

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 8 DE LLEIDA

Procedimiento: Juicio Ordinario número 506 / 2016

SENTENCIA nº 79/2017

En Lleida, a 20 de abril de 2017

D.^a Marta Monrabà Egea, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia número 8 de Lleida, ha visto las presentes actuaciones de juicio ordinario número 506 / 2016 que se siguen en este Juzgado, en el que han actuado como demandante ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFÍN) en defensa de Don y Doña

representados por el Procurador Sr. Morara y asistidos por el Letrado Sr. Serrano, contra BARCLAYS BANK, S.A., hoy absorbido por CAIXABANK, S.A., representada por la Procuradora Sra. Jene y asistida por el Letrado Sr. Benejam, del que resultan los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 23 de mayo de 2016 llegó a este Juzgado por remisión del Juzgado de 1^a Instancia nº 30 de Barcelona la presente causa. Se trata de una demanda interpuesta por la Asociación de Usuarios Financieros, en representación de los Sres. , ejercitando una acción de nulidad parcial de la cláusula multidivisa del contrato de préstamo con garantía hipotecario suscrito entre las partes. Lo fundamenta con carácter principal en una acción de nulidad por abusividad de la cláusula y subsidiariamente en vicio en el consentimiento de los actores por error, con restitución en ambos casos de las cantidades indebidamente cobradas en virtud de dicha cláusula. Solicita que se declare la nulidad de la cláusula "opción multidivisa" por abusividad, y subsidiariamente su nulidad por error en el consentimiento, en ambos casos declarando que la cantidad debida es el saldo pendiente referido en euros que resulte de disminuir del importe prestado de 274.000 euros, la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses también convertidos en euros. Solicita se condene a la demandada a recalcular todas las cuotas de amortización del préstamo desde el inicio de la relación teniendo en cuenta los pagos efectuados en su contravalor en euros y fijando el nuevo capital pendiente en euros, aplicando como tipo de interés de referencia el euríbor, así como a devolver la diferencia cobrada de más y las comisiones de cambio de moneda cobradas más sus intereses legales y costas.

SEGUNDO.- Admitida la demanda se emplazó a la demandada para que en el plazo de veinte días, compareciera y contestara. Emplazada debidamente, compareció en el procedimiento planteando excepciones procesales como la falta de legitimación activa ad causam y caducidad de la acción. Como motivos

de oposición de fondo alegaba que la contratación se realizó con todas las garantías de información al cliente, sin prestar asesoramiento, la normativa aplicable en función de la calificación del producto, los actos posteriores a la contratación, la inexistencia de error, entre otros. Solicitaba la desestimación de la demanda y costas a la actora.

TERCERO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 414.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se convocó a las partes para la celebración de la audiencia previa al juicio, tuvo lugar el día 2 de noviembre de 2016 con asistencia de ambas. Acreditado que subsistía el litigio entre las partes, en relación a las excepciones planteadas por la demandada, la actora respondió a la legitimación activa y a la caducidad de la acción. No se formularon alegaciones complementarias. No se impugnaron documentos en cuanto a su autenticidad, sólo por su valor probatorio sobretodo en relación a las periciales aportadas. Se fijaron los hechos controvertidos, que de forma no exhaustiva consistían en la legitimación activa, la caducidad de la acción ejercitada, la naturaleza del contrato (como derivado financiero o no), la iniciativa en la contratación y relación jurídica entre las partes, la información facilitada al suscribir el préstamo y durante la vida del mismo, el perfil de los clientes, si la cláusula es condición general de la contratación o no y los límites a su control, los efectos de la declaración de nulidad y la carga probatoria.

Seguidamente las partes propusieron la prueba que consta por escrito. Admitida la prueba se citó a las partes a juicio para el día 22 de febrero de 2017 y llegado el día comparecieron ambas partes debidamente. Practicada la prueba que consistió en el interrogatorio de los actores, una testigo y dos peritos, tras las conclusiones de las partes el pleito quedó listo para dictar Sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Hechos del caso y acciones ejercitadas.

La parte demandante Asufin en representación de los Sres. ejercita con carácter principal una acción de nulidad parcial de la cláusula multidivisa por abusiva y subsidiariamente por vicio en el consentimiento por error, todo ello en base al artículo 8.1 de la LGCC en relación con los arts. 82 y 83 de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios, normativa bancaria, arts. 1.265 y ss Cc y jurisprudencia tanto nacional como comunitaria. La parte demandada se opone al carácter abusivo de la cláusula y su consideración como condición general de contratación, la normativa aplicable en base a la naturaleza del producto y considera que existió información completa clara y transparente que impide dicha apreciación de abusividad, así como la inexistencia de vicio en el consentimiento de los actores por error.

Antes de analizar el fondo del asunto deben fijarse los hechos no controvertidos de este caso y acreditados documentalmente.

Los Sres. _____ son funcionarios de la Generalitat de Catalunya, en concreto Mossos d'Esquadra, que habían concertado un primer préstamo hipotecario para la adquisición de su vivienda habitual. En el año 2007 decidieron cambiar y adquirir otra vivienda habitual, y en su ámbito laboral les llegó información de Barclays Bank, al ser un colectivo al que se le hacía una oferta concreta. Por ello, sobre el mes de marzo de 2007 el Sr. _____ se dirigió a las instalaciones de Barclays Bank en Barcelona, donde se informó sobre la hipoteca multidivisa. El día 25 de mayo de 2007 él y la Sra. _____ firmaban con la citada entidad a través de una gestoría habilitada en Lleida la escritura de préstamo con garantía hipotecaria. La modalidad de hipoteca era, siendo la divisa elegida el franco suizo, y recibiendo el día de la firma en francos el importe de 453.333 CHF, a un interés fijo inicial para el primer trimestre del 3,00%. El interés de referencia para el periodo de interés variable era el LIBOR más 0,45 % (revisión mensual) con un plazo de amortización de 30 años y con garantía hipotecaria sobre la vivienda sita en la Calle _____.

Es controvertido si de forma previa a la contratación se informó a los clientes de forma clara y transparente de las características de la hipoteca, los elementos esenciales y los riesgos concretos. Se discute si la cláusula multidivisa tiene la consideración de condición general de la contratación y los límites al control de abusividad, y si el producto es considerado un derivado financiero y la naturaleza jurídica del producto a efectos de determinar la normativa aplicable. Es controvertido si la cláusula es nula por abusiva, o subsidiariamente si existió error en el consentimiento de los actores, si la acción está caducada y las consecuencias de la nulidad pretendida.

Para resolver la controversia debemos analizar la relación jurídica existente entre las partes, la clase de producto contratado, el perfil de los contratantes, la información facilitada por la demandada en función del producto ofertado y la normativa vigente y la jurisprudencia que ha recaído recientemente en la materia.

Con carácter previo procede resolver la falta de legitimación activa ad causam alegada por la demandada. La parte actora es la Asociación de Usuarios Financieros y actúa en defensa de los intereses de los Sres. _____ e interpone la demanda basando su legitimación en el artículo 11.1 LEC. La alegación de la demandada no puede prosperar, puesto que el citado precepto legitima a las asociaciones de consumidores y usuarios para defender en juicio los derechos e intereses generales de consumidores. La parte actora acciona alegando la Ley de Condiciones Generales de la contratación y la Ley de Defensa para consumidores y usuarios, que incide claramente en derechos e intereses de consumidores. En el caso concreto está relacionado tanto con la consideración de abusividad pretendida en relación a la condición general, como el vicio por error en el consentimiento cuando sostiene la normativa aplicable en función del préstamo contratado. Sí puede la actora actuar legítimamente en este pleito como defensora de los intereses de los Sres. _____ cuya condición de consumidores y además socios de la actora (doc. nº 3) no se ha puesto en duda en ningún momento. Por parte de este Juzgado no se puede entrar a valorar si los mismos reúnen las condiciones necesarias para ser merecedores de dicha asistencia jurídica, que la citada asociación acordó mediante resolución que consta unida en autos (doc. nº4) habiendo verificado la

conurrencia de los requisitos que la normativa exige.

SEGUNDO.- Sobre la naturaleza del producto contratado y normativa aplicable.

La naturaleza jurídica y el funcionamiento económico de la denominada hipoteca multidivisa está descrita en la *Sentencia de Pleno del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015*, en los siguientes términos:

"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".

"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 definición nos lleva a la siguiente cuestión controvertida, que es la naturaleza del producto, como producto derivado financiero o no, que determinará la normativa aplicable. En este punto también ha existido controversia entre la jurisprudencia menor, entre aquellas audiencias que consideraban la hipoteca multidivisa un simple préstamo en moneda extranjera y referenciado a un tipo de interés distinto del Euribor pero sin ser un producto de inversión (y por ello fuera de la Ley del Mercado de Valores) ni tener un activo

subyacente, había otras que la consideraban un instrumento financiero derivado lo que conllevaba la aplicación de la normativa Mifid.

Tal y como lo define el Tribunal Supremo en la sentencia indicada, el riesgo de la variación del tipo de cambio sobre el capital pendiente de devolución en francos no se limita realmente a ser una simple representación inicial del capital prestado, sino que actúa como factor de recálculo permanente del contravalor en euros del montante del capital debido en francos. Esto conlleva que se pierda la referencia entre el activo (el inmueble hipotecado y la capacidad de pago del prestatario, valorados en euros) y el pasivo que lo financia, valorado en francos, no sólo en una representación inicial, sino a lo largo de toda la vida del préstamo. En palabras de la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 84 de Madrid, nº 117 / 2014, de Ilma. Raquel Blázquez Martín: "El activo financiado (viviendas) está valorado en euros y es fácil conocer su valor, mediante una tasación o por comparación con otros inmuebles similares. Sin embargo, el pasivo que lo financia está afectado por múltiples variables y se modifica continuamente, incluso al alza, aunque se abonen las cuotas pactadas. El precio teórico del contrato para el prestatario es el tipo de interés, pero si tiene que asumir el riesgo de fluctuación de la moneda sobre el capital su contraprestación no es tan simple: el precio que debe pagar es el tipo de interés y el otro diferente cuyo valor no está determinado en el contrato, sino que se irá determinando en futuro sobre el precio de un concreto activo, que realmente hace las veces de activo subyacente: el tipo de cambio de las divisas. Los derivados financieros son contratos en los que la cuantificación de la obligación de una de las partes depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente. El activo subyacente puede ser diverso, y entre los más típicos están las divisas. En opinión de este tribunal, es un error conceptual la identificación absoluta que la demandada establece entre los derivados y los productos de cobertura de tipo de interés (...), porque los derivados constituyen una categoría más amplia de la que forman parte, entre otros muchos productos, los de cobertura de tipos de interés."

No obstante el debate sobre la naturaleza jurídica de la hipoteca multidivisa también queda resuelto en la indicada sentencia, que es del Pleno del Tribunal Supremo, donde se dice: "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".

Por consiguiente, y así se recoge en la indicada resolución, "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".

La normativa que le aplicará teniendo en cuenta que la escritura es de 25 de mayo de 2007 será la siguiente. Desde un punto de vista de normativa económica y bancaria, la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, la Orden de 5 de mayo de 1994 y Ley 36/2003), y los artículos 79 y siguientes de la LMV y el RD 217/2008, de 15 de febrero. Así la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito en el artículo 48.2 establece las obligaciones básicas de las entidades de crédito para la protección de los legítimos intereses de su clientela, que se traducen en: a).... (...) La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos hipotecarios, siempre que la hipoteca recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos . (...)

Desde la perspectiva de normativa protectora de consumidores y usuarios, 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, es también de aplicación a este supuesto, ya que la parte demandante es persona física que ha actuado en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. En este caso en su redacción anterior dada la fecha de contratación en mayo de 2007. El artículo 60 sobre la información previa al contrato, establece que "antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo".

No obstante, y con independencia del debate suscitado sobre la normativa aplicable, la viabilidad de la acción de nulidad gira en torno a la redacción de la propia cláusula y a la demostración de que el cliente bancario recibió toda la información que le era necesaria para conformar un juicio cabal y completo de la operación a realizar, y esta obligación de informar recae sobre la entidad financiera. Pero con carácter previo deberá resolverse la primera acción ejercitada por la demandante relativa a la abusividad de la cláusula.

TERCERO.- Sobre la acción de nulidad por abusividad de la cláusula.

La parte demandante ejercita en primer lugar una acción de nulidad por abusiva de la citada cláusula por entender que contraviene los preceptos art. 8.1 de la LCGC en relación con los artículos 82 y 83 de la Ley de Defensa de Consumidores y usuarios. Sostiene que la misma es nula por abusiva.

En primer lugar debe señalarse el artículo 5 LGCC que establece los supuestos en que una cláusula no debe considerarse incorporada al contrato, es el llamado control de inclusión. La correlación del citado artículo está en el artículo 80.1 del Texto Refundido de 2007 que reitera estos requisitos de accesibilidad en los contratos suscritos por consumidores: "A) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del

contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. B) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. C) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.

En esencia se trata de un control general de incorporación que exige perceptibilidad y comprensibilidad en el consumidor, así como firma, entrega y accesibilidad del condicionado.

Asimismo en base al derecho nacional, tienen la consideración de cláusulas abusivas las definidas en el artículo 82 y, en todo caso, las que vinculen el contrato a la voluntad del empresario, limiten los derechos del consumidor y usuario, determinen la falta de reciprocidad en el contrato, impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba, resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato o contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable. También tienen la consideración de cláusulas abusivas (artículo 89), las declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, y las declaraciones de adhesión del consumidor y usuario a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato.

Por tanto la normativa nacional permite un control de la abusividad más amplio que el previsto en la directiva comunitaria, que no permite extender este control a los elementos esenciales del contrato. Este es el argumento de la parte demandada alegando que la cláusula forma parte del objeto principal del contrato y del precio. Los artículos 3 y 4 de la Directiva 93/13, que establecen: *"Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato "*. Pero el artículo 4.2 añade: *" 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 "*. En resumen, que el control judicial de abusividad por el contenido queda excluido, por mandato del artículo 4.2, en las cláusulas que definen el objeto principal del contrato, siempre y cuando estén redactadas de forma clara y transparente. Esta exención se fundamenta en el respeto a la libertad de precios en el marco de una economía de mercado (art. 38 CE) que debe conjugarse con la defensa de los consumidores y usuarios que el artículo 51 CE impone a los poderes públicos al exigir que garantice mediante procedimientos eficaces sus legítimos intereses económicos.

En este sentido, debe considerarse lo siguiente. Por un lado, que la normativa nacional permite un control de abusividad en elementos esenciales del contrato. Por otro lado, que la jurisprudencia comunitaria realiza dicho control de contenido desde el punto de vista del control de transparencia, es decir, si la

cláusula no es clara y transparente, se entra a valorar si es abusiva en el sentido de ocasionar grave desequilibrio entre las partes en perjuicio del consumidor. Finalmente esta cuestión ha quedado zanjada al establecer expresamente el TJUE que sí cabe el control de abusividad en esta cláusula.

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta), dictada en el asunto C-26 / 13 de 30 de abril de 2014 en respuesta a las preguntas formuladas por la Kuria de Hungría, establece lo siguiente:

El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, 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.

2) 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.

3) 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.

Antes de analizar la cláusula del préstamo hipotecario de este caso, debe

tenerse en cuenta que la citada sentencia partía de un caso concreto con previsión en derecho civil húngaro, en una cláusula multidivisa que facultaba al Banco calcular las cuotas mensuales de devolución vencidas sobre la base de la cotización de venta de la divisa, mientras que el importe del préstamo entregado se fijó en función de la cotización de compra. En cambio, en este caso, la cláusula multidivisa permitía a la hoy demandante solicitar en cualquier momento el cambio de la moneda en la que el préstamo estaba representado, incluido el Euro, o podía comprar la divisa y abonar directamente el préstamo en francos suizos. Esta última opción es más inverosímil ya que una de las ventajas o facilidades para el cliente en este caso era que el Banco se encargaba de toda la compra y gestión de las divisas, a cambio de una comisión claro que estaba prevista en la escritura. Pero tal y como se ha indicado, sí cabe este control de transparencia, inclusión y contenido, ya que la normativa nacional lo permite y la jurisprudencia comunitaria ha explicado la interpretación que debe darse al precepto de la directiva en relación a este tipo de cláusulas.

La cláusula multidivisa del préstamo hipotecario suscrito entre las partes está en la Cláusula 1 c, y era del tenor siguiente:

“ El presente préstamo se conviene en la modalidad de multimonedas, de forma que el préstamo podrá quedar representado en cada uno de los periodos de mantenimiento de moneda y de interés, en cualquiera de las monedas que se indican a continuación en tanto que 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 prestataria elija en cualquiera de tales periodos 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 periodos 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 divisa que rijan en el Mercado español de divisas, dos días antes de la fecha de inicio del periodo de mantenimiento de moneda y de interés en que haya de realizarse el cambio, al cambio vendedor del Banco en canto a la anterior moneda y al cambio comprador del Banco respecto de la nueva moneda. (...)

Si la parte prestataria no suscribiese el referido documento en la forma y plazo aquí establecidos, el préstamo continuará representado en la misma moneda durante el siguiente periodo. (...)

En la fecha de comienzo de cada periodo 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 periodos”.

Analizando la misma teniendo en cuenta los parámetros utilizados por el TJUE, y que también constan en la sentencia citada, debe reiterarse que forma parte del objeto principal del contrato al ser una cláusula, contenida en un contrato de préstamo denominado Multidivisa, concluido entre un profesional y un consumidor, en virtud de la cual la cotización de venta de esa divisa se aplica para el cálculo de las cuotas de devolución del préstamo. Esa cláusula configura una prestación esencial del contrato que lo caracteriza como tal, añadiendo además la referencia al líbor, y no al euríbor, que no contiene la citada cláusula. La misma, 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, tal y como responde el TJUE “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.”

Procede por tanto aplicar sobre la citada cláusula un control de transparencia, un control de inclusión, y sino se supera, un control de contenido que valora la abusividad. El TJUE añade además que *“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.”*

Un préstamo hipotecario es un contrato de adhesión con condiciones generales, y en este caso la existencia de una cláusula multidivisa es consustancial a la naturaleza de este préstamo suscrito. Aunque pueda considerarse una condición general y se analice a la luz de la Ley de condiciones Generales de la Contratación atrts. 5 y ss y materia de consumidores, arts. 80 y ss TRJGCYU, la citada cláusula parece clara y transparente a priori. El prestamista puede elegir una de las divisas expuestas, y la elección la realizó el cliente, tal y como consta acreditado, que fueron francos suizos. El prestamista elige la divisa, y por ello con claridad la cláusula 1ª financiera del contrato establece lo siguiente: “Barclays Bank S.A. entrega en este acto a la parte prestataria que, solidariamente lo recibe, en concepto de préstamo, la cantidad de CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS TREINTA Y TRES FRANCOS SUIZOS (453.333 CHF), mediante su abono en la cuenta corriente nºque dicha parte tiene abierta a su nombre...” y más adelante se añade “Se hace constar expresamente que el contravalor del principal del préstamo al cambio correspondiente al segundo día hábil anterior a la fecha de la escritura es de DOSCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL EUROS (274.000

E)".

El préstamo se recibe en francos suizos, no es una condición general sino que ha sido elegida por el cliente y en esa divisa se le entrega el préstamo. Se le explica que pueda modificar la divisa elegida mediante la suscripción de un anexo a la escritura y la cláusula 4º, establece una comisión de conversión o cambio de moneda. Pese a que la declaración de la testigo Sra. quien informó del producto en primer lugar al Sr. declaró que si era una oferta especial para un cuerpo de la Generalitat las condiciones estaban fijadas y no se negociaban, ello no conlleva automáticamente una consideración de abusividad. Era una hipoteca multidivisa, que se entregó en francos suizos, y que en la cláusula segunda, bajo la rúbrica "Procedimiento de pago del capital e intereses" se preveía lo siguiente: "todos los pagos que deba efectuar la parte prestataria, tanto de principal como de intereses, comisiones y gastos, deberán ser realizados por aquélla en la oficina del Banco señalada en la cláusula 1ª, de esta escritura. 1º. 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..." Y establece dos mecanismos. Y en seguidamente en el 2º apartado, establece: " en el supuesto de que el préstamo esté representado en euros, se aplicará el último de los procedimientos expresados (nº 1, letra b) anterior. "

Precisamente en un producto que se denomina "hipoteca multidivisa" no es negociable individualmente que exista una cláusula multidivisa, es decir, que exista una previsión de elección de divisa por el prestatario, que además es susceptible de cambio por el prestatario sin restricción temporal. La citada cláusula expone el funcionamiento del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, pero no queda clara la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo (que en este caso fue en francos suizos). Esta redacción no determina automáticamente que el consumidor pueda evaluar basándose en criterios precisos y comprensibles las consecuencias económicas del mecanismo de conversión, lo que permite entrar a realizar un control de contenido y por tanto, de abusividad de la citada cláusula. El análisis de esta cláusula deberá realizarse a la luz de la prueba practicada sobre los reales riesgos del producto y cómo se explicaron, y si la redacción de la cláusula, que no es clara y transparente, permite un control de abusividad.

CUARTO.- Sobre los riesgos reales del producto contratado.

En este punto procede citar la Sentencia nº 117 / 2014, de 27 de mayo de 2014 dictada por la Ilma. Raquel Blázquez Martín, cuando estaba en el Juzgado de 1ª Instancia nº 84 de Madrid, y que realiza un pormenorizado examen de los distintos tipos de riesgo que tiene este producto que es el mismo de este procedimiento con la misma entidad bancaria. Así en el fundamento jurídico cuarto los analiza 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. Es un hecho notorio y documentalmente acreditado (documento 13.1) que debe ser tenido en cuenta, que Barclays Bank fue multada en junio de 2012 en Estados Unidos y en Reino Unido por actuaciones de manipulación del LIBOR entre 2005 y 2009, consistentes, según la Autoridad de Servicios Financieros (FSA) británica, en favorecer los intereses de la entidad, particularmente en instrumentos financieros derivados y en facilitar después del estallido de la crisis financiera datos inferiores a los reales sobre el interés pagado en el mercado interbancario, para aparentar una situación de adecuada capitalización, en cuanto recibía dinero a bajo interés, cuando realmente el interés real era superior al declarado. Se entenderá, sin necesidad de una especial explicación, la absoluta dificultad de concretar el efecto preciso que esas conductas hayan podido tener sobre este préstamo hipotecario.

2.- Aunque el importe de las cuotas sólo variaría en función de las revisiones del tipo de interés, según el tenor literal de la escritura, 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 nacional) 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. (...)

La segunda representación mental del riesgo es más confusa y menos intuitiva. Aunque no se dispone del cuadro de amortización completo del préstamo, sino sólo del que consta en el documento 12 de la demanda (hasta el 23 de diciembre de 2012), puede ponerse otro ejemplo: el porcentaje que supone la parte de la cuota mensual imputada al capital sobre el propio principal pendiente oscila entre el 0,25% de la primera cuota y el 0,36% de las últimas.

Con estos datos, para hacer frente cada mes a, por ejemplo, un promedio del 0,30% del capital pendiente en cada momento el consumidor necesitará X yenes. Pongamos un promedio de 220.000 yenes. Si el yen está al tipo de cambio aplicado en julio de 2008 (162,55) necesitará 1.353,42.- euros y si está a 124,41 necesitará 1.768,34.- euros. Ello implicará necesariamente una subida de la cuota en una cuantía significativa, pero en todo caso, el prestatario tendrá la expectativa de haber reducido su deuda en euros, con más esfuerzo, pero en la misma medida.

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 (basta comprobar la tabla de la página 12 del informe pericial o la tabla del documento 12, que contienen datos no controvertidos), 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...**

Por tanto, el riesgo que para la obligación de pago del prestatario supone la fluctuación de la moneda se traduce en los siguientes factores, que se exponen en el orden en que una persona sin especial formación en la materia puede percibirlos:

a). Con el mismo esfuerzo económico en la moneda funcional, la capacidad de reducir la deuda, el capital prestado, puede ser inferior a lo previsto si el yen se aprecia sobre el euro.

b). Las cuotas de amortización periódicas pueden variar, además de por el tipo de interés aplicable, por el cambio aplicable a las monedas, siendo incluso probable que esa variación sea mucho más acusada que la que producen las modificaciones del Libor.

c). El riesgo del tipo de cambio sobre el capital pendiente de devolución en yenes tiene una doble posibilidad: que se limite a ser una simple representación inicial del capital prestado o que actúe como factor de recálculo permanente del contravalor en euros aplicable al montante del capital en yenes. En este segundo caso, los efectos que ello produce durante toda la vida del préstamo son importantísimos, porque la aplicación del riesgo de fluctuación no sólo al cálculo de las cuotas o al porcentaje de deuda amortizada, sino también al propio capital hace posible que su cuantía se incremente notablemente pese al continuo pago de las cuotas. Estas variaciones imprimen al préstamo hipotecario un riesgo tan elevado que el propio banco se ha reservado la facultad de darlo por vencido anticipadamente en dos casos: (i) si por razón de las fluctuaciones de los tipos de cambio y por estar cifrado el nominal del préstamo en divisa, el contravalor calculado en euros del capital pendiente de amortización fuese superior en más de un 20% al resultado de aplicar al mismo importe el valor de cambio de la divisa; (ii) y si el valor de tasación de las fincas llega a ser inferior al 125% del contravalor en euros del principal del préstamo

garantizado pendiente de amortizar en cada momento, cuando la parte deudora no aumentara la garantía en el plazo de dos meses desde la fecha del requerimiento.

d). El aparente beneficio que resulta del ahorro en el tipo de interés (LIBOR) puede quedar neutralizado con el riesgo de sobre coste de amortización del capital si éste queda sometido al mencionado sistema de recálculo permanente.

e). Existe otro riesgo que debe contemplarse para los supuestos de cambio de divisa: que la opción de cambiar la divisa aplicable al préstamo suponga una previa consolidación en euros del capital prestado, esto es, la materialización en euros del incremento que la fluctuación de las monedas tiene sobre el principal prestado. La intensidad de este riesgo se ve acentuada porque los prestatarios sólo pueden acudir a un cambio de divisa, como teórica solución a una evolución del riesgo de fluctuación que les resulta desfavorable, si están al corriente de las obligaciones de pago: en una coyuntura económica adversa, tendrían que advertir con suficiente antelación el riesgo de no poder atender sus obligaciones de pago, porque en otro caso, si ese riesgo les sorprende, ya no pueden cambiar la moneda y quedan atrapados en la evolución de la divisa de que se trate. En el primer caso, los prestatarios capaces de predecir ese riesgo y de actuar en consecuencia quedarían, no obstante, *atrapados* en el riesgo básico enunciado en este apartado: tendrían que asumir que deben un capital probablemente muy superior al recibido en euros.

f). Un riesgo adicional, que sólo concurre en los casos en que, como éste, el préstamo conlleva la afectación hipotecaria de dos inmuebles diferentes, es la dificultad de vender uno de los inmuebles, porque en teoría para ello sería preciso cancelar la hipoteca en su totalidad, con el esfuerzo económico que ello supondría.

g). 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 los veinticinco años de vida del préstamo, de una información difícilmente accesible. En teoría, cada una de las trescientas 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”.

Llegados a este punto, tanto desde el control de abusividad como para determinar si hubo vicio en el consentimiento de los actores, deberá probarse si la entidad bancaria explicó los siguientes puntos, que de forma resumida son: el mecanismo de cambio de divisa y la incidencia que ésta tenía realmente en la cuota mensual y en el principal prestado, así como las previsiones en la evolución de la relación euro-franco y libor inglés y el efecto concreto de utilizar la cláusula multidivisa sobre el capital pendiente. Este último punto cobra relevancia porque la primera disposición (entrega del capital) como los cambios de divisa posteriores determinan no sólo la especie o divisa de pago, sino

también la determinación de un nuevo principal cuyo contravalor en euros puede llegar a ser superior a la cantidad prestada.

En relación a las evoluciones de la divisa y tipo de interés referenciado, debe tenerse en cuenta el interrogatorio de parte y las periciales. Los actores eran conocedores lógicamente que el préstamo se les entregaba en francos suizos y se devolvía en la misma moneda. Es decir, el Sr. se desplazó 150 km de su domicilio en Lleida, hacia la Avda. Diagonal de Barcelona expresamente para informarse sobre la hipoteca multidivisa, que había llegado a su conocimiento mediante un folleto informativo que reconoció en juicio como el documento nº bloque doc. 5 d), página 149 Tomo I, pese a que el mismo es de fecha posterior al momento de contratación, por lo que es posible que no fuera exactamente este folleto el que llegó a su conocimiento. En cualquier caso es un hecho objetivo que el Sr. se dirigió a las oficinas de Barclays en Barcelona para informarse específicamente de este producto. Consta además que dicho producto era minoritario en la entidad que lo comercializó, es decir, la regla general era comercializar hipotecas en euros y referenciadas al Euribor, y si en este caso se trató de hipoteca multidivisa fue por petición del cliente.

Sentado lo anterior respecto a la iniciativa contractual, debe señalarse que la declaración de la Sra. (empleada de Barclays que informó al cliente en la primera visita) ha puesto de manifiesto la escasa información real facilitada al cliente en esa primera visita. La testigo se limitó a indicar que era como una hipoteca normal, sólo que cambiaba la divisa y el tipo de interés. A preguntas de esta Juez sobre qué tipo de referencia era el líbor, no supo responder qué era, que es el London InterBank Offered Rate, y que en este caso está referenciado al líbor a un mes (página 25 de la escritura). De hecho, la negligencia de la entidad bancaria fue evidente cuando la testigo declaró que el ordenador no les permitía hacer simulaciones de la cuota de una hipoteca distinta de la ordinaria, y por tanto, sobre el folleto de una hipoteca ordinaria les dijo que era lo mismo, pero con divisa y tipo de interés distinto. Y desde luego, no les hizo ninguna previsión a futuro sobre la posible evolución de la divisa y tipo de referencia aplicables. Es decir, la primera toma de contacto del banco con el cliente, se limitó a informar de forma demasiado simple sobre los dos elementos clave que diferenciaban una hipoteca ordinaria de una hipoteca multidivisa, en ausencia total de documentación precontractual entregada al cliente.

No obstante, la documentación aportada en la contestación de la demanda acredita que sí hubo información mucho más concreta al cliente en comunicaciones posteriores. En concreto el documento nº 2 de la contestación, consistente en email de la oficina 0187 dirigido a , remitida por el Sr. (parece ser el superior de la Sra. y que no fue traído como testigo) le remitió a la actora un email con detallada respecto a las condiciones concretas que les ofrecían: comisión de apertura, revisión mensual del líbor más el diferencial, la revisión, etc... Y esta información procede de un email dirigido previamente por el Sr. en el que consta:

“Me parecen interesantes, me faltaría saber:

- Comisión cambio de divisa mensual (mi compañero me había comentado que le aplicabais un 2x 1000 mínimo 3 euros, es posible?
- Comisión cambio total de divisa (60 euros, es correcto?)

- La vinculación con la entidad ¿
- Divisas disponibles y en el caso de pasarse a euros, aparte de la comisión de cambio, que diferencial aplicaríais, euríbor + ¿
- Documentación necesaria para formalizar hipoteca “

Este email lleva fecha 29-3-2007 y la hipoteca se firmó el 25 de mayo de 2007. Si bien no consta acreditado que la entidad facilitara por escrito documentación al Sr. en la primera visita, ni que le realizara un solo cálculo orientativo de la cuota, las comunicaciones existentes a posteriori entre el Sr. y el encargado del departamento sobre hipotecas multidivisa sí acreditan una información respecto de los elementos esenciales del producto. Y confirma que los tratos de Barclays con el cliente duraron casi dos meses desde esa primera toma de contacto hasta el día de la firma en mayo de 2007. Esta misma documentación acredita que el folleto informativo preveía un libor + 0,75, la oferta inicial del banco por email era de libor + 0,55, y finalmente se escrituró por libor + 0,45, tomando como referencia el libor a un mes, según la página 25 de la escritura.

En relación a las periciales aportadas por cada una de las partes, considero que debe destacarse dos aspectos.

El primero, que no son exactas las afirmaciones de la parte demandante cuando señala que los actores deben más de lo que se les prestó, sino que la terminología debe ser muy precisa al definirse la situación económica con este producto que tenía dos variables, el tipo de referencia que no era el euríbor sino el libor, y el tipo de cambio, y dos riesgos asociados, el riesgo de variación en el tipo de cambio al alza y del tipo de interés, siendo el primero el que más ha afectado en este caso. Si el tipo de cambio subía y el franco suizo se apreciaba respecto al euro (como efectivamente ocurrió) a los clientes les costaría más liquidar el préstamo porque el contravalor de las cuotas sube al pasar de euros a francos. No es que haya más deuda, es que el contravalor aumenta. De hecho si se habla en francos suizos, lógicamente sí se ha reducido el capital prestado que era inicialmente en francos suizos. Y otra cuestión que debe diferenciarse, es que no se recibe el préstamo en euros y se paga en francos, sino que el préstamo se recibe en francos, y se paga en francos (porque es la divisa elegida) a través de una cuenta donde el banco se encarga de realizar la compra de divisa y pagar la cuota. En conclusión, el importe del préstamo recibido y valorado en francos sí se ha reducido mensualmente porque los actores han pagado puntualmente.

Por tanto, hubo información completa de la entidad respecto a dos elementos esenciales del contrato, pero no de forma suficiente teniendo en cuenta los otros riesgos indicados. Es decir, más que explicarle al cliente cómo se pagaría en divisas mediante la apertura de otra cuenta, y el modo de calcular la divisa cada periodo, los puntos clave que debía informar el Banco al cliente eran los siguientes. Por un lado, suministrar una mínima información sobre la evolución de la divisa elegida ya que iba a determinar el cálculo de cuotas durante treinta años, y por otro lado, la trascendencia práctica de utilizar la cláusula multidivisa.

1.Respecto a la evolución de la divisa elegida, la pericial de la parte demandante

(que habla en todo caso de libor del franco suizo y no del libor referenciado a Londres, que es el de este caso) intenta probar que si el banco hubiera sido diligente en el momento de comercializar el producto, habría tenido a su disposición datos previsibles y posibles de la futura evolución del tipo de interés y la divisa elegida. Y con ello haber informado debidamente al cliente para que tomara una decisión conociendo los posibles riesgos de su inversión. No obstante, nuevamente debemos ser estrictos con los términos, no era una inversión, era una deuda que adquirían los clientes. Los elementos esenciales del producto contratado los conocían, que eran el tipo de referencia y la divisa elegida y lo esencial estriba en determinar si, conociendo estos extremos, se les informó del riesgo concreto de variación en el tipo de cambio y la incidencia que ello tendría en sus cuotas y capital pendiente de amortizar. La lógica indica que si contratas un préstamo hipotecario en una divisa distinta del euro, sabes que estás sujeto al valor que tenga dicha moneda en cada momento.

Respecto a la posible evolución del tipo de cambio, no consta que la entidad bancaria informara a los clientes ni previa, ni durante ni a posteriori de firmar. De hecho el Sr. ha subrayado la indefensión en la que se han encontrado a la hora de dirigir reclamaciones a la prestadora, porque carece de oficina en Lleida, y por teléfono nunca les han dado un servicio personalizado. Sólo ha mencionado que cuando se han quejado por el tipo de cambio aplicado, les han respondido que “el mercado ya se equilibraría y que a largo plazo se compensaría”. La pericial demandante aporta gráficas de evolución del tipo de interés y de la divisa elegida disponibles en el año 2007 a través de las agencias Reuters y Bloomberg, datos que sin duda alguna debían estar a disposición de la entidad bancaria que ofrecía la hipoteca multidivisa. Si revisamos las gráficas aportadas en el informe pericial de la parte actora, no la de la página 9 en que no se ve la fecha del pantallazo y además se refiere a libor CFH y no al de Londres, que es el de este caso, debe matizarse esta afirmación del perito, ya que la gráfica relativa al tipo de cambio euro/CHF con los datos que se disponían en 2007, en un tipo del 1,63 en el segundo semestre de 2007, se preveía una mínima oscilación durante tercer y cuarto trimestre hasta el 1,61, en 2008 al 1,56, en 2009 al 1,57, en 2010 al 1,54 y al 2011 al 1,54. Es decir, la variable por la cual los actores han sufrido mayor perjuicio que es el cambio de divisa, en ese momento no ofrecía previsiones de mucha fluctuación, si al contratar en mayo de 2007 al cambio con el euro estaba al 1,63 y se preveía en 2011 un cambio al 1,54. Lo que sucedió es que a medio plazo se produjo una apreciación del franco suizo y una depreciación correlativa del euro, lo que perjudicó a los actores. Y en este punto deben estimarse las manifestaciones del perito de la demandada, relativos a que han pasado 10 años de la vida de un producto de 20 años. El propio informe pericial de la actora informa que en relación al tipo de referencia elegido, que el peritaje confunde con el libor Franco suizo y el de este caso es el de Londres, sí han pagado menos intereses los actores ahorrándose según los cálculos el importe de 4.210 euros. Es en relación a la divisa que más se han perjudicado los intereses de los Sres.

, porque el franco suizo se ha apreciado. Pero las gráficas del informe pericial de la actora muestran que la estimación disponible en 2007 no avanzaba esta posible apreciación respecto al euro. En este punto procede por tanto desestimar la alegación de la parte actora relativa a la existencia de dolo omisivo en la conducta de la entidad bancaria (art. 1.269CC), a la hora de omitir

información relevante sobre previsión en la evolución de las variables elegidas.

B). Sobre la información suministrada de los efectos concretos de utilizar la cláusula multidivisa sobre el capital pendiente, es decir, lo que vendría ser un "coste de cancelación" de la divisa elegida para cambiarla por otra. Para ello debe tenerse en cuenta lo expuesto en el segundo fundamento jurídico respecto a la definición dada por el Pleno del Tribunal Supremo sobre los riesgos del producto: "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". (el subrayado es propio de esta Juez).

Conforme reiterada jurisprudencia era la parte demandada quien debía haber acreditado la información concreta sobre este extremo y no lo ha probado. El fundamento de la información que le era exigible suministrar a la entidad bancaria ha sido reiteradamente tratado en la jurisprudencia. La STS de 20 de enero de 2014 señala que: *"ordinariamente existe una desproporción entre la entidad que comercializa servicios financieros y su cliente, salvo que se trate de un inversor profesional. La complejidad de los productos financieros propicia una asimetría informativa en su contratación, lo que ha provocado la necesidad de proteger al inversor minorista no experimentado en su relación con el proveedor de servicios financieros. Como se ha puesto de manifiesto en la doctrina, esta necesidad de protección se acentúa porque las entidades financieras al comercializar estos productos, debido a su complejidad y a la reseñada asimetría informativa, no se limitan a su distribución sino que prestan al cliente un servicio que va más allá de la mera y aséptica información sobre los instrumentos financieros, en la medida en que ayudan al cliente a interpretar esta información y a tomar la decisión de contratar un determinado producto"*.

En este caso esta información exigía un plus de diligencia por cuanto se trataba de contratar un pasivo (no un activo financiero) para la financiación de la vivienda habitual y que además había de durar 30 años.

En base a la prueba practicada, considero que la parte demandada no cumplió con las obligaciones de información impuestas por la normativa expuesta en el fundamento jurídico segundo, pese a que se les presentase el franco suizo como una divisa estable en base a los datos que en ese momento disponía la entidad bancaria, y que los clientes conocían las dos diferencias esenciales respecto de

una hipoteca ordinaria, que era en francos suizos y que el tipo de interés no era el Euribor, y los riesgos asociados a estas variables, la variación del tipo de cambio y un interés de referencia más beneficioso que el Euribor.

No se les informó que la cuota de capital pendiente estaba continuamente recalculándose en base a la fluctuación de la divisa, y que ello se materializaba en el momento de aplicar la cláusula multidivisa.

En atención a lo expuesto procede determinar los efectos que tiene en relación a la acción principal de nulidad por abusiva ejercitada por la actora y a la acción subsidiaria de nulidad por error en el consentimiento.

QUINTO.- Sobre la acción de nulidad por abusiva.

En base a lo acreditado en el fundamento jurídico anterior, resulta que coinciden en este caso las consecuencias jurídicas apreciadas en la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 84 de Madrid, nº 117/ 2014, en el fundamento jurídico décimo, ya que versa sobre el mismo producto de la misma entidad y parece ser que la ausencia de información precontractual sobre los riesgos antes expuestos, determina que sean las mismas. Por ello se concluye que los contenidos de la escritura referidos a la opción multidivisa no superan el control de inclusión y transparencia y tras posterior valoración, tampoco el de abusividad, y deben reputarse nulos por abusivos. Ya se ha dicho que aunque se trata de contenidos que se refieren al objeto principal del contrato, pueden ser objeto de control de abusividad precisamente por no superar el control de transparencia. No hubo comprensibilidad real de la importancia de la cláusula multidivisa en el desarrollo razonable del contrato. La lectura de la misma no permite que el prestatario puede conocer la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado. En palabras de la jurisprudencia, no le permite entender *“la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener”*) ni la carga jurídica del mismo *“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”*.

Así lo definió el Tribunal Supremo en Sentencia de 9 de mayo de 2013. La escritura no cumple (siempre en referencia a los contenidos multidivisa) los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez legalmente exigibles. Aunque los demandantes pudieron percibir que se trataba de contenidos que definían el objeto principal del contrato y que podían incidir en el contenido de su obligación de pago, no pudieron tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo esos contenidos podían jugar en la economía del contrato. La única advertencia real sobre el riesgo de fluctuación no está destacada, sino que se pierde en abundante información que diluyen la atención de los demandantes sobre este aspecto clave.

A la hora de valorar si esta falta de transparencia determina un desequilibrio importante en perjuicio del consumidor, la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 (C-415/11) establece los criterios generales, en aplicación de los cuales deberá el juez nacional decidir el concreto carácter abusivo de una cláusula que

son los siguientes: la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato, todas las circunstancias que concurran en su celebración, y respecto de los parámetros de la "buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato", la Directiva únicamente fija los conceptos abstractos, por lo que habrá que atender a "las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en ese sentido", mediante un "análisis comparativo" con el que podrá valorarse "si -y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente". También deberán valorarse los medios de los que dispone el consumidor "con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas". Y finalmente para constatar si se han respetado las exigencias de la buena fe, el juez nacional debe comprobar "si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual". Teniendo en cuenta que se trata de la financiación de la vivienda habitual, estamos ante una cláusula que "pese a que gramaticalmente parece comprensible y está redactada en caracteres legibles, implica subrepticamente una alteración del objeto del contrato o del equilibrio económico sobre el precio y la prestación, que puede pasar inadvertido al adherente medio", según la SAP de 12 / 2016 de la Sección 19 de la AP de Barcelona, de 19-1-2016.

La aplicación de estos criterios al presente caso implica la consideración de abusividad en los contenidos relacionados con la multividiva.

Siguiendo la citada Sentencia del JPI nº 84 de Madrid, se concluye en idéntico sentido: "Es evidente el carácter no negociado de las cláusulas que regulan la aplicación de la opción multividiva. Se trata de un clausulado general redactado unilateralmente por la entidad bancaria y así se hace constar de forma expresa en la escritura pública. En todo caso, correspondía a la entidad bancaria la carga de probar que estas concretas cláusulas fueron objeto de negociación individual, por lo que, no existiendo prueba alguna en este sentido, debe concluirse que nos hallamos ante cláusulas predispuestas y que se cumple el primero de los requisitos precisos para entrar el control de abusividad". El único atisbo de negociación ha sido la reducción del diferencial aplicable al líbor, y que además no forma parte del contenido de la cláusula multividiva.

Los parámetros de la "buena fe y desequilibrio importante en detrimento del consumidor entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato": (i) se vieron vulnerados por el desajuste apreciado en la forma en que la entidad bancaria redactó sin previa negociación con los demandados los elementos contractuales que le protegían del riesgo de fluctuación, con importantísimos efectos sobre los derechos de los demandantes, que podían ver resuelto de un día para otro un contrato programado con veinticinco años de duración y por circunstancias completamente ajenas a su comportamiento contractual. Esa autoprotección del banco no fue acompañada de una información honesta y leal sobre la forma en que ese mismo riesgo afectaba a los prestatarios; y (ii) si entramos en el análisis comparativo exigido por el TJUE para valorar si -y, en su caso, en qué medida-

estas cláusulas dejan a los consumidores en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente, la diferencia es sustancial. El *artículo 1.753 CC*, regulador del contrato de préstamo, establece que el que recibe en préstamo dinero u otra cosa fungible adquiere su propiedad y está obligado a devolver al acreedor *otro tanto de la misma especie y calidad*. Y el artículo 1170 establece que el pago de las deudas en dinero debe hacerse en la especie pactada. Por tanto, el derecho aplicable en defecto de pacto impide que el acuerdo sobre la especie afecte a la clase de divisa en que se ha efectuado el préstamo y sobre todo, y esto es esencial, no puede modificarse el "tanto" de lo prestado.

Los medios de los que disponen los consumidores con arreglo a la normativa nacional para el cese de este tipo de cláusulas abusivas son limitados. La ejecución hipotecaria se ha tramitado, de hecho, y la Audiencia Provincial ha rechazado la posibilidad, admitida en primera instancia, de analizar los motivos de abusividad vinculados a la cláusula multdivisa fuera del procedimiento declarativo, lo que evidencia que los consumidores no siempre pueden promover el cese de estas cláusulas cuando son demandados por el banco, o al menos no en condiciones de una razonable seguridad jurídica, por lo que se ven obligados a acudir a un proceso declarativo y se encuentran, finalmente, en una situación similar a la de los deudores hipotecarios demandados de ejecución antes de la *STJUE de 14 de marzo de 2013* y de la reforma introducida en la LEC por la Ley 1/2013.

En la comprobación de "*si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual*" la respuesta sería negativa. Es evidente que un consumidor cuyos ingresos y gastos lo son exclusivamente en euros, que carece de formación académica y financiera y de cualquier relación con el mercado de divisas y que necesita financiación para conservar un bien básico, como lo es la vivienda, no asumiría conscientemente la posibilidad de deber más de lo que recibe y de obligarse a pagar cuotas cuya cuantificación no puede conocer sobre razonables parámetros de certeza si recibe una información completa, leal y equitativa sobre las consecuencias y riesgos que ello supone".

En este caso la explicación que se ha dado sobre los riesgos concretos de utilizar la divisa como base de cálculo de cuotas y de todo el préstamo, considero que no dependía de la formación que se les supone a los demandantes, pese a que la Sra. _____ hubiera cursado empresariales, sino de que se les explicase de forma clara que si se utilizaba la cláusula multdivisa toda el principal recibido se calculaba a dicha fecha conforme a la divisa aplicable al periodo. En este caso el consumidor ha estado de forma real y efectiva en situación de desequilibrio, que ha ocasionado un perjuicio real. Esto determina la estimación de la acción de nulidad por abusiva de la citada cláusula.

SEXTO.- Sobre la acción de nulidad por vicio en el consentimiento.

La parte demandante ejercitan con carácter subsidiario una acción de nulidad parcial por vicio en el consentimiento. Sostiene que los clientes no fueron informados del contenido concreto del préstamo ni de las consecuencias del mismo, sobretodo sobre la posible evolución del tipo de interés y la divisa contratada y alegan que concurre dolo omisivo en la entidad bancaria. Asimismo alegan que ésta no cumplió de forma diligente con las obligaciones de información impuestas y por tanto debe estimarse la nulidad por vicio en el consentimiento.

El consentimiento es un elemento esencial de todo contrato según el artículo 1.261 Cc, y por tanto cualquier ausencia o afectación del mismo, pueden determinar la nulidad (art. 1.300 Cc) o anulabilidad del contrato suscrito. Si ya se dota al consentimiento especial atención al tiempo de celebración de cualquier contrato, con mayor razón en sede de contratación bancaria, dada la complejidad a la que pueden llegar algunos contratos ofertados por ello ya nos hemos referido a la normativa aplicable. El artículo 1.266 del Código Civil dispone que: "Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo...". Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas las sentencias de 17 de mayo de 1.988 y de 17 de julio de 2006), para que el error, como vicio de la voluntad negocial, sea invalidante del consentimiento es preciso que concurren simultáneamente dos requisitos:

1º.- Que sea sustancial o esencial, es decir, que recaigan sobre las condiciones de la cosa que principalmente haya dado motivo a la celebración del contrato.

2º.- Error excusable: es decir no imputable a quien lo sufre y no susceptible de ser superado mediante el empleo de una diligencia media, según la condición de las personas y las exigencias de la buena fe.

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2014, expone la plena vigencia de la doctrina general relativa al error como vicio del consentimiento (ha de recaer sobre la sustancia de la cosa o de las condiciones de la misma que principalmente hubieren dado motivo a celebrar el contrato, actuar en el momento de perfección del mismo y ser excusable) respecto de la contratación de productos financieros complejos, precisando además que "el error vicio exige que la representación equivocada se muestre razonablemente segura, de modo que difícilmente cabrá admitirlo cuando el funcionamiento del contrato se proyecta sobre un futuro más o menos próximo con un acusado componente de aleatoriedad, ya que la consiguiente incertidumbre implica la asunción por los contratantes de un riesgo de pérdida, correlativo a la esperanza de una ganancia".

Tal y como se ha expuesto en el fundamento jurídico anterior, había error sobre los elementos esenciales del contrato y los riesgos asociados al cambio de divisas, y que coinciden con los señalados por la citada Sentencia de 1ª Instancia nº 84 de Madrid, nº 117 / 2014, en el fundamento jurídico octavo apartado c):

"Que el riesgo del tipo de cambio sobre el capital pendiente de devolución en

divisa no se limita a ser una simple representación inicial del capital prestado, sino que actúa como factor de recálculo permanente del contravalor en euros aplicable al montante del capital en divisa, lo que supone la aplicación del riesgo de fluctuación no sólo al cálculo de las cuotas o al porcentaje de deuda amortizada, sino también al propio capital y, a la vez, hace posible que la cuantía del propio capital se incremente notablemente pese al continuo pago de las cuotas.

Que precisamente porque esas variaciones imprimen al préstamo hipotecario un riesgo muy elevado el propio banco debe protegerse y para ello se reserva la facultad de darlo por vencido anticipadamente si el contravalor calculado en euros del capital pendiente de amortización fuese superior en más de un 20% al resultado de aplicar al mismo importe el valor de cambio de la divisa o si el valor de tasación de las fincas llega a ser inferior al 125% del contravalor en euros del principal del préstamo garantizado pendiente de amortizar en cada momento.

Que estos dos elementos de protección que el contrato dispensa a la entidad bancaria no tienen un contenido correlativo para la protección del consumidor frente a idéntico riesgo de fluctuación, por lo que el consumidor debería proveerse por sus propios medios de elementos de seguridad equiparables.

Que la opción de cambiar la divisa aplicable al préstamo supone una previa consolidación en euros del capital prestado, esto es, la materialización en euros del incremento que la fluctuación de las monedas tiene sobre el principal prestado.”

Estos riesgos y las mismas previsiones de resolución anticipada a favor del banco también se dan en la presente hipoteca multidivisa, en la página 35 de la escritura aportada. De hecho la falta de correlación en estos mecanismos de protección unilaterales (es decir, fijar un tope de apreciación en favor del consumidor) podría considerarse desde la perspectiva de abusividad. Debe añadirse además que hubiera sido útil la declaración testifical de quien facilitó a los clientes la información que consta en el email (doc. nº2), el superior de la Sra. y que intervino más activamente en el trato con los clientes hasta que firmaron la hipoteca. La carga probatoria de la información verbal suministrada era de la entidad bancaria de conformidad con el artículo 217.7 LEC y no se ha propuesto.

En atención a la prueba practicada, en concreto la ausencia de información precontractual concreta escrita sobre el cálculo de cuotas y los riesgos asociados a la evolución de las divisas, así como la efecto real que tendría la utilización de la cláusula multidivisa respecto al cálculo del capital prestado valorado en ese mismo momento, suponen un incumplimiento en la obligación de información del Banco de los reales riesgos del producto que comercializaban, y que determinaron un error esencial y excusable en el consentimiento de los Sres.

En estas condiciones, la estipulación adicional 3ª pag. 63, alejada de todas las cláusulas anteriores en la que los prestatarios manifestaron conocer los riesgos derivados del cambio de moneda, no deja de ser una declaración de ciencia ficticia, porque ni la información precontractual escrita y verbal ni la propia escritura fueron suficientes ni adecuadas para que esa información realmente fuera explicada a

los demandantes y comprendida por ellos.

SÉPTIMO.- Sobre la caducidad de la acción.

La parte demandada alegaba la caducidad de la acción ejercitada por el hecho de que a la presentación de la demanda ya habían transcurrido más de cuatro años desde la firma del contrato cuya nulidad se pretende. Este punto también ha sido resuelto reiteradamente teniendo en cuenta que estamos en contratos de tracto sucesivo. Así se ha resuelto también en la jurisprudencia como la STS de 11 de Junio de 2003 [ROJ: STS 4039/2003], que dice lo siguiente:

"Dispone el art. 1301 del Código Civil que en los casos de error, o dolo, o falsedad de la causa, el plazo de cuatro años, empezará a correr, desde la consumación del contrato, norma a la que ha de estarse de acuerdo con el art. 1969 del citado Código . En orden a cuándo se produce la consumación del contrato dice la sentencia de 11 de julio de 1984 que (...) [coincide] con la realización de todas las obligaciones (...) y la sentencia de 27 de marzo de 1989 precisa que "[e]ste momento de la "consumación" no puede confundirse con el de la perfección del contrato, sino que sólo tiene lugar (...) cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes", criterio que se manifiesta igualmente en la sentencia de 5 de mayo de 1983 cuando [exige que] se hayan consumado en la integridad de los vínculos obligacionales que generó....".

A partir de esta jurisprudencia básica del TS, se distingue entre los contratos de tracto único y los contratos de tracto sucesivo. Un contrato de préstamo hipotecario pactado con una duración de 30 años no es un contrato de tracto único, sino un contrato de tracto sucesivo. La consumación no equivale a la firma del contrato sino al agotamiento de las prestaciones entre las partes que no se produce hasta el transcurso del plazo para el que se suscribió, y que todavía no se ha producido, y por tanto, no habría caducado la acción.

Se desestima por tanto la excepción de caducidad, que sólo tendría eficacia en la perspectiva estricta de la anulabilidad del contrato, porque la consumación en los contratos sinalagmáticos tiene lugar cuando se produce el cumplimiento total de las prestaciones de ambas partes (STS de 11 de junio de 2003 , que cita las de 5 de mayo de 1983 , 11 de julio de 1984 y 27 de marzo de 1989) y porque en los contratos como el que nos ocupa se crea una relación de tracto sucesivo y prestaciones periódicas y no de cumplimiento instantáneo, sin que sea posible confundir la caracterización del préstamo como contrato real con el agotamiento de las prestaciones, por lo que se entiende que la consumación del contrato no se produce hasta el transcurso del plazo por el que se concertó.

En cualquier caso, si tenemos en cuenta la conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 12-1-15 que fijaba como dies a quo del plazo de caducidad el momento en que el consumidor tiene un conocimiento cabal del producto contratado, dicho plazo empezaría a partir de 2013, que es cuando se dieron cuenta que la cuota no bajaba de forma irreversible.

OCTAVO.- Consecuencias jurídicas de la declaración de nulidad.

Las consecuencias de dicha declaración de nulidad han dejado de ser controvertidas y el TJUE en la Sentencia de 30 de abril de 2014 ya ha señalado

que es compatible con la citada directiva que el juez nacional, aplicando los principios del Derecho contractual, suprima la cláusula abusiva y la sustituya por una disposición supletoria del Derecho nacional.

Esa medida se justifica, en primer lugar, porque es acorde con la finalidad de la Directiva: reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre éstas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas (apartado 82). Y en segundo lugar, porque si se obligara al juez a anular el contrato en su totalidad, el consumidor podría quedar expuesto a consecuencias especialmente perjudiciales (hacer inmediatamente exigible el pago del importe del préstamo pendiente de devolución, en una cuantía que puede exceder de su capacidad económica) de modo que el carácter disuasorio derivado de la anulación del contrato podría frustrarse, porque ese efecto penaliza al consumidor más que al prestamista, a quien, como consecuencia, no se disuadiría de insertar cláusulas como esas en los contratos que ofrezca (apartado 84).

Procede por tanto declarar la nulidad de la cláusula multidivisa que conlleva que se imponga a la entidad financiera la obligación de recalcular las cuotas que debieran haber abonado los clientes asociados a la actora en euros al tipo pactado para los casos en que el capital pendiente está en euros, todo ello en forma retroactiva desde el inicio de la relación, y fijar definitivamente en esta moneda el capital pendiente de amortizar, así como la devolución de las cantidades pagadas de más las comisiones por el cambio de moneda que nunca debieron ser necesarias. En concreto, se declara que la cantidad debida es el saldo pendiente referido en euros que resulte de disminuir del importe prestado de 274.000 euros la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses también convertidos a euros, y condenando a Barclays Bank S.A., hoy Caixabank S.A. a recalcular todas las cuotas de amortización del préstamo desde el inicio de la relación teniendo en cuenta los pagos efectuados en su contravalor en euros y fijando el nuevo capital pendiente en euros, aplicando como tipo de interés de referencia el Euribor, así como a devolver la diferencia cobrada de más y las comisiones de cambio de moneda cobradas más sus intereses legales.

NOVENO- Costas.

A tenor de lo previsto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a las costas, y dada la estimación de la demanda procede imponer las costas a la parte que ha visto desestimadas sus pretensiones, que es la parte demandada.

FALLO

Estimo la demanda presentada por ASOCIACIÓN DE USUARIOS FINANCIEROS (ASUFÍN) en defensa de Don _____ y Doña _____, representados por el Procurador Sr. Morara y asistidos por el Letrado Sr. Serrano, contra BARCLAYS BANK, S.A., hoy absorbido por CAIXABANK, S.A., y declaro la nulidad de la cláusula relativa a la

“Opción Multidivisa” que es la cl. 1º C) del préstamo hipotecario suscrito entre las partes el 25 de mayo de 2007, por abusividad, declarando que la cantidad debida es el saldo pendiente referido en euros que resulte de disminuir del importe prestado de 274.000 euros la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses también convertidos a euros.

Se condena a Barclays Bank S.A., hoy Caixabank S.A. a recalcular todas las cuotas de amortización del préstamo desde el inicio de la relación teniendo en cuenta los pagos efectuados en su contravalor en euros y fijando el nuevo capital pendiente en euros, aplicando como tipo de interés de referencia el Euribor, así como a devolver la diferencia cobrada de más y las comisiones de cambio de moneda cobradas más sus intereses legales.

Se imponen las costas a la parte demandada.

Notifíquese esta resolución a las partes indicándoles que no es firme y cabe interponer recurso de apelación ante la Ilma. Audiencia Provincial de Lleida, interponiéndolo como establece el artículo 458 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, ante éste juzgado en el plazo de veinte días desde la notificación de esta Sentencia. El recurso de apelación deberá interponerse previa consignación del depósito de 50 euros en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado, en aplicación de la D.A. 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Así, por esta mi Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, quedando el original en el Libro de Sentencias de este Juzgado, definitivamente juzgando en ésta instancia, lo pronuncio, mando y firmo, Sra. Marta Monrabà Egea.

DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN. La anterior Sentencia, ha sido leída y publicada en el día de su fecha por la Jueza que la suscribe, estando celebrando audiencia pública; de lo que doy fe.