

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 96 DE MADRID

C/ Gran Vía, 52 , Planta 3 - 28013
Tfno: 914936408,6409
Fax: 915351357

42020310

NIG: 28.079.00.2-2015/0149015

Procedimiento: Procedimiento Ordinario 902/2015

Materia: Contratos en general



Demandante:: D./Dña. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] y D./Dña. [REDACTED]
[REDACTED]

PROCURADOR D./Dña. SHARON RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON

Demandado:: CAIXABANK SA

PROCURADOR D./Dña. MIGUEL ÁNGEL MONTERO REITER

SENTENCIA Nº

JUEZ/MAGISTRADO- JUEZ: D./Dña. BEGOÑA ÁLVAREZ GARCÍA

Lugar: Madrid

Fecha: 16 de septiembre de dos mil dieciséis

Vistos por Dña. Begoña Álvarez García, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 96 de Madrid, los presentes autos de Juicio Ordinario seguidos ante este Juzgado bajo el nº 902/2015 a instancia de [REDACTED] y [REDACTED] frente a CAIXABANK SA, vengo a resolver conforme a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que en este Tribunal, procedente de la Oficina de Registro y Reparto, se recibió demanda de juicio ordinario con nº 902/2015, sobre Declaración de nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario multimonedado otorgado el día 5 de diciembre de 2007, presentada a instancia de [REDACTED] y [REDACTED] representados por el Procurador Doña Sharon Rodríguez de Castro Rincón, frente a CAIXABANK SA

SEGUNDO.- Que dicha demanda se admitió a trámite y se dio traslado a la parte demandada para contestación. Recibida la misma, se procedió a citar a las partes a la audiencia previa que tuvo lugar el 22/02/2016 en la que se fijaron los hechos objeto del debate, se propuso prueba y se citó para juicio.

TERCERO.- Que al acto del juicio que tuvo lugar el 19/07/2016 comparecieron todas las partes, practicándose toda la prueba propuesta y admitida y quedando el pleito visto para sentencia.

CUARTO.- Que en el presente procedimiento se han observado todos los trámites procesales exigidos por la ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- [REDACTED] y [REDACTED] interponen demanda solicitando con carácter principal, la declaración de nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario multimonedado otorgado el día 5 de diciembre de 2007 por incumplimiento por la demandada de las obligaciones imperativas de información, diligencia y buena fe, por no superar el clausulado multidivisa el control de transparencia y afectar a elementos esenciales del contrato y por incurrir en vicio del consentimiento, dolo omisivo y error invalidante del consentimiento por la defectuosa información facilitada al actor sobre el funcionamiento y los riesgos de dicha cláusula; basa su pretensión en la consideración de la hipoteca multidivisa como un producto complejo de riesgo, alega la vulneración de normas imperativas, considerando como tales la Orden de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y los artículos 79 y siguientes de la LMV. Como segunda base de la nulidad, relacionada con la anterior pero en un ámbito normativo distinto, la demanda considera que la cláusula multidivisa vulnera el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU), y la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, LCGC) porque es una cláusula no negociada individualmente que no cumple los requisitos de concreción, claridad, sencillez, respeto al equilibrio y buena fe y la falta de claridad y transparencia sobre los efectos de la cláusula causándole ello un perjuicio; a lo que se opone la demandada alegando que el incumplimiento de la normativa imperativa no conlleva la nulidad del contrato suscrito, que el clausulado no es abusivo por falta de transparencia, que se cumplió con las obligaciones de información que exige la normativa existente en la materia.

SEGUNDO.- Son hechos relevantes para resolver la presente litis los siguientes: 1º. Que la parte actora suscribió, el 5 de diciembre de 2007 con CAIXABANK S.A. un contrato de préstamo con garantía hipotecaria por importe de sesenta millones ciento veintiocho mil setecientos yenes japoneses que según la escritura se abonan en la cuenta abierta al efecto al prestatario, si bien en ésta consta su contravalor en euros que es el de 370.000 euros. 2º. El destino del préstamo era la refinanciación; 3º Cláusula 1ª c) "el préstamo se conviene en la modalidad de multimonedado, de forma que el préstamo podrá quedar representado en cada uno de los períodos de mantenimiento de moneda y de interés, en cualquiera de las monedas que se indican a continuación, en tanto sean negociadas en el mercado de divisas de Madrid, a solicitud del prestatario, y con sujeción a las condiciones establecidas en el presente contrato: Dólar USA, yen japonés, franco suizo, libra esterlina inglesa y euro. La transformación de la moneda, en caso de que la parte prestataria elija en cualquiera de tales períodos una moneda distinta a la del anterior, no constituye novación o modificación alguna del presente préstamo. La parte prestataria deberá reintegrar las cuotas comprensivas de pago de capital e intereses en la moneda en que esté representado el préstamo en cada momento. Los cambios de moneda podrán realizarse únicamente en la fecha de inicio de cada uno de los períodos de mantenimiento de moneda y de interés en que se divide la presente operación crediticia. A tal fin, la parte prestataria deberá manifestar su voluntad al BANCO, suscribiendo el documento cuyo modelo figura como anexo de esta escritura y entregándolo en la oficina del BANCO reseñada en la cláusula 8ª de esta escritura, con cinco días hábiles de antelación, cuando menos, a la expresada fecha de inicio. El principal del préstamo quedará representado en la nueva moneda elegida por la parte

prestataria y el importe de ésta se obtendrá por la cotización que tenga la anterior moneda en que estuviera representado el préstamo en relación a la nueva moneda, según los cambios de moneda que rijan en el Mercado Español de Divisas, dos días hábiles antes de la fecha de inicio del período de mantenimiento de moneda y de interés en que haya de realizarse el cambio, al cambio vendedor del BANCO en cuanto a la anterior moneda y al cambio comprador del BANCO respecto a la nueva moneda. ... "En la fecha de comienzo de cada período de mantenimiento de moneda y de interés, el tipo de interés se modificará, conforme a lo pactado en la cláusula tercera, en función de la moneda en que quede representado el préstamo en cada uno de los indicados períodos". Cualquiera que sea la moneda en que esté representado el principal del préstamo, el plazo de duración del contrato quedará dividido en períodos mensuales de mantenimiento de moneda y de interés sucesivos, que comenzarán el mismo día en que se haya formalizado este préstamo de cada uno de los meses sucesivos. Los períodos de mantenimiento moneda y de interés comenzarán en las fechas antes indicadas y concluirán la víspera del día correspondiente del siguiente mes"; 4º. El préstamo, concedido en fecha 5 de diciembre de 2007, vencía el 5 de diciembre de 2.037, debiendo devolverse el capital y los intereses mediante el pago sucesivo de trescientas sesenta cuotas mensuales; La composición de las cuotas comprendía tanto principal como intereses y podían diferir en su importe, pues según la cláusula 2ª c), "la restitución del capital se efectuará, así pues, de forma progresiva, calculándose la cantidad a pagar en concepto de amortización de capital e intereses en base al tiempo de duración del préstamo, en el momento en que se calcule la cuota, y al tipo de interés vigente en dicho momento, de forma tal que con el pago de la cantidad resultante, al vencimiento del préstamo queden saldadas las obligaciones por principal e intereses, de haberse atendido los pagos en las fechas pactadas"; 5º. En cuanto al procedimiento de pago de capital e intereses, se estableció en la cláusula 2ª II.I, previendo las siguientes variables: 1.- "En el supuesto de que el préstamo esté representado en divisas (Dólar USA, yen japonés, franco suizo, libra esterlina) la amortización del principal del préstamo y el pago de intereses deberá efectuarlo la parte prestataria siguiendo cualquiera de los dos procedimientos que a continuación se señalan: a) situar en el BANCO, con dos días hábiles de antelación al vencimiento de cada obligación de pago y antes de las 11 horas, el contravalor en euros, necesario para que, mediante la conversión por el BANCO de la divisa en que esté representado el préstamo, pueda realizar la amortización de la parte de principal pendiente y de los intereses que deban ser reintegrados en las fechas pactadas. Tal contravalor se calculará conforme al cambio vendedor de Barclays Bank, S.A. en aquella fecha para la divisa en que esté denominado el préstamo; b) situar en el BANCO antes de las 11 horas del día del vencimiento de cada obligación de pago, un importe de la divisa en que esté representado el capital del préstamo, igual al principal a amortizar y la de los intereses que corresponda satisfacer". 2.- En el supuesto de que el préstamo esté representado en euros, se aplicará el último de los procedimientos expresados; (doc. 1 de la demanda no impugnado).

TERCERO.- En cuanto al fondo, debe partirse de unas consideraciones previas sobre la naturaleza y características del negocio jurídico cuya anulación se pretende así como sobre la normativa que regula la información que las entidades que lo ofertan deben facilitar a sus clientes que se recogen en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015 " 3.- Lo que se ha venido en llamar coloquialmente "hipoteca **multidivisa** " es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se

aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank Offered 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.

4.- 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".

La Sala considera que la "hipoteca **multidivisa**" es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el

ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el *art. 2.2 de dicha ley* . Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el *art. 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores* , en relación al *art. 2.2 de dicha ley* .

La consecuencia de lo expresado es que la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y, en concreto, los del *art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores* y el citado Real Decreto.

CUARTO.- Pide el actor en primer lugar, la nulidad parcial del contrato de préstamo hipotecario multimonedado por haber incurrido la demandada en una conducta contraria a las normas imperativas, en concreto, la normativa del mercado de valores y la existente en materia de protección de consumidores y usuarios; hay que indicar, respecto de la normativa sectorial del mercado de valores, que concurre una inacabada polémica sobre su carácter jurídico público o privado, con proyección o sin ella en las relaciones privadas, según se entienda que regula un código de conducta cuya inobservancia sólo da lugar a sanciones administrativas o bien, por el contrario, que puede y debe proyectar sus consecuencias sobre la relación jurídico privada; posicionamiento que es el mayoritario de los tribunales, y ejemplo la meritada sentencia del TS de 21-1-2014 que nos sirve de referencia, en cuanto a partir de su FJ 9 analiza "las diferentes consecuencias jurídicas" que pueden derivarse del incumplimiento por el demandado de sus deberes de información, proyectándolas sobre la válida formación de la voluntad del cliente bancario al contratar, pero sin que, a juicio de este Tribunal, pueda ser que una de las consecuencias sea la nulidad por, sin más, su infracción, en cuanto las normas sectoriales que nos ocupan se limitan a regular la conducta profesional que una de las partes del contrato debe de desarrollar en fase precontractual, pero sin alcanzar a regular el negocio finalmente constituido, de forma que la nulidad por infracción de norma imperativa, a lo más, podría y debería predicarse de la conducta prenegocial del recurrido, pero no del negocio finalmente constituido...." , en consecuencia con lo expuesto, la vulneración de normativa administrativa de índole bancaria o financiera no se traduce sin más en la nulidad contractual sino que tiene relevancia en orden a valorar la correcta formación de la voluntad negocial; en consecuencia procede desestimar dicha acción.

QUINTO.- Pide el actor, consumidor, extremo no discutido, la nulidad del clausulado multidivisa porque considera que es una cláusula abusiva por la falta de claridad y **transparencia** sobre los efectos de la cláusula en la vida del contrato; y a este respecto es necesario indicar que la cláusula no ha sido negociada individualmente, pues el banco no acreditó nada al respecto, que la denominación o representación del préstamo en una divisa extranjera forma parte de las prestaciones esenciales del contrato, de modo que, conforme al *artículo 4.2 de la Directiva 9/13* , queda excluido el posible examen de abusividad "siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible". Ahora bien, la claridad exigible tiene una doble dimensión, afectante no sólo a la meramente gramatical sino muy especialmente también a la jurídica y económica, de manera que el contrato, predispuerto por el profesional, debe permitir al consumidor hacerse una idea exacta de la carga jurídica y económica que asume. Ello es particularmente exigible en los contratos que se refieren o

versan sobre un producto financiero complejo como es el préstamo en divisa extranjera, garantizado además con **hipoteca** sobre la vivienda familiar, cuando el prestatario no recibe sus ingresos en esa divisa sino que tiene que adquirirla pagando su contravalor en euros, de manera que la operación de préstamo, por naturaleza conmutativa, se convierte en aleatoria. A tal respecto, el *Tribunal Supremo ha consolidado ya su doctrina, estableciendo, en la Sentencia del Pleno de 24 de marzo de 2.015*, por un lado, que a las condiciones generales que regulan el precio y su contraprestación, le es aplicable "un doble control de transparencia", puesto que "además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical", el control de transparencia que "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"; En el mismo sentido, la *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014, dictada en el asunto C-26/13*, en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo **multidivisa**, instauró ya la misma interpretación de la Directiva, al afirmar que «la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical» (párrafo 71), que «esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva» (párrafo 72), que «del anexo de la misma Directiva resulta que tiene un importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo» (párrafo 73), por lo que concluye en el fallo 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", doctrina que ha sido reiterada en la posterior *STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13* ..."; y en base a ello, se distingue dos niveles en el control de transparencia: un primero, relativo a si la **cláusula**, en si misma considerada, desde un punto de vista gramatical, literal, etc. es o no clara, control de oficio que tiene su encaje legal en el artículo 5.5 LCGC a cuyo tenor "[l]a redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez"-, y Art. 7 LCGC "[n]o quedarán incorporadas al contrato las siguientes condiciones generales: a) Las que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato [...]; b) Las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles [...]". Superado ese primer nivel, pasamos al segundo en el que se determinará cómo se incorporó la **cláusula** al contrato, esto es, qué información se le dio al cliente de forma previa y en el mismo momento de la contratación

de su existencia y contenido, para alcanzar la convicción de si aquél era o no consciente de las consecuencias jurídicas y económicas que comportaba la inclusión de tal **cláusula suelo** en el contrato.

De esta manera se hace 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.

Aplicando los parámetros anteriores al supuesto que nos ocupa, de la lectura aislada y desde un punto de vista estrictamente gramatical o literal, los términos de la escritura, como dice la *STS de 8 de septiembre de 2014*, son claros y comprensibles, resulta un préstamo inicialmente formalizado en yenes japoneses con la conversión en euros y que finalizado el periodo de carencia pactado, permitía a la parte prestataria la sustitución de la divisa, en los términos de cambio igualmente concretados.

Ahora bien, lo que habrá que analizar a continuación es cómo se incorporó esa **cláusula** al contrato y si el cliente fue informado de su existencia y de sus efectos jurídicos y económicos. Valorando en conjunto la prueba practicada resulta que ningún tipo de información, más allá del contenido de la propia escritura se ha ofrecido al prestatario, consumidor, sobre una operación de alto riesgo para sus intereses, pues no se ha acreditado por el banco, que es quien tiene la disponibilidad probatoria, la entrega a la parte actora de las hojas informativas sobre las previsiones de fluctuación de las monedas que barajaban, yen japonés, franco suizo y la comparativa con el euro y su repercusión sobre la cuota y el principal prestado; los actores manifestaron en juicio que les explicaron que la cuota podía fluctuar algo, 1.000 euros, 900 euros pero no que llegase a 2.300 euros como llegó y que no les dijeron que podían deber más capital que el prestado y el testigo, empleado del banco, D. Carlos Bermejo, manifestó que él no asesoraba sobre el cambio, que el cliente le dijo que se asesoraba por un tercero; y con solo el contenido de la escritura la claridad exigible no se da, pues sus términos no garantizan que el prestatario pueda conocer con sencillez y claridad la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, los riesgos de recibir el préstamo en divisas y de su amortización en la misma forma, que pueden llevarle, como ocurrió en el supuesto de autos, a que pese a los pagos efectuados por el actor, el capital pendiente, por la fluctuación de la moneda en que estaba representado el préstamo, no dejó de incrementarse de manera que, aun con los pagos efectuados, los prestatarios debían mayor capital que el inicial, pues al respecto no existe en la escritura ninguna advertencia afectando, en consecuencia, la falta de transparencia a la cláusula multidivisa, por lo que procede declararla nula por abusiva. Sobre las consecuencias que debe tener la nulidad apreciada, su efecto no puede volcarse sobre la totalidad del contrato. Resulta de aplicación la doctrina expuesta por el *TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013* sobre la nulidad parcial de los contratos. Después de recordar que a diferencia de otros, como el italiano y el portugués que en los artículos 1419.1 y 292 de sus respectivos códigos civiles regulan de forma expresa la nulidad parcial de los contratos, nuestro Ordenamiento positivo carece de norma expresa que, con carácter general, acoja el principio *utile per inutile non vitiatur* (lo válido no es viciado por lo inválido), se indica en el apartado 265 que la jurisprudencia ha afirmado la vigencia del favor *negottio* en tutela de las iniciativas negociales de los particulares, en virtud del cual, en primer término, debe tratarse de mantener la eficacia del negocio en su integridad, sin reducirlo, y cuando ello no es posible, poder el negocio de las cláusulas ilícitas y mantener la eficacia del negocio reducido (*SSTS 488/2010 de 16 julio RC 911/2006 ; 261/2011, de 20 de abril, RC 2175/2007 , 301/2012, de 18 de mayo, RC 1153/2009 ; 616/2012, de 23 de octubre, RC 762/2009*). A continuación, la

sentencia analiza el principio "utile per inutile" en condiciones generales (Cuya legislación especial contempla el fenómeno de la nulidad parcial y limita la declaración de nulidad a las condiciones ilícitas cuando, pese a su supresión, el contrato puede subsistir) para explicar en el apartado 268 en aplicación en contratos con consumidores; La LCU, en su redacción original, también admitió que la nulidad de alguna o algunas de las cláusulas no negociadas individualmente no era determinante de la nulidad del contrato, al disponer en el artículo 10.4 que "[s]erán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones o estipulaciones que incumplan los anteriores requisitos. No obstante, cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes en la relación contractual, será ineficaz el contrato mismo. La previsión de la norma nacional concordaba con lo previsto en la Directiva 93/13 cuyo vigésimo primer considerando indica que "[...] los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional y que, si a pesar de ello figuraran tales cláusulas, éstas no obligarían al consumidor y el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que las cláusulas abusivas no afecten a su existencia" y que en el artículo 6.1 dispone que "[l]os Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor [...] 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". Finalmente, razona en el apartado 274 que no cabe identificar "objeto principal" con "elemento esencial" del contrato y que el tratamiento dado a las cláusulas suelo es determinante de que no forme "parte inescindible de la definición contractual del tipo de interés aplicable al contrato de préstamo y con ello de su objeto y causa", para concluir que la nulidad de las cláusulas suelo no comporta la nulidad de los contratos en los que se insertan, ya que la declaración de nulidad de alguna de sus cláusulas no supone la imposibilidad de su subsistencia....".

La inaplicación de los contenidos multidivisa es perfectamente posible en la práctica, porque el contrato permite entender que el préstamo lo fue en euros y las partes pactaron como una de las posibilidades de ejecución del contrato que las amortizaciones pudieran realizarse también en euros, utilizando como tipo de interés la misma referencia fijada en la escritura. Por ello se declara la nulidad de las cláusulas del contrato referidas a la "opción multidivisa". En consecuencia se tendrá por no puesta la cláusula multidivisa y el efecto de dicha nulidad parcial será la subsistencia del negocio y la consideración de que la cantidad adeudada sea el saldo resultante de la hipoteca si bien referenciada en Euros, operando por ello como un préstamo en Euros, referenciado al Euribor.

SEXTO.- Por último, deberá declararse también la nulidad por abusiva de la cláusula relativa al interés de demora - condición financiera 6ª-, que lo fija en el tipo del interés remuneratorio incrementado en seis puntos porcentuales con un mínimo del 18%, que puede apreciarse de oficio y ello en cualquier fase del procedimiento, cuando, como en el supuesto del presente recurso, entra en juego la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos con consumidores.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta lo resuelto por la [Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de febrero de 2013](#): "Los [artículos 6, apartado 1](#), y [7, apartado](#)

1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que el juez nacional que haya comprobado de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual no está obligado, para poder extraer las consecuencias de esa comprobación, a esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula."

Y como también nos indica la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 recurso 485/2012 "en tales casos el Ordenamiento reacciona e impone a los poderes del Estado la obligación de rechazar de oficio su eficacia, de acuerdo con el clásico principio *quod nullum est nullum effectum producit* (lo que es nulo no produce ningún efecto), ya que, como afirma la STS 88/2010, de 10 de marzo (RC2492/2005) "esa operatividad ipso iure es una de las características de la nulidad absoluta". Doctrina que se reitera en la STS 25 de marzo de 2015 recurso 2351/2012.

Sentado lo anterior, en el análisis de si la cláusula que fija los intereses moratorios en un mínimo del 18% debe considerarse abusiva, el artículo 3 de la Ley 1/2013 modificó la Ley Hipotecaria, Texto Refundido según Decreto de 8 de febrero de 1946, añadiendo un tercer párrafo al artículo 114 LH que queda redactado del siguiente modo: "Los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago. Dichos intereses de demora no podrán ser capitalizados en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) de la Ley de Enjuiciamiento Civil."

Por su parte la Disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013, referida a los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual, dispone que:

"La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado Dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley. Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos."

En atención a dicha normativa aplicable es claro que la cláusula relativa a los intereses de demora, que los fija en un mínimo del 18% supera en más de tres veces el interés legal del dinero fijado en la fecha de la constitución de la hipoteca (5%), por lo que procede la declaración de su nulidad por abusividad.

En cuanto a las consecuencias de tal declaración de nulidad, se entiende que la integración la cláusula del contrato declarada abusiva, así como su moderación, quedó declarada contraria a la buena aplicación de la Directiva 93/13/CE, en las SSTJUE de 14 de junio de 2012, de 14 de marzo de 2013 y de 30 de abril de 2014, por entender que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, dicha potestad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE, al mismo tiempo que podría contribuir a eliminar 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, en la medida en que éstos podrían verse tentados a

utilizar tales cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo su interés.

Por ello se estima que si la cláusula de fijación de intereses de demora resulta abusiva la misma no puede ser aplicada en ningún caso, ni tampoco puede ser moderada ya que el sentido de la jurisprudencia comunitaria es que las cláusulas nulas no deben aplicarse ni siquiera corregidas en perjuicio de los consumidores y usuarios, y llevar a cabo tal reducción o moderación conculca la finalidad preventiva de cláusulas abusivas, pues el predisponente puede arriesgar sin consecuencias desfavorables.

SÉPTIMO.- Procede imponer las costas a la demandada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Estimo la demanda formulada por el Procurador Doña Sharon Rodríguez de Castro Rincón, en nombre y representación de [REDACTED] y [REDACTED], contra Caixabank SA, declaro la nulidad de las cláusulas del contrato de autos referidas a la "opción multdivisas" conservando el contrato en el resto de sus estipulaciones no referidas a divisas ni a tipo de interés LIBOR. Declaro que el efecto de dicha nulidad parcial conlleva la consideración de que la cantidad adeudada por los demandados es el saldo vivo de la hipoteca referenciado en Euros, resultante de disminuir al importe prestado las cantidades amortizadas hasta la fecha en concepto de principal e intereses, también convertidos a Euros, de manera que el préstamo quede referenciado a Euros y el tipo de interés al Euribor.

Declaro la nulidad de la cláusula de intereses de demora con imposición de las costas a la demandada.

Así por esta mi sentencia, cuyo original se llevará al libro de sentencias de este juzgado, dejando en las actuaciones testimonio literal de las mismas, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

Contra esta sentencia, que no es firme, cabe interponer recurso de APELACIÓN en el plazo de veinte días ante este juzgado, debiendo consignar en la cuenta del juzgado, cuenta número 4974-0000-00-0902-15, la cantidad de 50 euros en concepto de depósito para recurrir, indicándose la clase y número de procedimiento y la fecha de la resolución

recurrída. No se admitirá a trámite este recurso si no se constituye este depósito, lo que deberá acreditarse ante este Juzgado mediante la presentación de copia del resguardo u orden de ingreso.

PUBLICACION. - Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el/la Sr/a. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe.



Mensaje LexNET - Notificación

Mensaje

IdLexNet	201610116556928	
Asunto	Sentencia Proc. Ordinario (F.Resolucion 16/09/2016)	
Remitente	Órgano	JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 96 de Madrid, Madrid [2807942096]
	Tipo de órgano	JDO. PRIMERA INSTANCIA
	Oficina de registro	OF. REGISTRO Y REPARTO PRIMERA INSTANCIA [2807900006]
Destinatarios	MONTERO REITER, MIGUEL ANGEL [350]	
	Colegio de Procuradores	Il-lustre Col·legi dels Procuradors de Barcelona
	RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON, SHARON [1850]	
Colegio de Procuradores	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid	
Fecha-hora envío	27/09/2016 09:07	
Documentos	2297947_2016_I_67618814.RTF(Principal) Hash del Documento: 905ce73969dbdf1dfeae61f00caff05d62fce2c2	
	2297947_2016_E_4022382.ZIP(Anexo) Hash del Documento: ff119d9e66390efc104cdcf7f8b5517a41c05b19	
Datos del mensaje	Procedimiento destino	Sentencia Proc. Ordinario (F.Resolucion 16/09/2016 N° 0000902/2015)
	Detalle de acontecimiento	Sentencia Proc. Ordinario (F.Resolucion 16/09/2016)
	NIG	2807900220150149015

Historia del mensaje

Fecha-hora	Emisor de acción	Acción	Destinatario de acción
27/09/2016 11:32	RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON, SHARON [1850]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid	LO RECOGE	
27/09/2016 09:11	Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid (Madrid)	LO REPARTE A	RODRIGUEZ DE CASTRO RINCON, SHARON [1850]-Ilustre Colegio de Procuradores de Madrid

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