Administración de Justicia

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 101 BIS CLÁUSULAS- DE MADRID
C/ Gran Vía 12
Tfno: 914937071
Fax: 917031648
42020310

NIG: 28.079.00.2-2017/0097735
Procedimiento: Procedimiento Ordinario 216/2017
Materia: Cláusulas GRI - Multidivisa

Demandante:
PROCURADOR Dña. MARIA EUGENIA GARCIA MONTERO
Demandado: CAIXABANK SA
PROCURADOR D. JAVIER SEGURA ZARIQUIEY

BASILEA ABOGADOS

SENTENCIA Nº 1887/2018

Magistrada/Juez que la dicta: Dña. Mª Paz García Aburuza
En Madrid, a 4 de mayo de 2018

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO. Por la representación procesal de la parte actora se interpone demanda frente a Caixabank por los motivos que en la misma se contienen. Mediante Decreto de 28-6-17 se admite a trámite la demanda dando traslado a la parte demandada para su contestación, cosa que hace en tiempo y forma convocándose a las partes a la celebración de la Audiencia Previa correspondiente (Diligencia de 17-11-17). Celebrada ésta con el contenido que consta en el soporte audiovisual, y tras todas la actuaciones procesales que constan, se señala como día para la celebración del juicio el 25 de abril de 2018. En esta fecha se celebra el mismo practicándose la prueba admitida en su momento y alegando cada parte lo que a su derecho convino, quedando visto para sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Por la parte actora se interpone demanda frente a la entidad bancaria Caixabank. Y ello en tanto que ambas partes habrían suscrito un

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12400541145881494979 40

Madrid
Firmado digitalmente por IUSMADRID
Emitido por CAMERFIRMA CORPORATE SERVER II - 2015
Fecha 2018.05.17 14:13:32 CEST

contrato de préstamo hipotecario el 24-6-08, ejercitando de forma principal acción de anulabilidad del clausulado multidivisa incorporado al mismo, por vicio en el consentimiento. Y de forma subsidiaria se suplica la declaración de incumplimiento de las obligaciones de transparencia, información y lealtad por parte del banco, condenando a éste a indemnizar por los daños producidos por esos incumplimientos.
Además suplica la nulidad absoluta de las cláusulas incorporadas al contrato relativas al vencimiento anticipado y a los intereses de demora.
En cuanto a la demandada alega que la actora estaba bien informada del funcionamiento de la hipoteca con elemento multidivisa. Que suscribió este contrato para obtener una financiación más ventajosa. Que el producto era equilibrado en el momento de su contratación. Que si hubiera habido error el mismo sería inexcusable. Que la acción estaría caducada, ya que entiende que *el dies a quo* de la misma es aquél desde el que pudo ejercitarse, aquél desde el que las partes tuvieron cabal conocimiento de los hechos que sustentan la acción ejercitada. Y así entiende que ello se habría producido con los recibos de las cuotas hipotecarias (extractos) en cuanto son causa bastante para comprender los riesgos y el funcionamiento del préstamo; que las cláusulas son equilibradas; o que no habría acreditado la condición de consumidora.

SEGUNDO. Así las cosas, se habría suscrito entre las aquí partes un contrato de préstamo hipotecario en divisas en junio de 2008. En primer lugar, se analiza la ejercitada acción de anulabilidad basada en vicio del consentimiento y en relación con el elemento multidivisa. Y es que la hipoteca multidivisa es un producto destinado a la financiación, esto es, a obtener un préstamo que se garantiza con una hipoteca con el fin de adquirir una vivienda (en este caso) sobre la que recae esa garantía. Y es un producto complejo en cuanto a sus mecanismos internos de funcionamiento y lo que los mismos suponen. La STS 608/2017, de 15-11, adapta precisamente al Derecho de la Unión (STJUE 3-12-15 asunto Banif Plus Bank) las operaciones de cambio de divisa accesorias a un préstamo que no tiene por finalidad la inversión, que no constituyen instrumento financiero distinto del propio préstamo, sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de éste. De este modo, la hipoteca multidivisa no se define como instrumento financiero y por tanto, no se rige por la normativa MIFID y no está sujeta a la Ley de Mercado de Valores.
Pero aunque ello sea así no se excluye que los bancos deban dar información según las normas bancarias. Y es que la "cláusula" multidivisa sería objeto principal del contrato sobre el que aplicar ese deber de transparencia, siendo producto complejo en relación a ese control, aplicándose los efectos de la STJUE 20-9-17 (asunto Andriciuc). De tal que aunque un adherente medio

BASILEA ABOGADOS

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12400541145881494979 40

pueda prever el riesgo de un cierto incremento de las cuotas de amortización por efecto de la fluctuación de las monedas sin necesidad de una especial información, no ocurriría lo mismo con otros riesgos asociados a este tipo de hipotecas. En ellas, la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado, lo que determina que, pese al pago de las cuotas de amortización periódica, el prestatario puede adeudar un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo. Incluso, aunque se cumpla la obligación de pago de las cuotas, el banco puede dar por vencido anticipadamente el préstamo si el euro se devalúa (por encima de ciertos límites) sobre la divisa extranjera. Además de usar un índice de referencia (el LIBOR) poco conocido por el consumidor medio español (SAP Madrid secc. 12 de 15-12-16 o SAP Madrid secc.11 de 26-9-16 o SAP Toledo de 27-9-17).

TERCERO. Por tanto, habrá que comprobar si en el caso concreto el banco explicó o no adecuadamente la naturaleza de los riesgos asociados a la denominación en divisas del préstamo y su equivalencia con el euro, que es la moneda en la que el prestatario recibe sus ingresos, ni las graves consecuencias asociadas a la materialización de tales riesgos. Y con ello ver si se pudo producir o no un vicio en el consentimiento.
Y es que no sólo se podría llegar a abonar cuotas superiores en un 50% al importe de la cuota inicial, pese a la bajada del tipo de interés, sino que además, al haber hecho uso el banco de la facultad de vencimiento anticipado ante la imposibilidad de seguir pagando, la cantidad que se reclama en euros como capital pendiente de amortizar, en un eventual proceso de ejecución hipotecaria, supera significativamente la cantidad que habría sido ingresada en la cuenta del prestatario en euros por la concesión del préstamo.
Si todos estos aspectos no se manifiestan de forma clara por el prestamista, se produce una falta de información que puede llegar a viciar el consentimiento, en contra de las reglas de la buena fe, puesto que al ignorar los graves riesgos que entrañaría la contratación del préstamo, no pudieron comparar la oferta del préstamo multidivisa con otros préstamos agravándose la situación económica y jurídica del prestatario, firmando algo que realmente no era lo que creían.
De este modo, aunque exista la posibilidad de cambio de divisa, lo que podría suponer un cierto mecanismo de limitación del riesgo de fluctuación en los casos de previsible apreciación de la divisa en un futuro próximo, no elimina los riesgos mencionados ni dispensa al banco de su obligación de transparencia en la información precontractual y en la redacción de las cláusulas.

CUARTO. Y es que la hipoteca multidivisa es una cuestión tratada tanto a nivel nacional como europeo, no olvidando la STS 241/13, de 9-5, y sobre todo

BASILEA ABOGADOS

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12400541145881494979 40

la STJUE 30-4-14 (asunto Káslerné Rábai C-26/13). En ésta se recuerda la importante cuestión que el capital que se amortiza no es el que fue entregado en euros, sino el calculado en yenes (o en la divisa que sea), por lo que el importe a devolver puede ser revaluado de manera constante en función de los tipos de cambio, de tal que pese al pago de las cuotas no se produce una amortización efectiva de la deuda en euros si el contravalor en yenes se ha revalorizado.

Y es que en toda en toda contratación debe estar presente la buena fe con los clientes, exigiendo ésta (art.7 CC) de una conducta ética significada por los valores de honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atenimiento a las consecuencias de todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena (STS 21-9-87). Las STS 30-1-03 y de 12-7-02 interpretan el concepto de buena fe desde la perspectiva del art.1258 CC, como comportamiento leal y justo, de acuerdo con los principios que la conciencia social considera como necesarios aunque no se hayan formulado por el legislador, ni establecidos en costumbre ni contenidos en un contrato (STS 22-9-97), y responde a la protección de la confianza ajena (STS 2-10- 00) y a la protección de la palabra dada y la conducta seguida (STS 21-11-03).

Con todo ello, se exige a las entidades diligencia y transparencia en interés de sus clientes cuidando de los mismos, dando información imparcial, clara y no engañosa, comprensible, advirtiendo de los riesgos del producto, con redacción de cláusulas claras (art.5.5 LCGC), sin comportamientos desleales entendidos como todos aquéllos objetivamente contrarios a las reglas de la buena fe (art.1 Ley de Competencia Desleal) o sin informaciones falsas o veraces que induzcan o puedan inducir a error (art.5 LCD), de tal que en las relaciones con clientes va contra la buena fe todo lo que vaya contra las prácticas honestas del mercado entendidas como que se distorsione o pueda distorsionar su comportamiento (art.4 LCD).

Y no proceder así sería contrario también a las buenas prácticas bancarias, ya que el banco tiene la obligación de informar positivamente y no de mera disponibilidad (STS 8-7-14), no siendo especialmente determinante la formación del prestatario (salvo que la misma fuera específica en este campo bancario, lo que no sería el caso al tratarse de una administrativa, una enfermera o un instalador de fibra óptica según parece-doc.2-), al efecto de presuponerle conocimientos financieros ni una especial cualificación para comprender el alcance de una cláusula (STS 29-4-15 y SAP Madrid (13ª) de 28-3-16).

Y toda esta obligación de información por el prestamista es esencial para que el prestatario pueda tomar decisiones fundadas y prudentes, no sólo desde un

BASILEA ABOGADOS

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12400541145881494979 40

punto de vista gramatical y formal, sino en relación a la posibilidad de conocer sobre la depreciación o la apreciación valorando las consecuencias económicas de sus obligaciones financieras (STS 23-12-09, de 9-3-17, 8-6-17, de 9-5-13).

QUINTO. Por tanto, hay que ver si en este caso se informó a la actora adecuadamente del riesgo que tenía el préstamo y las posibles consecuencias derivadas de ello. Y si el banco además de informar adecuadamente en los términos que ha de hacerlo como se ha ido exponiendo en los fundamentos de la presente Sentencia, se cercioró sobre que el cliente comprendía el alcance jurídico y económico de lo que firmaba actuando bajo parámetros de buena fe, si se respetaron los niveles de lealtad y buena fe.

Y es que la hipoteca en divisas, por todo lo dicho en cuanto a su naturaleza y características, es un producto muy complejo (como indica también el Informe aportado como doc.5 demanda) y con un alto riesgo que debería haberse vedado por los bancos a ciertos perfiles de clientes si quería actuar como un leal empresario respetando las reglas de la buena fe, como pueden ser los relativos a prestatarios medios sin especial formación financiera, que únicamente pretenderían hacer frente a la financiación que precisaban para adquirir (o construir) un inmueble.

Dicho esto, hay que estar a la acción de anulabilidad ejercitada, es decir, si hubo error como vicio del consentimiento (art. 1303 CC). Y es que es elemento esencial del contrato la existencia de un consentimiento válido (art.1261 CC), produciéndose en caso contrario un vicio que supondría la nulidad del contrato (art.1265 CC), constituyéndose el error como vicio de la voluntad que da lugar a la formación de la misma sobre la base de una creencia inexacta, que además ha de ser esencial (determinante de la voluntad declarada) e inexcusable (que no puede ser evitado con una diligencia media) como contienen las STS de 12-11-04, 24-1-03…, reiterando la jurisprudencia (STS 10-6-05, 20-7-06…) que los hechos determinantes de la apreciación del consentimiento han de ser inequívocos, es decir, que con toda evidencia los signifiquen (STS 7-6-86), sin posibilidad de dudosas interpretaciones (STS 13-2-78).

En primer lugar hay que entrar en el asunto de la **caducidad** de la acción que se alega por la demandada. Sobre tal cuestión se ha venido produciendo

BASILEA ABOGADOS

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12400541145881494979 40

disparidad de criterios en las distintas Audiencias Provinciales, entendiendo unas que procede la estimación de la misma al haber transcurrido el periodo de 4 años al que se refiere el art.1301 CC (SAP Sta. Cruz de Tenerife de 18-5-12, SAP Vizcaya 30-9-11..). Sin embargo otras consideran que la consumación en las obligaciones sinalagmáticas está en el total cumplimiento de las pretensiones de ambas partes y siendo de tracto sucesivo no habría consumación hasta la última liquidación practicada (SAP Castellón de 20-6-13) o el completo transcurso del plazo que se concertó (SAP Barcelona 29-9-12). Otras consideran que se estaría ante un vicio insubsanable para incardinar en la nulidad radical (SAP Madrid 3-9-12), o bien que el *dies a qu*o comienza cuando la parte detecta efectivamente el error sufrido (SAP Sta. Cruz de Tenerife de 24-1-13). Ante tal disparidad hay que acudir a la interpretación acerca del momento de la consumación de los contratos, conteniendo la STS 11-6-03 que en relación con el plazo de 4 años que contempla el art.1301 CC en los casos de error, dolo o falsedad de la causa, aquél ha de correr desde la consumación, esto es, hasta la realización de todas las obligaciones (STS 27-3-89), no pudiéndose confundir momento de la consumación con el de la perfección en los contratos, de tal que la consumación sólo tiene lugar cuando están completamente cumplidas las prestaciones de ambas partes (STS 5-5-83), conteniendo la STS 24-6-1897 en relación a los contratos de tracto sucesivo que el término para impugnar el consentimiento prestado por error en liquidaciones parciales de un préstamo no empieza a correr hasta que aquél ha sido satisfecho por completo. En esta línea están las SAP León de 9-4-14, Badajoz de 23-6-14, Valencia de 23-6-14…y las SAP de la Audiencia de Valladolid de 3-3-14 (sección 1ª) o de 23-9-14 (sección 3ª), o la STS 769/2015, de 12-1.

Y es que la cuestión ha sufrido un vaivén, de tal que la STS de 29-6-16 fija el momento en aquél en el que el cliente tuviera cabal conocimiento de lo contratado. Y la STS 12-7-17 alteró la propia doctrina del Tribunal al contener que el *dies a quo* sería aquél en el que el cliente percibe la primera liquidación negativa, lo que se alejaba del concepto de consumación contenido en el art. 1303 CC. Por ello, para zanjar la cuestión la STS 89/2018, de 19-2, que contiene que el *dies a quo* sería el de la fecha de vencimiento de producto, pues sería su doctrina tratar de impedir que la consumación del contrato (a estos efectos) quede fijada antes que el cliente haya podido tener conocimiento de la existencia del vicio-error (aunque en este caso se trate de swaps). Por ello entiende que hay que estar al momento del agotamiento del contrato, de su extinción. Pues se entiende que en cierto tipo de contratos no se recibe en un único momento puntual una prestación esencial con la que se pueda identificar la consumación, pues se van produciendo liquidaciones variables en función de

BASILEA ABOGADOS

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12400541145881494979 40

la evolución del interés, etc. Y es en el momento del vencimiento cuando tiene lugar el cumplimiento de prestaciones por ambas partes y la efectiva producción de las consecuencias del contrato, momento inicial del cómputo. Y corrige así su propia postura, entendiendo que no se puede adelantar el cómputo a un momento anterior a la consumación por el hecho que el cliente que padece el error pueda tener conocimiento del mismo, lo que iría en contra del art. 1303 CC.

Dicho esto, parece en este caso que la acción (con un plazo de 4 años) no habría caducado puesto que el cómputo se fijaría en el momento del vencimiento del contrato, no habiéndose aquí agotado pues aún sigue vivo y está vigente, caracterizándose por liquidaciones periódicas variables, repetidas, que van reviviendo el contrato sucesivamente, ya que la prestación no tendría (ni tuvo) lugar en un único momento, finalizando el contrato en 2037.

Con ello hay que entrar en el fondo del asunto y ver si se produjo un error en la actora: y para ello se atiende si hubo una suficiente explicación sobre el funcionamiento del producto, al efecto que el prestatario tuviera correcto conocimiento del mismo y no firmara un producto creyendo que era otra cosa distinta. En el acto del juicio el empleado del banco, D. Vicente, manifiesta que se le informó sobre el producto, aunque a continuación manifiesta "que no se hacían escenarios para ver cómo fluctuaban las divisas" y que no recuerda si se hizo oferta vinculante o no porque la misma sólo se comenzó a hacer desde un cierto momento.

Y toda esa información se entiende que hay que darla en la fase precontractual, pues es conforme a lo que se informe o advierta ahí cuando se puede producir el vicio, y cuando se toma la decisión de contratar de forma equivocada al creer que el producto era otra cosa que la que realmente era.

Y es que atendiendo a todo lo dicho aquí acerca de las características de la hipoteca multidivisa, es complicado que alguien pueda aceptar tener que devolver más capital del que le fue entregado, o que se le venza el préstamo anticipadamente, con lo que ello significa, si hay una cierta variación como se ha expuesto. Incluso aunque el préstamo fuera atractivo por un más ventajoso importe de cuotas, pues de poco valdría tal ahorro si después supone devolver más de lo prestado, por ejemplo. Y ello aunque se incluya un contenido en la Escritura relativo a que se conocen los riesgos del cambio de moneda, porque aunque se sea consciente que se trata de una hipoteca multidivisa, esos riesgos se pueden representar como el diferente pago de cuotas mensuales, siendo mucho más complicado saber que ello se puede aplicar también al capital con lo que esto significa, y más que tal cosa se vaya a aceptar salvo que se incurra en un error.

BASILEA ABOGADOS

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12400541145881494979 40

Administración de Justicia

Por todo ello y por todos los argumentos expresados en el cuerpo de esta sentencia la aceptación por la actora del elemento multidivisa no es manifestación de un consentimiento válido sino viciado por error que no pudo superar, por lo que hay que estimar la demanda anulándose el contrato con los efectos correspondientes a tal nulidad relativa derivada de los arts.1301 y ss. CC. Esta nulidad apreciada conlleva que la entidad bancaria abone íntegramente la suma que se haya podido generar (en su caso) por la aplicación del elemento multidivisa, más los intereses.

SEXTO. En cuanto a la pretendida nulidad acción de nulidad relativa a las cláusulas de vencimiento anticipado e intereses de demora, la ejercita en base a la existencia de desequilibrio contractual y abusividad, con alusión a la Directiva 93/13 y al TRLDCyU. Normativa cuyo presupuesto de aplicación es la condición de **consumidor** de quien pretende se aplique la misma, que actúa como *condictio sine qua non.* Por ello habrá que determinar antes de entrar en el análisis de esas cláusulas si los actores aquí tienen tal condición.
Así, en cuanto al concepto de consumidor, la Ley 26/84 contenía que lo era aquél que se constituía en destinatario final del bien, mientras que el TR 1/07 considera tal a toda persona que actúe en un marco ajeno a su ámbito profesional o empresarial. Y el propio concepto de consumidor en el ámbito comunitario (hoy de la Unión Europea) ha ido evolucionando desde el año 1984. Y ello se puede comprobar en ciertas Directivas no incorporadas al TR 1/07, y anteriores al mismo y al propio contrato litigioso, que ya contienen que es consumidor aquél que actúe en un marco ajeno a su actividad empresarial (como la Directiva 2002/65 de Comercialización a distancia de servicios financieros; la Directiva 1998/6 de Indicación de precios; o la Directiva 2005/29 sobre Prácticas comerciales desleales), como señala la STS 15-2-17. Incluso la Directiva 93/13, sobre Cláusulas abusivas, defiende este concepto de consumidor mucho antes de entrar en vigor nuestro Texto refundido sobre consumidores, y mucho antes del contrato que nos ocupa, y aunque no se hubiera transpuesto, y al margen de toda la problemática en relación al efecto vertical y horizontal de las directivas no transpuestas, la STJCE de 13-7-2000 (Centrosteel contra Adipol) admite indirectamente el efecto horizontal, en cuanto establece que el juez nacional debe hacer todo lo posible para interpretar el Derecho nacional a la luz del tenor literal y de la finalidad de las directivas. Y debiendo aplicar los Tribunales españoles el Derecho de la Unión de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE (art. 4 bis.1 LOPJ).

BASILEA ABOGADOS

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 124005411145881494979 40

Madrid

Administración de Justicia

Por ello se entiende que el concepto de consumidor que hay que manejar, es el que éste establece el TRLDCyU 2007, porque es precisamente ese el que ya sostenía el Derecho europeo mucho antes de ese año, pues al menos desde el año 1993, y pasando por los años 2002 o 2005, las normas comunitarias ya contemplan al consumidor como aquél que actúa al margen de su actividad profesional. Algo que se va agudizando con el paso del tiempo, estableciendo el TJUE en sentencia de 3 de septiembre de 2015 en el caso de un abogado, que había de considerársele consumidor si actuaba fuera de su campo profesional. E incluso el 14-9-2016 (y con anterioridad, el 19-11-15), el TJUE ha establecido que tendrían tal condición los avalistas de un préstamo otorgado a un empresario, si resultaban ajenos a esa actividad profesional no participando en ella de ningún modo, alzándose como cuestión esencial para definir lo que es o no un consumidor la naturaleza del contrato o de la actividad (criterio objetivo) y no tanto la condición personal de quien contrata.

Por tanto, si se pretende por la actora la aplicación de toda la normativa tuitiva y jurisprudencia relacionada con la misma aplicables a los consumidores, debe quedar acreditado que ostenta la condición de tal, pues ello es presupuesto indispensable o *condictio sine qua non* para que opere todo el régimen jurídico relativo a los consumidores. Y como quien pretende que se aplique esa normativa, y por tanto que se le tenga por consumidor, es la parte actora, ésta es quien tiene la carga de la prueba ex. Art. 217 LEC. Pues una cosa es la protección reforzada al consumidor cuando lo es, y que esto sea de interés público, y otra que se vaya a eximir de la carga de la prueba de ello a quien pretende que se le considere consumidor con los beneficios que eso conlleva.

Y es que el art**. 217 LEC** supone que, en virtud del principio de aportación de parte y dispositivo, sobre las partes recae la carga de probar los hechos que alegan. Correspondiendo a la actora probar la certeza de los hechos de los que se desprenda el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda (STS 270/2010, de 14-5, o SAP Madrid 480/2009, de 7-7). De este modo, si al tiempo de dictar sentencia el Tribunal considera dudosos unos hechos relevantes para la decisión, habrá de desestimar las pretensiones de la actora o de la demandada, según corresponda la carga probatoria de los hechos, que permanezcan inciertos y funden las pretensiones (STS 731/2009, de 13-11). Y en este caso, que se pretende la aplicación de la normativa protectora de

BASILEA ABOGADOS

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12400541145881494979 40

Madrid

consumidores, no resulta extravagante que se acredite tal condición de consumidora de forma fehaciente y sólida por la actora.

Y de los 16 documentos que aporta la actora, no se desprendería tal condición. Ninguno de ellos se refiere a si tiene ésta carácter de consumidora o no, salvo las Escrituras de 2008 que son las únicas en la que podría constar el destino del capital prestado. Y en la Escritura (doc.3) que se refiere al préstamo aquí impugnado, en su Cláusula financiera 1ª b se contiene que la parte prestataria "se compromete a destinar la cantidad prestada a los fines expresados en el Expositivo Tercero de la presente Escritura" (pág.17). El cual es totalmente ilegible en su parte inicial (pág.14), que es donde se supone que tal cosa consta. Ni tampoco figura el destino del préstamo en la Escritura de cancelación (doc.4) de hipoteca que existiría anteriormente a la que es objeto de esta Litis, suscrita con el Banco Guipuzcoano.

En cuanto a la testifical de D. Vicente, sólo manifiesta que deseaban el préstamo "para construir un edificio en Torrelaguna". Testificando el padre y marido de las actoras, D. Orlando (tachado por la demandada sin oposición de la actora), que él "se limitó a construir" los edificios, ya que en ese momento tendría una empresa de construcción.

Con ello, quedaría probado que las actoras usaron el dinero para construir dos edificaciones en una parcela que Dña. Teresa habría heredado. Pero ni de la documental obrante ni de la testifical se desprende ni se prueba que tales edificaciones fueran viviendas para las actoras, o con cualquier otro fin que no fuera empresarial. Y como no se acredita fehacientemente tal por quien tiene la carga de la prueba (la actora), no se acredita la condición de consumidora, lo que es esencial para aplicar la normativa tuitiva que alega con respecto a las cláusulas de vencimiento anticipado e intereses de demora. Incluso, a tenor del importante importe del capital prestado, que se trata de más de una edificación, que la parcela era de propiedad de una de las actoras, y que el marido de la misma era constructor en ese momento, podría tratarse también de una promoción inmobiliaria, una inversión por parte de la demandante, actuando como un pequeño empresario en ese caso concreto, con fines empresariales. Hubiera sido conveniente acreditar, por ejemplo, que las construcciones se dedicaron a viviendas familiares, aportando los correspondientes empadronamientos, consumos de luz, agua…a su nombre, etc., o cualquier otro

BASILEA ABOGADOS

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12400541145881494979 40

medio de prueba que acreditara que no había fin empresarial en el préstamo. Pero nada de esto consta, por lo que ante la falta de prueba sobre este aspecto en un elemento esencial para decidir, se habrá de desestimar la demanda en este punto.

Por ello no se puede aplicar la normativa de consumidores ni entrar en la pretensión de nulidad ejercitada sobre esas dos cláusulas predichas.

SÉPTIMO. Al estimarse parcialmente la demanda, no se hace expresa imposición de costas a ninguno de los litigantes (art. 394 LEC).

FALLO

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por

Caixabank DECLARO:

1.- La anulabilidad parcial del préstamo multidivisa con garantía hipotecaria suscrito por las partes el 24-6-08 objeto de esta litis en todos los contenidos relativos a la opción multidivisa, que conlleva la declaración de que la cantidad adeudada es el saldo vivo de la hipoteca referenciada a euros, resultante de disminuir al importe prestado la cantidad amortizada, también en euros en concepto de principal más intereses, utilizando como tipo de interés el Euribor+0'75 puntos como índice de referencia.

-Se mantenga la vigencia del contrato sin la aplicación del elemento/contenido/cláusula multidivisa nulo fijado en el mismo.

-Se CONDENA a Caixabank SA, a restituir a la actora la cantidad en exceso cobrada hasta la fecha de la elaboración de la demanda como consecuencia de la aplicación de la cláusula multidivisa, con su interés legal desde cada vencimiento abonado hasta la fecha de efectiva eliminación de la citada cláusula/elemento/contenido multidivisa.

-Se CONDENA al banco a restituir a los actores todas las cantidades que por cualquier concepto, comisiones, gastos y cánones, que haya cobrado de más desde el primer momento de aplicación de la cláusula/elemento declarado nulo,

DASILEA ABOGADOS

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12400541145881494979 40

Administración de Justicia

extremo que se determinará en ejecución de sentencia, sobre la base fijada, con sus intereses legales devengados desde la fecha de cada cobro.

2. Y SE DESESTIMA la demanda en relación a la acción de nulidad ejercitada en relación a las cláusulas de vencimiento anticipado e intereses de demora, ABSOLVIÉNDOSE a la demandada de los pedimentos de la demanda sobre este concreto punto.

No se hace expresa imposición de costas a ninguno de los litigantes

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra ella podrá interponerse, ante este Juzgado, recurso de apelación en el plazo de veinte días desde el siguiente a la notificación. El recurso será resuelto por la Audiencia Provincial de Madrid previa la constitución de un depósito de 50 euros, en la cuenta IBAN ES55 0049 5284 0000 04 0216 17 de esta Oficina Judicial de la cuenta general de Depósitos y Consignaciones abierta en BANCO DE SANTANDER.

Si las cantidades van a ser ingresadas por transferencia bancaria, deberá realizarse en la cuenta número IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274, indicando en el campo "beneficiario": Juzgado de 1ª Instancia nº 101 bis de Madrid; y en el campo "observaciones" o "concepto" habrán de consignarse los siguientes dígitos: 5284 0000 04 0216 17.

No se admitirá a trámite ningún recurso cuyo depósito no esté constituido (L.O. 1/2009 Disposición Adicional 15)

BASILEA ABOGADOS

Así lo pronuncio, mando y firmo

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y en los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento y debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia.

La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/cove mediante el siguiente código seguro de verificación: 12400541145881494979 40

Madrid