



Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Barcelona

Avenida Gran Via de les Corts Catalanes, 111, edifici C, planta 11 - Barcelona - C.P.: 08075

TEL.: 935549450
FAX: 935549550
EMAIL: instancia50.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801942120168088919

Procedimiento ordinario 461/2016 -C1

Materia: Juicio ordinario por cuantía

Cuenta BANCO SANTANDER:

Beneficiario: Juzgado de Primera Instancia nº 50 de Barcelona

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

Pagos por transferencia IBAN en formato electrónico: ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta

Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Pagos por transferencia IBAN en formato papel: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. Concepto: Nº Cuenta Expediente del Juzgado (16 dígitos)

Procurador/a:
Abogado/a:

Parte demandada/ejecutada: BANCO BILBAO
VIZCAYA ARGENTARIA SA
Procurador
Abogado/a:

SENTENCIA Nº 120/2017

Magistrado: Carlos Puigcerver Asor

Lugar: Barcelona

Fecha: 28 de julio de 2017

Vistos por mí, Carlos-R. Puigcerver Asor, Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 50 de los de Barcelona, los autos de juicio ordinario nº 461/2016 seguidos a instancia del Procurador de los Tribunales don

en nombre y representación de la

que actúa en defensa e interés de su asociado don
bajo la dirección de la Letrada doña

contra BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.,

representada por el Procurador de los Tribunales don

asistida en su defensa técnica por el Letrado don

nulidad de clausulado multidivisa, se ha dictado la presente resolución con fundamento en los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador de los Tribunales don
nombre y representación de

que actúa en defensa e interés de su asociado don
presentó demanda de juicio ordinario contra BBVA,

S.A., en la que solicitaba que se dicte sentencia por la que:

- a) Se declare la nulidad parcial de la escritura de préstamo en divisas con garantía hipotecaria de fecha 20 de abril de 2007 en cuanto a la opción multidivisa contenida en las estipulaciones PRIMERA, SEGUNDA y

Codi Segur de Verificació: TAEBN1UJ2TWAU7S3B10KD4Y65M4VPT0

Signat per Puigcerver Asor, Carlos.

Doc. electrònic generat amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/ajp/consulte/its/CSV.html>

Data i hora: 28/07/2017 19:31





TERCERA y demás cláusulas accesorias por falta de transparencia y tener el carácter de abusivas.

- b) Se condene a la entidad demandada a estar y pasar por la anterior declaración de nulidad parcial y a eliminar del contrato de préstamo en divisas la opción multidivisa contenida en las estipulaciones PRIMERA, SEGUNDA y TERCERA y demás cláusulas accesorias o derivadas de esta.
- c) Se condene a la entidad demandada a recalcular las cuotas de amortización del préstamo desde el momento de la suscripción del mismo, teniendo en cuenta los pagos efectuados por D. en su contravalor en euros y a fijar definitivamente en euros el capital pendiente de amortizar, aplicando como tipo de interés de referencia el Euribor más el diferencial del 1%, conforme al pacto tercero bis del contrato.
- d) Se condene a la entidad demandada a la restitución a de las cantidades que han sido abonadas en exceso, por aplicación de la opción multidivisa y las cláusulas relacionadas con esta, por amortización del capital, intereses y comisiones por el cambio de moneda, así como por el aumento del capital pendiente de amortizar, más los intereses legales devengados de dicha cantidad desde las respectivas fechas de cobro hasta su completa devolución según lo dispuesto en el artículo 1.108 CC.

Con carácter subsidiario, en defecto de lo anterior, que se declare la nulidad parcial de la escritura de préstamo en divisas con garantía hipotecaria de fecha 20 de abril de 2007 en cuanto a la opción multidivisa contenida en las estipulaciones PRIMERA, SEGUNDA y TERCERA y demás cláusulas accesorias por error y dolo en el consentimiento prestado y que la cantidad debida por don es el saldo pendiente referido en euros que resulte de disminuir del importe prestado de 170.000 euros la cantidad amortizada en concepto de principal e intereses también convertidos a euros, y se condene igualmente a la demandada a lo peticionado en los apartados c) y d) del suplico.

Subsidiariamente a las dos anteriores, se declare la resolución parcial de la escritura de préstamo en divisas con garantía hipotecaria de fecha 20 de abril de 2007 en cuanto a la opción multidivisa contenida en las estipulaciones PRIMERA, SEGUNDA y TERCERA y demás cláusulas accesorias en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.124 y 1.101 CC, por incumplimiento de la obligación de informar, actuar con lealtad, buena fe y diligencia, y se condene igualmente a la demandada a lo peticionado en los apartados c) y d) del suplico.

- e) Condenar a la demandada al pago de las costas causadas en el presente procedimiento.

SEGUNDO.- Por decreto de fecha de 6 de junio de 2016 fue admitida a trámite la demanda, teniendo por personado y parte al citado Procurador de los Tribunales en nombre y representación de la parte actora, acordándose dar

Codi Segur de Verificació: TAE68N1UZTUVU7G32B10XQJMS3MYP10

Signat per Puigcorrer-Aisori, Carles

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://sijusticia.gencat.cat/AF/consultarCSV.html>

Data i hora: 23/07/2017 19:21





traslado de la demanda a la demandada y emplazarla para contestarla en el plazo de 20 días.

La parte demandada contestó a la demanda mediante escrito de 13 de julio de 2016, solicitando la desestimación con expresa condena en costas.

TERCERO.- El 17/01/2017 se celebró la audiencia previa, compareciendo las partes y fijando las cuestiones jurídicas controvertidas.

A continuación, la parte demandante propuso como prueba la documental consistente en los documentos que ya obran en las actuaciones y la pericial de don ; por su parte, la demandada propuso como prueba la documental, consistente en los documentos que ya obran en las actuaciones y las testificales de D^a

renunciando a la primera por escrito de 10 de mayo de 2017.

Se convocó a las partes para celebrar el acto de juicio el día 15 de junio de 2017.

Llegado dicho día comparecieron ambas partes, se practicó la prueba admitida, no renunciada y, tras la formulación de las conclusiones, quedaron los autos conclusos y vistos para sentencia.

CUARTO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Pretensiones de las partes.-

La representación de la que actúa en defensa e interés de su asociado don ejercita una acción de nulidad parcial y de reclamación de cantidad respecto del préstamo en divisas con garantía hipotecaria de fecha 20 de abril de 2007, en cuanto a la opción multidivisa contenida en las estipulaciones PRIMERA, SEGUNDA y TERCERA y demás cláusulas accesorias o derivadas de ésta, suscrito con la demandada por entender que estamos ante un producto de inversión que no se explicó convenientemente al actor, incumpliendo la obligación de información del funcionamiento real de la cláusula, por lo que no supera la misma el doble control de transparencia y debe ser declarada nula por abusiva, todo ello en atención a la normativa de defensa de los consumidores y de condiciones generales de la contratación. Subsidiariamente, se solicita la nulidad por vicios del consentimiento, y subsidiariamente a las dos anteriores, que se declare la resolución parcial de la escritura en virtud de lo dispuesto en el artículo 1124 y 1101 CC. Con todo, solicita la nulidad de la citada cláusula, la devolución de cantidades y expresa imposición de costas.

Por su parte, la mercantil demandada se opone a las pretensiones de adverso sobre la base de que se trata de una cláusula totalmente válida y lícita, que ha sido libremente negociada por las partes y no impuesta o predispuesta en el contrato de préstamo. Se indica que la cláusula no es abusiva, que no hay error ni dolo como vicios del consentimiento y que tampoco se puede solicitar la





resolución parcial del contrato ex 1124 CC, por lo que no procede la nulidad de la cláusula multidivisa impugnada, solicitando la desestimación de la demanda con imposición de costas a la actora.

Segundo.- Antecedentes fácticos no controvertidos

No son hechos controvertidos y, además, así resultan de la prueba documental practicada, los siguientes:

1. D. _____) suscribió con la entidad Catalunya Banc, S.A. (ahora, BBVA, S.A.) el 20/04/2007 un contrato de préstamo hipotecario multidivisa (documento nº 8 de la demanda) ante el Notario _____ z, con el número _____ de su protocolo.
2. La cláusula primera fija el capital del préstamo, por importe de 280.717,60 francos suizos, por su contravalor en 170.000 euros. La cláusula segunda determina la amortización: devolución del capital en 30 años por medio de 120 cuotas trimestrales, a partir del 20 de abril de 2007 hasta el 20 de abril de 2037, y posibilidad de satisfacer la cuota correspondiente al próximo periodo de intereses en una divisa alternativa con notificación previa. Seguidamente, la cláusula tercera fija los intereses ordinarios. Durante el primer periodo (1r trimestre) el tipo de interés nominal aplicable es del 3,33917%. Finalizado este primer periodo hasta la total amortización del préstamo, el interés nominal aplicable es el que resulta de sumar un diferencial de 1% al Líbor.
3. La opción de cambio de divisa ha sido ejercitada por el prestatario dos veces. La primera el 20 de abril de 2010, cuando el prestatario solicitó cambiar el saldo pendiente del préstamo hipotecario de francos suizos a euros. La segunda, el 18 de enero de 2013, cuando el prestatario solicitó cambiar de euros a libras esterlinas.

Tercero.- Préstamo multidivisa y la acción de nulidad por falta de transparencia de las cláusulas

La parte actora ejercita, en primer lugar, una acción de impugnación del clausulado multidivisa del contrato de autos por entender que no son transparentes de conformidad con lo dispuesto en la Ley 13/1998 de Condiciones Generales de Contratación.

3.1. Naturaleza del contrato

La hipoteca multidivisa, se describe con acierto por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la Sentencia nº 323/2015 de 30 de junio de 2015 como: *"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)".

Sin embargo, en opinión de este Tribunal, dicha sentencia yerra, al igual que los demandantes, a la hora de definir su naturaleza jurídica, en concreto al definirlo como un instrumento u operación financiera, derivada y compleja, tal y como examinaremos a continuación.

En primer lugar, estamos de acuerdo en considerar el préstamo hipotecario multidivisa como un producto financiero.

Así, en las normas internacionales de contabilidad -NIC nº 32, adoptada por la UE mediante el Reglamento nº 1126/2008 e incorporada en España al Plan General de Contabilidad, como norma 9ª, por el Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre- se define como instrumento financiero aquel contrato que da lugar, simultáneamente, a un activo financiero - entre ellos el efectivo- en una entidad y a un pasivo financiero -entre otros, la obligación de entregar efectivo- y es evidente que un préstamo, sea o no de multidivisa, genera en el prestatario y en el prestamista, recíproca y simultáneamente, el nacimiento de un activo y un pasivo.

Ahora bien, lo que no podemos admitir es que, por el mero hecho de calificar la hipoteca multidivisa, en cuanto préstamo, como instrumento financiero, debemos entender que dicho producto se encuentra en el ámbito de aplicación de la Ley del Mercado de Valores de 1988 o la vigente de 2015 (en adelante, LMV), pues en el artículo 2 de cualquiera de sus versiones, lejos de definir lo que es un instrumento financiero, enumera a qué instrumentos financieros es aplicable y, en dicha relación, no figura la operación financiera que nos ocupa.

Se dirá, no sin razón, que la citada sentencia del Pleno del Tribunal Supremo considera la hipoteca multidivisa como un instrumento financiero derivado y éstos sí se incorporan a la relación del citado artículo 2 de la LMV, sin embargo, debemos negar la mayor, es decir, que la hipoteca multidivisa deba de ser considerada como un instrumento financiero derivado.

Volviendo a las normas de contabilidad, en la citada NIC nº 32, en la GA (guía de aplicación) 16 se define el instrumento financiero derivado como aquellos que: *crean derechos y obligaciones que tienen el efecto de transferir, entre las partes implicadas, en el instrumento, uno o varios tipos de riesgos financieros inherentes a un instrumento financiero primario subyacente. En su inicio, los instrumentos financieros derivados conceden a una parte el derecho contractual a intercambiar activos financieros o pasivos financieros con la otra parte, en condiciones que son potencialmente favorables, o conceden la obligación contractual de intercambiar activos financieros o pasivos financieros con la otra parte, en condiciones que son potencialmente desfavorables. Generalmente, sin embargo, no se produce la transferencia del instrumento financiero primario subyacente al comienzo del contrato, ni tampoco tiene necesariamente que producirse al vencimiento del mismo. Algunos instrumentos incorporan tanto un derecho como una obligación de realizar un intercambio. Puesto que las condiciones del intercambio se establecen en el momento del nacimiento del instrumento derivado, dichas condiciones pueden convertirse en favorables o desfavorables a medida que cambien los precios en los mercados financieros.*





Por otra parte, la norma 9ª, que incorpora la NIC nº 32, del Plan General de Contabilidad de 2007 (aprobado por Real Decreto 1514/2007), establece que un instrumento financiero derivado es aquel que cumple las características siguientes:

1. Su valor cambia en respuesta a los cambios en variables tales como los tipos de interés, los precios de instrumentos financieros y materias primas cotizadas, los tipos de cambio, las calificaciones crediticias y los índices sobre ellos y que en el caso de no ser variables financieras no han de ser específicas para una de las partes del contrato.

2. No requiere una inversión inicial o bien requiere una inversión inferior a la que requieren otro tipo de contratos en los que se podría esperar una respuesta similar ante cambios en las condiciones de mercado.

3. Se liquida en una fecha futura.

Finalmente, en la doctrina se define como un contrato por el que una parte se compromete a comprar y otra a vender un determinado bien en una fecha fija futura o a ejercitar un derecho de opción a comprar un determinado bien (activo subyacente) en una fecha fija futura o a realizar un intercambio de determinados bienes en una fecha fija futura, caracterizándose este tipo de contratos porque el bien objeto del mismo es un bien cuyo valor fluctúa en algún mercado financiero, lo que conlleva un riesgo asociado de ganancia o pérdida que las partes intentan distribuir entre ellas fijando un valor a ese bien en el momento de la contratación, de tal manera que cuando se lleve a cabo el intercambio futuro o se ejercite la opción en el futuro se pagará el precio fijado en el momento de la celebración del contrato y no el que tenga el bien objeto del contrato en el momento de cumplimiento de las obligaciones.

Como podemos ver, pues, la hipoteca multidivisa se parece al instrumento financiero derivado en que la parte de amortización del capital de la cuota mixta tiene en cuenta un bien cuyo valor fluctúa en el mercado de divisas, sin embargo, se diferencia en que en la hipoteca multidivisa la prestación no es determinada como en el caso del instrumento financiero derivado -al valor en el momento de la contratación- sino determinable -el valor en el momento de la prestación, valor que se tendrá en cuenta tanto para determinar el capital pendiente como la cuota de amortización-.

Finalmente, tampoco estamos ante un producto financiero complejo en el sentido de la LMV, pues no se coherencia con ninguna de las características o productos que se enumeran en artículo 217.3.3 LMV 2015 (art. 79 bis 8 LMV 1988), todo ello sin perjuicio de sostener que estamos ante un contrato complicado de entender.

Especial mención hay que hacer a la Sentencia de 3 de diciembre de 2015, dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), en el asunto C-312/2014, que en relación con este tipo de contratos consideró que no son instrumentos financieros, ni de futuros, ni un derivado financiero, ni su concesión es un servicio de inversión o auxiliar, ni una operación de cambio de divisas, a los que resulte de aplicación las obligaciones de información previstas en el artículo 4, apartado 1, punto 2 d la Directiva 2004/39, al contrario, un contrato de este tipo, constituye una modalidad de ejecución del contrato de préstamo.

Por todo ello, para resolver el caso que nos ocupa no deberemos aplicar la LMV.

Codi Segur de Verificació: TAE68N1UZTWU7G32B1OKDJV9GMVPTO

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://justicia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Data i hora 28/07/2017 19:31

Signat per Puigcerver Asor. Carlos;





3.2. De la condición de consumidor.

Tanto la Ley 26/1984 de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios como la Ley 7/1998, de 13 de Abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante, LCGC) desarrollaron, por un lado, el art. 51 de la Constitución Española (en adelante, CE), que exige a los poderes públicos que garanticen la defensa de los consumidores y usuarios y, por otro, las diversas directivas comunitarias que pretenden idéntica finalidad, entre ellas, tiene especial relevancia la Directiva 1993/13/CEE.

Con posterioridad, por medio del Real Decreto Legislativo 1/2007 se aprobó el vigente texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante LGDCYU 2007).

En el presente caso, se discute el perfil del cliente, pero no la condición de consumidores de los demandantes, como no podría ser de otra manera.

Así, la Directiva 1993/13/CEE establece en su artículo 2 b) que tendrá la consideración de consumidor toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, concepto que se ve ampliado por el artículo 3 LGDCYU 2007 al incluir a las personas jurídicas que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, ampliación que tiene su amparo en el artículo 8 de la citada Directiva que permite que las disposiciones nacionales mejoren la protección de los consumidores europeos.

En el caso de autos, el contrato de préstamo multidivisa es celebrado entre una entidad de crédito que se dedica profesionalmente a la concesión de préstamos como el que nos ocupa y dos particulares para la adquisición de una vivienda y dos plazas de garaje, sin que conste que dicho acto se enmarque en el seno de una actividad empresarial, comercial o profesional.

3.3. Del carácter de condición general de la contratación del clausulado multidivisa y de las condiciones que deben reunir.

Sentado lo anterior, la acción persigue la nulidad por falta de transparencia del clausulado multidivisa de la operación de financiación, clausulado cuya caracterización como condición general de la contratación tampoco es controvertida, ni ofrece duda.

La LCGC establece en su artículo 1 que son condiciones generales de la contratación las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de su autoría, su apariencia externa, su extensión y cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos.

La referida ley es de aplicación a los contratos que contengan dichas condiciones generales y se hayan celebrado entre un profesional o predisponente y una persona física o jurídica o adherente -artículo 2-, sujetos a la legislación española -artículo 3, aunque existen excepciones- y no excluidos por el artículo 4.

Por otra parte, en su artículo 5 se exige que hayan sido incorporadas y aceptadas por el adherente y que su redacción sea clara, concreta, sencilla y transparente, refiriéndose el artículo 5 de la Directiva 1993/13/CEE a la exigencia de claridad y comprensibilidad.

Además, en el artículo 8 de la LCGC dispone que serán nulas las condiciones generales de la contratación abusivas incorporadas a contratos con





consumidores, entendiéndose por abusivas las definidas en el artículo 10 bis y en la disposición adicional primera de la Ley 26/1984.

La LGDCYU en su artículo 80-1-c) prohíbe que, en los contratos con consumidores y usuarios en los que existan cláusulas no negociadas individualmente, se inserten cláusulas abusivas y, en particular, establece que las cláusulas no negociadas individualmente deberán cumplir los requisitos de: a) concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual; b) entrega del documento o copia acreditativo de la contratación; c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que excluye la utilización de cláusulas abusivas.

El artículo 82 de la LGDCYU, y el artículo 3 de la Directiva 1993/13, define las cláusulas abusivas como aquellas estipulaciones no negociadas individualmente -la carga de la prueba de la negociación es del empresario- que en contra de las exigencias de la buena fe causen en perjuicio del consumidor un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Dicho carácter abusivo deberá apreciarse teniendo en cuenta la naturaleza del bien o servicio objeto del contrato, las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como las demás cláusulas del contrato o de otro del que dependa -en el mismo sentido se pronuncia el artículo el 4 de la Directiva 1993/13-.

No obstante, considera que son abusivas las cláusulas referidas en las categorías de los actuales artículos 85 a 90: a) vinculen el contrato a la voluntad del empresario; b) priven de los derechos básicos del consumidor; c) determinen falta de reciprocidad en el contrato; d) impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba; e) resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato, o f) contravengan las reglas sobre competencia y derecho aplicable.

Finalmente, la Directiva 1993/13 contempla en su anexo un listado indicativo de cláusulas abusivas.

3.4. De si el clausulado multidivisa puede ser objeto del control de abusividad

Una de las cuestiones que se han planteado con relación al clausulado multidivisa es si incurre en la prohibición de control del artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE que indica que *"la apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible"*.

Precisamente sobre esta cuestión se ha pronunciado el TJUE en la sentencia de fecha de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, en la que en relación a la expresión "objeto principal del contrato" entiende que únicamente abarca una cláusula contenida en un préstamo multidivisa conforme a la cual la

Codi Segur de Verificació: TAE66N1UZTWU7G32B1QKD.V9G.MIYPTO

Signat per Puigserver Asor, Carlos;

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/IAPI/consultaCSV.html>

Data i hora 28/07/2017 19:31





cotización de venta de esa divisa se aplica para el cálculo de cuotas de devolución del préstamo, si se aprecia que esa cláusula establece una prestación esencial de ese contrato.

Asimismo, dicha sentencia establece que la apreciación de si define o no el objeto principal del contrato corresponde al tribunal que esté examinando la cláusula, debiendo para ello atender a la naturaleza, sistema general y las estipulaciones del contrato, así como a su contexto jurídico y de hecho.

Finalmente, concluye que dicha cláusula tampoco puede calificarse como comprensiva de una "retribución" cuya adecuación como contrapartida a la prestación del prestamista no pueda ser apreciada en relación a su carácter abusivo, pues estipula la obligación pecuniaria para el consumidor de pagar en devolución del préstamo los importes derivados de la diferencia entre la cotización de venta y la de compra de la divisa extranjera.

Cierto es que dicho Tribunal, tal y como se expresa en la sentencia nº 225/2017 de la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, sólo examinó la parte del clausulado que se refería a la forma de calcular las cuotas mensuales y que quizá la respuesta hubiera sido diferente si el tribunal se hubiese pronunciado sobre el núcleo de la cláusula.

No obstante, aún en el caso de que considerásemos que dicho clausulado sí define el objeto principal del contrato o la adecuación de la retribución a la prestación que constituye su contrapartida, la exclusión del análisis de su abusividad sólo actuaría si las cláusulas fueran claras y comprensibles, lo que supone, no sólo la comprensibilidad formal y gramatical, sino también que el consumidor pueda evaluar las consecuencias económicas a su cargo, tal y como ha afirmado el TJUE en la referida sentencia de 30/04/2014 asunto C-26/13.

Así, dicho tribunal, razona que el artículo 5 de la Directiva 1993/13/CEE establece que las cláusulas deberán estar redactadas de forma clara y comprensible y que es fundamental que el consumidor pueda disponer antes de la celebración del contrato de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias que para él tiene la contratación, pues en función de dicha información decidirá quedar o no quedar vinculado contractualmente.

A este concepto amplio de la comprensibilidad se refiere la sentencia nº 241/2013 del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2013 manifestando que el control de transparencia supone que: *el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.*

Finalmente, la expresada STJUE de fecha de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 señala que el examen de comprensibilidad en relación a la cláusula multidivisa debe determinar si, a la vista de la publicidad e información recibida del prestamista en el marco de la negociación, el consumidor medio -normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso- podía, no sólo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de compra y de venta de una divisa extranjera, sino evaluar las importantes consecuencias económicas que para él tenía la aplicación del tipo de cambio de venta de la divisa para el cálculo de las cuotas de devolución a cuyo pago estaría obligado y,





por tanto, el coste total de su préstamo. Lo que implica, a los efectos del redactado de la cláusula, que exponga con claridad, comprensibilidad y transparencia el funcionamiento concreto de conversión de la divisa extranjera y la relación entre el mecanismo de conversión y las cláusulas que regulan la contraprestación o consecuencias económicas a cargo del consumidor.

Cuarto.- Control de inclusión o incorporación y de transparencia.

En nuestro caso, aunque considerásemos que no es necesario el doble control de transparencia para poder valorar la abusividad, al haber afirmado que la cláusula multidivisa no se encuentra en el ámbito del artículo 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, sin embargo, al haber pedido la actora la nulidad, no solo por abusividad, sino por falta de transparencia, procederemos a efectuar, en primer término, dicho control de transparencia formal y material.

El primer control a realizar es el de incorporación en los términos de los artículos 5 y 7 de la LCGC. Así, en el análisis del control de incorporación se trata de aplicar, en primer lugar, el filtro negativo del artículo 7 de la LCGC: 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. Salvado ese 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.

Al estar en presencia de una condición general, un primer control a realizar es el de incorporación. Considero que se cumple con los requisitos de incorporación del art. 5.5 y 7 de la LCGC (transparencia, claridad, concreción y sencillez) por el propio redactado de la cláusula. La cláusula primera fija el capital del préstamo, por importe de 280.717,60 francos suizos equivalentes a 170.000 euros. Por tanto, ya se determina que la divisa objeto del préstamo es extranjera, concretamente el franco suizo.

A continuación, la cláusula segunda determina la amortización: devolución del capital en 30 años por medio de 120 cuotas trimestrales, a partir del 20 de abril de 2007 hasta el 20 de abril de 2037, y posibilidad de satisfacer la cuota correspondiente al próximo periodo de intereses en una divisa alternativa con notificación previa. Así, queda redactado de forma clara en el apartado c de la cláusula segunda lo siguiente: *OPCION MULTIDIVISA: el prestatario notificará a la CAJA, antes de las 11 horas del tercer día hábil anterior al comienzo de un periodo de interés, su deseo de ejercitar la opción y consecuentemente satisfacer la cuota correspondiente al próximo PERIODO DE INTERES en euros o en una de las DIVISAS ALTERNATIVAS (divisa cuyo cambio haya sido publicado por la Caja de Cataluña según Circular 8/90 del Banco de España)*". Del redactado de la cláusula y del hecho de que D.

cambió hasta en dos ocasiones de divisa queda patente que la misma era clara y comprensible desde un punto de vista gramatical.

Tras superar el control de incorporación debe superarse el denominado control de transparencia material o segundo control de transparencia, para poder considerar que una cláusula es válida. No basta con que una cláusula sea clara y comprensible (primer control). Es necesario que el consumidor sea informado

Codi Segur de Verificació: TAE66N1UZTWU7G32B1OKDJV9GMYPPTO

Signat per Puigserver Asor, Carlos;

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Data i hora 28/07/2017 19:31





para la «comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato» (f 215, STS 241/2013).

Es un control que se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato y que tiene por objeto que el adherente o consumidor conozca o pueda conocer con sencillez, en primer lugar, la carga económica que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial a cambio de la prestación económica que se quiere obtener; y, en segundo lugar, la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los presupuestos o elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación o distribución de los riesgos de la ejecución o desarrollo del mismo.

Como anticipamos en el fundamento de derecho anterior, el TJUE en sentencia de fecha de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13 nos define cuál debe ser el objeto del examen de comprensibilidad de una cláusula multidivisa, en concreto, debemos determinar si un consumidor medio -normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso- podía, no sólo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de compra y de venta de una divisa extranjera, sino evaluar las importantes consecuencias económicas que para él tenía la aplicación del tipo de cambio de venta de la divisa para el cálculo de las cuotas de devolución a cuyo pago estaría obligado y, por tanto, el coste total de su préstamo. Lo que implica, a los efectos del redactado de la cláusula, que exponga con claridad, comprensibilidad y transparencia el funcionamiento concreto de conversión de la divisa extranjera y la relación entre el mecanismo de conversión y las cláusulas que regulan la contraprestación o consecuencias económicas a cargo del consumidor.

En el caso de autos, este Tribunal considera plenamente acreditado que el actor conocía perfectamente el tipo de producto que estaba contratando, siendo clara su voluntad de contratar un préstamo multidivisa, cuyas consecuencias económicas y jurídicas conocía perfectamente.

Manifiesta el actor que no pudo conocer la naturaleza y funcionamiento del préstamo que contrataba, pues no se le facilitó la oferta vinculante, ni se le efectuaron simulaciones, sin embargo, en la fase previa a la contratación el actor contó con el asesoramiento de SL a la que acudió para que le informara y asesorara sobre el producto, acudiendo, posteriormente, a la entidad de crédito para su contratación, tal y como se reconoce en la propia demanda. Asimismo, en el caso que nos ocupa no era obligatorio facilitar dicha oferta -OM 05/05/1994-.

Además, lo anterior se ve reforzado por el hecho de que el cliente ejercitó hasta dos veces la opción multidivisa, en la segunda ocasión, con el asesoramiento externo de la mercantil SL -documentos nº 11 a 13 de la demanda-.

Es más, en el año 2010, después de ejercitar el primer cambio, su préstamo ya estaba referenciado al Euribor y la moneda era el Euro y, aun así, volvió a asumir los riesgos de la fluctuación de las divisas, ordenando un nuevo cambio de divisa, en concreto a Libras Esterlinas, en enero de 2013, lo que implicó el cambio del tipo de referencia al LIBOR.

En definitiva, en palabras del Tribunal Supremo, nos encontramos con el caso de un cliente que, conociendo el componente de elevada aleatoriedad del contrato y la naturaleza de sus riesgos, considera que puede obtener ganancias





derivadas de estas características, sin embargo, yerra en el cálculo y al contrario de lo que previó obtiene pérdidas y no ganancias -Sentencia nº 323/2015 del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo-.

Quinto.- Sobre el error y dolo en el consentimiento.

Entrando, pues, a conocer sobre la nulidad por vicio en el consentimiento causado por error, la doctrina sentada por nuestro Tribunal supremo exige para que podamos hablar de error como vicio del consentimiento que la voluntad del contratante se hubiera formado a partir de una creencia inexacta, que el error sea esencial, en el sentido de que recaiga sobre aquello que hubiera sido determinante para la celebración del contrato y que el error sea excusable, entre otras, deben citarse la Sentencia nº 626/2013 de 29 de octubre de la Sala de lo Civil, Sección 1ª del Tribunal Supremo que en un caso de nulidad de contratos bancarios por error nos recuerda la doctrina del Tribunal Supremo sobre la materia y las Sentencias nº 625/2016 de 24/10/2016, las nº 603/2016 y nº 605/2016 de 06/10/2016, la nº 102/2016 de 25/02/2016, la nº 840/2013 de 20/01/2014, las nº 384/2014 y nº 385/2014, ambas de 07/07/2014, la nº 110/2015 de 26 de febrero y las nº 535/2015 y nº 563/2015, ambas de 15/10/2015.

En el caso que nos ocupa, no podemos si quiera partir de la primera premisa, es decir de la existencia de error o representación equivocada, pues, como hemos dicho en el fundamento de derecho cuarto, el actor comprendió perfectamente que estaba contratando un préstamo en divisas, en concreto en francos suizos y de qué manera podía ejercitar la opción, de hecho, lo hizo hasta en dos ocasiones, la primera en el año 2010, por lo que no podemos afirmar que se hubiera representado equivocadamente la naturaleza del préstamo y las consecuencias jurídicas y económicas que se derivaban de la cláusula multividiva.

Es más, en todo caso, el conocimiento del error, de haberlo sufrido, debía fijarse temporalmente en el año 2010 cuando realiza la primera opción de cambio de divisa y, por tanto, la acción estaría caducada por el transcurso de 4 años.

Finalmente, no se ha realizado prueba alguna que nos pueda conducir a apreciar la existencia de una actuación dolosa por parte de la entidad demandada.

Sexto.- De la resolución (parcial) por incumplimiento

Como última acción en la cadena de acciones subsidiarias, se ejercita la de que se denomina por la actora "resolución parcial por incumplimiento", utilizando como único razonamiento que conforme al artículo 1124 del Código Civil cabe resolver una parte de un contrato cuando es incumplido, habiéndose incumplido la obligación de informar, actuar con lealtad, buena fe y diligencia. Sin embargo, este Tribunal no comparte tal consideración, pues el efecto pretendido no encuentra cobijo en la acción prevista en el citado artículo 1124 CC.

Séptimo.- Costas.-

Conforme a lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento

Codi Segur de Verificació: TAEEN1UZTWU7G32B1OKDJV9GMJYPTO

Signat per Puigcerver Asor, Carlos;

Doc. electrònic garantit amb signatura-e. Adreça web per verificar: <https://ejusticia.gencat.cat/AP/consultaCSV.html>

Data i hora 28/07/2017 19:31





Civil en los procesos declarativos, la desestimación de la demanda determinará la condena de la actora al pago de las costas.

En el presente caso, nos encontramos ante una desestimación de la demanda que determina la imposición a la actora de la condena al pago de las costas.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLO

Que desestimo, íntegramente, la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales don [redacted] en nombre y representación de la [redacted], que actúa en defensa e interés de su asociado don [redacted] contra la entidad BBVA S.A. y, en consecuencia, absuelvo a la demandada de todas las pretensiones contra ella ejercitadas, todo ello con expresa condena a la actora al pago de las costas causadas a la demandada en el presente proceso.

MODO DE IMPUGNACIÓN: cabe recurso de apelación (455 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que será interpuesto ante este Juzgado en el plazo de veinte días, que será sustanciado y resuelto por la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado ante este Juzgado en el plazo de veinte días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación exponiendo el apelante las alegaciones en las que base la impugnación, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna (artículo 458 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Llévese el original de esta resolución al Libro de Sentencias Civiles que al efecto existe en la Secretaría de este Juzgado.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en esta instancia, lo pronuncio, mando y firmo en nombre de Su Majestad el Rey de España Felipe VI.



