



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 6
C/ Málaga nº2 (Torre 2 - Planta 3^a)
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 11 63 20
Fax.: 928 42 97 20
Email.: instancia6lpgc@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Procedimiento ordinario
Nº Procedimiento: [REDACTED] 2021
NIG: [REDACTED]
Materia: Condiciones generales de la contratación
Resolución: Sentencia [REDACTED] 2022
IUP: [REDACTED]

Intervención: Demandante	Interviniente: [REDACTED]	Abogado: Oliver Budhrani Fuentes	Procurador: [REDACTED]
Demandado	BBVA S.A. [REDACTED]		[REDACTED]

SENTENCIA.

En Las Palmas de Gran Canaria a 2 de mayo de 2022 el Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia numero 6 de las Palmas de Gran Canaria D. José Ramón García Aragón, en los autos seguidos en este tribunal de Juicio Ordinario num. [REDACTED] 2021 interpuesto por el/la Procurador D. a [REDACTED] en nombre y representación de [REDACTED] [REDACTED] contra la entidad BBVA SA representada por el/la Procurador /a [REDACTED] [REDACTED] en el que obran los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero.- El actor interpuso demanda de juicio ordinario que por turno de reparto correspondió a este Juzgado. En ella se interponía demanda contra la entidad mercantil demandada solicitando la condena del demandado en la forma interesada en el suplico de la demanda.

Admitida la demanda mediante Decreto de fecha 2 de diciembre de 2021 tras las vicisitudes procesales que constan en los autos , se da traslado a la parte demandada para que conteste a la demanda y citándoles en legal forma señalándose fecha para la celebración de la Audiencia Previa.

Segundo.-Dicho acto se celebra el previa las vicisitudes procesales que constan en la causa en la que comparece la parte actora y la demandada . La actora y la demandada se afirman y ratifican en sus escritos de demanda y contestación , así como solicitan el recibimiento del pleito a prueba, interesando las pruebas que constan en el acta . Procediendo a citar a las partes para el acto de la vista en la que se practican las pruebas con el resultado que obra en los autos quedando los autos vistos para sentencia .

Tercero.- En este procedimiento se han observado las previsiones legales .

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero.- *De las posiciones.*- Del contenido de los hechos controvertidos se desprende que

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:

JOSÉ RAMÓN GARCÍA ARAGÓN - Magistrado-Juez

06/05/2022 - 13:42:09

En la dirección <https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos> [REDACTED]

El presente documento ha sido descargado el 06/05/2022 12:55:55





la actora interesa la declaración de la nulidad del préstamo de fecha 19 de marzo de 2008 (novación del de 3 de marzo de 2005) en cuanto a las estipulaciones en lo que se refiere a formalización de la operación en divisas distinta al euro contenidos en el contrato declarando subsistente el contrato de préstamo en cuanto al resto . Declarando que el efecto de la nulidad de las cláusulas referidas a la multidivisa conlleva la consideración de que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado en euros resultado de detraer al importe del préstamo (180.068,98€) la cantidad amortizada hasta la fecha de la ejecución en euros en concepto de principal e intereses debiendo ser objeto de recálculo por el banco sustituyendo el contrato sin los contenidos declarados nulos , usando el Euribor a un año +0,60 .

Condenando a la demandada al pago del exceso percibido desde la suscripción del contrato por cada cuotas vencida y las que vayan venciendo cantidad que incluirá las comisiones de cambio abonadas junto a los intereses desde cada cobro . Declarando que la demandada deberán de soportar todos los gastos que se desprendan del cumplimiento de la sentencia . Declarando que la demandada deberán de soportar todos los gastos que se desprendan del cumplimiento de la sentencia .

Declarando así mismo nulas las cláusulas gastos de las escrituras de 3 de marzo de 2005 y 19 de marzo de 2008 . Teniéndolas por no puestas las referidas estipulaciones con la devolución de las cantidades que se hubieren abonado como consecución de su aplicación que las cifra en 617,49 y 557,92€ .

La parte demandada se allana a la pretensión en cuanto a las cláusulas de gastos . En cuanto a la estipulación multidivisa sostiene sostiene la caducidad de la acción ; la validez del de las cláusulas multidivisas , siendo iniciativa de la actora su comercialización. Que existe un equilibrio de las obligaciones de los contratos . Que se explicaron adecuadamente .Superando los controles de transparencia e información precontractual suministrada al mismo en cuanto a las características del producto . Sosteniendo la validez del resto de las estipulaciones contenidas en la demanda

El allanamiento del demandado está previsto en el art. 21 de la L.E.C. en el mismo la Ley establece que *Cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por éste, pero si el allanamiento se hiciera en fraude de Ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dictará auto rechazándolo y seguirá el proceso adelante.* De esta forma el Juzgador queda vinculado a dictar sentencia conforme al suplico de la demanda, salvo claro es, que el allanamiento suponga una renuncia contra el interés o el orden público en perjuicio de tercero. En el caso que nos ocupa tales extremos no se aprecian por lo que procede dictar una sentencia estimatoria de las pretensiones esgrimidas por el actor en cuanto a los extremos a los que alcanza el allanamiento parcial de las pretensiones de la actora .

Segundo.- De la caducidad .-Por cuestiones de sistematicidad debe de comenzarse el estudio del presente caso por las cuestiones jurídicas suscitadas por la demandada en cuanto a la caducidad de la acción impetrada , a la vista de las tesis de la demandada ateniendo a la data del contrato y el conocimiento de la actora de la realidad financiera de los préstamos suscritos . Pero basta verificar la demanda para apreciar que la misma no se fundamenta en la anulabilidad por vicio del consentimiento sino en la falta de transparencia en cuanto al



Este documento ha sido firmado electrónicamente por:

JOSÉ RAMÓN GARCÍA ARAGÓN - Magistrado-Juez

06/05/2022 - 13:42:09

En la dirección <https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos> 

El presente documento ha sido descargado el 06/05/2022 12:55:55



conocimiento de la carga financiera que supuso la estipulación multidivisa . De esta forma siendo la acción principal la nulidad radical por falta de transparencia la STS 105/2017, de 17 de febrero, declara " *la nulidad radical o absoluta no admite convalidación. La convalidación está prevista en nuestro derecho para los contratos que adolecen de un vicio de anulabilidad, conforme a lo previsto en el art. 1310 CC* ".

Siendo un supuesto de nulidad radical con base en la eventual falta de transparencia la mención a la anulabilidad o la nulidad del contrato por error en el consentimiento, una acción subsidiaria respecto de la nulidad por falta de transparencia y abusividad.

El art. 1301 CC se refiere a la acción de anulabilidad de los contratos y no a la acción de nulidad radical y absoluta, que no prescribe ni caduca.

Aplicada al caso de autos la alegación de la demandada es la de caducidad de la acción relacionada con el art 1301 del CC que no puede entenderse caducado en tanto que la acción ejercitada es la de nulidad radical que no prescribe ni caduca , respecto de la nulidad por falta de transparencia por lo que no procede acoger la caducidad planteada en cuanto a una acción de nulidad.

Tercero.-De las hipotecas multidivisa y la evolución jurisprudencial.- No cabe duda que la complejidad del préstamo multidivisas es mayor que la de un préstamo sin la referida cláusula, pues al riesgo de variación del tipo de interés se une el de la fluctuación del tipo de cambio de divisa.

Las hipotecas multidivisa han sido objeto de diversas resoluciones judiciales en los últimos años.

El esquema básico de funcionamiento de este producto responde a la conjunción entre un préstamo con garantía hipotecaria al modo convencional y una particular forma determinar la moneda en la que se entrega el capital y en la que deben abonarse las cuotas periódicas de amortización, que, en términos muy generales, puede realizarse en distintas divisas, a elección del prestatario, aunque en ocasiones se requiere el consentimiento de la entidad bancaria. Se supone que, en términos muy simples, la ventaja de este tipo de préstamos multidivisa está en utilizar como referencia una moneda depreciada respecto del euro si los tipos de interés del país de esa moneda son más bajos que los del euro, así como en la posibilidad de cambiar de moneda si la tomada como referencia altera su relación con el euro.

En la reseña de la jurisprudencia existente sobre las hipotecas multidivisa es ya clásica la cita de la **sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 28, de 16 de marzo de 2012 (ROJ: SAP M 4871/2012)** que indica que *los préstamos multidivisa responden a una operativa nacida con vocación de ser utilizada fundamentalmente por empresas que comercian en el ámbito internacional y no tanto para ser un instrumento de crédito para el consumidor, aunque nada impide a éste asumir el riesgo que entraña, si es consciente de las ventajas e inconvenientes que puede reportar. El considerable nivel de complejidad que tienen los préstamos hipotecarios multidivisa como el que se analiza se debe a que para entender su funcionamiento y sus ventajas es necesario conocer la operativa de referencias como el LIBOR, sobre las que un ciudadano medio carece de información, así como de los factores que intervienen en las variaciones de los tipos de cambio en el mercado de divisas, factores que por su diversidad, ajenidad y especialidad, no están al alcance de la información*

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:

JOSÉ RAMÓN GARCÍA ARAGÓN - Magistrado-Juez

06/05/2022 - 13:42:09

En la dirección <https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos>

El presente documento ha sido descargado el 06/05/2022 12:55:55





generalmente accesible para un consumidor y cliente minorista. La sentencia analizaba la pretensión relativa a una hipoteca multidivisa comercializada por BANKINTER S.A., en la que el núcleo de la controversia estaba en la forma de fijar el contravalor de los euros a francos suizos, en concreto, si debía estarse al fijado en una de las cláusula financieras del contrato o al tipo de cambio oficial a esa fecha, que resultaba inferior y, por ello, más favorable para el prestatario. La demanda, que pretendía la declaración de nulidad por abusiva de la cláusula que fijaba un tipo de cambio distinto del oficial y el recálculo de toda la operación aplicando el tipo de cambio oficial, fue desestimada por el Juzgado de lo Mercantil en una sentencia que fue confirmada por la Audiencia, que consideró que no era abusivo que en el contexto de un préstamo en divisas el banco, que proporciona al cliente en el momento de la contratación una moneda extranjera, aplicara el tipo de cambio vendedor que dicha entidad crediticia estuviera ofertando al mercado en lugar del tipo oficial, si, como se apreció en ese caso, las consecuencias de la aplicación de la cláusula estaban concretadas al tiempo de la firma de la escritura pública mediante la cuantificación exacta del importe en divisa por el que quedó concedido el préstamo, lo que evitaba cualquier resultado sorpresivo sobre el tipo de cambio aplicado.

La **sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18, de 16 de septiembre de 2013 (ROJ: SAP M 13506/2013)** se refiere a una hipoteca multidivisa comercializada por Barclays Bank, aunque no es posible determinar si el contenido de la escritura es similar a la del préstamo que constituye el objeto de este procedimiento, ya que de los razonamientos de la *sentencia se desprende que la firma se produjo antes de la entrada en vigor la reforma de la LMV por la normativa MiFID el 21 de diciembre de 2007* (fecha de entrada en vigor de la Ley 47/2007, de reforma de la LMV) y no es posible determinar con certeza, de la mera lectura de la sentencia, si lo que se discutía era la hipoteca multidivisa, o alguna de sus cláusulas, o un documento de pignoración unido a dicha hipoteca, o el juego conjunto de ambos contratos. La sentencia confirma la dictada por el Juzgado de Primera Instancia 57 de Madrid y considera para ello la existencia de un contrato de asesoramiento y mediación suscrito entre el actor y un tercero y el resultado de las pruebas, de las que resultaba que en ese caso concreto no existía incumplimiento alguno de BARCLAYS en su condición de comercializadora de los productos suscritos por el recurrente. La sentencia estimó que era indiferente el hecho de que los productos se adquirieran mediante apalancamiento, que era la opción de financiación elegida por el demandante. Sí resulta interesante, por su vinculación con la controversia de este procedimiento, destacar que esta sentencia considera que la normativa MiFID no es aplicable por razones cronológicas (los contratos se habían firmado antes del 21 de diciembre de 2007, pero se había subsanado algún detalle de su firma en mayo de 2008, lo que llevaba al recurrente a reclamar la aplicación de la normativa MiFID). La Audiencia da por hecho que esa normativa sí es aplicable a la hipoteca multidivisa después de su entrada en vigor y dice: " *no siendo dable, el estimar que para la subsanación de firma, se hiciera preciso y solo en dicho momento, la realización de los en ese momento preceptivos test MIFD cuando en el acto que se trataba de meramente subsanar, y que se había llevado a efecto cinco meses antes, no lo eran .*

Otra **sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18, del 18 de noviembre de 2013 (ROJ: SAP M 21734/2013)** confirma la sentencia desestimatoria del Juzgado de Primera Instancia sobre una hipoteca multidivisa del Banco de Santander que se había pactado como novación de un préstamo anterior, pero su motivación no guarda relación con la

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:

JOSÉ RAMÓN GARCÍA ARAGÓN - Magistrado-Juez

06/05/2022 - 13:42:09

En la dirección <https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos>

El presente documento ha sido descargado el 06/05/2022 12:55:55





La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

controversia delimitada en este procedimiento porque la demanda y el recurso se basaban en la vulneración de la Ley 36/2003, de 11 noviembre y porque la Audiencia consideró que una y otro confundían los instrumentos de cobertura de los tipos de interés con la constitución de un nuevo préstamo (con multidivisa) al que su eventual finalidad de refinanciación no dotaba de las características de los instrumentos de cobertura.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19, de 17 de julio de 2013

(ROJ: SAP M 12853/2013) revocó la dictada por el Juzgado número 97 en fecha 4 de febrero de 2013, que es citada en varios pasajes de la demanda. La sentencia de primera instancia había estimado la nulidad total del contrato (se trataba de una hipoteca multidivisa comercializada por KutxaBank) por error-vicio en el consentimiento. No consideró de aplicación la normativa MiFID (si bien debe tenerse en cuenta que esa sentencia es anterior a la STJUE de 30 de mayo de 2013 , a la que más adelante se hará referencia) y sí el TRLGDCU, la Ley 36/2003, la Orden de 5 de mayo de 1994 y la Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de Entidades Bancarias. La sentencia de apelación revocó la sentencia básicamente por considerar *que el perfil del contratante, no permite atribuir el error a defectuosa información, cuando pudo y debió ampliar la que se le ofrecía de no estimarla suficiente, o negarse al contrato mismo, lo que cabe argumentar es que pensaba que se trataba de un contrato de seguro, inasumible atendidos sus conocimientos*. En el asunto resuelto por estas sentencias, el demandante era un abogado que se publicitaba como especialista en operaciones mobiliarias, derecho bancario e hipotecas multidivisas.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4ª, de 22 de enero de 2014

(ROJ: SAP B 1661/2014) revocó la dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 44 de Barcelona, también citada en la demanda, que había declarado la nulidad total de préstamo por apreciar error en el consentimiento de la parte demandante, provocado por la falta de información facilitada por la entidad bancaria (Catalunya Banc S.A.). En el supuesto enjuiciado en esas sentencias, no resultaba de aplicación el TRLGDCU, porque los demandantes no tenían la condición de consumidores, ni se estimó tampoco aplicable la normativa MiFID. El fundamento jurídico tercero de la sentencia de primera instancia consideró que una hipoteca multidivisa no encajaba en el ámbito objeto del artículo 2 de la LMV. En cambio, la sentencia de la Audiencia (FJ séptimo), al ratificar esa decisión del Juzgado, se basa más en criterios cronológicos que objetivos, ya que explica la inaplicabilidad de la norma porque la operación se había realizado antes del 21 de diciembre de 2007. La sentencia de apelación, después de explicar que en el terreno del error " *incluso con contratos similares, las respuestas a dar pueden y deben ser diferentes, pues dada la acción ejercitada, ha de estudiarse caso por caso, si se da el error denunciado, lo que depende las más de las veces de la información y comercialización del producto y también de la condición del contratante, por lo que esta decisión no es extrapolable a otras personas que contrataran un préstamo de las mismas características, menos cuando sean consumidores, cosa que no alcanza al aquí prestatario*" , estima el recurso interpuesto por la entidad bancaria porque considera que no existió defecto de información ni error en el consentimiento, decisión en la que tuvo un peso específico, según resulta del fundamento jurídico séptimo -aunque es posible que exista algún error en la numeración de los fundamentos de la sentencia, al menos en la versión publicada en el CENDOJ- el hecho de que los demandantes fueran miembros de un despacho de abogados ("

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:

JOSÉ RAMÓN GARCÍA ARAGÓN - Magistrado-Juez

06/05/2022 - 13:42:09

En la dirección <https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos>

El presente documento ha sido descargado el 06/05/2022 12:55:55





tampoco se nos antoja puedan incurrir en error miembros de un despacho de Abogados, y menos que sea excusable, pues si bien no tienen por qué tener conocimientos financieros, el propio prestatario es quien dirige ahora dirige el procedimiento, y su socio, Sr. Casimiro Antonio, también administrador de empresas, había participado en numerosas operaciones de financiación a promotor, como se puso de manifiesto en la prueba testifical, que se tildaron de más complejas, teniendo además gestoría y asesoría".

La **Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7, ha dictado dos sentencias muy similares en fechas 10 y 14 de febrero de 2014 (ROJ: SAP O 265/2014 y SAP O 266/2014)**. Estas sentencias, referidas a hipotecas multidivisa de Bankinter, consideran: (i) La imposibilidad de declarar la nulidad parcial del contrato, con cita de las *STS de 4 de diciembre de 1986 y 12 de noviembre de 1987*, que " *vedan la declaración de nulidad parcial de determinadas cláusulas contractuales, en un negocio en el que se ha producido el error como vicio esencial del consentimiento, no escindibles del contrato que debe analizarse como un todo y por tanto la nulidad de aquellas sólo tiene sentido instando la nulidad contractual en su conjunto (...) sin que pueda compartirse la argumentación que esgrime el apelante en su recurso de que cabe instar la nulidad parcial puesto que lo de elementos accesorios o accidentales al negocio cuando las combatidas sin embargo, afectan a la esencia de la modalidad del préstamo hipotecario pactado*". (ii) La diferencia entre las hipotecas multidivisa y los swaps (explicación que resultaba necesaria -FJ 3º- porque la demanda invocaba " *una prolífica cita de preceptos y jurisprudencia referidas en gran medida a la contratación de otro tipo de productos, como las permutas financieras, pese a que la demanda también se distingue por la singular parquedad expositiva de los hechos que la fundamentan, pues es la fundamentación jurídica la que constituye la práctica totalidad de su contenido desde la página 4 a la 56, cuando resulta sin embargo esencial para su pretensión tanto la descripción del clausulado contractual que se impugna, como los antecedentes y el iter formativo de la voluntad en la relación cliente - banco*"). (iii) La hipoteca multidivisa analizada en esos casos como *un préstamo hipotecario en una moneda extranjera que contiene un tipo de interés variable con referencia al índice LIBOR (...) y especialmente por las fluctuaciones de dicha moneda respecto del euro (...) En definitiva la moneda en que se verifica el préstamo y el índice empleado no desvirtúan al naturaleza del contrato convirtiéndolo en un producto de inversión de capital en un mercado extranjero, como se califica en la demanda, ni en un producto especulativo (...).* Se trata de un préstamo a interés variable, con un índice referencial que puede producir mayor incertidumbre en cuanto a la variación de los intereses, por definirse a través del índice reseñado y estar sujeto a la variabilidad de las fluctuaciones de los tipos de cambio y cotización de divisas". (iv) Que la información suministrada fue correcta, y no sólo se acomoda a los términos de la Orden de 5 de mayo de 1994 (en la que es el Notario quien debe advertir con claridad al prestatario de los riesgos del producto), tal y como señala la apelada, del riesgo de fluctuación de tipos de cambio, riesgo evidente por lo demás y conocido por una persona de la formación del actor [en los casos enjuiciados por estas sentencias, odontólogo, ingeniero técnico y directora de una empresa municipal de transporte] (aunque no sea un inversor experto en productos financieros) que pretende contratar el producto en la previsión de que esa fluctuación le sea favorable en el tiempo, máxime cuando las advertencias sobre las consecuencias del préstamo en divisas se especifican en el exponiendo III de la escritura y vienen además completadas por la labor informativa desarrollada previamente a su contratación por la entidad

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:

JOSÉ RAMÓN GARCÍA ARAGÓN - Magistrado-Juez

06/05/2022 - 13:42:09

En la dirección <https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos>

El presente documento ha sido descargado el 06/05/2022 12:55:55





bancaria instrumentada en los distintos documentos acompañados con la contestación y suscritos por el demandante (documentos 2 y siguientes, folios 526 y siguientes) donde se le detalla el funcionamiento del contrato en condiciones suficientes para conocer los posibles riesgos derivados de la fluctuación monetaria en relación con el interés pactado....". La prueba sobre la información facilitada lleva a la Audiencia a considerar que no hubo error o que, de concurrir, sería inexcusable. (v) Que no resultaba de aplicación la LMV, porque la hipoteca multidivisa analizada no es un instrumento financiero incluido en el ámbito de aplicación de la LMV, aunque no se ofrece mayor explicación sobre esta cuestión, que tampoco se localiza en la sentencia de instancia (al menos en una de las que se analizan en la *sentencia, SPJI 6 Gijón de 23 de abril de 2013*, Ordinario 841/2012, también anterior a la *STJUE de 30 de mayo de 2013*). (vi) Que ninguna de las cláusulas contractuales era per se abusiva y que no se motivaba adecuadamente la vulneración de normas imperativas en el recurso.

Desde otro punto de vista, algunos Juzgados de lo Mercantil se han pronunciado sobre la nulidad parcial de las cláusulas multidivisa de préstamos hipotecarios: la *sentencia del Juzgado número 9 de Madrid de 5 de septiembre de 2013* (Ordinario 695/2012) declara la nulidad parcial por considerar abusiva la cláusula que vinculaba a la autorización del banco la posibilidad de cambio de divisa, no porque afectara al equilibrio de las prestaciones y al principio de buena fe (control de contenido) sino por la falta de transparencia apreciada en su redacción, que impedía al consumidor "conocer el funcionamiento económico de la cláusula" en el contexto de un producto que se define como esencialmente complejo. La *sentencia del Juzgado de lo Mercantil 4 de Barcelona de 9 de diciembre de 2013* rechaza considerar la hipoteca multidivisa enjuiciada (comercializada por Banco Popular Español S.A.) como un híbrido entre préstamo hipotecario y derivado financiero, pero considera que los demandantes suscribieron el contrato "en la errónea creencia de que podían asumir el pago del préstamo, ya que no eran realmente conscientes del riesgo que suponía una extraordinaria apreciación del yen sobre el euro", porque el valor en euros del capital prestado variaba de forma constante y sustancial en función de las variaciones del tipo de cambio y los demandantes no eran conscientes de ese factor de aleatoriedad.

Mención especial merece la STJUE de 30 de abril de 2014 en el asunto C-26/13, que resuelve una cuestión prejudicial planteada por la Kúria (Tribunal Supremo) de Hungría, relacionada con un contrato identificado como «préstamo hipotecario denominado en divisas, garantizado mediante hipoteca» firmado entre un consumidor y una entidad bancaria (Jelzálogbank), cuya operativa guarda una sustancial semejanza con este caso. Conforme a la cláusula I/1 de dicho contrato, Jelzálogbank concedió a los prestatarios un préstamo por importe de 14.400.000 forintos húngaros. En el préstamo se había estipulado que «la determinación en divisas de la cuantía del préstamo se realizará al tipo de cotización de compra de la divisa extranjera -francos suizos- aplicado por el banco que esté vigente el día de la entrega del préstamo». Así, el préstamo se representó en 94.240,84 francos suizos (CHF). Los prestatarios debían devolver esa suma en veinticinco años, mediante cuotas mensuales. Pero según la cláusula III/2, el prestamista fijaría "el importe en forintos húngaros de cada una de las cuotas mensuales adeudadas en función de la cotización de venta de la divisa [extranjera] aplicada por el banco el día anterior al del vencimiento", de modo que se sometía el importe de las cuotas al riesgo de fluctuación.

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:

JOSÉ RAMÓN GARCÍA ARAGÓN - Magistrado-Juez

06/05/2022 - 13:42:09

En la dirección <https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos>

El presente documento ha sido descargado el 06/05/2022 12:55:55





Esta cláusula había sido declarada abusiva en primera y en segunda instancia porque no era clara y comprensible y no permitía conocer la diferencia en el modo de calcular el importe del préstamo según se tratara de su entrega o de su devolución. Además de ello, se había considerado abusiva porque facultaba al banco para 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 por este último en función de la cotización de compra que aplica para esa divisa, lo que le confería una ventaja unilateral e injustificada en el sentido del *artículo 209 del Código civil* húngaro, porque realmente no ponía a disposición del prestatario divisas extranjeras, sino que hacía depender el importe de la cuota mensual de devolución, denominado en forintos húngaros, de la cotización corriente del franco suizo, como índice para fijar el importe de las cuotas de devolución del préstamo entregado en forintos húngaros. Es decir, no realizaba a favor de los prestatarios ninguna prestación de servicios financieros de compra o de venta de divisas, por lo que no podía aplicar un tipo de cambio a efectos de la amortización del préstamo distinto del utilizado en el momento de su entrega, en concepto de contrapartida de una prestación de servicio virtual.

El Jelzálogbank recurrió en casación y es en ese contexto en el que el Tribunal Supremo planteó la cuestión prejudicial, sobre tres extremos distintos: si la cláusula discutida formaba parte de la definición del objeto principal del contrato, el alcance de los requisitos de transparencia de este tipo de cláusulas y los efectos de la declaración de abusividad sobre el contrato. En lo que ahora interesa, el TJUE establece en su sentencia que la exigencia de transparencia (claridad y comprensibilidad, en términos del *artículo 4.2.*) de las cláusulas contractuales no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y grammatical (apartado 71), porque el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información y, en consecuencia, esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva. Y, en concreto, en una hipoteca en divisa extranjera, una cláusula contractual como la cláusula III/2 antes mencionada, que permite al profesional calcular la cuantía de las cuotas mensuales de devolución en función de la cotización de venta de la divisa extranjera aplicada por ese profesional, produce el efecto de elevar los gastos del servicio financiero a cargo del consumidor, en apariencia sin límite máximo. Recuerda el TJUE que los *artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13*, y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma otorgan una importancia esencial para el cumplimiento del requisito de transparencia a 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 (apartado 73). Para ello, el tribunal nacional debe determinar si, a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes, entre ellos la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso podía no sólo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de una divisa extranjera, aplicada en general en el mercado de valores mobiliarios, sino también evaluar las consecuencias económicas potencialmente importantes para él de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución a cuyo pago estaría obligado en

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:

JOSÉ RAMÓN GARCÍA ARAGÓN - Magistrado-Juez

06/05/2022 - 13:42:09

En la dirección <https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos>

El presente documento ha sido descargado el 06/05/2022 12:55:55





definitiva, y por tanto el coste total de su préstamo . Es decir, el contrato de préstamo debe exponer de manera transparente el funcionamiento concreto 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 ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo .

No obstante este mismo órgano ha perfilado su jurisprudencia mediante el dictado STJUE Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de diciembre de 2015, Banif Plus Bank Zrt, C-312/14, en la que ha resuelto una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional húngaro en relación con la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (comúnmente denominada “**Directiva MiFID**”) y, en particular, sobre la eventual consideración de un préstamo denominado en divisas como un servicio o actividad de inversión de conformidad con lo previsto en el artículo 4, apartado 1, punto 2 de la Directiva MiFID. Pues bien, la Sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015 concluye que los préstamos multidivisa no son un instrumento financiero en tanto que las operaciones de cambio efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas no constituyen un servicio o una actividad de inversión. El TJUE considera que estas operaciones son puramente accesorias a la concesión y reembolso de un préstamo al consumo. Asimismo, descarta que se pueda calificar a este contrato como un “contrato de futuros”, ya que los préstamos multidivisa son meros préstamos al consumo que no tienen por objeto la venta de un activo financiero a un precio determinado en el momento de la celebración del contrato.

Con base en lo anterior, el TJUE concluye que las entidades financieras no están sometidas a las obligaciones en materia de evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que pretende prestar previstas en el artículo 19 de la Directiva MiFID respecto de la comercialización de préstamos multidivisa. En consecuencia, tampoco serán de aplicación las obligaciones de información que prevé la LMV para productos de inversión comercializados por entidades de crédito en España. Concluyendo que *no constituyen un servicio o una actividad de inversión a efectos de esta disposición determinadas operaciones de cambio, efectuadas por una entidad de crédito en virtud de cláusulas de un contrato de préstamo denominado en divisas como el controvertido en el litigio principal, que consisten en determinar el importe del préstamo sobre la base del tipo de compra de la divisa aplicable en el momento del desembolso de los fondos y en determinar los importes de las mensualidades sobre la base del tipo de venta de esta divisa aplicable en el momento del cálculo de cada mensualidad.*

Extremos que entran en contradicción con los extremos sostenidos por nuestro TS en su sentencia de 30 de junio de 2015 en el recurso 2780/2013 donde *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*

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:

JOSÉ RAMÓN GARCÍA ARAGÓN - Magistrado-Juez

06/05/2022 - 13:42:09

En la dirección <https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos> 

El presente documento ha sido descargado el 06/05/2022 12:55:55





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. Pudiera parecer que el sentido del fallo del TJUE es radicalmente contradictorio al del Tribunal Supremo español.

Pero tal apariencia se desvanece, a poco que se profundice. Así, como en toda cuestión prejudicial, se ha de considerar con todo detenimiento cuál es la duda que el Tribunal remitente plantea, pues sólo sobre ella se pronuncia el Tribunal de Justicia, de modo que no cabe hacer luego extrapolaciones a otros aspectos no enjuiciados, como no sea que su ligazón con el contemplado sea evidente y palmaria.

Y en este sentido, el supuesto de hecho considerado por el Tribunal Supremo español y el Tribunal de Justicia de la Unión no son plenamente coincidentes, pues en el que se le planteó a este Tribunal por la Justicia húngara no se trataba tanto de una operación en divisas, sino referenciada en divisas, pues éstas representaban lo que el órgano remitente denomina flujo monetario ficticio, mientras que la entrega del capital y el pago por los prestatarios se hacía en la moneda nacional, representando ésta el flujo monetario real (parágrafos 22 y 23 de Sentencia).

Por eso, el Tribunal de Justicia concluye que no habiendo efectivo servicio de cambio, no es aplicable la Directiva en cuestión.

En el caso de la *Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2.015* ya citada, el flujo en moneda extranjera, si no se optaba en los períodos de cambio de moneda por el euro, se hacía en esa divisa, aunque se entregara luego su contravlor, y ello explica que en este préstamo se refiera incluso el capital pendiente a la moneda extrajera, pudiendo aumentar aunque se hayan hecho efectivos importes a cuenta de capital e intereses.

No obstante se ha venido precisando los extremos referidos a las hipotecas multidivisas en cuanto al eventual control de transparencia y de la carga financiera que la misma supone para la parte contratante una serie de resoluciones judiciales siendo las mas destacadas la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 20 de septiembre de 2017, en el asunto C-186/16 (Andriciuc). Y su aplicación realizada por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 14 de marzo de 2019, Sentencia: 158/2019 Recurso: 2233/2016. No afectada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 9 de julio de 2020, en el asunto C-81/19, que no modifica la doctrina anterior. Pues el argumento de que las cláusulas reflejan exclusivamente el principio nominalista, ya ha sido tenido en cuenta por la Jurisprudencia nacional, Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 23 de febrero de 2021, Sentencia: 99/2021 Recurso: 3779/2017.

La reciente SAP de Las Palmas, Civil sección 4 del 18 de marzo de 2021 “La exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el





caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras⁴ deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que éstos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no sólo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras", Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda), de 20 de septiembre de 2017, en el asunto C-186/16 (Andriciuc).

En cuya aplicación, se han sentado los siguientes criterios:

(a) "[L]os riesgos de tipo de préstamo hipotecario 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 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" Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 15 de noviembre de 2017, Sentencia: 608/2017, Recurso: 2678/2015.

(b) "[E]s esencial que la información que el banco dé al cliente verse sobre la carga económica que en caso de fluctuación de la divisa le podría suponer, en euros, tanto el pago de las cuotas de amortización como el pago del capital pendiente de amortizar al que debería hacer frente en caso de vencimiento anticipado del préstamo. También debe ser informado de la trascendencia que para el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado del préstamo por parte del banco tiene la devaluación, por encima de ciertos límites, del euro frente a la divisa extranjera, porque supone también un serio riesgo para el consumidor que, pese a no haber incurrido en incumplimiento contractual, se vería obligado a devolver de una sola vez todo el capital pendiente de amortizar. . La información omitida era fundamental para que los demandantes hubieran optado por una u otra modalidad de préstamo mediante la comparación de sus respectivas ventajas e inconvenientes. O incluso para que hubieran decidido no suscribir un nuevo préstamo para cancelar los anteriores.", Sentencia citada.

Corresponde al Banco acreditar que ha facilitado la información necesaria sobre todos los elementos relevantes de la hipoteca multidivisa.

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:

JOSÉ RAMÓN GARCÍA ARAGÓN - Magistrado-Juez

06/05/2022 - 13:42:09

En la dirección <https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos>

El presente documento ha sido descargado el 06/05/2022 12:55:55





En este sentido la demandada sostiene que el actor al solicitar la referida hipoteca lo hizo de forma expresa en cuanto a la opción multidivisa que buscó de forma específica por medio de conocidos y/ o familiares de su pareja que formaban parte del gremio de pilotos que se beneficiaría de este producto .

Cuarto.-Pues bien no consta aportada por la demandada oferta vinculante o documento alguno que permite conformar el conocimiento y comprensión que suponía la celebración del referido contrato de préstamo multidivisas . Del contenido de la documentación aportada por la entidad financiera en modo alguno se aporta ninguno que pueda responder de forma aproximada a este conceptos (ficha del cliente , historial de concesión del préstamo ...)

Por otro lado no es implementable la referida información con la intervención de Notario, «en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que5 puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo) y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia. [...] tal declaración no excluye la necesidad de una información precontractual suficiente que incida en la transparencia de la cláusula inserta en el contrato que el consumidor ha decidido suscribir. Cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual, que la jurisprudencia del TJUE ha considerado fundamental para que el consumidor pueda comprender las cargas económicas y la situación jurídica que para él resultan de las cláusulas predispuestas por el empresario o profesional", Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 15 de noviembre de 2017, Sentencia: 608/2017 Recurso: 2678/2015.

Tampoco basta la afirmación plasmada en la escritura de que los prestatarios asumen "explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del contrato [...] incluida la posibilidad de que el contravalor en EUROS pueda ser superior al límite pactado]"

"Ya hemos afirmado en ocasiones anteriores la ineficacia de las menciones predispuestas que consisten en declaraciones no de voluntad sino de conocimiento o de fijación como ciertos de determinados hechos, que se revelan como fórmulas predispuestas por el profesional, vacías de contenido real al resultar contradichas por los hechos. Así lo ha declarado esta sala en numerosas sentencias", Sentencia citada.

No se ha demostrado la entrega de la preceptiva oferta previa vinculante, que tampoco exime del deber de información sobre los riesgos, porque "hemos advertido que, en función de esa finalidad o razón de esta exigencia de transparencia, la lectura de la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante con la del respectivo préstamo hipotecario, no suplen por sí solos su cumplimiento", Sentencia citada.

Así las cosas, correspondía al Banco acreditar que facilitó la información precontractual sobre todos los extremos relevantes de la **multidivisa**. Que consiste en la: ".necesaria para que los prestatarios conocieran adecuadamente la naturaleza y riesgos vinculados a las cláusulas relativas a la divisa en que estaba denominado el préstamo [...] no les entregó ninguna información por escrito sobre estos riesgos con anterioridad a la suscripción del préstamo, pues las gestiones fueron telefónicas. No hay prueba de que las informaciones verbales fueran más allá de advertencias genéricas sobre el riesgo de fluctuación de la divisa [...] Además, la

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:

JOSÉ RAMÓN GARCÍA ARAGÓN - Magistrado-Juez

06/05/2022 - 13:42:09

En la dirección <https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos>

El presente documento ha sido descargado el 06/05/2022 12:55:55





información que previamente les había suministrado **Bankinter** tampoco informaba sobre estos riesgos, al limitarse a informar sobre algunas de las condiciones del préstamo (comisiones, tipo de referencia y diferencial según el préstamo fuera en francos suizos, en yenes, o en euros, documentación a presentar por el cliente)", Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 31 de octubre de 2018, Sentencia: 599/2018 Recurso: 2397/2015.

Sin que el hecho de la remisión de la información de los cambios de divisa y tipos de interés relativos a la divisa del préstamo hipotecario una vez suscrito el contrato suponga que se pueda entender implementado un conocimiento en cuanto a la carga financiera que suponía el tomar dinero a préstamo en divisa extranjera siendo los ingresos en euros . Sin que el hecho del eventual conocimiento adquirido del producto a posteriori suponga o implique el acreditar el conocimiento de la carga financiera que supone el referido producto .

Siendo muy ilustrativo la declaración del testigo Sr. [REDACTED], quien en su declaración testifical de forma sólida , precisa y convincente reconoce que la opción multidivisa fue ofrecida por la entidad con la intención de bajar la cuota del préstamo en euros de 3 de marzo de 2005 . Y que si bien se explico la eventual fluctuación de la cuota con base en la divisa no le explicó que esto afectaría al capital vivo de la hipoteca . Centrándose las explicaciones tan solo en las bondades del producto en la medida en que se procedería a comportar como las cuotas hipotecarias previas en las que la fluctuación del Euribor da lugar a la subida o bajada de la misma pero sin que se explicara .

La información debe referirse también a la posibilidad de resolución anticipada prevista en el clausulado de las condiciones financieras, para el caso de que el contravalor en euros sea superior al límite pactado. Y sobre eso no hay ninguna mención específica en ningún documento.

En definitiva, la prueba practicada no es suficiente para considerar acreditado que se facilitó la información sobre la carga económica de la hipoteca multidivisa, con el alcance y requisitos que establece el Tribunal Supremo, puesto que debe abarcar el riesgo de fluctuación de la divisa . tanto el pago de las cuotas de amortización como el pago del capital pendiente de amortizar . la trascendencia que para el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado del préstamo por parte del banco tiene la devaluación, por encima de ciertos límites, del euro frente a la divisa extranjera.

Reconociéndose por la entidad financiera que no constaba la existencia de folletos ni simulaciones porque los clientes venía muy informados ya sobre el producto . Lo que ahonda aun mas en el eventual deficit de explicación de la entidad financiera que no debía de representarse el eventual conocimiento de los clientes . Sosteniendo la entidad financiera que los actores tendrían conocimiento sobre el producto mediante los comentarios de un familiar piloto extremos que en modo alguno han sido corroborados por la actora en su interrogatorio o del propio testigo Sr. [REDACTED] . No negando la existencia de cierta referencia familiar pero si los extremos referidos en cuanto a la eventual explicación que el mismo les habría dado de los prestamos multivivisas .

Quinto.-De esta forma la información precontractual escrita es sencillamente inexistente. No se realizó oferta vinculante , orden que resulta de aplicación, por mandato del *artículo 48 de la*



Este documento ha sido firmado electrónicamente por:

JOSÉ RAMÓN GARCÍA ARAGÓN - Magistrado-Juez

06/05/2022 - 13:42:09

En la dirección <https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos> [REDACTED]

El presente documento ha sido descargado el 06/05/2022 12:55:55



Ley 26/1988 .La entidad bancaria incumplió, además, su obligación de ofrecer un instrumento de cobertura, al menos no consta siendo la referencias sobre el seguro de divisas impreciso , conforme al *artículo 19 de la Ley 36/2003* y de incluir la propuesta en la oferta vinculante .

Cabe precisar en este punto que esta absoluta ausencia de documentación precontractual es contraria al criterio del Servicio de Reclamaciones del Banco de España, que en su Memoria del año 2012 explica: *necesarias para procesar con facilidad los riesgos de la hipoteca multidivisa. Las posibles simulaciones a las que se refiere la testigo eran, en el mejor de los casos, parciales e incompletas. No se acompañaron con ejemplos reales de funcionamiento, ni se facilitó el borrador de la escritura, ni se aplicó un adecuado control de comprensión.*

De esta forma la omisión de la oferta vinculante y de la información precontracual escrita implica una falta de transparencia no ajustada a una actuación acorde con las buenas prácticas bancarias y mas aun en una operación de la complejidad que representa el préstamo multidivisas .

No constando que el actor llevara a cabo una actuación tendente mas que a lograr una cuota hipotecaria inferior del préstamo en euros previo .Actuación que está desconectado de cualquier actividad especulativa siendo los flujos de ingresos de la parte demandante en euros tal y como ha declarado . No constando siquiera que se hubiere procedido a la contratación de una cuenta de divisas.

No constando que se entregara oferta vinculante previa , folleto o explicaciones previas notoriamente insuficiente para implementar el requisito de explicación y cognición del producto . Resultando intrascendente la documentación remitida a la actora de fecha posterior en cuanto al producto contratado y la operativa referida a los listados y extractos bancarios .

De tal forma que no consta que se diera información suficiente al actor como para poder representarse , ponderar y calcular la eventualidad de que ante la variación y fluctuación de la divisa de referencia inicial fuera posible devolver mas cantidad de la que referencialmente se hubiera pactado .No constando acreditado que el demandante dispusiera de un conocimiento previo del instrumento financiero con base a la información suministrada por la entidad financiera . Sin que la declaración de la testigo D.^a [REDACTED] , empleada de la entidad demandada , pueda ser tenida en consideración no solo por la eventual relación de dependencia con la referida entidad sino porque en las explicaciones que ha dado se ha centrado en el eventual conocimiento y estudio que el esposo de la actora tenía del producto lo que implicó que la misma aun a pesar del referido conocimiento explicada los riesgo de fluctuación de divisa que , sin embargo , no ha quedado reflejado en el historial de la entidad financiera . Y menos aun las explicaciones en cuanto al motivo del cambio de una hipoteca previa en euros a una en divisas . Además esta declaración choca con la de D. Armando Marín , testigo propuesto por la demandada , quien ha negado que se explicaran los riesgos del tipo de cambio .

En este caso si la evolución de las divisas hubieran implicado dado su fortalecimiento frente al euro una obligación del actor que en caso de intentar la redenominación del capital supieran o pudieran saber que deberían de devolver mayor cantidad en euros que la que se fijo como contravalor . Siendo la respuesta negativa dado la prueba practicada no pudiendo concluirse



Este documento ha sido firmado electrónicamente por:

JOSÉ RAMÓN GARCÍA ARAGÓN - Magistrado-Juez

06/05/2022 - 13:42:09

En la dirección <https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos> [REDACTED]

El presente documento ha sido descargado el 06/05/2022 12:55:55



que el actor dispusieron de datos o elementos suficientes en orden a poder evaluar *no solo la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de una divisa extranjera, aplicada en general en el mercado de valores mobiliarios, sino también evaluar las consecuencias económicas potencialmente importantes para él de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución a cuyo pago estaría obligado en definitiva, y por tanto el coste total de su préstamo o el propio principal en caso de redenominación del capital* .

Los parámetros de calidad en productos complejos, sea o no un derivado, como el que nos ocupa implican recursos como la realización de simulaciones con todos los escenarios posibles; favorecer el tiempo de reflexión facilitado al cliente, aunque este no lo pida expresamente, sobre la conveniencia de suscribir la orden de compra; la facilitación de borradores de la documentación contractual para que el cliente pueda consultarlos en su casa o contrastarlos con terceras personas, con conocimientos especializados; que la entidad debe adoptar todas las medidas necesarias para que la información verbal, que es la que asume el cliente con mayor facilidad, recopile todos los datos relevantes, esencialmente sobre los factores de riesgo, cuando sea previsible que por una eventual relación de confianza y/o por el tamaño y contenido técnico de la documentación contractual el cliente no va a leer detenidamente todos los documentos que se le ponen a la firma. Se trata, con esta cautela, de evitar la firma de declaraciones de recepción o conformidad sobre hechos ficticios, así como las declaraciones de adhesión o conformidad a cláusulas de las cuales no ha tenido la oportunidad efectiva de tomar conocimiento real antes de la celebración del contrato cuando en el caso la única finalidad declarada es la de bajar la cuota mensual que se pagaba en relación a otra hipoteca que tenían los actores con otra entidad financiera .

En cuanto a las actuaciones posteriores tampoco se ha practicada prueba alguna que permita verificar un conocimiento del producto contratado en relación a la compra o acopio de divisas en cuanto al pago de las cuotas que suponga una eventual comprensión ex tunc del contrato , dado que se reconoce por la propia actora que resultaba una operativa automática que realizaba el banco sin su intervención , por lo que ni tan siquiera es posible entender que se desarrollara un conocimiento preciso por el cliente después de la contratación dado el automatismo del sistema para abonar en la divisa pactada .

Por lo que puede concluirse que la información facilitada a la actora no fue suficiente y eficaz dado que no permitía aclarar todas las circunstancias relativas al funcionamiento y a los riesgos de la hipoteca multidivisa . Habiendo incumplido la demandada los deberes de información no suministrando una información de calidad . Sin que de la prueba practicada se pueda concluir que el actor tenga conocimientos sobre el producto contratado .

Sexto.- De los efectos de la nulidad .-Sobre las consecuencias que debe tener la nulidad apreciada, su efecto no puede volcarse sobre la totalidad del contrato, ya que la STJUE de 14 de junio de 2012, entre otras muchas, ha declarado que la Directiva 93/13 /CEE " atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva. Ello pondría en peligro la consecución del objetivo a largo plazo artículo 7 de la Directiva 93/13 (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). De integrarse el contrato, estarían tentados a utilizar cláusulas abusivas 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 el interés de dichos profesionales. Por ello hay que limitarse a dejarla sin aplicación frente al consumidor".

Por su parte 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 vitiat* [lo válido no es viciado por lo inválido], se indica en el apartado 265 que la jurisprudencia ha afirmado la vigencia del *favor negotio 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, podar 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 su 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 obligarán 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 "[...] los 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.*

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:

JOSÉ RAMÓN GARCÍA ARAGÓN - Magistrado-Juez

06/05/2022 - 13:42:09

En la dirección <https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos>



El presente documento ha sido descargado el 06/05/2022 12:55:55





La solución de la nulidad total del contrato es contraria a la finalidad de protección de los consumidores que consagra, como cuestión de interés público, la Directiva 93/13/CEE y el TRLGDCU, ya que produciría un efecto mucho más perjudicial para los demandantes-consumidores que para la entidad bancaria demandada-profesional, al verse obligados a devolver es una sola vez la totalidad de un préstamo cuya devolución estaba programada en varios centenares de cuotas . El caso analizado por la *STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13)* es, en este extremo, diferente al que aquí se enjuicia, porque el préstamo hipotecario no podía subsistir sin la cláusula de conversión de la divisa que se considera abusiva. Pero, incluso, en ese supuesto, el TJUE modula la interpretación del apartado 6.1 de la Directiva, que impide al juez nacional que constata la nulidad de una cláusula abusiva integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula, para posibilitar la nulidad parcial que podía arbitrarse como solución mediante la aplicación de una disposición supletoria del derecho nacional.

Recuerda el TJUE que el artículo 6.1 de la Directiva impide al juez nacional que constata la nulidad de una cláusula abusiva integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula, lo que se justifica; (i) por el interés público que se anuda a la protección de los consumidores: (ii) por la obligación de los Estados miembros de prever medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas; y (iii) porque si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas se pondría en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el *artículo 7 de la Directiva 93/13* , pues esa facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen (....los profesionales seguirían estando tentados de utilizar esas cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la invalidez de las mismas, el contrato podría ser integrado no obstante por el juez nacional en lo que fuera necesario, protegiendo de este modo el interés de dichos profesionales.- Apartado 79).

Ahora bien, ello no impide que el juez nacional, aplicando los principios del Derecho contractual, suprima la cláusula abusiva y la sustituya por una disposición supletoria del Derecho nacional, que se presume no contiene cláusulas abusivas. 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 en el caso analizado por la sentencia, 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).

La nulidad afecta a un elemento que podríamos denominar esencial del contrato pero no es menos cierto que no cabe identificar "objeto principal" con "elemento esencial" del contrato pudiendo aplicarse una nulidad parcial del contrato sin que ello implique vulnerar la doctrina del TJUE en cuanto a la modulación de las estipulaciones nulas dado que el propio TJUE permite

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:

JOSÉ RAMÓN GARCÍA ARAGÓN - Magistrado-Juez

06/05/2022 - 13:42:09

En la dirección <https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos> 

El presente documento ha sido descargado el 06/05/2022 12:55:55





la referida nulidad parcial , debiendo ponderar los intereses en juego siendo posible el mantenimiento del contrato con las precisiones realizadas .

Debiendo de declarar la nulidad de la estipulación referida al préstamo multidivisa de fecha 19 de marzo de 2008 en lo que se refiere a formalización de la operación en divisas distinta al euro contenidos en el contrato declarando subsistente el contrato de préstamo .

Declarando que el efecto de la nulidad de las cláusulas referidas a la multidivisa conlleva la consideración de que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado en euros resultado de detraer el importe del préstamo la cantidad amortizada hasta la fecha de la ejecución en euros en concepto de principal e intereses debiendo ser objeto de recálculo por el banco sustituyendo el contrato sin los contenidos declarados nulos , usando el Euribor + 0,60 . Debiendo la entidad abonar a los actores las cantidades que excedan de las cuotas comprensivas del capital e intereses . Condenando a la demandada al pago del exceso percibido desde la suscripción del contrato por cada cuotas vencida y las que vayan venciendo cantidad que incluirá las comisiones de cambio abonadas junto a los costes , gastos y comisiones abonados mas los intereses desde cada cobro .

Sexto.- Las pretensiones principales han sido estimadas íntegramente por lo que procede la condena en costas a la parte demandada conforme al art 394 de la LEC.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación al caso.

FALLO.

Que **debo estimar y estimo** la demanda interpuesta por el/la Procurador D. ^a Javier Perez Almeida en nombre y representación de [REDACTED] contra la entidad BBVA SA representada por el/la Procurador /a [REDACTED] y en consecuencia:ación de la nulidad del préstamo de fecha 17 de octubre de 2007 , en lo que se refiere a formalización de la operación en divisas distinta al euro contenidos en el.

Debo **declarar y declaro** la nulidad parcial del contrato de la declaración de la nulidad del préstamo de fecha 19 de marzo de 2008 (novación del de 3 de marzo de 2005) en cuanto a las estipulaciones en lo que se refiere a formalización de la operación en divisas distinta al euro contenidos en el contrato declarando subsistente el contrato de préstamo en cuanto al resto . Declarando que el efecto de la nulidad de las cláusulas referidas a la multidivisa conlleva la consideración de que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciado en euros resultado de detraer al importe del préstamo (180.068,98€) la cantidad amortizada hasta la fecha de la ejecución en euros en concepto de principal e intereses debiendo ser objeto de recálculo por el banco sustituyendo el contrato sin los contenidos declarados nulos , usando el Euribor a un año +0,60 .

Debo condenar y condeno a la demandada al pago del exceso percibido desde la suscripción del contrato por cada cuotas vencida y las que vayan venciendo cantidad que incluirá las comisiones de cambio abonadas junto a los intereses desde cada cobro . Declarando que la demandada deberán de soportar todos los gastos que se desprendan del cumplimiento de la sentencia .

Debo declarar y declaro nulas las cláusulas gastos de las escrituras de 3 de marzo de 2005 y 19 de marzo de 2008 . Teniéndolas por no puestas las referidas estipulaciones con la condena a la demandada a la devolución de las cantidades que se hubieren abonado como

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:

JOSÉ RAMÓN GARCÍA ARAGÓN - Magistrado-Juez

06/05/2022 - 13:42:09

En la dirección <https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos> [REDACTED]

El presente documento ha sido descargado el 06/05/2022 12:55:55



consecución de su aplicación que las cifra en 617,49 y 557,92€ mas los intereses desde su abono .

Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandada.

Notifíquese la presente resolución a las partes en forma legal, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, que se presentará por medio de escrito presentado en este Juzgado en el plazo de veinte días hábiles contados desde el día siguiente a la notificación. Para la presentación de dicho recurso es necesaria la constitución de depósito en la cuenta de depósitos y consignaciones del Juzgado con los datos relativos al recurso y a la cuenta expediente, por importe de 50 euros, de acuerdo con lo establecido en la *disposición adicional decimoquinta de la LOPJ* y por el importe previsto en tal norma, lo que deberá ser acreditado a la formulación del recurso.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN .- Extendida y firmada esta sentencia por la Magistrada-Juez que la ha dictado, se notifica y archiva en la oficina judicial, dándole publicidad en la forma permitida u ordenada por la Constitución y las leyes. Doy fe.

EL/LA MAGISTRADO

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

Este documento ha sido firmado electrónicamente por:

JOSÉ RAMÓN GARCÍA ARAGÓN - Magistrado-Juez

06/05/2022 - 13:42:09

En la dirección <https://sede.justiciaencanarias.es/sede/tramites-comprobacion-documentos> 

El presente documento ha sido descargado el 06/05/2022 12:55:55