



Roj: SJM VA 1739/2015 - ECLI:ES:JMVA:2015:1739
Id Cendoj: 47186470012015100125
Órgano: Juzgado de lo Mercantil
Sede: Valladolid
Sección: 1
Nº de Recurso: 58/2015
Nº de Resolución: 289/2015
Procedimiento: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Ponente: JAVIER ESCARDA DE LA JUSTICIA
Tipo de Resolución: Sentencia

JDO. DE LO MERCANTIL N. 1 VALLADOLID SENTENCIA: 00289/2015

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1 DE VALLADOLID

-

C/ NICOLAS SALMERON, 5-1º

Teléfono: 983218181

Fax: 983219636

N04390

N.I.G. : 47186 47 1 2015 0000060

ORD PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000058 /2015 E /

Sobre OTRAS MATERIAS

DEMANDANTE D/ña. Felix

Procurador/a Sr/a. FRANCISCO JAVIER GALLEGO BRIZUELA

Abogado/a Sr/a. JESÚS JOSÉ DAPENA GARCÍA

DEMANDADO D/ña. BANKINTER S.A.

Procurador/a Sr/a. JOSE MIGUEL RAMOS POLO

Abogado/a Sr/a. FRANCISCO BORJA FERNANDEZ DE TROCONIZ ROBLES

SENTENCIA Nº 289/2015

En Valladolid, a veinte de octubre de 2015.

Vistos por el Ilmo. Sr. D. Javier Escarda de la Justicia, Magistrado Juez titular del Juzgado de lo Mercantil nº1 de Valladolid, los presentes autos de JUICIO ORDINARIO sobre nulidad de préstamo hipotecario **multidivisa**, seguidos ante este Juzgado bajo el número 58/2015, a instancia de el/la procurador/a don/doña Javier Gallego Brizuela, en nombre y representación de don Felix , bajo la dirección letrada del Sr. Dapena García, frente a BANKINTER S.A representada por el/la procurador/a don/doña José Miguel Ramos Polo, bajo dirección letrada de don Borja Fernández de Trocóniz, ha dictado

en nombre de S.M el Rey

la presente resolución en virtud de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO . El/la Procurador/a, D/Dª Javier Gallego Brizuela, en nombre y representación de don Felix y mediante escrito que, dada la materia mercantil, correspondió a este Juzgado, presentó demanda de juicio ordinario frente a BANKINTER S.A ejercitando acción de nulidad parcial del préstamo hipotecario en lo referente a las cláusulas multidivisas y subsidiariamente de nulidad total del contrato.

Con imposición de costas a la demanda.

SEGUNDO .- Por decreto se admitió a trámite la demanda dando traslado y emplazando a la entidad demandada.

TERCERO .- En representación de la entidad BANKINTER S.A, compareció el/la Procurador/a Sr/Sra Ramos Polo, quien presentó escrito oponiéndose a las pretensiones de la demanda.

CUARTO . La audiencia previa se celebró el 8 de mayo de 2015, no llegándose a un acuerdo por las partes y en la que se resolvieron las excepciones planteadas, proponiéndose y admitiéndose prueba documental y testifical.

El juicio se celebró el 23 de julio de 2015, llevándose a la práctica las pruebas. Tras las conclusiones quedó visto para sentencia.

En la tramitación de este juicio se han cumplido todas las prescripciones legales, excepto el plazo para dictar sentencia por existir procedimientos concursales de más urgente resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO . Se peticiona por la parte actora la nulidad parcial del préstamo hipotecario en lo referente a las cláusulas multdivisas y subsidiariamente de nulidad total del contrato suscrito el 22 de marzo de 2007.

Se arguye por el demandante, prescindiendo del error en el consentimiento en el que no podemos entrar por falta de competencia objetiva ex art.86 ter LOPJ , que las cláusulas son oscuras y que los riesgos conexos, la volatilidad del mercado y los mercados en que puede negociarse no quedan reflejados de manera clara en la redacción de las cláusulas. No explican de manera adecuada y suficiente la fórmula aplicable a esa posible liquidación por lo que es imposible que un cliente con perfil minorista comprenda el riesgo que está asumiendo. Se dice que se suscribió un producto sin que se informara al demandante del grave riesgo económico que conllevaba en caso de bajada del Libor.

Se aduce que no realizó la entidad la correspondiente evaluación de idoneidad del cliente y de la conveniencia del producto según el perfil del inversor, cliente minorista en este caso, primando la absoluta desinformación de los gastos asociados a la inversión y de los riesgos económicos de ésta. Aprovechando la relación de confianza, colocó un producto complejo, altamente especulativo, sin informar de los riesgos implícitos y de las pérdidas que podría conllevar.

SEGUNDO . Señala la STS de 30 de junio de 2015 (pleno) referida a la **hipoteca multdivisa**:

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

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

4.- Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización,

puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo.

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

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

Como justificación de dicha norma, el considerando cuarto de la Directiva hace referencia a los problemas existentes « *en relación con la irresponsabilidad en la concesión y contratación de préstamos, así como con el margen potencial de comportamiento irresponsable entre los participantes en el mercado* », así como que « *algunos de los problemas observados se derivaban de los créditos suscritos en moneda extranjera por los consumidores, en razón del tipo de interés ventajoso ofrecido, sin una información o comprensión adecuada del riesgo de tipo de cambio que conllevaban*» En el considerando trigésimo, la Directiva añade que « *d ebido a los importantes riesgos ligados a los empréstitos en moneda extranjera, resulta necesario establecer medidas para garantizar que los consumidores sean conscientes de los riesgos que asumen y que tengan la posibilidad de limitar su exposición al riesgo de tipo de cambio durante el período de vigencia del crédito. El riesgo podría limitarse otorgando al consumidor el derecho a convertir la moneda del contrato de crédito, o bien mediante otros procedimientos. Entre tales procedimientos cabría, por ejemplo, incluir límites máximos o advertencias de riesgo, en caso de que las mismas sean suficientes para limitar el riesgo de tipo de cambio*».

En los arts. 13.f y 23 se contienen previsiones específicas para estos préstamos en moneda extranjera, que son sometidos a importantes limitaciones para reducir el riesgo de cambio de divisa que supone para los prestatarios, y a obligaciones reforzadas de información sobre los riesgos para las entidades que los comercialicen.

...

6.- La determinación de la normativa aplicable a este tipo de negocio jurídico para determinar cuáles eran las obligaciones de información que incumbían a la entidad prestamista no es una cuestión pacífica.

La Sala considera que la "**hipoteca multidivisa**" es, en tanto que préstamo, un instrumento financiero. Es, además, un instrumento financiero derivado por cuanto que la cuantificación de la obligación de una de las partes del contrato (el pago de las cuotas de amortización del préstamo y el cálculo del capital pendiente de amortizar) depende de la cuantía que alcance otro valor distinto, denominado activo subyacente, que en este caso es una divisa extranjera. En tanto que instrumento financiero derivado relacionado con divisas, está incluido en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores de acuerdo con lo previsto en el *art. 2.2 de dicha ley* . Y es un instrumento financiero complejo en virtud de lo dispuesto en el *art. 79.bis.8 de la Ley del Mercado de Valores* , en relación al *art. 2.2 de dicha ley* .

La consecuencia de lo expresado es que la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información que le impone la citada Ley del Mercado de Valores, en la redacción vigente tras las modificaciones introducidas por la Ley núm. 47/2007, de 19 de diciembre, que traspuso la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril, MiFID (Markets in Financial Instruments Directive), desarrollada por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, y, en concreto, los del *art. 79.bis de la Ley del Mercado de Valores* y el citado Real Decreto.

La Sentencia del TJUE de 30 de abril de 2014 , referida a un préstamo **multidivisa**, razona:

"75 Por todo lo antes expuesto se ha de responder a la segunda cuestión prejudicial que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula

contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo.

79 Pues bien, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13. En efecto, la mencionada facultad contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores, ya que los profesionales seguirían estando tentados de utilizar esas cláusulas al saber que, aun cuando llegara a declararse la invalidez de las mismas, el contrato podría ser integrado no obstante por el juez nacional en lo que fuera necesario, protegiendo de este modo el interés de dichos profesionales (sentencia Banco Español de Crédito, EU:C:2012:349, apartado 69).

80 Sin embargo, de ello no se sigue que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 se oponga a que en una situación como la del asunto principal el juez nacional, aplicando los principios del Derecho contractual, suprima la cláusula abusiva y la sustituya por una disposición supletoria del Derecho nacional."

La SAP de Madrid de 22 de julio de 2015 (ponente Ilma. Sra. M^a de los Desamparados Delgado), relaciona la normativa aplicable:

"Ciertamente es que el contrato objeto de este pleito es anterior a la normativa MIFID, al ser previo a la fecha de 1 de noviembre de 2007, pero ello no exime a la demandada de ofrecer al cliente la información precisa para que comprenda el alcance del producto que ha de contratar y asegurarse de que lo ha entendido con la suficiente claridad con carácter previo a contratar el producto, en base al contenido de los *artículos 79 de la Ley 24/1988 de 28 de julio*, antes de su modificación, según el cual "Toda persona o entidad que actúe en un mercado de valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberá dar absoluta prioridad al interés de su cliente".

Como declara el *Tribunal Supremo núm. 840/2013, de 20 de enero de 2014*, que invoca la citada de 30 de junio de 2015, "estos deberes de información responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa de que se trate. Este principio general es una consecuencia del deber general de actuar conforme a las exigencias de la buena fe, que se contiene en el *art. 7 del Código Civil* y en el Derecho de contratos de nuestro entorno económico y cultural, en concreto en el *art. 1:201 de los Principios de Derecho Europeo de Contratos*. Este genérico deber de negociar de buena fe conlleva el más concreto de valorar los conocimientos y la experiencia en materia financiera del cliente, para precisar qué tipo de información ha de proporcionarsele en relación con el producto de que se trata, y en su caso emitir un juicio de conveniencia o de idoneidad, y, hecho lo anterior, proporcionar al cliente información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran los concretos riesgos que comporta el instrumento financiero que se pretende contratar."

Conforme a lo expresado, la entidad prestamista está obligada a cumplir los deberes de información. Y este es precisamente uno de los principales hechos controvertidos en este procedimiento, el referido a la información proporcionada por la demandada sobre el producto contratado, lo que debemos examinar en una doble vertiente: cuál era la información exigible y cuál la facilitada.

CUARTO.- Deberes de información de la entidad bancaria

La normativa sectorial regula con detalle las obligaciones de información que debe cumplir la entidad bancaria sobre los productos y servicios que ofrece.

1.- *Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito*. Su *artículo 48.2* establece las obligaciones básicas de las entidades de crédito para la protección de los legítimos intereses de su clientela, que se traducen en:

a). Establecer que los correspondientes contratos se formalicen por escrito y dictar las normas precisas para asegurar que los mismos reflejen de forma explícita y con la necesaria claridad los compromisos contraídos por las partes y los derechos de las mismas ante las eventualidades propias de cada clase de operación, en especial, las cuestiones referidas a la transparencia de las condiciones financieras de los créditos o préstamos hipotecarios (...) La información relativa a la transparencia de los créditos o préstamos

hipotecarios, siempre que la **hipoteca** recaiga sobre una vivienda, se suministrará con independencia de la cuantía de los mismos. (...)

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

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

2.- *Orden de 5 de mayo de 1994*, vigente a la fecha de la escritura, que tenía por finalidad primordial, según su exposición de motivos, garantizar la adecuada información y protección de quienes concierten préstamos hipotecarios, presta especial atención a la fase de elección de la entidad de crédito, exigiendo a ésta la entrega obligatoria de un folleto informativo inicial en el que se especifiquen con claridad, de forma lo más estandarizada posible, las condiciones financieras de los préstamos y pretende asimismo facilitar al prestatario la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar. Desde 2007 la Orden resulta de aplicación, por mandato de la Ley 26/1988, a todos los préstamos hipotecarios que recaigan sobre viviendas, aunque su cuantía sea superior a los 150.253,03.- euros fijados en su artículo primero, y supone para las entidades de crédito dos obligaciones básicas:

a). La entrega del folleto informativo, regulada en el artículo 3: 1. Las entidades de crédito deberán obligatoriamente informar a quienes soliciten préstamos hipotecarios sujetos a esta Orden mediante la entrega de un folleto cuyo contenido mínimo será el establecido en el anexo I de esta norma.

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

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

a). El artículo 7.3.6 señala que en cumplimiento del Reglamento Notarial y, en especial, de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, deberá el Notario, en el caso de que el préstamo esté denominado en divisas, advertir al prestatario sobre el riesgo de fluctuación del tipo de cambio.

b). En el Anexo II, al regular la cláusula de amortización, se establece que dicha cláusula especificará, si se tratara de préstamos en divisas, las reglas a seguir para la determinación del valor en pesetas de cada cuota. En el mismo sentido, en la cláusula sobre intereses ordinarios se especificarán las reglas aplicables para el cálculo en pesetas del importe de los intereses. En la cláusula sobre comisiones, la comisión de apertura incluirá, de forma implícita, cualquier comisión por cambio de moneda correspondiente al desembolso inicial del préstamo.

3.- *Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica*, cuyo artículo 19 regula, como antes lo había hecho el RDL 2/2003, los instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés de los préstamos hipotecarios, en los siguientes términos: 1. Las entidades de crédito informarán a sus deudores hipotecarios con los que hayan suscrito préstamos a tipo de interés variable, sobre los instrumentos, productos o sistemas de cobertura del riesgo de incremento del tipo de interés que tengan disponibles. La contratación de la citada cobertura no supondrá la modificación del contrato de préstamo hipotecario original. 2. Las entidades a que se refiere el apartado anterior ofrecerán a quienes soliciten préstamos hipotecarios a tipo de interés variable al menos un instrumento, producto o sistema de cobertura del riesgo de incremento del tipo de

interés. Las características de dicho instrumento, producto o sistema de cobertura se harán constar en las ofertas vinculantes y en los demás documentos informativos previstos en las normas de ordenación y disciplina relativas a la transparencia de préstamos hipotecarios, dictadas al amparo de lo previsto en el *art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de crédito*.

4.- *Ley del Mercado de Valores, en su modificación por la Ley 47/2007*, para incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE, MIFID, relativa a los mercados de instrumentos financieros, la Directiva 2006/73/CE y la Directiva 2006/49/CE, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito. La introducción de la distinción entre clientes profesionales y minoristas ha servido para reforzar la protección del cliente minorista, al estimarse que carece de los conocimientos o experiencia suficiente, frente a un profesional, como para comprender, valorar o gestionar correctamente los riesgos a los que se expone al proceder a contratar determinados productos financieros, extremando las obligaciones de información en las operaciones realizadas con éstos últimos, en los términos regulados en el artículo 79 bis, que regula exhaustivamente los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los clientes potenciales. Son deberes básicos de la entidad bancaria los de diligencia y transparencia -artículo 79 LMV- y específicos los métodos para cumplir con la obligación de información -artículo 79 bis LMV-.

En síntesis, puede afirmarse que la citada legislación sectorial impone específicos deberes a la entidad financiera en orden a la tutela de los intereses de sus clientes, estableciendo el legislador severas prescripciones para garantizar que tengan perfecto conocimiento de las características y riesgos que tenga el producto que se les ofrece por la entidad, lo que constituye el fin y objetivo de toda la información precontractual.

Información exigible desde la perspectiva de la normativa de protección de consumidores y usuarios

Desde la perspectiva de la normativa de protección de consumidores y usuarios, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, es también de aplicación a este supuesto, ya que los demandantes son personas físicas que han actuado en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

El artículo 60, sobre la información previa al contrato, establece **que "antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo"**.

Y su artículo 80 establece que en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, éstas deberán cumplir los siguientes requisitos: 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) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. C) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas."

Sobre el control de transparencia, la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, de 24 de marzo de 2015, Recurso 1765/2013, Ponente Rafael Sarazá Jimena, explica:

" 1.- Esta Sala ha declarado en varias sentencias la procedencia de realizar un control de transparencia de las condiciones generales de los contratos concertados con consumidores, y en especial de aquellas que regulan los elementos esenciales del contrato, esto es, la definición del objeto principal del contrato y la adecuación entre precio y retribución. Esta línea jurisprudencial se inicia en sentencias como las núm. 834/2009, de 22 de diciembre, 375/2010, de 17 de junio, 401/2010, de 1 de julio, y 842/2011, de 25 de noviembre, y se perfila con mayor claridad en las núm. 406/2012, de 18 de junio, 827/2012, de 15 de enero de 2013, 820/2012, de 17 de enero de 2013, 822/2012, de 18 de enero de 2013, 221/2013, de 11 de abril, 638/2013, de 18 de noviembre y 333/2014, de 30 de junio. Y, en relación a las condiciones generales que contienen la denominada "cláusula suelo", puede citarse tanto la referida sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, como la posterior sentencia núm. 464/2014, de 8 de septiembre.

2.- La recurrente alega que este control de transparencia carece de base jurídica y responde al mero voluntarismo de la Sala, pues no tiene anclaje en ninguna norma, nacional o comunitaria europea, ni en la jurisprudencia del actualmente denominado Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE).

La Sala no comparte esta apreciación de la recurrente.

3.- El art. 4.2 de la Directiva 1993/13/CEE, de 5 abril, sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, establece 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* ».

La sentencia núm. 241/2013, de 9 de mayo, con referencia a la anterior sentencia núm. 406/2012, de 18 de junio, consideró que el control de contenido que puede llevarse a cabo en orden al posible carácter abusivo de la cláusula no se extiende al equilibrio de las "contraprestaciones", que identifica con el objeto principal del contrato, a que se refería la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en el artículo 10.1.c en su redacción originaria, de tal forma que no cabe un control del precio. En este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, STJUE) de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, declara, y la de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, ratifica, que la exclusión del control de las cláusulas contractuales en lo referente a la relación calidad/precio de un bien o un servicio se explica porque no hay ningún baremo o criterio jurídico que pueda delimitar y orientar ese control. Pero, se añadía en la citada sentencia núm. 241/2013, con la misma referencia a la sentencia anterior, que una condición general defina el objeto principal de un contrato y que, como regla, no pueda examinarse la abusividad de su contenido, no supone que el sistema no las someta al doble control de transparencia.

Este doble control consistía, según la sentencia núm. 241/2013, en que, además del control de incorporación, que atiende a una mera transparencia documental o gramatical, « *conforme a la Directiva 93/13/CEE y a lo declarado por esta Sala en la Sentencia 406/2012, de 18 de junio, el control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, esto es, fuera del ámbito de interpretación general del Código Civil del "error propio" o "error vicio", cuando se proyecta sobre los elementos esenciales del contrato tiene por objeto que el adherente conozca o pueda conocer con sencillez tanto la "carga económica" que realmente supone para él el contrato celebrado, esto es, la onerosidad o sacrificio patrimonial realizada a cambio de la prestación económica que se quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en 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* ». Por ello, seguía diciendo nuestra sentencia, « *la transparencia documental de la cláusula, suficiente a efectos de incorporación a un contrato suscrito entre profesionales y empresarios, es insuficiente para impedir el examen de su contenido y, en concreto, para impedir que se analice si se trata de condiciones abusivas. Es preciso que la información suministrada permita al consumidor percibir que se trata de una cláusula que define el objeto principal del contrato, que incide o puede incidir en el contenido de su obligación de pago y tener un conocimiento real y razonablemente completo de cómo juega o puede jugar en la economía del contrato* ».

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

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

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

4.- La sentencia núm. 241/2013 basaba dicha exigencia de transparencia, que iba más allá de la transparencia "documental" verificable en el control de inclusión (arts. 5.5 y 7 LCGC), en los arts. 80.1 y 82.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en lo sucesivo, TRLCU), interpretados conforme al art. 4.2 y 5 de la Directiva 93/13/CEE , y citaba a tales efectos lo declarado en la STJUE de 21 de marzo de 2013, asunto C-92/11, caso RWE Vertrieb AG , respecto de la exigencia de transparencia impuesta por tal directiva, conforme a la cual el contrato debe exponer *« de manera transparente el motivo y el modo de variación de tal coste, de forma que el consumidor pueda prever, sobre la base de criterios claros y comprensibles, las eventuales modificaciones del coste »* .

5.- La STJUE de 30 de abril de 2014, dictada en el asunto C-26/13 , en relación a las condiciones generales empleadas en un préstamo **multidivisa**, confirma la corrección de esta interpretación, al afirmar que *« la exigencia de transparencia de las cláusulas contractuales establecida por la Directiva 93/13 no puede reducirse sólo al carácter comprensible de éstas en un plano formal y gramatical »* (párrafo 71), que *« esa exigencia de transparencia debe entenderse de manera extensiva »* (párrafo 72), que *« del anexo de la misma Directiva resulta que tiene un importancia esencial para el respeto de la exigencia de transparencia la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente el motivo y las particularidades del mecanismo de conversión de la divisa extranjera, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que un consumidor pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo »* (párrafo 73), y concluir en el fallo que *« e l artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, en relación con una cláusula contractual como la discutida en el asunto principal, la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no sólo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor, sino también de que el contrato exponga de manera transparente el funcionamiento concreto del mecanismo de conversión de la divisa extranjera al que se refiere la cláusula referida, así como la relación entre ese mecanismo y el prescrito por otras cláusulas relativas a la entrega del préstamo, de forma que ese consumidor pueda evaluar, basándose en criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas derivadas a su cargo »* .

Esta doctrina ha sido reiterada en la posterior STJUE de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13 , cuyo párrafo 74 declara: *« d e los artículos 3 y 5 de la Directiva 93/13 y de los puntos 1, letras j) y l), y 2, letras b) y d), del anexo de la misma Directiva resulta, en particular, que para satisfacer la exigencia de transparencia reviste una importancia capital la cuestión de si el contrato de préstamo expone de manera transparente los motivos y las particularidades del mecanismo de modificación del tipo del interés, así como la relación entre dicha cláusula y otras cláusulas relativas a la retribución del prestamista, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, las consecuencias económicas que para él se derivan (véase, en este sentido, la sentencia Kásler y Káslerné Rábai, EU:C:2014:282, apartado 73) »* ."

Señala la SAP de Madrid de 22 de julio de 2015 (ponente Ilmo. Sr. López Muñoz):

"No obstante, también conviene recordar que la situación de riesgo descrita por el Alto Tribunal, donde se produciría perjuicio para el prestatario cuando la divisa evoluciona al alza respecto a la moneda nacional, es una de las dos variantes del riesgo asumido por el que decide obligarse en con este tipo de contratos, pero también puede ocurrir al revés, de modo que una apreciación de la moneda nacional frente a la divisa extranjera beneficie al prestatario, de igual modo a como ocurre respecto al importe de las cuotas mensuales por pactarse el LIBOR como índice de referencia en lugar del EURIBOR, pues si aquél es porcentualmente inferior a éste, el interés que deberá abonar el prestatario será inferior al que debería satisfacer si la referencia se hiciese respecto al EURIBOR. En definitiva, se trata de un contrato con cierto grado de especulación donde el prestatario debe saber que tanto puede beneficiarse como resultar perjudicado en función de la evolución de la divisa respecto a la moneda nacional, y el índice de referencia para el cálculo del interés remuneratorio. O como dice la propia sentencia recurrida, es una apuesta sobre la evolución de los tipos de cambio.

En ese contexto, haciendo abstracción del caso en particular y situándonos en la posición de un consumidor medio, la valoración inicial del producto bancario previa a la decisión de contratar no es en absoluto complejo entender que quien recibe un préstamo en divisas lo hace sabiendo que el valor de la moneda extranjera oscila respecto a la de curso legal en el País de contratación, siendo un hecho notorio, al tratarse

de datos de conocimiento general y noticia periódica de los medios de comunicación, que diariamente existen diferencias de cotización entre monedas con oscilaciones al alza o a la baja en la relación entre ellas, muy variables a lo largo del tiempo y en función de las circunstancias económicas. Por tanto, una diligencia mínima en la contratación exige al prestatario prever que dependiendo de la evolución de esa relación entre las dos monedas saldrá beneficiado o perjudicado. De ese modo el riesgo asumido es perfectamente perceptible por cualquiera, y no reviste otra complejidad que la de adivinar si el valor de cotización de la divisa va a continuar por debajo del atribuido a la moneda nacional o subirá, algo que está por completo fuera del alcance de todo conocimiento cuando la expectativa se evalúa en un préstamo a 30 años de vigencia, durante el cual pueden sucederse episodios a la baja y al alta en una u otra moneda, e incluso compensen otros en que la fluctuación fue de signo contrario, contexto en el que encontramos razonable la crítica realizada por la recurrente al reproche que se hace en la sentencia por no hacer uso el Banco demandado de la facultad de hacer la sustitución de divisa cuando, superando el valor de la moneda contratada el 15% del contravalor en euros del capital pendiente de devolver, el prestatario no hubiese realizado la convenida amortización anticipada del exceso, pues en tal caso la pérdida monetaria se consolidaría, perdiendo la oportunidad futura de potenciales inversiones de cotización. Por otro lado, también resulta de conocimiento común que la mayor parte de los préstamos a consumidores se conciertan en Euros, fijándose el Euribor como índice de referencia para calcular las variaciones del interés remuneratorio, y ello supone exponerse a un riesgo específico y bien conocido por todos que afecta a los incrementos o reducciones en la cuota a pagar en función de las variaciones del índice de referencia. De esta manera se comprende que quien decide apartarse del mecanismo habitual lo hace pensando que puede obtener un beneficio mayor o sufrir un perjuicio inferior al préstamo en euros, y por eso no puede desconocer que hay otras variables incidiendo sobre el riesgo. La cuestión será, entonces, la medida en que puede conocer o está obligado a saber la entidad y alcance del riesgo asumido, riesgo que, por otra parte, es la contrapartida al beneficio o menos perjuicio esperado.

El debate no está, pues, en la complejidad del negocio jurídico, sino, considerando el grado de responsabilidad negocial y conocimientos previsibles en un consumidor medio, en la posibilidad que ha tenido de conocer, en función de la información previa a la prestación del consentimiento y la suministrada en la documentación firmada, qué es lo contratado, el riesgo propio de la operación y de los remedios dispuestos en el contrato para mitigar o evitar el perjuicio .

...

El control sobre la redacción clara y comprensible de la cláusula del contrato definidora del objeto principal a efectos de establecer si supera el control de abusividad, según el artículo 4.2 Directiva CEE 93/13 , se ha de medir, tal como lo ha declarado la referida *Sentencia del Tribunal de Justicia de la CEE de 30 de abril de 2014* , valorándose por el Tribunal que enjuicia el asunto ***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 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 . "***

TERCERO . Sentado lo anterior (jurisprudencia y marco normativo), hemos de decir que el contrato objeto de esta litis (al igual que el de la SAP Madrid antes transcrita) es anterior a la normativa MIFID, al ser previo a la fecha de 1 de noviembre de 2007 (en concreto de 22 de marzo) aunque no su ampliación de 28 de mayo de 2008 (doc.13 de la contestación), pero ello no exime a la demandada de su obligación de suministrar al cliente la información precisa para que comprenda el alcance y trascendencia jurídica y económica del producto que va a contratar y asegurarse de que lo ha entendido con la suficiente claridad con carácter previo (en consonancia con la STS de 9 de mayo de 2013 y las de 24 y 25 de marzo de 2015), de manera que sobre la base de la Ley 24/1988 de 28 de julio, antes de su modificación, Ley 26/1988 de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, Orden de 1994 y Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica), de manera que correspondía a la entidad demandada proporcionar esa información adecuada y suficiente para que un cliente, minorista, consumidor medio sin conocimientos financieros (arquitecto técnico) pudiera comprender los riesgos implícitos y las pérdidas que podría conllevar un producto complejo y altamente especulativo como el contratado.

Pues bien, en el presente caso no hay atisbo ninguno de que por parte de la entidad bancaria se haya proporcionado una información, siquiera mínima, al cliente sobre los riesgos inherentes de las oscilaciones del tipo de interés y cotización de la divisa. No se ha traído al empleado que tramitó el préstamo (tan solo a instancia del actor a la que preparó la novación para conceder un período de carencia, ya en 2011) de manera

que siendo de cuenta de la demandada la carga de la prueba (ex art.217.3 LEC), no se acredita que se le haya dado esa información previa, con infracción del art.60 LGDCU y de la propia Orden de 1994, pues ni siquiera se prueba que la oferta vinculante (doc.10 de la contestación fechado simplemente en marzo) se haya entregado con antelación suficiente.

Por otra parte las cláusulas en cuestión (obviamente las que se refieren a la **hipoteca multidivisa**, por lo que la invocación de falta de mayor concreción resulta ociosa) tampoco son claras concretas y sencillas, con infracción de la normativa en materia de consumidores y usuarios (art.80) y no sólo gramaticalmente, como señala la STJUE de 30 de abril de 2014, dictada en el asunto C-26/13 a la que antes nos hemos referido, sino en cuanto a una " **información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas**".

Por todo lo cual debemos considerar nulas dichas cláusulas, sin que ello suponga la nulidad total del contrato ni tampoco que haya de "integrarse" el mismo, lo que estaría proscrito por la jurisprudencia europea salvo en cuanto a la aplicación supletoria de la normativa interna, sino simplemente acudiendo a las propias previsiones contractuales, que prevén un tipo resultante de aplicar el Euribor más un 0,70%.

Por otra parte, lo que no es dable es lo que se pretende por la demandante de, al socaire de la nulidad parcial, deducir sin más del préstamo en divisas de 230.000 # los 94.996,77 # amortizados en concepto de principal e intereses (las comisiones (no están afectadas por la nulidad) y a partir de ahí considerar que el saldo vivo es el resultante de dicha deducción.

La estimación ha de ser parcial, lo que obliga a rehacer el cuadro de amortización desde el otorgamiento de escritura de préstamo y su ampliación, respetando el período de carencia ulteriormente pactado, sobre la base del Euribor más 0,70% desde el inicio, deduciendo los 94.996,77 # abonados, que han de considerarse por principal e intereses.

Siendo parcialmente estimada la demanda, en aplicación de lo establecido en el art.394 LEC , cada parte pagará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

Vistos los artículos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

FALLO

Que **ESTIMO PARCIALMENTE** la demanda interpuesta por el/la Procurador/a, D/D^a Javier Gallego Brizuela, en nombre y representación de don Felix , frente a BANKINTER S.A, DEBO DECLARAR Y DECLARO la nulidad parcial en cuanto a las cláusulas multidivisas del préstamo suscrito entre las partes por importe de 230.000 #, condenando a la meritada demandada a rehacer el cuadro de amortización desde la fecha de suscripción del mismo y su ampliación, respetando el período de carencia pactado, deduciendo los 94.996,77 # abonados (por principal e intereses), sobre la base de un préstamo hipotecario con un tipo de interés equivalente al Euribor más 0,70 puntos porcentuales; lo que regirá en lo sucesivo.

Todo ello sin hacer expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación que, en su caso, deberá interponerse ante este mismo Juzgado dentro de los veinte días siguientes a aquél en que se notifique esta resolución, acreditando la constitución de un depósito de 50 # en la cuenta de consignaciones del Juzgado (Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ , introducida por LO 1/2009 de 3 de noviembre).

Llévese el original al libro de sentencias.

Por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para incorporarlo a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada ha sido la presente sentencia por el Sr. Juez que la dictó hallándose celebrado audiencia pública en el mismo día de su pronunciamiento.