

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA E INSTRUCCIÓN Nº 2 DE NOVELDA

JUTJAT DE 1a INSTÀNCIA I INSTRUCCIÓ NÚM. 2 DE NOVELDA

PALACIO DE JUSTICIA - AVENIDA DE LA CONSTITUCION,84 - 03660 NOVELDA (ALICANTE)
TEL: 965.31.59.23/24/25/27/28/29/30 FAX: 965.60.39.62 e-mail: nomi02_ali@gva.es

Procedimiento Ordinario [ORD] - 001080/2017

Dimana de:

Demandante /Demandant:

Procurador/a: I

C

Abogado/a / Advocat/a: MARTINEZ SOLER, JUAN FELIX y MARTINEZ SOLER, JUAN FELIX

Demandado/Demandat: CAIXABANK S A

Procurador/a: r

Abogado/a / A

SENTENCIA Nº 134/2019

En Novelda, a veintitrésde septiembre de dos mil diecinueve.

Vistos por mí, Dña. Jessica Tortosa Aparicio, Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Novelda, los presentes autos de juicio ordinario a instancia de la Procuradora en nombre y representación de Ma. n contra Caixabank S.A. en reclamación de declaración de nulidad radical o anulabilidad del contrato de préstamo hipotecario a interés variable con opción multidivisa con condena en costas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por demanda de fecha de registro 13 de diciembre de 2017, interpuesta por la Procuradora Carina Pastor Berenguer en nombre y representación de Rosalva Martínez Caixabank y D. Lorenzo Christian Ruíz Martínez contra Caixabank S.A. en reclamación de declaración de nulidad radical o anulabilidad del contrato de préstamo hipotecario a interés variable con opción multidivisa con condena en costas, se incoa el presente procedimiento de juicio ordinario, emplazando a la demandada para que conteste mediante decreto de 28 de diciembre de 2017, contestando la demandada en fecha 8 de febrero de 2018 a través del Procurador D. Lorenzo Christian Ruíz Martínez.

SEGUNDO.- En fecha 16 de marzo de 2018, se dicta diligencia de ordenación convocando a las partes para la audiencia previa, habiéndose celebrado ésta en

fecha 5 de noviembre de 2018. Las partes, tras afirmarse y ratificarse en sus respectivos escritos, fijar los hechos controvertidos, propusieron prueba, consistente en interrogatorio de parte, documental y testifical, convocándose a las partes a la vista para el día 16 de septiembre de 2019. El día señalado, se practicó la prueba propuesta y admitida, las partes efectuaron sus conclusiones valorando la misma, y tras ello, quedaron los autos vistos para dictar sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del presente procedimiento se han observado y cumplido las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora [redacted] en nombre y representación de [redacted] se interpone demanda contra Caixabank S.A. en la que se solicita se declare la nulidad radical o subsidiariamente la anulabilidad del contrato de préstamo hipotecario de fecha 13 de diciembre de 2007, la de la orden de venta de valores de Banco Valencia así como los distintos contratos y escritura de apoderamiento firmadas entre sus clientes y Banco Valencia o en su caso Caixabank S.A. En el acto de la audiencia previa la parte actora manifestó que el préstamo suscrito había sido amortizado anticipadamente. Solicitó la parte actora en fase de conclusiones que no procedía efectuar ningún pronunciamiento en cuanto a la vivienda como se efectuaba en el suplico dado que la misma había sido ya vendida durante la sustanciación de este procedimiento, solicitando en consecuencia una indemnización de 500.000 euros dado que ese fue el valor de tasación de la vivienda.

Por su parte, la demandada se opone a lo solicitado por los actores alegando caducidad de la acción, falta de litisconsorcio pasivo y en cuanto al fondo, sostiene la validez, legalidad y no abusividad de las citadas cláusulas, asegurando que los actores no tienen la condición de consumidores y que el banco cumplió diligentemente con sus obligaciones de información y documentación habiendo sido iniciativa de los demandantes la contratación del producto, solicitando con ello la desestimación de la demanda, con imposición de costas a la parte contraria.

SEGUNDO.- Con carácter previo, debe resolverse la excepción de caducidad alegada por la parte demandada, dado que la excepción de litisconsorcio fue resuelta en el acto de la audiencia previa en el sentido de desestimarla. Dicha excepción, la caducidad, ha sido ya resuelta por la jurisprudencia para supuestos idénticos al de autos, entre otras la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, en sentencia de fecha 20 de

diciembre de 2017: "Respecto de la caducidad de la acción de nulidad, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1.301 del Código Civil, en la instancia se estimó que, interpuesta la demanda en el mes de julio del año 2016, el actor fue conocedor de las consecuencias de la operación bancaria litigiosa, cláusula multidivisa, dada la apreciación del yen, moneda de referencia en el contrato, en el mejor de los casos en el año 2010, cuando, vistos los efectos de la contratación la protestó ante el Banco tal y como puso de manifiesto el testigo que depuso en el acto de Juicio, empleado de la demandada, por lo que declaró caducada la acción. Pues bien, el criterio defendido por la entidad demandada y acogido en la instancia, no puede ser compartido por la Sala, toda que en el supuesto de autos se estaría ante un caso de nulidad radical o absoluta, equivalente a la inexistencia contractual, cuya característica radica en la imposibilidad de producir efecto jurídico alguno y en la inexistencia de plazo alguno de caducidad o prescripción para el ejercicio de la acción correspondiente (S.T.S. 6-9-06), resultando inaplicable el art. 1.301 del C.C., ya que el plazo de cuatro años procede respecto de los contratos en los que concurren los requisitos del art. 1.261 del C.C., y las relaciones afectadas de nulidad absoluta no pueden convalidarse con el transcurso del tiempo al ser imprescriptible la acción de nulidad (S.s. T.S. 22-11-83, 25-7-91, 8-3-94, 27-2-97, 20-10-99, 21-1-00...). En consecuencia, siendo ello enteramente aplicable al supuesto que nos ocupa, procede la desestimación de la excepción planteada.

TERCERO.- Entrando a conocer sobre el fondo del asunto, solicita la parte actora se declare la nulidad radical o subsidiariamente la anulabilidad del contrato de préstamo hipotecario a interés variable con opción multidivisa concertado entre los demandantes y la demandada con fecha 13 de diciembre de 2007, y las posteriores contrataciones llevadas a cabo como consecuencia de la suscripción de este producto, esto es, la orden de venta de valores posterior con Caixabank S.A.

El Tribunal Supremo, define el préstamo hipotecario a interés variable con opción multidivisa del siguiente modo: "Lo que se ha venido en llamar coloquialmente "hipoteca multidivisa" es un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor, en concreto suele ser el Libor (London Interbank Offered Rate, esto es, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres)."

Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa

elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo. Esta modalidad de préstamo utilizado para la financiación de la adquisición de un activo que se hipoteca en garantía del prestamista, supone una dificultad añadida para que el cliente se haga una idea cabal de la correlación entre el activo financiado y el pasivo que lo financia, pues a la posible fluctuación del valor del activo adquirido se añade la fluctuación del pasivo contraído para adquirirlo, no solo por la variabilidad del interés, ligada a un índice de referencia inusual, el Libor, sino por las fluctuaciones de las divisas, de modo que, en los últimos años, mientras que el valor de los inmuebles adquiridos en España ha sufrido una fuerte depreciación, las divisas más utilizadas en estas "hipotecas multdivisa" 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. "No es desde luego gratuita la atribución de la naturaleza propia de derivado financiero que hace la STS. Pero aun cuando, como hemos visto, ello no sea así ya conforme a la doctrina del Tribunal de Justicia y del propio Tribunal Supremo, en absoluto se desgrava la complejidad del índice que supone el uso de una divisa distinta al euro porque implica referenciar mercados, tipos de cambio y mecanismos financieros no presentes en el caso de los préstamos por euros. Pues bien, eso que define el TS como "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" tiene en el caso que nos ocupa un claro reflejo en la redacción gramatical de las cláusulas clave del sistema multdivisa que entendemos colisionan con los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez requeridos tanto por la legislación de las condiciones generales de la contratación como la de la específica y tuitiva de protección de los consumidores.

Analizando la naturaleza de este producto, señala la jurisprudencia, entre otras la

Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante en fecha 17 de noviembre de 2017 lo siguiente: "(...) la relativa a la naturaleza del contrato de hipoteca multidivisas, lo que es relevante a la hora de determinar la legislación aplicable. Para resolverlo hemos de tener en cuenta el conflicto jurisprudencial que dimana del hecho de que la STJUE de 3 de diciembre de 2015, asunto C-312/14 ha venido a contradecir la STS 323/2015, de 30 de junio al considerar 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. Resuelve en concreto el Tribunal de Justicia en la interpretación de la Directiva relativa a los mercados de instrumentos financieros " 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.". Como ha puesto de relieve la doctrina, esta postura del TJUE es coherente con las conclusiones alcanzadas con carácter previo por diferentes organismos comunitarios. En efecto, tanto la Comisión Europea en su documento YourQuestionsonLegislation (pregunta 188, p. 94), como el Comité Europeo de Valores, predecesor de la actual Autoridad Europea de Valores y Mercados, en su documento YourquestionsonMIFID de 2007 (pregunta 118), concluyeron que los préstamos multidivisa no eran instrumentos financieros y, por tanto, no les era de aplicación a las entidades que los comercializaban las obligaciones de información y evaluación del artículo 19 de la Directiva MiFID. Así lo ha entendido también el Banco de España, tal y como refleja la respuesta que el organismo dio en el expediente R-201202682 recogido en la Memoria del Servicio de Reclamaciones del año 2012, en la que expresamente señaló que los préstamos multidivisa no eran productos de inversión sujetos a la normativa MiFID. Consecuentemente para el TJUE estas operaciones son puramente accesorias a la concesión y reembolso de un préstamo al consumo, descartando 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. Y es por ello que 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. De ello se extrae que si las operaciones de cambio de divisas realizadas por una entidad de crédito en el marco de un contrato de préstamo denominado en divisas no constituyen un servicio o una actividad de inversión, tampoco serán exigibles a las entidades bancarias que

comercializan préstamos multidivisa en España las obligaciones contenidas en el Capítulo I, Título de VII de la LMV, relativas a las normas de conducta aplicables a quienes presten servicios de inversión. Pero esta doctrina, como hemos adelantado, contradice la fijada por la Sentencia 323/2015 del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 30 de junio que concluyó que los préstamos multidivisa sí eran instrumentos financieros derivados relacionados con divisas y, por tanto, incluidos en el ámbito de aplicación de la LMV. Pero hay que tener en cuenta que la Sentencia del Tribunal Supremo es anterior a la dictada por el Tribunal de Justicia, lo que permitiría dar prevalencia en todo caso a la posterior del Tribunal de Justicia y por ella, corregida la afirmación realizada en la Sentencia mentada del Tribunal Supremo, pero también que el propio Tribunal Supremo ha corregido su postura, aquietándose en su reciente Sentencia 608/2017, de 15 de noviembre, a la doctrina del Tribunal de Justicia, dedicando a tal consideración el Fundamento jurídico quinto que titula " Cambio en la doctrina jurisprudencial establecida en la sentencia 323/2015, de 30 de junio" para concluir que en efecto, como dice el Tribunal de Justicia, las cláusulas del contrato de préstamo relativas a la conversión de una divisa no constituyen instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto del contrato sino únicamente una modalidad indisoluble de ejecución del propio contable. Es por ello que desde nuestro punto de vista debemos entender que el préstamo hipotecario multidivisa no es un instrumento financiero complejo.

No obstante ello, y en los términos que indica la jurisprudencia, entre otras la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia de fecha 20 de diciembre de 2017: "Por lo que respecta al fondo del asunto, pusimos de manifiesto en Sentencia nº 528/2017, de esta Sala de fecha 17 de octubre de 2017, Rollo 1170/2017 . Pte. Sra. Martorell Zulueta; "Este Tribunal ha tenido ocasión de examinar, en diversos casos y procedimientos la incorporación a los contratos de préstamo con garantía hipotecaria de la opción "multidivisa" determinante del conocimiento de estos negocios jurídicos bajo la denominación coloquial de "hipoteca multidivisa", como se apunta en la Sentencia de 21 de noviembre de 2016 (Rollo 1957/2016. Pte. Sr. Martínez Carrión). Amén de la resolución citada - en la que se hace un completo análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015 y de las Sentencias del Tribunal de Justicia de 3 de diciembre de 2015 asunto C-312/2014, y 30 de abril de 2014 asunto C-26/13 -, esta Sala se ha pronunciado nuevamente en Sentencia de 9 de marzo de 2017 (ROJ: SAP V 1364/2017 - ECLI:ES:APV:2017:1364; Pte. Sr. Caruana Font de Mora) y en Sentencia de 26 de junio de 2017 (Rollo 375/2017, Pte. Sra. Andrés Cuenca). Las sentencias de 21 de noviembre de 2016 y la de 26 de junio de 2017 estimaron la pretensión de nulidad ejercitada por los prestatarios demandantes con sustento en el vicio de consentimiento (en el primer caso), y en el incumplimiento del control de transparencia en lo concerniente a la incorporación de las cláusulas referidas a la opción multidivisa (en el segundo). Hemos de añadir ahora a cuanto se ha expuesto, el reciente pronunciamiento del TJUE de 20 de septiembre de 2017

(C-168/16 Ruxandra paula Andricuic y otros contra Banca Romanesca) que considera que la cláusula de que se trata forma parte del objeto principal del contrato por lo que su carácter abusivo debe examinarse con arreglo a la Directiva 93/13 en el supuesto de que no haya sido redactada de manera clara y comprensible. La obligación de reembolsar un crédito en una determinada moneda constituye un elemento esencial del contrato en la medida en se refiere a la propia naturaleza de la obligación del deudor, y recuerda que la existencia de claridad alcanza también a que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo a que se refiere la cláusula de que se trate, pues no cabe olvidar que el consumidor ha de estar en condiciones de valorar las consecuencias económicas que se deriven para él, siendo procedente el examen de todos los elementos que puedan incidir en el alcance de su compromiso. El Tribunal reitera el deber de las instituciones financieras de facilitar la información necesaria para que los consumidores puedan tomar decisiones fundadas y prudentes, por lo que la información debe referirse no sólo a la posibilidad de apreciación o depreciación de la divisa, sino también a los efectos en las cuotas de las variaciones del tipo de cambio y de una apreciación del tipo de interés de la divisa del préstamo. La entidad financiera debe exponer las posibles variaciones de los tipos de cambio y los riesgos inherentes a la suscripción de un préstamo en divisa extranjera, sobre todo en el supuesto de que el prestatario no perciba sus ingresos en esta divisa. Se indica cuanto antecede para poner de relieve la necesidad de análisis de las concretas circunstancias concurrentes al caso a fin de obtener las conclusiones aplicables, con sustento en los criterios que resultan de nuestros pronunciamientos procedentes, a cuyo contenido nos remitimos ahora, sin perjuicio de hacer los oportunos apuntes y transcripciones cuando proceda, para evitar, en la medida de lo posible incurrir en la dinámica - que censuramos - de soportar la fundamentación de los escritos forenses y resoluciones "en una suerte farragosa y excesiva de citas de distintas resoluciones a modo de soporte, sin despliegue alguno de vinculación de hechos y fundamentos aplicables, y con un exceso a todas luces innecesario de referencia al texto de las resoluciones, que incluye aspectos innecesarios, que ahondan en la confusión, más que solventarla" (Sentencia citada de 26 de junio de 2017)." Y, para cierre de cuanto antecede, es de conveniente cita la Sentencia dictada por el TS el pasado 15 de noviembre de 2017, (STS 608/2017) por la que se adapta la doctrina de la Sala Primera a la jurisprudencia del TJUE que, en el denominado caso Banif Plus Bank, consideró que las operaciones de cambio de divisa, accesorias a un préstamo que no tiene por finalidad la inversión, no constituyen un instrumento financiero distinto del propio préstamo, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste y, dado que la definición de los instrumentos financieros a efectos de la normativa sobre el mercado de valores es una cuestión regulada por el Derecho de la Unión, Directiva MIFID, que los tribunales españoles deben de aplicar de conformidad con la jurisprudencia del TJUE, se concluye que el préstamo hipotecario en divisas no es un instrumento financiero regulado por la LMV, situación que no excluye la sujeción de las entidades

financieras que conceden estos préstamos a las obligaciones de información que establecen las normas de transparencia bancaria y las de protección de consumidores y usuarios, en los casos en que el prestatario tenga la condición de consumidor. Desde lo expuesto, el Tribunal concluyó, en el supuesto objeto de la casación, que las cláusulas multdivisas no fueron objeto de negociación, que la entidad financiera no explicó adecuadamente a los prestatarios la naturaleza de los riesgos relativos a la denominación en divisas del préstamo y su equivalencia con el euro, razones generadoras de un grave desequilibrio para los clientes, que determinan la nulidad parcial de préstamo analizado y la eliminación de las referencias a la denominación del préstamo en divisas que pasa a ser un préstamo concedido en euros y que en dicha moneda debe de ser amortizado.

CUARTO.- No obstante ello, y pese a no tener la calificación de producto complejo en los términos indicados anteriormente, ello no libera a la entidad de informar correctamente a los demandados. Así, no constituye en modo alguno una pérdida de la posición del cliente-consumidor no experto pues, por un lado, y como dijo la sentencia del Tribunal Supremo indicada anteriormente "estos deberes de información responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el art. 7 del Código Civil y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el art. 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionársele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar.".

Por ello, es evidente que el conjunto de las cláusulas condiciones generales de la contratación están sometidas a los criterios de transparencia y abusividad a la que hace referencia la jurisprudencia a partir de la interpretación del art. 4 de la Directiva 93/13 que, en lo que hace a las cláusulas relativas al objeto principal del contrato, abre la puerta al examen de abusividad cuando las cláusulas no son transparentes.

En efecto, el artículo 4 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 establece que no es viable un control de contenido del objeto principal del contrato ni de la adecuación entre el precio y su contraprestación en el ámbito de las condiciones generales de contratación y cláusulas predispuestas. Pero permite, en el marco de los contratos con los consumidores, eliminar las cláusulas abusivas en el sentido del artículo 82 RDL 1/07 -TRLGCU- cuando causan desequilibrio, no en las contraprestaciones sino en los

derechos y obligaciones de las partes.

Esto no obstante, en su punto dos del citado precepto, se autoriza a que no obstante afectar una condición general a elementos esenciales del contrato, lo que incluye el precio, sea jurídicamente factible un control de inclusión y de transparencia, sentido en el que también se expresan los artículos 5.5 y 7 LCGC y 80-1 TRLGCU-. Y esta transparencia que implica, como resulta de la doctrina jurisprudencial actual - STS 18 de junio de 2012, 9 de mayo de 2013y 8 de septiembre de 2014, STJUE de 30 de abril de 2014-, que el cliente conozca o pueda conocer la carga económica que el contrato supone para él y la prestación que va a recibir de la otra parte, garantizando igualmente la adecuada elección del consumidor en aquellos cuya determinación se confía al mercado y a la competencia lo que supone, más allá de la claridad de los términos de la cláusula, una garantía para que el consumidor tenga la oportunidad real de comparar ofertas y alternativas en la contratación del producto.

Aplicando ello al supuesto que nos ocupa, y de la lectura de las cláusulas multidivisaslitigiosas se puede apreciar que las mismas no superan el control inicial, formal o primario del artículo 5 LCGC, dando por hecho que se supera el filtro negativo del art. 7-a) LCGC.Y es que teniendo en cuenta lo dispuesto en la *Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015* en la que se declara, entre otros extremos, que " *Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros*" al añadirse al riesgo de la variación del tipo de interés el riesgo de fluctuación de la moneda, identificando como riesgo específico el relativo a "*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*". Debe en consecuencia apreciarse que particular obligación de información de la entidad prestamista hacia su cliente, ya por aplicación del criterio sostenido por el Tribunal Supremo, ya por aplicación de los criterios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación a la protección del consumidor en el marco de interpretación de la Directiva 93/13 (Sentencia de 3 de diciembre de 2015) de manera que aún cuando no se encuadrara la operación como instrumento financiero complejo sería de aplicación la Directiva sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. No siendo objeto de controversia que los demandantes tienen la condición de consumidores, pues pese a las alegaciones llevadas a cabo por la demandada en el sentido del cargo que ostentaba la demandante en una empresa lo cierto es que en el acto de la vista manifestó la misma que su profesión es la de profesor y que la sociedad en la que aparece pertenecía a su ex marido, dedicándose él por completo a la misma y consta fácticamente ella; pero además no hay que olvidar que la hipoteca se hace en relación a la

vivienda habitual de los demandantes, y nada se dice de la sociedad la cual posee personalidad jurídica propia y no está vinculada en este contrato, debiendo destacar la profesión de los actores, él carnicero y ella profesora, por lo que no se vislumbra acreditación informativa alguna previa, ni suficiente ni bastante, sobre los riesgos derivados de la fluctuación de la moneda y su incidencia sobre el capital a devolver, pues no consta en las actuaciones, prueba alguna referente a que los actores fueron informados de esta u otras posibilidades y/o riesgos de plena incidencia sobre la contratación, no constan simulaciones de los posibles escenarios con los que el consumidor podía encontrarse para atender su obligación de restitución del capital recibido en préstamo en función de la fluctuación de los tipos de cambio de la divisa, y además no compareció el testigo propuesto por la parte demandada pese a su citación en legal forma que fue la persona que contrató el producto con los demandados. A tal efecto, no podemos reputar suficiente las menciones y advertencias notariales que constan en la escritura; y ello por cuanto de lo obrante en las actuaciones, solo se hace referencia al importe recibido en moneda extranjera, a la obligación de restituirlo en la misma moneda, a su contravalor en euros y a un conocimiento absolutamente genérico e indeterminado de los riesgos de la operación contratada. Sobre la materia se puso de manifiesto en las resoluciones antes citadas, que la falta de información precontractual no se suple con la información que el propio contrato pudiera suministrar al consumidor.

Así, y desde la perspectiva estricta de las condiciones generales de la contratación, en el análisis del control de incorporación ha de aplicarse primero el filtro negativo del artículo 7 de la LCGC conforme al cual no quedarán incorporadas al contrato las condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato y, salvado este primer filtro, es necesario superar un segundo filtro, ahora positivo, que es el previsto en este caso en los artículos 5.5 y 7 de la misma Ley: la redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, de modo que no quedarán incorporadas al contrato las que sean ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles.

El mismo razonamiento, aplicado ya a los contratos con consumidores, incluyan o no condiciones generales, nos conduce al artículo 80 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU), que regula los requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente en los siguientes términos: (i) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin renvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual. (ii) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido.

Dejando a un lado el primero de los filtros mencionados, art. 7-a), dado que pues cuando menos con ocasión de la firma notarial cabría entender que los consumidores adherentes sí tuvieron ocasión real de conocer las condiciones generales al tiempo de la celebración, aludiéndose de hecho en el recurso a que las cláusulas multidivisa "afloraron" con ocasión de la firma del contrato, hemos de recordar que con respecto al segundo de los filtros, la STS nº 241/2013, de 9 mayo, considera suficiente que la parte predisponente acredite la puesta a disposición y la "oportunidad real de conocer el contenido de dichas cláusulas" para superar este control, independientemente de que el adherente o el consumidor realmente las haya conocido y entendido", haciendo referencia a la transparencia gramatical de la cláusula, de modo que las cláusulas generales deberán ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez.

Por ello solo cuando se trata de cláusulas con una redacción clara, concreta y sencilla, que permitan una comprensión gramatical normal y que el consumidor o adherente haya tenido oportunidad real de conocerla al tiempo de la celebración del contrato, es dable considerar superado el control de incorporación del art. 5 y 7 LCGC, y solo entonces abierta la puerta para el examen del segundo control de transparencia que es el relativo a la comprensión real de la condición general cuando estamos ante contratos suscritos por consumidores, puesto que en el caso de un contrato suscrito entre profesionales y empresarios la transparencia documental de la cláusula, es suficiente a efectos de incorporación.

Como se dijo el 20 de abril de 2001 en el Dictamen del Comité Económico y Social las cláusulas que no sean objeto de negociación individual sólo pueden considerarse aceptadas por el consumidor cuando éste haya tenido oportunidad de conocerlas y de aprehender su significado antes de la conclusión del contrato a cuyos efectos las cláusulas contractuales deben redactarse de manera legible, clara y unívoca, y ser inteligibles para un consumidor medio que ponga la diligencia normal de un "bonus pater familias", so pena de considerarlas nulas y sin efecto.

Pues bien, las cláusulas sobre riesgo-coste de la comisión de cambio de la divisa, del tipo de interés aplicable y sobre la determinación del tipo de cambio, no superan el primer control de incorporación dado que no son transparentes, claras, concretas y sencillas sino todo lo contrario al menos para no experto o con experiencia mínima en el sector, imposibilitando la comprensión por simple lectura a cualquier consumidor medio sin conocimientos específicos del sistema multidivisa que es, en sí mismo considerado, un instrumento tal complejo que como hemos indicado llega incluso a la STS de 30 de junio de 2015-ya referenciada- a calificar a la hipoteca multidivisa de instrumento financiero aunque haya dicho el Tribunal de Justicia -como asumimos- que no sea tal, característica reiterada en la STS 608/2017, donde el Tribunal recuerda que "la normativa MiFID no sea aplicable a estos préstamos hipotecarios denominados en divisas no obsta a que el préstamo hipotecario en divisas sea considerado un producto complejo a efectos del control de

transparencia derivado de la aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, por la dificultad que para el consumidor medio tiene la comprensión de algunos de sus riesgos."

Pues bien, si tenemos además en cuenta los requerimientos hechos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y en particular, por la Sentencia de 30 de abril de 2014, asunto C-26/2013, relativo a un caso de contrato de crédito al consumo en divisas extranjeras, que afirma que "En relación con una cláusula contractual como la cláusula III/2, 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, cuyo efecto es elevar los gastos del servicio financiero a cargo del consumidor, en apariencia sin límite máximo, de 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 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".

La conclusión que se alcanza es que las cláusulas en cuestión no superan el primero de los filtros o controles requeridos por el art. 5 LCGC pues, como resulta evidente, el consumidor medio tendrá serias dificultades en entender desde el mecanismo pactado para calcular la divisa de referencia (que se hace con base en tres presupuestos sustentados, según la cláusula, en referencias externas, a saber, 1) en los cambios operativos para el Banco en el momento de la conversión, 2) en la existencia de una coincidencia con los publicados en el tablón de anuncios del propio banco y, 3) en la exigencia de que sean los operativos para operaciones de cualquier importe publicados conforme a la normativa vigente al tiempo de la conversión), hasta la forma de calcular el interés dado que la cláusula se remite al tipo de referencia de francos suizos a un momento determinado y los francos suizos será el que resulte de "los tipos de interés publicados por la Agencia Reuter que se identifica en la pantalla con las siglas FRBD", lo que entendemos, son referencias que no están al alcance del consumidor, habiéndole prácticamente imposible que conozca el modo de calcularse su interés, siéndole de hecho prácticamente imposible que pudiera calcularlo por sí mismo sin ayuda externa.

Es por ello por lo que debe obviarse el análisis del segundo de los filtros, solo valorable cuando la cláusula es transparente en el sentido del art. 5 citado, conclusión que no puede tener otro efecto que el de entender que las cláusulas en cuestión se han de tener por no puestas.

QUINTO.- Dado el vicio contractual estimado, es de aplicar el artículo 1303 del Código Civil,. Ahora bien, teniendo en cuenta que la hipoteca ya está cancelada como

consecuencia de la amortización, las partes deberán restituirse recíprocamente lo satisfecho, más los intereses que correspondan, es decir, la parte demandada deberá restituir a la parte actora lo pagado por gastos de constitución y cancelación del préstamo e inversión, comisiones de apertura, gastos y el importe invertido en los fondos del propio banco, así como las cuotas pagadas al banco relativas al préstamo, y la parte actora deberá restituir a la demandada el capital del préstamo realmente recibido de 400.000 euros, y aquellos importes que se hayan podido recibir como rendimientos o pago por parte del banco, con los intereses que correspondan.

En fase de conclusiones, la parte actora solicitó una indemnización por daños y perjuicios que cifró en 500.000 euros dado que este es el valor de la vivienda y que tuvo que ser vendida por los demandantes, no pudiendo acoger este extremo dado que el mismo fue alegado en fase ya de conclusiones y el mismo no se contenía ni en la demanda ni tampoco se hizo mención alguna en el acto de la audiencia previa, debiendo en consecuencia tenerlo por no puesto y con ello desestimar dicha petición por extemporánea.

SEXTO.-En virtud del artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de costas, y teniendo en cuenta que no se ha acogido una última petición efectuada por los actores en fase de conclusiones, se entiende que la demanda está estimada íntegramente y por ello procede la condena en costas a la parte demandada, Caixabank S.A.

Vistos los preceptos citados y los demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Estimando la demanda interpuesta por la Procuradora Dña. Carina Pastor Berenguer en nombre y representación de D. Víctor Ortega Álvarez, contra Caixabank S.A. debo declarar y declaro la nulidad del préstamo multidivisa con garantía hipotecaria suscrito entre Banco de Valencia S.A. (ahora Caixabank S.A.) y Dña. Rosalyn Margaret Carman y D. Terry Carman en fecha 13 de diciembre de 2007, autorizada por el notario de Teulada D. Víctor Ortega Álvarez, protocolo 2.667, y de las obligaciones de suscripción de fondos de inversión de la entidad demandada dimanantes del mismo, debiendo restituirse las partes recíprocamente satisfecho, más los intereses que correspondan, es decir, la parte demandada deberá restituir a la parte actora lo pagado por gastos de constitución y cancelación del préstamo e inversión, comisiones de apertura, gastos y el importe invertido en los fondos del propio banco, así como las cuotas pagadas al

banco relativas al préstamo, y la parte actora deberá restituir a la demandada el capital del préstamo realmente recibido de 400.000 euros, y aquellos importes que se hayan podido recibir como rendimientos o pago por parte del banco, con los intereses que correspondan.

Debiendo condenar en costas a Caixabank S.A.

Notifíquese la presente resolución a las partes, así como que la misma es susceptible de recurso de apelación, a interponer en este Juzgado en el plazo de veinte días a contar desde la notificación, y del que conocerá la Audiencia Provincial de Alicante.

Líbrese certificación de la presente sentencia para su unión a autos, con incorporación de la original en el Libro de Sentencias.

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

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido firmada, leída y publicada por la Juez que la suscribe, estando celebrando Audiencia Pública el día señalado.

Doy fe.