

Fec. Recepción: 07/09/2016 [08:37:35]  
Notificado el: 08/09/2016  
Letrado Direc.: SALA PLANELL, ARCADÍ  
Cliente: [REDACTED]  
Asunto: [REDACTED]

## Juzgado de Primera Instancia nº 31 de Barcelona

Avenida Gran Via de les Corts Catalanes, 111, edifici C, planta 9 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549431  
FAX: 935549531  
EMAIL: instancia31.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120158101812

### Procedimiento ordinario 381/2015 -J

Materia: Juicio ordinario otros supuestos

Cuenta BANCO SANTANDER:

Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 31 de Barcelona

Para ingresos en caja. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato electrónico: [REDACTED] Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato papel: [REDACTED] Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Parte demandante/ejecutante: [REDACTED]

Procurador/a: Ana Maria Soles Suso  
Abogado/a: Arcadi Sala-Planell Esqué

Parte demandada/ejecutada: CATALUNYA BANC,  
S.A.

Procurador/a: Ignacio Lopez Chocarro  
Abogado/a:

## SENTENCIA Nº 180/2016

Magistrada: Elena Campos Martin

Lugar: Barcelona

Fecha: 29 de julio de 2016

Vistos por Dña. Elena Campos Martín, Magistrada-Juez titular del Juzgado de Primera Instancia número 31 de los de esta ciudad los presentes autos de **juicio ordinario seguidos con el número nº381/15-J** a instancia de [REDACTED] y [REDACTED] representados por el Procurador de los Tribunales y defendidos por el Letrado que constan en el encabezamiento contra CATALUNYA BANC SA representada por el Procurador de los Tribunales y defendida por el Letrado que constan en el encabezamiento, dictó la siguiente resolución.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Por la representación procesal de [REDACTED] y [REDACTED] se interpuso en fecha 21 de mayo de 2015 demanda de juicio ordinario contra CATALUNYA BANC SA que fue repartida a este Juzgado conforme a las normas que rigen este partido judicial.

Mediante decreto de fecha 8 de junio de 2.015 se admitió a trámite la demanda y se emplazó al demandado quien en fecha 16 de julio de 2.015 contestó,





oponiéndose en la forma que resulta de su escrito

**Segundo.-** Mediante diligencia de ordenación las partes fueron convocadas a la Audiencia Previa que tuvo lugar el día 2 de febrero de 2016, en la sala de vistas de éste juzgado.

En el acto de la Audiencia Previa, no habiendo alcanzado las partes un acuerdo, ni existiendo posibilidad de alcanzarlo, las partes se fijaron los hechos controvertidos y sobre los mismos, cada parte propuso la prueba que consideró necesaria para acreditar los hechos sobre los que sustentar su pretensión, procediendo SSª a admitir la que consideró útil y pertinente y señalándose el día para la celebración del juicio.

**Tercero.-** En la fecha señalada para la celebración del juicio, 6 de julio de 2016 se practicó la prueba admitida y se formularon conclusiones en la forma que resulta del acta videográfica. SSª declaró los autos vistos para Sentencia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- PLANTEAMIENTO DE LA LITIS:

Por la representación procesal de [REDACTED] y [REDACTED] se interpuso demanda de juicio ordinario contra CATALUNYA BANC SA por la que solicitó que se declare:

-la nulidad del clausulado multidivisa, cláusula segunda C) y D) en todo lo referido a la hipoteca multidivisa del préstamo hipotecario de fecha 31/1/08, Protocolo 147, por error en el consentimiento y/o dolo en la suscripción de la hipoteca multidivisa o, subsidiariamente, la nulidad parcial de dichas cláusulas por infracción de normas imperativas en sus obligaciones de información, diligencia, transparencia y lealtad y se acuerde, en ambos caso:

1. el recálculo y reliquidación de todas las cuotas de la hipoteca, inclusive las de amortización, desde el momento de la suscripción de la misma, referenciando la totalidad al Euribor +1,00% de diferencial, tal y como consta en la escritura de préstamo de 31/1/2008 y como consta en el Informe Pericial acompañado.

2. y, en consecuencia, se exija a la entidad demandada la devolución al actor de las cantidades percibidas en exceso en cada una de las cuotas devengadas y las posteriores que se vayan devengando de acuerdo con el recálculo mencionado y en total, la cantidad de 19.455,81 euros, sin perjuicio de aquellas que puedan devengarse con posterioridad a la fecha de cálculo; cantidades que, a su vez,







no clientes minoristas con perfil conservador que ni siquiera a fecha de hoy pueden entender un producto tan complejo, de riesgo, volátil y especulativo, destinado a profesionales inversores con grandes conocimientos de los mercados financieros. Además, dice, al tiempo de la contratación (en enero de 2.008) existían indicios que permitían concluir como poco recomendable la suscripción de hipoteca referenciada en yen japonés. Para gestionar una HMD –dice- se requieren conocimientos especializados de intervención en mercados de divisas y estudios de tendencias de tipos de cambio y de tipos de interés en los diferentes mercados, cuando en el caso los demandantes tienen estudios básicos y son laboralmente ajenos.

Durante los primeros meses de vida, los efectos de lo acordado fueron apenas perceptibles, sin embargo a partir de la liquidación de 30/10/08 se produjeron aumentos de capital pendiente de amortizar que están por encima del 30%. En el año 2010, ante la situación desesperada por la que atravesaban, el personal de la entidad les asesoró que procedieran a cambiar la divisa a francos suizos que- según les dijeron- era la mejor opción.

Como correlato, la parte demandante considera que la demandante actuó con falta de diligencia y transparencia (omitiendo la existencia de un conflicto de intereses) omitió la entrega de la oferta vinculante, del folleto informativo y el ofrecimiento de seguro sobre el tipo de interés o cambio. Y que el contrato se celebró mediante error en el consentimiento por lo que procede declarar la nulidad parcial del clausulado, con las consecuencias antes transcritas.

Frente a ello, la parte demandada CATALUNYA BANC SA –dicho también brevemente- sostuvo, en primer lugar, que el contrato de préstamo se celebró en yenes y no en euros porque así lo decidieron y que no es cierto que los demandantes no supieran lo que estaban contratando; que no es cierto que no se les informara ya que varios días antes de la suscripción se les entregó una oferta vinculante - tal y como resulta de la escritura notarial- en la que se informa de las condiciones (tipo de divisa, tipo de interés) y que firmaron la autorización de posición de riesgo de la divisa japonesa.

Los prestatarios, al tiempo de la firma del documento público, leyeron la escritura y consintieron en contenido de un contrato sencillo y, además, dice, el Notario "realiza una labor de asesoramiento imparcial en el otorgamiento" y sin que concurren en el caso los requisitos para declarar error en el consentimiento, máxime cuando a lo largo de la relación la parte demandante modificó la divisa de referencia (a francos suizos) lo que es expresivo de la inexistencia de aquel error y la demanda revela una "ignorancia súbita" y coyuntural en lo contratado, fruto del desinterés en lo contratado.

Añade que no cabe declarar nula por cuanto abusiva la cláusula (D) en la que se dispone en la medida en la que dispone una facultad a favor del prestatario y de





lo que nula abusividad puede derivarse.

Un préstamo en divisas no es un instrumento financiero y, por tanto, no le es de aplicación la regulación sectorial de los mismos

## SEGUNDO.- HECHOS CONTROVERTIDOS Y CUESTIONES JURÍDICAS LITIGIOSAS:

En el presente caso, en los términos expuestos en el acto de la Audiencia Previa, resulta controvertido:

- 1.nulidad relativa: error- vicio en el consentimiento: concurrencia o no de requisitos jurisprudenciales.
- 2.Información suministrada; conocimiento de la mercantil sobre la evolución desfavorables; información precontractual y contractual; diligencia y transparencia en la comercialización
- 3.aplicabilidad normativa Mercado de Valores.

## TERCERO.- NATURALEZA DEL CONTRATO :

Un ordenado examen de la cuestión litigiosa aconseja perfilar la naturaleza del contrato cuya nulidad relativa parcial se pretende y así el **Tribunal Supremo en la Sentencia de 30 de junio de 2015** de la que es Ponente D. Rafael Sarazá Jimena concluye, en el Fundamento de Derecho Séptimo, que :

"Lo que se ha venido a 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 aplicar el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el libor (London Interbank Offerd Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres).

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





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 de capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo.

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

En una fecha posterior a la celebración del contrato objeto del litigio fue dictada la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, cuyo plazo de transposición aún no ha transcurrido, por lo que no es aplicable para la resolución de este recurso.

Como justificación de dicha norma, el considerando cuarto de la Directiva hace referencia a los problemas existentes "en relación con la irresponsabilidad en la

Doc. electrònic garantit, amc, signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/JP/consultaCSV.html> S'ha ratificat per: <https://ejusticia.gencat.cat/JP/consultaCSV.html> Data: 29/07/2016 09:26







euros de cada pago, reglas aplicables para el cálculo en euros del importe de los intereses, comisión de apertura, que deberá incluir cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo y, en su caso, las cláusulas"

Sin embargo, la polémica debe considerarse superada desde la Sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015 -directamente vinculante y aplicable dada la supremacía de la normativa comunitaria- en la que se concluye (de forma total y frontalmente opuesta a lo dicho por el T.S) en los apartados 53,55,56,57,67,72 y 75 que:

"El artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, 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", toda vez que como se señala en los apartados: "53.- En el presente asunto, se plantea la cuestión de si las operaciones efectuadas por una entidad de crédito, consistentes en la conversión en moneda nacional de importes expresados en divisas, para el cálculo de los importes de un préstamo y de sus reembolsos, conforme a las cláusulas de un contrato de préstamo relativas a los tipos de cambio, pueden calificarse de "servicios o de actividades de inversión" en el sentido del artículo, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39; 55.- Pues bien, debe señalarse que, en la medida en que constituyen actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo denominado en divisas, las operaciones controvertidas en el litigio principal no se encuentran comprendidas en dicha sección A; 56.- En efecto, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, estas operaciones se limitan a la conversión, sobre la base del tipo de cambio de compra o de venta de la divisa considerada, de los importes del préstamo y de las mensualidades expresadas en esta divisa (moneda de cuenta) a la nacional (moneda de pago); 57.- Tales operaciones no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, a saber, la puesta a disposición del capital por el







prestamista y el reembolso del capital más los intereses por el prestatario. La finalidad de estas operaciones no es llevar a cabo una inversión, ya que el consumidor únicamente pretende obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio y no, por ejemplo, gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de una divisa; 67.- Pues bien, las operaciones de cambio controvertidas en el litigio principal no están vinculadas a un servicio de inversión, en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 2, de la Directiva 2004/39, sino a una operación que no constituye en sí misma un instrumento financiero, en el sentido del artículo 4, apartado 1, punto 17, de esta Directiva; 72.- Por tanto, las cláusulas de tal contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto de este contrato, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste y 75.- De ello resulta, sin perjuicio de la comprobación que debe efectuar el órgano jurisdiccional remitente, que las operaciones de cambio que realiza una entidad de crédito en el marco de la ejecución de un contrato de préstamo denominado en divisas, como el controvertido en litigio principal, no pueden calificarse de servicios de inversión, de manera que esta entidad no está sometida, en particular, a las obligaciones en materia de evaluación de la adecuación o del carácter apropiado del servicio que pretende prestar previstas en el artículo 19 de la Directiva 2004/39.

Por todo ello como concluye la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 19ª) de fecha 19 de enero de 2016: **que lo que se ha venido en llamar coloquialmente "hipoteca multidivisa" no es, un instrumento financiero derivado ni constituye un servicio o actividad de inversión, y en dicha medida no le es de aplicación la normativa propia de los instrumentos financieros derivados** y por esto el ámbito de la Ley del Mercado de Valores; al no contener el "préstamo multidivisa" un instrumento derivado financiero implícito en cuanto a las operaciones o actividades de cambio en cuanto tales operaciones de cambio que se limitan a la conversión de la divisa a la moneda nacional (moneda de cambio) no tienen otra función que servir de modalidad de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, esto es una modalidad indisociable de la ejecución del contrato de préstamo.

Sin perjuicio de lo expuesto, respecto a la no aplicación de la - dicho en breve-normativa MIFID, hay que hacer remisión al fundamento quinto respecto a los deberes de información que (aún no siendo aplicable aquella) pesan sobre la entidad de crédito, ya que la viabilidad de la acción de nulidad por vicio en el consentimiento pivota sobre el modo en el que se conformó el consentimiento prestado y ello obligará a acreditar (y valorar) si el Banco suministró al cliente toda la información que le era necesaria (para salvar la asimetría informativa) por





ser que la conoce y ha de transmitir tal información y si lo hizo de forma no sólo comprensible (transparente), sino también leal, actuando conforme al principio de buena fe y honradez que ha de presidir la contratación (art 111.7 CCCat). Todo ello en los términos que más adelante se examinarán.

#### CUARTO.- REQUISITOS PARA QUE CONCURRA VICIO-ERROR EN EL CONSENTIMIENTO:

Para determinar los requisitos necesarios para que el eventual error padecido pueda anular el consentimiento, parece adecuado traer a esta sede la doctrina -hartamente reproducida en varias Sentencias posteriores- del **Tribunal Supremo en la Sentencia nº683/2012 de 21 de noviembre de 2012**, cuyo fundamento de derecho cuarto, bajo la rúbrica "unas consideraciones generales sobre el vicio-error" condensa de forma clara y sistemática el cuerpo jurisprudencial anterior que:

**"Hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a partir de una creencia inexacta** – sentencias 114/1985, de 18 de febrero, 295/1994, de 29 de marzo, 756/1996, de 28 de septiembre, 434/1997, de 21 de mayo, 695/2010, de 12 de noviembre, entre muchas -. **Es decir, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea.**

Es lógico que un elemental respeto a la palabra dada – "pacta sunt servanda" – imponga la concurrencia de ciertos requisitos para que el error invalide el contrato y pueda quien lo sufrió quedar desvinculado. Al fin, el contrato constituye el instrumento jurídico por el que quienes lo celebran, en ejercicio de su libertad – autonomía de la voluntad –, deciden crear una relación jurídica entre ellos y someterla a una "lex privata" (ley privada) cuyo contenido determinan. La seguridad jurídica, asentada en el respeto a lo pactado, impone en esta materia unos criterios razonablemente rigurosos – sentencia de 15 de febrero de 1977 -.

I. En primer término, para que quepa hablar de error vicio es necesario que la **representación equivocada** merezca esa consideración. Lo que exige que se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias.

II. Dispone el artículo 1266 del Código Civil que, para invalidar el consentimiento, el error ha de recaer – además de sobre la persona, en determinados casos - **sobre la sustancia** de la cosa que constituye el objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la cosa que principalmente hubieren dado motivo a celebrarlo – sentencias de, 4 de enero de 1982, 295/1994, de 29 de marzo, entre otras muchas -, esto es, sobre el objeto o materia propia del contrato – artículo





1261, ordinal segundo, del Código Civil –. Además el error ha de ser **esencial**, en el sentido de proyectarse, precisamente, sobre aquellas presuposiciones - respecto de la sustancia, cualidades o condiciones del objeto o materia del contrato - que hubieran sido la causa principal de su celebración, en el sentido de causa concreta o de motivos incorporados a la causa.

III. Es cierto que se contrata por razón de determinadas percepciones o representaciones que cada contratante se hace sobre las circunstancias - pasadas, concurrentes o esperadas - y que es en consideración a ellas que el contrato se le presenta como merecedor de ser celebrado. Sin embargo, si dichos motivos o móviles no pasaron, en la génesis del contrato, de meramente individuales, en el sentido de propios de uno solo de los contratantes, o, dicho con otras palabras, no se **objetivaron** y elevaron a la categoría de **causa concreta** de aquel, el error sobre ellos resulta irrelevante como vicio del consentimiento. Se entiende que quien contrata soporta un riesgo de que sean acertadas o no, al consentir, sus representaciones sobre las circunstancias en consideración a las cuales hacerlo le había parecido adecuado a sus intereses.

IV. Como se indicó, las circunstancias erróneamente representadas pueden ser pasadas, presentes o futuras, pero, en todo caso, han de haber sido tomadas en consideración, en los términos dichos, **en el momento de la perfección o génesis de los contratos** – sentencias de 8 de enero de 1962, 29 de diciembre de 1978 y 21 de mayo de 1997, entre otras –. Lo determinante es que los nuevos acontecimientos producidos con la ejecución del contrato resulten contradictorios con la regla contractual. Si no es así, se tratará de meros eventos posteriores a la generación de aquellas, explicables por el riesgo que afecta a todo lo humano.

V. Se expuso antes 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.

VI. Por otro lado, el error ha de ser, además de relevante, **excusable**. La jurisprudencia – sentencias de 4 de enero de 1982, 756/1996, de 28 de septiembre, 726/2000, de 17 de julio, 315/2009, de 13 de mayo – exige tal cualidad, no mencionada en el artículo 1266, porque valora la conducta del ignorante o equivocado, negando protección a quien, con el empleo de la diligencia que era exigible en las circunstancias concurrentes, habría conocido lo que al contratar ignoraba y, en la situación de conflicto, protege a la otra parte contratante, confiada en la apariencia que genera toda declaración negocial





seriamente emitida”

## **QUINTO.- Del LOS DEBERES DE INFORMACIÓN CONTRACTUAL/PRECONTRACTUAL; DEL CONTROL DE TRANSPARENCIA DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES; DE LA BUENA FE :**

En primer lugar, conviene no perder de vista que el carácter sinalagmático del contrato no impide, como ha destacado también la jurisprudencia, que deba exigirse a la entidad bancaria un deber de lealtad hacia su cliente conforme a la buena fe contractual, de acuerdo con la norma general del artículo 7 del Código Civil y 117 CCivil de Cat.

Señalado lo anterior, la normativa sectorial regula con detalle las obligaciones de información que debe cumplir la entidad sobre los productos y servicios que ofrece y así,

1.- Ley 26/1988, de 29 de julio (RCL 1988, 1656 y RCL 1989, 1782) , sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Su 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). Establecer que los correspondientes contratos se formalicen por escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación, en especial, las cuestiones referidas a *la transparencia de las condiciones financieras de los créditos o préstamos hipotecarios (...)* 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 (...)*

d). Dictar las normas necesarias para que la publicidad, por cualquier medio, de las operaciones activas y pasivas de las entidades de crédito incluya todos los elementos necesarios para apreciar sus verdaderas condiciones (...).

h). Determinar la *información mínima* que las entidades de crédito deberán facilitar a sus clientes *con antelación razonable* a que estos asuman cualquier obligación contractual con la entidad o acepten cualquier contrato u oferta de contrato, así como las operaciones o contratos bancarios en que tal información pre-contractual será exigible. Dicha información *tendrá por objeto permitir al cliente conocer las características esenciales de los productos propuestos y evaluar si estos se ajustan a sus necesidades y, cuando pueda verse afectada, a su situación financiera.*

2.- La Orden de 5 de mayo de 1994 (RCL 1994, 1322) que tenía por finalidad primordial, según su exposición de motivos, garantizar la adecuada información y





protección de quienes concierten préstamos hipotecarios , presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la *entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos y pretende asimismo facilitar al prestatario la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar* . Desde 2007 la Orden resulta de aplicación, por mandado de la Ley 26/1988, a todos los préstamos hipotecarios que recaigan sobre viviendas, aunque su cuantía sea superior a los 150.253,03.- euros fijados en su artículo primero, y supone para las entidades de crédito dos obligaciones básicas:

- a). La entrega del folleto informativo, regulada en el artículo 3: 1. Las entidades de crédito deberán obligatoriamente informar a quienes soliciten préstamos hipotecarios sujetos a esta Orden mediante la entrega de un folleto cuyo contenido mínimo será el establecido en el anexo I de esta norma .
- b). La entrega de la oferta vinculante, regulada en el artículo 5: " 1. Efectuadas la tasación del inmueble y, en su caso, las oportunas comprobaciones sobre la situación registral de la finca y la capacidad financiera del prestatario, la entidad de crédito vendrá obligada a efectuar una oferta vinculante de préstamo al potencial prestatario o, en su caso, a notificarle la denegación del préstamo. La oferta se formulará por escrito, y especificará, en su mismo orden, las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras señaladas en el anexo II de esta Orden para la escritura de préstamo. La oferta deberá ser firmada por representante de la entidad y, salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, tendrá un plazo de validez no inferior a diez días hábiles desde su fecha de entrega. 2. En el documento que contenga la oferta vinculante se hará constar el derecho del prestatario, en caso de que acepte la oferta, a examinar el proyecto de documento contractual, con la antelación a que se refiere el núm. 2 del art. 7, en el despacho del Notario autorizante .

Las normas específicas sobre préstamos en divisas de la citada Orden son las siguientes:

- a). El artículo 7.3.6. señala que en cumplimiento del Reglamento Notarial (RCL 1945, 57) y, en especial, de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, deberá el Notario, en el caso de que el préstamo esté denominado en divisas, advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.
- b). En el Anexo II, al regular la cláusula de amortización, se establece que dicha cláusula especificará, si se tratara de préstamos en divisas, las reglas a seguir para la determinación del valor en pesetas de cada cuota. En el mismo sentido, en la cláusula sobre intereses ordinarios se especificarán las reglas aplicables para el cálculo en pesetas del importe de los intereses. En la cláusula sobre









asunto C-26/13, declara, y la de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, ratifica, que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control. Pero, se añadía en la citada sentencia 241/2013, con la misma referencia a la sentencia anterior, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia. Este **doble control** consistía, según la sentencia núm. 241/2013, en que, además del **control de incorporación**, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, "conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el **control de transparencia**, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto **que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en las presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo**". Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, "la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato."

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







económico sobre el precio y la prestación, que pueda pasar inadvertida al adherente medio.

El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE conecta esta transparencia con el juicio de abusividad ("la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a (...) siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible"), porque la falta de transparencia trae consigo un desequilibrio sustancial en perjuicio del consumidor, consistente en la privación de la posibilidad de comparar entre las diferentes ofertas existentes en el mercado y de hacerse una representación fiel del impacto económico que le supondrá obtener la prestación objeto del contrato según contrate con una u otra entidad financiera, o una u otra modalidad de préstamo, de entre los varios ofertados.

Por tanto, estas condiciones generales pueden ser declaradas abusivas si el defecto de transparencia provoca subrepticamente una alteración no del equilibrio objetivo entre precio y prestación, que con carácter general no es controlable por el juez, sino del equilibrio subjetivo de precio y prestación, es decir, tal y como se lo pudo representar el consumidor en atención a las circunstancias concurrentes en la contratación.

**La STJUE de 30 de abril de 2014**, citada en el asunto C- 23/13, **en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo multidivisa**, confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que "la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no pueda reducirse sólo al carácter comprensible de ésta en un plano formal y gramatical" (párrafo 71), que esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva (párrafo 72) que del anexo de la misma Directiva resulta que tiene una importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo (párrafo 73 9, y concluir en el fallo que "el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, **la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada se aclara 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".

#### SEXTO.- EXAMEN DE LA PRUEBA:

En el caso autos se solicita la anulación de la cláusula segunda C) y D) del préstamo con garantía hipotecaria celebrado entre las partes en fecha 31/1/08 en las que se dispone -extractando las cláusulas- que la opción multidivisa que se acuerda podrá ejercitarse a petición de los prestatarios quien deberá notificar a la CAJA, antes de las 11 horas del tercer día hábil anterior al comienzo de un PERIODO DE INTERESES su deseo de ejercitar la opción y, consecuentemente, satisfacer la cuota correspondiente al próximo PERIODO DE INTERESES en euros o en una de las DIVISAS ALTERNATIVAS (divisa cuyo cambio haya sido publicado por Caja de Cataluña según la circular 8/90 del Banco de España). La cantidad de DIVISA ALTERNATIVA objeto de la presente opción será la necesaria para adquirir el importe equivalente del capital pendiente no vencido al tipo de cambio publicado por la Caja (como se dijo) de dos días hábiles antes de la fecha de inicio de cada periodo. El ejercicio de la opción se limita por remisión al pacto tercero bis, con el límite del pacto noveno.

En cuanto a la cláusula D) la misma dispone que "el ejercicio de la opción multidivisa no supone, en ningún caso, la elevación del importe del préstamo, ni reducción del importe en vigor, salvo caso de amortización, cualquiera que sea la causa, incluida la variación de tipo de cambio. Por tanto, el prestatario reconoce que el préstamo está formalizado en divisas, por lo que reconoce explícitamente los riesgos de cambio que puedan originarse durante la vida del préstamo, exonerando a la CAJA de cualquier responsabilidad derivada de dicho riesgo, incluida la posibilidad de que el contravalor en euros de la moneda en que se haya ejercitado la opción, pueda ser superior al límite pactado.

Por ello, el prestatario se obliga a mantener la equivalencia establecida en el pacto primero, entre la divisa prestada y su contravalor en euros, de forma que en ningún momento el capital pendiente de amortización en divisas, en un determinado periodo de intereses, represente un incremento de la deuda en euros que resulte del cuadro teórico de amortización que se anexa a este contrato según lo pactado en la letra A. Si la desviación es superior al 5% el prestatario se obliga a cancelar parcialmente el capital pendiente de amortización del préstamo al objeto de mantener dicha equivalencia. El incumplimiento de esta obligación es causa de vencimiento anticipado.

Pues bien, hay que comenzar por decir que es incontrovertido que las señaladas cláusulas fueron redactadas por la entidad financiera sin intervención





de los prestatarios y, por otro lado, que éstos tienen la condición de consumidores con arreglo a la normativa de consumidores y usuarios actual, Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre y la anterior regulación Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Por otro lado, la lectura de las cláusulas no permite afirmar ni que la redacción fuese clara, ni que fuera comprensible a fin de que los consumidores pudiesen conocer con sencillez tanto la carga económica como jurídica que suponía el mecanismo multidivisa. Efectivamente, desde el punto de vista gramatical o de redacción la cláusula SEGUNDA C) se muestra oscura pero es que, además, su lectura no permite conocer de forma clara cuál es la carga económica del contrato. Así, se hacen remisiones en el apartado c) (con la consecuente indefinición de la cláusula) y la redacción del apartado d) es un auténtico trabalenguas. Por otro lado, si bien se explica con relativa sencillez el funcionamiento de cambio de divisa, no puede obviarse que se hace por referencia a la publicidad realizada por Caja de Cataluña ("divisa cuyo cambio haya sido publicado por Caja de Cataluña", sin establecer el contrato cómo se puede conocer o dónde se da esa publicidad) y que, además, el acceso a esa información se refiere a un exiguo momento que se estipula: "al tipo de cambio publicado por Caja de Cataluña según la Circular 8/90 del Banco de España, de dos días hábiles (del Mercado de Divisas de Madrid) antes de la fecha en la que se inicia cada periodo de intereses. En suma, se acota la variable, pero no se explicita dónde publica la Caja ese tipo de cambio para que sea accesible directamente al consumidor en esa concreta (y exigua) franja temporal.

En otro orden de cosas, la cláusula SEGUNDA D) es no sólo ambigua, sino manifiestamente contradictoria cuando establece, por un lado, que "el ejercicio de la opción multidivisa no supondrá, en ningún caso, la elevación del importe del préstamo, ni reducción del riesgo en vigor, salvo en caso de amortización, cualquiera que sea la causa, incluida la variación del tipo de cambio;" mientras que en el párrafo siguiente se establece la obligación de mantener la equivalencia "de forma que en ningún momento el capital pendiente de amortización en divisas, en un determinado periodo de interés, represente un incremento de la deuda en euros (...)"

De cuanto se ha expuesto resulta que las cláusulas examinadas no superan el control de transparencia; esto es, el parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta que tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado (la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener) como 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).





Y, por tanto, procede declarar la nulidad de las cláusulas, aún cuando dados los términos del litigio, esto es, dado que la parte actora señala que concurrió vicio en el consentimiento, parece aconsejable examinar la prueba obrante en autos al efecto de concluir cuál fue la información suministrada que permitió, en su caso, pese a la oscuridad, ambigüedad y falta de transparencia expuesta, formar el cabal juicio de los demandantes.

En el caso hay que partir de que no se ha acreditado que los demandantes tuvieran conocimientos propios de la mecánica y operativa de la hipoteca multidivisa. La prestataria [REDACTED] dijo tener estudios de FP2 y [REDACTED] haber acabado la EGB; no consta que hubiesen contratado con anterioridad al préstamo objeto de autos otro de características análogas (en cuanto al mecanismo multidivisa) y bien al contrario, resulta de los autos que la contratación del presente trajo causa de la liquidación de previo préstamo hipotecario (convencional) que, según expusieron los demandantes, por lo elevado de las cuotas, no podían atender y por lo que, antes de caer en mora, fueron buscando soluciones y se dirigieron a la entidad demandada porque "les dijeron que eran gente muy amable".

En cuanto al modo en el que se desarrolló la información precontractual, la Sra Gómez dijo que a los sumo hubo un par de reuniones y los demandantes negaron haber recibido la oferta vinculante y ninguna clase de folleto y sin que se les ofertara un seguro para cubrir el riesgo de fluctuación del tipo de interés. Negaron también que se hicieran simulaciones, que se les advirtiera que el yen estaba en mínimos históricos, ni que se les explicaran los riesgos.

Junto a ello la testigo - ex empleada de la sucursal- Dña [REDACTED] comenzó por señalar que no recordaba ni a los clientes, ni la operación (por el tiempo transcurrido) y por lo que ofreció un testimonio genérico sobre el modo en el que solían celebrar tales operaciones. De su testimonio es destacable que la misma mostró sorpresa al ser preguntada si se ofertó un seguro para el riesgo de fluctuación de tipo, manifestando no recordarlo y señalando que eso no era habitual; que como mucho se compraba divisa de manera anticipada. Igualmente, la misma fue incapaz de contestar a las preguntas que se le formularon sobre la previsibilidad de evolución de tipos (plataformas) y de lo que se colige que las eventuales simulaciones manuales que dice realizó, fueron, en el mejor de los casos, deficientes por no ajustarse a un modelo real de evolución.

La entidad debía cerciorarse de que suministraba información precontractual suficiente para que se salvara la asimetría informativa que, necesariamente, existía y ello en orden a actuar con la lealtad y buena fe necesaria respecto de sus clientes, en cumplimiento de sus obligaciones informativas, cerciorándose





que tal información permitía al cliente conocer las características del contrato y si este se ajustaba a sus necesidades. En el caso no consta que suministrara toda la información de la que disponía y, sobre todo, no consta que se cerciorara de que había suministrado la información de forma que fuera comprensible y comprendida por los clientes.

La [redacted] dijo que al tiempo de contratar desconocía los riesgos afectantes al capital y preguntada por la parte demandada sobre la consulta del LIBOR y el documento nº6 dijo que hasta ese momento (una vez obtuvo asesoramiento) no lo había mirado.

De hecho, resulta especialmente relevante que de de la misma forma en la que se ha desarrollado la operativa se desprende el desconocimiento que los demandantes tenían de las características de la hipoteca; como dijo el perito de la demandada [redacted] es un producto "que permite utilizar el mercado como le convenga"; es un producto en el que "hay que entender que hay que hacer un seguimiento del cambio de monedas, para la optimización global" y de modo que "el origen de la mayor deuda es no haber utilizado el derecho a modificar la divisa".

Efectivamente, esta juzgadora es del parecer que la prueba palmaria de la falta de comprensión de las características y mecánica de funcionamiento del contrato es la falta de ejercicio del cambio de divisa. Ambos demandantes dijeron que en el 2011, ante la subida de la cuota que se había producido, fueron al Banco en busca de solución y entonces un empleado - [redacted] - les recomendó el cambio de divisa a francos suizos. Ese fue el único cambio de divisa, durante toda la vigencia del contrato, lo cual es contrario a la descripción del funcionamiento natural del mismo que hizo el señalado perito, [redacted] cuando dijo "has de ver las tendencias y hacer el cambio de divisa cuando no te permita optimizar la operación". Aún cuando ésta juzgadora discrepa de la valoración - ajena a su encomiendo profesional- que realizó acto seguido al concluir que "si no ejercitó este derecho fue porque no estuvo atento", ya que de la prueba practicada lo que resulta no es un defecto de atención por su parte, sino de información por la entidad - en los términos expuestos- del que derivó el vicio en el consentimiento en el que incurrieron los demandantes al tiempo de contratar.

En el señalado error concurren todos los requisitos jurisprudencialmente exigibles conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo en la materia de fecha enero de 2014: "el error debe ser calificado de esencial, relevante y excusable pues ello entraña un conocimiento sesgado, parcial e incompleto sobre el verdadero objeto contractual y la entidad financiera estaba obligada a suministrarle de forma comprensible y adecuada dicha información y de modo completo y sobre los concretos riesgos asociados al producto."





**SÉPTIMO.- CONSECUENCIAS DE LA NULIDAD:**

La consecuencia de lo expuesto en el fundamento anterior determina la declararción de nulidad parcial del contrato.

Efectivamente, cuando el contrato pueda subsistir sin la parte afectada de nulidad -por ser los contenidos afectados divisibles o separables del resto- siempre que sigan concurriendo los elementos esenciales del contrato que le permiten funcionar, procede aplicar el principio de conservación.

Concurren tales condiciones en este caso y, por tanto, el negocio puede subsistir como se deduce de la doctrina plasmada en las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que entendió que la nulidad de las cláusulas suelo en el caso analizadas no había de comportar la de los contratos en los que se insertaban, por no imposibilitar " su subsistencia "- y el TJUE de 30 de abril de 2014 -en relación, precisamente, a un préstamo hipotecario multidivisa - (en el mismo sentido, SSTTS de 12 de noviembre de 1987, 9 de mayo de 2013 y 12 de enero de 2015).

Conforme a lo expuesto: 1. se tendrá por no puesta la cláusula multidivisa (SEGUNDA C y D); 2. el efecto de dicha nulidad parcial será la subsistencia del negocio; 3. y la consideración de que la cantidad adeudada es el saldo resultante de la hipoteca referenciada en euros; 4. para ello el importe prestado referenciado a euros (que ascendió a 338.600 euros) se disminuirá con las cantidades amortizadas en concepto de principal e intereses también en su conversión a Euros, tomando como tipo de referencia en euros el de fecha 31/08/2008 y resultando de ello el capital pendiente de amortizar. A tal efecto, la demandada procederá a al recálculo y reliquidación.

**OCTAVO: COSTAS:** Conforme a lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por aplicación del principio del vencimiento, las costas se imponen a la demandada.

Vistos los preceptos citados y demás de legal y pertinente aplicación,

**FALLO**

**ESTIMAR SUSTANCIALMENTE la demanda interpuesta por la representación procesal de [REDACTED] y [REDACTED] contra CATALUNYA BANC SA**

**Y EN SU VIRTUD ACUERDO: ANULAR las cláusulas multidivisa PACTOS SEGUNDO C) y D) del contrato de préstamo con garantía hipotecaria celebrado entre las partes en fecha 31/01/2008 y en su virtud ACUERDO referenciar a euros el importe del capital prestado (338.600 euros) Y**



Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: https://ejusticia.gencat.cat/A/P/consultaCSV.html  
Cada Signet de Verificació consta d'un únic i únic codi de verificació.  
Signat per: [REDACTED]  
Data: 29/07/2016 09:26



**ACUERDO** que la demandada recalcule y reliquide todas las cuotas (amortización e intereses) referenciándolas a euros a la paridad existente en fecha 31/1/2008 y determinando el importe pendiente de amortización.

**Las costas causadas se imponen a la demandada.**

**Líbrese y únase testimonio de esta resolución a las actuaciones con inclusión del original en el Libro de Sentencias.**

**Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante éste Juzgado a resolver por la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona en el plazo de VEINTE DÍAS desde el siguiente a su notificación.**

**Modo de impugnación:** recurso de **APELACIÓN** ante la Audiencia Provincial de Barcelona (art.455 LEC).

El recurso se interpone mediante un escrito que se debe presentar en este Órgano dentro del plazo de **VEINTE** días, contados desde el siguiente al de la notificación, en el que se debe exponer las alegaciones en que se base la impugnación, citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre. Sin estos requisitos no se admitirá la impugnación (arts. 458.1 y 2 LEC).

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

La Magistrada



