

BANCARIO.Hipotecas multidivisa. Un juez de Gijón declara nula una hipoteca multidivisa El juzgado número 1 de primera instancia de Gijón ha declarado nula una hipoteca multidivisa, un producto que no se apoya el Euribor sino en los tipos de interés de distintas economías del mundo, al considerarla abusiva. Además, la sentencia obliga además a Bankinter a pagar las costas del proceso judicial.

El juzgado número 1 de primera instancia de Gijón ha declarado nula una hipoteca multidivisa, un producto que no se apoya el Euribor sino en los tipos de interés de distintas economías del mundo, al considerarla abusiva. Además, la sentencia obliga además a Bankinter a pagar las costas del proceso judicial. Un juez de Gijón declara nula una hipoteca multidivisa.

Esta es la primera ocasión en la que un tribunal asturiano anula un préstamo de este tipo. La entidad tendrá ahora que recalcular la hipoteca en euros. En el fallo, el juez destaca las malas prácticas bancarias a la hora de informar a los usuarios y considera que "si el consumidor hubiera sido informado adecuadamente, proporcionándosele por la entidad financiera, concedora del mercado financiero, un conocimiento real de los efectos y consecuencias, esto es, si la entidad financiera hubiera cumplido los estándares de transparencia en la inclusión de la cláusula litigiosa, los prestatarios no hubieran aceptado esta cláusula que sólo beneficia intereses de quien ocupa una posición preeminente en la contratación por disponer de más información".

Consideramos que la sentencia es "una gran noticia" pues abre una vía de esperanza para los afectados por hipoteca multidivisa en Asturias. Hemos de recordar que es necesario para continuar por este camino que las demandas se fundamenten correctamente con una pericial que acredite el funcionamiento del producto, y sobre todo, del derivado financiero que va implícito en el mismo.

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

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



Alfredogarcialopez

ABOGADOS

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

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18, de 16 de septiembre de 2013 (ROJ: SAP M 13506/2013) se refiere a una hipoteca multidivisa comercializada por Barclays Bank, aunque no es posible determinar si el contenido de la escritura es similar a la del préstamo que constituye el objeto de este procedimiento, ya que de los razonamientos de la sentencia se desprende que la firma se produjo antes de la entrada en vigor la reforma de la LMV por la normativa MiFID el 21 de diciembre de 2007 (fecha de entrada en vigor de la Ley 47/2007, de reforma de la LMV) y no es posible determinar con certeza, de la mera lectura de la sentencia, si lo que se discutía era la hipoteca multidivisa, o alguna de sus cláusulas, o un documento de pignoración unido a

dicha hipoteca, o el juego conjunto de ambos contratos. La sentencia confirma la dictada por el Juzgado de Primera Instancia 57 de Madrid y considera para ello la existencia de un contrato de asesoramiento y mediación suscrito entre el actor y un tercero y el resultado de las pruebas, de las que resultaba que en ese caso concreto no existía incumplimiento alguno de BARCLAYS en su condición de comercializadora de los productos suscritos por el recurrente.

La sentencia estimó que era indiferente el hecho de que los productos se adquirieran mediante apalancamiento, que era la opción de financiación elegida por el demandante. Sí resulta interesante, por su vinculación con la controversia de este procedimiento, destacar que esta sentencia considera que la normativa MiFID no es aplicable por razones cronológicas (los contratos se habían firmado antes del 21 de diciembre de 2007, pero se había subsanado algún detalle de su firma en mayo de 2008, lo que llevaba al recurrente a reclamar la aplicación de la normativa MiFID). La Audiencia da por hecho que esa normativa sí es aplicable a la hipoteca multidivisa después de su entrada en vigor y dice: " no siendo dable, el estimar que para la subsanación de firma, se hiciera preciso y solo en dicho momento, la realización de los en ese momento preceptivos test MIFD cuando en el acto que se trataba de meramente subsanar, y que se había llevado a efecto cinco meses antes, no lo eran .

ABOGADOS

Otra sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 18, del 18 de noviembre de 2013 (ROJ: SAP M 21734/2013) confirma la sentencia desestimatoria del Juzgado de Primera Instancia sobre una hipoteca multidivisa del Banco de Santander que se había pactado como novación de un préstamo anterior, pero su motivación no guarda relación con la controversia delimitada en este procedimiento porque la demanda y el recurso se basaban en la vulneración de la Ley 36/2003, de 11 noviembre y porque la Audiencia

consideró que una y otro confundían los instrumentos de cobertura de los tipos de interés con la constitución de un nuevo préstamo (con multidivisa) al que su eventual finalidad de refinanciación no dotaba de las características de los instrumentos de cobertura.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19, de 17 de julio de 2013 (ROJ: SAP M 12853/2013) revocó la dictada por el Juzgado número 97 en fecha 4 de febrero de 2013, que es citada en varios pasajes de la demanda. La sentencia de primera instancia había estimado la nulidad total del contrato (se trataba de una hipoteca multidivisa comercializada por KutkxaBank) por error-vicio en el consentimiento. No consideró de aplicación la normativa MiFID (si bien debe tenerse en cuenta que esa sentencia es anterior a la STJUE de 30 de mayo de 2013 , a la que más adelante se hará referencia) y sí el TRLGDCU, la Ley 36/2003, la Orden de 5 de mayo de 1994 y la Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención de Entidades Bancarias. La sentencia de apelación revocó la sentencia básicamente por considerar que el perfil del contratante, no permite atribuir el error a defectuosa información, cuando pudo y debió ampliar la que se le ofrecía de no estimarla suficiente, o negarse al contrato mismo, lo que cabe argumentar es que pensaba que se trataba de un contrato de seguro, inasumible atendidos sus conocimientos. En el asunto resuelto por estas sentencias, el demandante era un abogado que se publicitaba como especialista en operaciones mobiliarias, derecho bancario e hipotecas multidivisas.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4ª, de 22 de enero de 2014 (ROJ: SAP B 1661/2014) revocó la dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 44 de Barcelona, también citada en la demanda, que había declarado la nulidad total de préstamo por apreciar error en el consentimiento de la parte demandante, provocado por la falta de información facilitada por la

entidad bancaria (Catalunya Banc S.A.). En el supuesto enjuiciado en esas sentencias, no resultaba de aplicación el TRLGDCU, porque los demandantes no tenían la condición de consumidores, ni se estimó tampoco aplicable la normativa MiFID. El fundamento jurídico tercero de la sentencia de primera instancia consideró que una hipoteca multidivisa no encajaba en el ámbito objeto del artículo 2 de la LMV. En cambio, la sentencia de la Audiencia (FJ séptimo), al ratificar esa decisión del Juzgado, se basa más en criterios cronológicos que objetivos, ya que explica la inaplicabilidad de la norma porque la operación se había realizado antes del 21 de diciembre de 2007.

La sentencia de apelación, después de explicar que en el terreno del error " incluso con contratos similares, las respuestas a dar pueden y deben ser diferentes, pues dada la acción ejercitada, ha de estudiarse caso por caso, si se da el error denunciado, lo que depende las más de las veces de la información y comercialización del producto y también de la condición del contratante, por lo que esta decisión no es extrapolable a otras personas que contrataran un préstamo de las mismas características, menos cuando sean consumidores, cosa que no alcanza al aquí prestatario", estima el recurso interpuesto por la entidad bancaria porque considera que no existió defecto de información ni error en el consentimiento, decisión en la que tuvo un peso específico, según resulta del fundamento jurídico séptimo -aunque es posible que exista algún error en la numeración de los fundamentos de la sentencia, al menos en la versión publicada en el CENDOJ- el hecho de que los demandantes fueran miembros de un despacho de abogados (" tampoco se nos antoja puedan incurrir en error miembros de un despacho de Abogados, y menos que sea excusable, pues si bien no tienen por qué tener conocimientos financieros, el propio prestatario es quien dirige ahora dirige el procedimiento, y su socio, Sr. Casimiro Antonio , también administrador de empresas, había participado en numerosas operaciones de financiación a promotor, como se

puso de manifiesto en la prueba testifical, que se tildaron de más complejas, teniendo además gestoría y asesoría").

La Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7, ha dictado dos sentencias muy similares en fechas 10 y 14 de febrero de 2014 (ROJ: SAP O 265/2014 y SAP O 266/2014). Estas sentencias, referidas a hipotecas multidivisa de Bankinter, consideran: (i) La imposibilidad de declarar la nulidad parcial del contrato, con cita de las STS de 4 de diciembre de 1986 y 12 de noviembre de 1987, que "vedan la declaración de nulidad parcial de determinadas cláusulas contractuales, en un negocio en el que se ha producido el error como vicio esencial del consentimiento, no escindibles del contrato que debe analizarse como un todo y por tanto la nulidad de aquellas sólo tiene sentido instando la nulidad contractual en su conjunto (...) sin que pueda compartirse la argumentación que esgrime el apelante en su recurso de que cabe instar la nulidad parcial puesto que lo de elementos accesorios o accidentales al negocio cuando las combatidas sin embargo, afectan a la esencia de la modalidad del préstamo hipotecario pactado". (ii) La diferencia entre las hipotecas multidivisa y los swaps (explicación que resultaba necesaria -FJ 3º- porque la demanda invocaba "una prolija cita de preceptos y jurisprudencia referidas en gran medida a la contratación de otro tipo de productos, como las permutas financieras, pese a que la demanda también se distingue por la singular parquedad expositiva de los hechos que la fundamentan, pues es la fundamentación jurídica la que constituye la práctica totalidad de su contenido desde la página 4 a la 56, cuando resulta sin embargo esencial para su pretensión tanto la descripción del clausulado contractual que se impugna, como los antecedentes y el íter formativo de la voluntad en la relación cliente - banco"). (iii) La hipoteca multidivisa analizada en esos casos como un préstamo hipotecario en una moneda extranjera que contiene un tipo de interés

variable con referencia al índice LIBOR (...) y especialmente por las fluctuaciones de dicha moneda respecto del euro (...)

En definitiva la moneda en que se verifica el préstamo y el índice empleado no desvirtúan al naturaleza del contrato convirtiéndolo en un producto de inversión de capital en un mercado extranjero, como se califica en la demanda, ni en un producto especulativo (...). Se trata de un préstamo a interés variable, con un índice referencial que puede producir mayor incertidumbre en cuanto a la variación de los intereses, por definirse a través del índice reseñado y estar sujeto a la variabilidad de las fluctuaciones de los tipos de cambio y cotización de divisas". (iv) Que la información suministrada fue correcta, y no sólo se acomoda a los términos de la Orden de 5 de mayo de 1994 (en la que es el Notario quien debe advertir con claridad al prestatario de los riesgos del producto), tal y como señala la apelada, del riesgo de fluctuación de tipos de cambio, riesgo evidente por lo demás y conocido por una persona de la formación del actor [en los casos enjuiciados por estas sentencias, odontólogo, ingeniero técnico y directora de una empresa municipal de transporte] (aunque no sea un inversor experto en productos financieros) que pretende contratar el producto en la previsión de que esa fluctuación le sea favorable en el tiempo, máxime cuando las advertencias sobre las consecuencias del préstamo en divisas se especifican en el exponiendo III de la escritura y vienen además completadas por la labor informativa desarrollada previamente a su contratación por la entidad bancaria instrumentada en los distintos documentos acompañados con la contestación y suscritos por el demandante (documentos 2 y siguientes, folios 526 y siguientes) donde se le detalla el funcionamiento del contrato en condiciones suficientes para conocer los posibles riesgos derivados de la fluctuación monetaria en relación con el interés pactado....". La prueba sobre la información facilitada lleva a la Audiencia a considerar que no hubo error o que, de concurrir, sería inexcusable. (v) Que no resultaba de aplicación

la LMV, porque la hipoteca multidivisa analizada no es un instrumento financiero incluido en el ámbito de aplicación de la LMV, aunque no se ofrece mayor explicación sobre esta cuestión, que tampoco se localiza en la sentencia de instancia (al menos en una de las que se analizan en la sentencia, SPJI 6 Gijón de 23 de abril de 2013 , Ordinario 841/2012, también anterior a la STJUE de 30 de mayo de 2013). (vi) Que ninguna de las cláusulas contractuales era per se abusiva y que no se motivaba adecuadamente la vulneración de normas imperativas en el recurso.

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

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

Esta cláusula había sido declarada abusiva en primera y en segunda instancia porque no era clara y comprensible y no permitía conocer la diferencia en el modo de calcular el importe del préstamo según se tratara de su entrega o de su devolución. Además de ello, se había considerado abusiva porque facultaba al banco para calcular las cuotas mensuales de devolución vencidas sobre la base de la cotización de venta de la divisa, mientras que el importe del préstamo entregado se fijó por este último en función de la cotización de compra que aplica para esa divisa, lo que le confería una ventaja unilateral e injustificada en el sentido del artículo 209 del Código civil húngaro, porque realmente no ponía a disposición del prestatario divisas extranjeras, sino que

hacía depender el importe de la cuota mensual de devolución, denominado en forintos húngaros, de la cotización corriente del franco suizo, como índice para fijar el importe de las cuotas de devolución del préstamo entregado en forintos húngaros. Es decir, no realizaba a favor de los prestatarios ninguna prestación de servicios financieros de compra o de venta de divisas, por lo que no podía aplicar un tipo de cambio a efectos de la amortización del préstamo distinto del utilizado en el momento de su entrega, en concepto de contrapartida de una prestación de servicio virtual.

El Jelzálogbank recurrió en casación y es en ese contexto en el que el Tribunal Supremo planteó la cuestión prejudicial, sobre tres extremos distintos: si la cláusula discutida formaba parte de la definición del objeto principal del contrato, el alcance de los requisitos de transparencia de este tipo de cláusulas y los efectos de la declaración de abusividad sobre el contrato. En lo que ahora interesa, el TJUE establece en su sentencia que la exigencia de transparencia (claridad y comprensibilidad, en términos del artículo 4.2.) de las cláusulas contractuales no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical (apartado 71), porque el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional en lo referido, en particular, al nivel de información y, en consecuencia, esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva. Y, en concreto, en una hipoteca en divisa extranjera, una cláusula contractual como la cláusula III/2 antes mencionada, que permite al profesional calcular la cuantía de las cuotas mensuales de devolución en función de la cotización de venta de la divisa extranjera aplicada por ese profesional, produce el efecto de elevar los gastos del servicio financiero a cargo del consumidor, en apariencia sin límite máximo. Recuerda el TJUE que los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13, y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma otorgan una

importancia esencial para el cumplimiento del requisito de transparencia a la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo (apartado 73). Para ello, el tribunal nacional debe determinar si, a la vista de todos los aspectos de hecho pertinentes, entre ellos la publicidad y la información ofrecidas por el prestamista en el contexto de la negociación de un contrato de préstamo, un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y cuidadoso podía no sólo conocer la existencia de la diferencia entre el tipo de cambio de venta y el de compra de una divisa extranjera, aplicada en general en el mercado de valores mobiliarios, sino también evaluar las consecuencias económicas potencialmente importantes para él de la aplicación del tipo de cambio de venta para el cálculo de las cuotas de devolución a cuyo pago estaría obligado en definitiva, y por tanto el coste total de su préstamo. Es decir, el contrato de préstamo debe exponer de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

CUARTO.- Los riesgos principales de la hipoteca multidivisa que ha motivado este procedimiento.

A juicio de este tribunal, la verdadera naturaleza, el modo de funcionamiento y los riesgos que entraña la hipoteca multidivisa que aquí se enjuicia entrañan

una considerable complejidad para clientes minoristas sin una adecuada formación, sin relación con los mercados financieros y con ingresos y gastos exclusivamente en euros. Obviamente, su funcionamiento y sus riesgos pueden llegar a entenderse con una adecuada explicación y si la forma en la que se pacta recoge de forma clara y transparente los derechos y obligaciones de las partes y todas las variables que resultan de interés en la carga jurídica y económica del contrato de préstamo y en la afectación que ello supone para la garantía hipotecaria, pero no es una tarea que, en este caso concreto, pueda calificarse de sencilla.

Como ya se ha explicado en el auto dictado en la pieza de medidas cautelares, la sistematización del contenido esencial del préstamo hipotecario, en la forma en que ha sido expuesto en el fundamento jurídico anterior, exige realizar un detallado estudio de la escritura, analizar todas sus cláusulas y exponer su contenido en pautas ordenadas que se han considerado necesarias para facilitar la motivación y comprensión de esta resolución. Ahora bien, el contenido de la escritura es mucho más farragoso y complicado que lo que pudiera desprenderse del resumen expuesto y una primera lectura, incluso para un jurista, plantea bastantes incógnitas que llaman a una segunda y a una tercera lectura sin que finalmente no en todos los casos se encuentre una respuesta razonable a las dudas que suscita.

Como ya se explicó en el ese auto, el considerable nivel de complejidad que tiene este préstamo hipotecario multidivisa se debe a que para entender su funcionamiento y sus ventajas es necesario conocer la operativa de referencias como el LIBOR, sobre las que un ciudadano medio carece de información, así como de los factores que intervienen en las variaciones de los tipos de cambio en el mercado de divisas, factores que por su diversidad, ajenez y especialidad no están al alcance de la información generalmente accesible

para un consumidor y cliente minorista. A ello habría que añadir que un ciudadano con el perfil de los demandantes sólo podría entender el funcionamiento y los riesgos de lo que contrata si recibe la información adecuada sobre lo que significa realmente el riesgo de cambio de las monedas. Ciertamente, los efectos de ese riesgo son tan sutiles que pueden pasar desapercibidos para un consumidor medio sin especial información, pese al impacto económico que luego supondrán durante la vida del contrato. Veamos de forma separada los distintos tipos de riesgo:

1.- El tipo de interés aplicable , que es el primer factor de riesgo en un préstamo a interés variable, depende de una referencia como el LIBOR (London Interbank Offerd Rate, en términos muy resumidos, tasa de interés interbancaria del mercado de Londres) sobre el que un cliente minorista español no dispone de especial información, a diferencia de lo que puede suceder, por ejemplo, con el Euribor, respecto del que los medios de comunicación ofrecen información periódica, homogénea y entendible. Es un hecho notorio y documentalmente acreditado (documento 7.1) que debe ser tenido en cuenta, que Barclays Bank fue multada en junio de 2012 en Estados Unidos y en Reino Unido por actuaciones de manipulación del LIBOR entre 2005 y 2009, consistentes, según la Autoridad de Servicios Financieros (FSA) británica, en favorecer los intereses de la entidad, particularmente en instrumentos financieros derivados y en facilitar después del estallido de la crisis financiera datos inferiores a los reales sobre el interés pagado en el mercado interbancario, para aparentar una situación de adecuada capitalización, en cuanto recibía dinero a bajo interés, cuando realmente el interés real era superior al declarado. Se entenderá, sin necesidad de una especial explicación, la absoluta dificultad de concretar el efecto preciso que esas conductas hayan podido tener sobre este préstamo hipotecario.

2.- Aunque el importe de las cuotas sólo variaría en función de las revisiones del tipo de interés, según el tenor literal de la escritura, el riesgo de fluctuación de la moneda es un riesgo esencial con un impacto económico importantísimo sobre la vida del contrato. Las implicaciones de la diferencia entre la moneda nacional del prestatario, que es la moneda en la que el consumidor opera, porque en ella recibe sus ingresos y tiene sus activos (también llamada moneda funcional) y la moneda del crédito (moneda nacional) son esenciales. Hay dos cuestiones distintas en el riesgo asociado a la fluctuación del tipo de cambio:

a). El riesgo más evidente es el siguiente: quien recibe un préstamo en yenes para afrontar deudas en euros y se obliga a devolver ese préstamo en yenes (o en otra divisa de su elección) tenderá a pensar, salvo que se le explique lo contrario, que el capital que debe es una suma prefijada que ha quedado determinada en euros y que, como tal, sólo podrá modificarse a la baja, en mayor o medida, al restar las cuotas amortizadas. Es decir, tenderá a pensar que el capital prestado es de los euros que necesita y que se irá reduciendo en función del contravalor en euros de los yenes pagados. Asumirá, pues, el riesgo de que la fluctuación de los tipos de cambio perjudique el valor en euros de las cuotas amortizadas. Este riesgo puede tener una doble representación mental para quien realiza el esfuerzo económico en euros: (i) con la misma cantidad de euros se podrá amortizar menos capital, si el tipo de cambio es desfavorable al euro o (ii) para mantener el mismo nivel de reducción de capital es preciso aportar más euros, lo que se traduciría en una subida de la cuota.

Un ejemplo de la primera representación mental, que es la más intuitiva, podría explicarse en los siguientes términos: sobre un capital prestado, que para el consumidor español son, por tomar el ejemplo del caso enjuiciado, 260.755.- euros, se ha amortizado en el primer mes de vida del préstamo (23 de agosto de 2008) 675,78.- euros de capital, que es la equivalencia en moneda funcional

a los 106.759 JPY. El consumidor, si no dispone de la información adecuada, puede tener una legítima expectativa de reducir el capital debido en esa cifra, de forma que quedaría fijado en 260.079,34.- euros. El tipo de cambio aplicado en ese mes es 165,75 JPY=1 euro.

En una hipótesis teórica desfavorable para el consumidor, si en esa misma fecha el tipo de cambio, en lugar de ser el indicado, fuera de 100 JPY=1 euro, con la misma cantidad de euros destinada a la amortización del capital, podría comprar 67.578 JPY. Esa diferencia de 40.181 JPY que ya no se pueden comprar con los mismos euros equivalen a 401,81.- euros que, paralelamente, ya no pueden amortizarse del capital con la misma disponibilidad en euros. La amortización real sería sólo de 274,06.- euros, de modo que la expectativa de minoración del capital sería inferior y éste quedaría cifrado en 260.507,94.- euros.

En un ejemplo real de esta hipoteca, sobre la cuota del mes de octubre de 2008, tomando como referencia un tipo de cambio de 128,73 yenes=1 euro (tipo oficial del 30 de octubre de 2008), con los mismos 675,78.- euros que los demandantes destinaron en el mes de agosto a amortizar capital podrían comprar 86.993,15 JPY, es decir 19.765,85 JPY menos que en ese mes de agosto. La equivalencia en euros de 19.765,85 JPY es, a ese tipo de cambio, de 153,54.-, lo que implica que con la misma disponibilidad de efectivo sólo pueden amortizarse 522,21.- euros. Es esa cifra, 153,54.- euros (diferencia entre 675,78 y 522,21) lo que se dejaría de amortizar, de modo que el riesgo para el consumidor supone que con el mismo esfuerzo económico, en lugar de rebajar la deuda en 675,78.- euros, la reduce en 522,21.- euros.

La segunda representación mental del riesgo es más confusa y menos intuitiva. Aunque no se dispone del cuadro de amortización completo del préstamo, sino

sólo del que consta en el informe pericial y en el documento 5.1. de la demanda (hasta el 30 de abril de 2013), puede ponerse otro ejemplo: el porcentaje que supone la parte de la cuota mensual imputada al capital sobre el propio principal pendiente oscila ente el 0,25% de la primera cuota y el 0,30% de las últimas. Con estos datos, para hacer frente cada mes a, por ejemplo, un promedio del 0,30% del capital pendiente en cada momento el consumidor necesitará X yenes. Pongamos un promedio de 110.000 yenes. Si el yen está al tipo de cambio aplicado en julio de 2008 (162,55) necesitará 676,71.- euros y si está a 128,73 necesitará 854,50.- euros. Ello implicará necesariamente una subida de la cuota en una cuantía significativa, pero en todo caso, el prestatario tendrá la expectativa de haber reducido su deuda en euros, con más esfuerzo, pero en la misma medida.

b). Ahora bien, además de estos riesgos, existe otro más importante asociado a la fluctuación de los tipos de cambio, que explica que, pese al pago de las cuotas y pese a que éstas retribuyen capital e intereses (basta comprobar la tabla del anexo del informe pericial o la tabla del documento 5.2, que contienen datos no controvertidos), el capital del préstamo no se reduzca, sino que se incremente, y es que el tipo de cambio se aplica no sólo a las cuotas periódicas de amortización, sino que supone también un recálculo constante del capital prestado, que no es una cantidad fija, sino una representación en yenes de los euros recibidos que se recalcula cada mes en función del tipo de cambio . Este riesgo explica, siguiendo con el ejemplo antes empleado, que en el primer mes de la vida del préstamo el consumidor no adecuadamente informado supusiera que, por haber amortizado capital en 675,78.- euros ha reducido su deuda hasta esos 260.079,34.- euros a los que antes se hacía referencia, cuando realmente no sólo no es así sino que su deuda era un 7,67% superior, 280.038,21.- euros (44.239.844 JPY). A 31 de julio de 2012, la amortización del capital tendría que equivaler a la suma de las cantidades mensuales

amortizadas por este concepto en euros, pero la deuda no se había rebajado en esa cantidad, sino que había aumentado hasta 369.337,73.- euros, esto es, un 41,64% por encima del valor prestado y un porcentaje aún superior sobre las expectativas de reducción de capital que podría tener el prestatario.

Por tanto, el riesgo que para la obligación de pago del prestatario supone la fluctuación de la moneda se traduce en los siguientes factores, que se exponen en el orden en que una persona sin especial formación en la materia puede percibirlos:

a). Con el mismo esfuerzo económico en la moneda funcional, la capacidad de reducir la deuda, el capital prestado, puede ser inferior a lo previsto si el yen se aprecia sobre el euro.

b). Las cuotas de amortización periódicas pueden variar, además de por el tipo de interés aplicable, por el cambio aplicable a las monedas, siendo incluso probable que esa variación sea mucho más acusada que la que producen las modificaciones del Libor.

c). El riesgo del tipo de cambio sobre el capital pendiente de devolución en yenes tiene una doble posibilidad: que se limite a ser una simple representación inicial del capital prestado o que actúe como factor de recálculo permanente del contravalor en euros aplicable al montante del capital en yenes. En este segundo caso, los efectos que ello produce durante toda la vida del préstamo son importantísimos, porque la aplicación del riesgo de fluctuación no sólo al cálculo de las cuotas o al porcentaje de deuda amortizada, sino también al propio capital hace posible que su cuantía se incremente notablemente pese al continuo pago de las cuotas. Estas variaciones imprimen al préstamo hipotecario un riesgo tan elevado que el

propio banco se ha reservado la facultad de darlo por vencido anticipadamente en dos casos: (i) si por razón de las fluctuaciones de los tipos de cambio y por estar cifrado el nominal del préstamo en divisa, el contravalor calculado en euros del capital pendiente de amortización fuese superior en más de un 20% al resultado de aplicar al mismo importe el valor de cambio de la divisa; (ii) y si el valor de tasación de las fincas llega a ser inferior al 125% del contravalor en euros del principal del préstamo garantizado pendiente de amortizar en cada momento, cuando la parte deudora no aumentara la garantía en el plazo de dos meses desde la fecha del requerimiento.

d). El aparente beneficio que resulta del ahorro en el tipo de interés (LIBOR) puede quedar neutralizado con el riesgo de sobrecoste de amortización del capital si éste queda sometido al mencionado sistema de recálculo permanente.

e). Existe otro riesgo que debe contemplarse para los supuestos de cambio de divisa: que la opción de cambiar la divisa aplicable al préstamo suponga una previa consolidación en euros del capital prestado, esto es, la materialización en euros del incremento que la fluctuación de las monedas tiene sobre el principal prestado. La intensidad de este riesgo se ve acentuada porque los prestatarios sólo pueden acudir a un cambio de divisa, como teórica solución a una evolución del riesgo de fluctuación que les resulta desfavorable, si están al corriente de las obligaciones de pago: en una coyuntura económica adversa, tendrían que advertir con suficiente antelación el riesgo de no poder atender sus obligaciones de pago, porque en otro caso, si ese riesgo les sorprende, ya no pueden cambiar la moneda y quedan atrapados en la evolución de la divisa de que se trate. En el primer caso, los prestatarios capaces de predecir ese riesgo y de actuar en consecuencia quedarían, no obstante, atrapados en el riesgo básico enunciado en este apartado: tendrían que asumir que deben un

capital probablemente muy superior al recibido en euros. Barclays Bank afirma en su contestación a la demanda (página 24) que, de no ser así, el banco asumiría un riesgo exorbitante, lo que equivale a reconocer que, en esta alternativa, en la que el riesgo lo asume el prestatario, ese riesgo es también ilimitado, y, en el mismo sentido, exorbitante. No obstante, esa asunción del riesgo, por muy ilimitada que sea, es lícita si el prestatario-cliente es perfectamente consciente de ella y la consiente con todas las consecuencias.

f). Todos estos riesgos tienen dificultad añadida: las cuotas de amortización, el tipo de interés (obligatoriamente, salvo que no exista variación en el tipo aplicable) y la divisa de pago (facultativamente) se determinan cada mes, lo que se supone que obliga a los prestatarios a estar permanente pendientes, durante los veintiocho años de vida del préstamo, de una información difícilmente accesible. En teoría, cada una de las trescientas treinta y seis cuotas mensuales debía ir precedida de una decisión sobre la divisa aplicable y sobre la forma de gestionar su pago, mediante su contravalor en euros o mediante la puesta a disposición del banco de la divisa de pago.



Alfredogarcialopez
ABOGADOS





Alfredogarcialopez
ABOGADOS





Alfredogarcialopez
ABOGADOS





Alfredogarcialopez
ABOGADOS





Alfredogarcialopez
ABOGADOS



ABOGADOS



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



ABOGADOS

26

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



ABOGADOS

27

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



ABOGADOS

28

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



ABOGADOS



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



ABOGADOS

30

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com







Alfredogarcialopez
ABOGADOS



ABOGADOS

33

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com



ABOGADOS



Alfredogarcialopez
ABOGADOS



ABOGADOS

35

Campoamor 9 2º 33001 OVIEDO
984 186 927
984 081 875f
www.alfredogarcialopez.es/com