importe total del préstamo.

De este modo la inaplicación de la cláusula multidivisa es posible porque en el contrato figura el importe concedido en euros, 390.000 euros. Además en la escritura en la cláusula 3.1 A se prevé que para las disposiciones en euros el tipo de referencia a aplicar sería el EURIBOR. Por ello la entidad demandada deberá de proceder a realizar una nueva liquidación de las cuotas satisfechas por los actores y del capital pendiente de amortización en euros, aplicando el Euribor como índice de referencia desde el inicio de la relación. En este sentido se pronuncia entre otras la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 13, de fecha 29 de abril de 2016.

En cuanto a la consecuencia de la declaración de la nulidad de la cláusula de limitación del tipo de interés es la expulsión de la misma del contrato, tal y como estableció la STS 9 de mayo de 2013, sin que proceda integrar el mismo. Los efectos de esta declaración deben ser desde el inicio del préstamo, en el caso de que la misma se hubiera aplicado, tal y como ha declarado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016.

**SEXTO:** En lo que respecta a las costas, se impondrán a la parte demandada, al haber sido estimadas las pretensiones de la parte actora, con lo dispuesto en el artículo 394 de la LEC.

### FALLO

Que se estima la demanda interpuesta por la representación procesal de DOÑA [REDACTED] Y DON [REDACTED] frente a BANCO [REDACTED] y acuerdo:

1). Declaro la nulidad de pleno derecho, de las siguientes cláusulas financieras contenidas en la escritura de préstamo hipotecario de 7 de marzo de 2008:

- a) Cláusula 1 relativa a la formalización del préstamo en yenes - opción multidivisa.
- b) Clausula 3ª INTERESES ORDINARIOS Subapartado 3.1 ° ( limitación a la variación del tipo de interés
- 2). Condeno al Banco a estar y pasar por el pronunciamiento precedente y a eliminar las enumeradas cláusulas del contrato.
- 3). Condeno a la entidad demandada a presentar una nueva liquidación de las cuotas satisfechas por los actores y del capital pendiente de amortización en euros, aplicando el Euribor como índice de referencia desde el inicio de la relación, sin que puede ser aplicable la limitación de la variación del tipo de interés prevista en la cláusula 3.3.
- 4). Con imposición de costas a la parte actora.

Notifíquese esta sentencia a las partes en legal forma haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de Apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona que, en su caso, deberá interponerse en este Juzgado dentro de los veinte días siguientes a su notificación. La admisión del recurso precisará que, al interponerse el mismo, se haya consignado en la oportuna entidad de crédito y en la “Cuenta de Depósitos y Consignaciones” abierta a nombre del Juzgado, la cantidad objeto de depósito, de 50 euros, lo que deberá ser acreditado.

Así por esta mi Sentencia, de la que se llevará certificación a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

**PUBLICACIÓN.** Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Jueza que la dictó, hallándose celebrando Audiencia Pública. Doy fe.



